

## L 8 AL 201/04

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG München (FSB)

Aktenzeichen  
S 37 AL 906/00

Datum  
07.11.2003

2. Instanz  
Bayerisches LSG

Aktenzeichen  
L 8 AL 201/04

Datum  
07.10.2005

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts München vom 7. November 2003 und die Bescheide der Beklagten vom 2. Dezember 1998, 26. April 2000 und 16. Mai 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Mai 2000 sowie die Bescheide vom 3. und 18. Dezember 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Mai 2000 aufgehoben.

II. Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Erstattung des Arbeitslosengeldes (Alg) und der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, die die Beklagte an bzw. für zwei ehemalige Arbeitnehmer der Klägerin in der Zeit vom 01.01. bis 30.09.1994 bzw. 01.01. bis 30.04.1995 gezahlt hat, streitig.

Die Klägerin ist ein mittelgroßes Unternehmen, das 1993 an sieben Standorten in Deutschland ca. 1.600 Arbeitnehmer beschäftigte. An dem größten Standort M. waren in der Tonchemie 450, in dem Katalysatorenwerk 120 und im Bergbau 110 Arbeiter beschäftigt, von denen in der Zeit vom 31.12.1992 bis 31.12.1994 194 und vom 31.12.1994 bis 31.12.1996 139 Arbeitnehmer ausschieden. Die Zahl der Mitarbeiter in dem Betrieb der Düngemittelproduktion in K. wurde Ende 1993 von 170 auf 120 verringert.

Die Klägerin war 1993 an zwei Gesellschaften - GmbHs - mit Sitz in Deutschland zu 100 % bzw. 50 % und an sieben ausländischen - davon an vier zu 100 %, an einer zu 99,9 %, an einer zu 50 % und an einer zu 49 % - beteiligt. 1994 bestand noch eine Beteiligung an einer GmbH mit Sitz in Deutschland zu 50 %, an neun ausländischen, davon an fünf zu 100 %, an einer zu 99,9 %, an zwei zu 50 % und an einer zu 49 %. 1995 bestanden Beteiligungen an drei deutschen Unternehmen - an einem zu 100 % und an zwei zu 50 % - und neun ausländischen Gesellschaften - an fünf zu 100 %, an einem zu 99,9 %, an einem zu 51 % und an zwei zu 50 % -. In den Betrieben der Klägerin und in den Unternehmen, an denen sie beteiligt war, waren 1993 insgesamt ca. 4.000 Arbeitnehmer beschäftigt.

Die Klägerin beschäftigte in ihrem Bergbaubetrieb in M. in der Zeit vom 23.11.1954 bis 31.12.1994 den 1935 geborenen A. In der an den Arbeitnehmer gerichteten schriftlichen Erklärung vom 28.06.1993 heißt es, das Arbeitsverhältnis werde ordentlich und fristgemäß zum 31. Dezember 1993 betriebsbedingt gekündigt, da die wirtschaftliche Lage eine Weiterbeschäftigung nicht zulasse. Als Anlage erhalte er eine Vereinbarung, die die Abwicklungsmodalitäten regle. In der unter gleichem Datum mit dem Arbeitnehmer geschlossenen Vereinbarung heißt es unter anderem, er erhalte eine Abfindung und eine Treueprämie in Höhe von insgesamt 9.800,00 DM sowie einen steuerfreien Zuschuss zum Alg in Höhe von 80 % der Differenz zwischen Alg und 100 % des letzten monatlichen Nettoentgelts. Abschließend heißt es, aufgrund der Bezahlung der genannten Abfindungssumme verzichte der Arbeitnehmer auf eine Erhebung einer Kündigungsschutzklage, andernfalls gelte die Abfindungssumme als Vorschusszahlung und könne gegebenenfalls auf einen gerichtlich festgesetzten Abfindungsbetrag angerechnet werden.

Die Beklagte bewilligte A. ab 01.01.1994 bis zum Beginn der Altersrente am 01.05.1995 Alg in Höhe von 20.603,30 DM und entrichtete Beiträge zur Krankenversicherung in Höhe von 7.881,09 DM und zur Rentenversicherung in Höhe von 5.847,89 DM. Mit Bescheiden vom 03. und 18.12.1998 forderte sie die Erstattung von insgesamt 34.232,28 DM. Mit dem Widerspruch wurde geltend gemacht, der Arbeitnehmer habe ein ärztliches Attest vom 22.11.1993 und ein Gutachten vorgelegt, wonach er die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben könne; ein geeigneter Arbeitsplatz habe ihm nicht angeboten werden können. Mit Widerspruchsbescheid vom 24.05.2000 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Zu Unrecht gehe die Klägerin von einer arbeitgeberseitigen Kündigung aus. Es liege eine einvernehmliche Beendigung vor, wenngleich die Initiative zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses von der Klägerin ausgegangen sei. Die

Befreiungstatbestände des § 128 Abs.1 Satz 2 Nrn.4 und 5 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) seien nicht gegeben.

Hiergegen hat die Klägerin zum Sozialgericht München (SG) die Klage S 37 AL 910/00 erhoben.

Der 1933 geborene Arbeitnehmer E. war bei der Klägerin vom 02.03.1953 bis 30.09.1993 als Schwergerätefahrer in dem Bergbaubetrieb in M. beschäftigt. In dem an den Arbeitnehmer gerichteten Schreiben vom 30.03.1993 heißt es, nach sorgfältiger Prüfung könne man keinen nach der ärztlichen Bescheinigung vom 15.03.1993 entsprechend geeigneten Arbeitsplatz anbieten, weshalb man das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt fristgerecht kündigt, da er die Arbeitsleistung aus gesundheitlichen Gründen nicht erbringen könne. Als Anlage erhalte er eine Vereinbarung, die die Abwicklungsmodalitäten regle. In dem auf den 24.03.1993 datierten - allerdings damals vom Arbeitnehmer noch nicht unterschriebenen - Aufhebungsvertrag heißt es unter anderem, der Arbeitnehmer erhalte eine Abfindung von 8.000,00 DM sowie ab 01.10.1993 einen Zuschuss zum Alg in Höhe von 80 % der Differenz zwischen Alg und 100 % des letzten monatlichen Entgelts.

Die Beklagte bewilligte E. ab 01.10.1993 bis zum Beginn der Altersrente am 01.10.1994 Alg in Höhe von - einschließlich der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung - 29.445,33 DM. Mit Bescheid vom 02.12.1998 forderte sie die Erstattung dieses Betrages. Auf den Widerspruch hin half sie diesem mit Bescheid vom 26.04.2000 bezüglich der 1993 erbrachten Leistungen im Hinblick auf die eingetretene Verjährung ab und forderte mit Bescheid vom 16.05.2000 für die Zeit vom 01.01. bis 30.09.1994 die Erstattung von 21.840,23 DM. Mit Widerspruchsbescheid vom 22.05.2000 wies sie im Übrigen den Widerspruch als unbegründet zurück.

Hiergegen hat die Klägerin zum SG die Klage S 37 AL 910/00 erhoben.

Zuvor hatte es die Beklagte in einem Bescheid vom 18.08.1995, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 17.01.1997, abgelehnt, für die Geschäftsjahre 1993 und 1994 generell eine Befreiung von der Erstattungspflicht in Hinblick auf § 128 Abs.2 Nr.2 AFG auszusprechen. Während des sodann anhängigen Klageverfahrens S 46 AL 225/97 wiederholte sie diese Entscheidung mit einem Bescheid vom 11.03.1998, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 13.11.1998. Die Klägerin hatte ein Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH A. A. vom 26.07.1996 und ein Ergänzungsgutachten dieser Gesellschaft vom 26.06.1997 vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung am 19.07.2002 wurden diese Bescheide im Rahmen eines Vergleiches aufgehoben, nachdem das Gericht auf eine Entscheidung des Senats vom 22.03.2001, [L 8 AL 358/99](#), hingewiesen hatte, wonach eine grundsätzliche Feststellung des Wegfalls der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs.2 AFG nicht umfassend für sämtliche Erstattungsfälle vorab getroffen werden könne, da hierfür die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben sei.

Das SG hat die Verfahren [S 37 AL 906/00](#) und S 37 AL 910/00 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Mit Urteil vom 07.11.2003 hat es die Klagen abgewiesen und von einer weiteren Begründung gemäß [§ 136 Abs.3 SGG](#) abgesehen.

Zur Begründung ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, die Arbeitsverhältnisse hätten aufgrund einer betriebsbedingten bzw. personenbedingten Kündigung geendet. Auch sei sie berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen, da bei beiden Mitarbeitern die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich gewesen sei. Zudem sei vom Erstgericht in keiner Weise der Befreiungstatbestand des § 128 Abs.2 Nr.2 AFG geprüft worden. Die diesbezüglichen Gutachten der A. A. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH würden zum Gegenstand des Sachvortrags gemacht.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts München vom 07.11.2003 und die Bescheide vom 02.12.1998, 26.04.2000, 16.05.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.05.2000 sowie die Bescheide vom 03. und 18.12.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.05.2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das für den Arbeitnehmer A. vorgelegte Attest sei eine unverbindliche Empfehlung des Hausarztes und kein Nachweis für eine tatsächlich eingetretene Arbeitsunfähigkeit, zumal der Arbeitnehmer bei seiner Arbeitslosmeldung keinerlei gesundheitliche Einschränkungen angegeben und die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als nicht aus gesundheitlichen Gründen zu schwer bezeichnet habe. Im Übrigen beziehe man sich auf die Ausführungen in dem Parallelverfahren [L 9 AL 232/04](#). In diesem Verfahren hat die Beklagte im Schriftsatz vom 23.02.2005 unter anderem vorgetragen, dass sich aus den vorgelegten Gutachten ergebe, dass die Unternehmensgewinne der Klägerin sich in den Jahren 1993 bis 1996 ständig erhöht hätten.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird im Übrigen auf den Inhalt der Verwaltungsunterlagen der Beklagten und der Verfahrensakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151](#) des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -), ein Ausschließungsgrund ([§ 144 Abs.1 SGG](#)) liegt nicht vor.

Das Rechtsmittel erweist sich auch in der Sache als begründet. Die angefochtenen Bescheide sind aufzuheben, da eine Erstattungspflicht der Klägerin nicht besteht.

Gemäß § 128 Abs.2 Nr.2 AFG, in Kraft bis 31.03.1997, entfällt die Erstattungspflicht, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass die Erstattung für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet wären. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Dies ergibt sich aus dem Gutachten der A. A. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH in der Fassung des Ergänzungsgutachtens vom 26.06.1997, das die Klägerin zum Nachweis der unzumutbaren Belastung gemäß § 128 Abs.2 Satz 2 AFG vorgelegt hat.

In dem Ergänzungsgutachten ist auf Seite 10 überzeugend dargestellt, dass die Klägerin in den Jahren 1993 bis 1995 zwar

Jahresüberschüsse in Höhe von 4.871,00 bzw. 6.921,00 bzw. 8.261,0 TDM erzielt hat. Jedoch beruhen diese Überschüsse darauf, dass der Klägerin die Erträge der Beteiligungsgesellschaften in den Jahren 1993 bis 1995 in Höhe von 20.761,00 bzw. 30.886,00 bzw. 20.341,00 TDM zugeflossen sind. Zieht man diese Erträge aus den Beteiligungen sowie die Erträge aus Wertpapieren und Ausleihungen, sonstige Zinsen und ähnliche Erträge sowie die Steuern vom Einkommen und vom Ertrag ab und addiert die Abschreibungen auf Finanzanlagen, Aufwendungen aus Verlustübernahmen, Zinsen und ähnliche Aufwendungen hinzu, so ergeben sich für die Jahre 1993 bis 1995 operative Ergebnisse von minus 12.575,00 bzw. minus 21.295,00 bzw. minus 9.281,00 TDM.

Der Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, dass bei der Prüfung einer unzumutbaren Belastung der Jahresüberschuss als solcher maßgebend sei und hierbei auch die Erträge aus den Beteiligungsfirmen heranzuziehen seien. Denn § 128 Abs.2 Satz 1 Nr.2 AFG stellt auf den Fortbestand des Unternehmens bzw. die in diesem nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze ab. Nicht hingegen ist bei Konzernunternehmen maßgebend, ob die Erstattungsforderung für den Konzern eine unzumutbare Belastung darstellen würde. Dies zeigt der Vergleich mit § 128 Abs.5 Satz 1 AFG, der für die Ermittlung der Beschäftigungszeiten ausnahmsweise auf das Konzernunternehmen abstellt und dieses als Arbeitgeber gelten lässt (vgl. Voelzke in Hauck/ Noftz, SGB III, Rdnr.209 zu § 147a; Heuer in Hennig/Kühl/Heuer/ Henke, Arbeitsförderungsgesetz, Rdnr.45 zu § 128; Brand in Niesel, SGB III, Rdnr.82 zu § 147a; Rolfs in Gagel, SGB III, Rdnr.227, 231 zu § 147a).

Ein Unternehmen ist nach der Definition des BAG die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte, hinter dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebes liegende wirtschaftliche oder ideelle Zwecke verfolgt (EzA [§ 1 BetrVG](#) 1972 Nr.3). Die Beklagte selbst stellt in ihrer DA 3.92 zu § 147a in Abs.2 auf die rechtlich selbständige organisatorische Einheit ab, mit der ein Unternehmer in einem oder mehreren organisatorisch verbundenen Betrieben seine wirtschaftlichen oder ideellen Zwecke verfolgt. Für das Unternehmen sei die Einheit des Rechtsträgers ein wesentliches Erfordernis, bei Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften sei die Gesellschaft identisch mit dem Unternehmen. Ein Konzern ist hingegen ein Verbund von mehreren Unternehmen, also mehreren rechtlich selbständigen Einheiten.

Hiervon ausgehend ist auf die der Klägerin als juristischer Person zugehörigen Betriebe und die dort erwirtschafteten Erträge, nicht jedoch auf die Erträge der in den Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufgeführten Gesellschaften, an denen die Klägerin ganz oder teilweise beteiligt ist, abzustellen. Anderenfalls würde eine konzernorientierte und nicht eine unternehmensorientierte Betrachtungsweise gelten. Erforderlich ist eine Kongruenz des Unternehmensgriffes zum einen im Rahmen der Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und zum anderen bei der Eingrenzung der im Rahmen von § 128 Abs.2 Satz 1 Nr.2 AFG in Betracht zu ziehenden Arbeitsplätze, nämlich wiederum einerseits der Arbeitsplätze, die die vom Arbeitgeber gekündigten Arbeitnehmer inne gehabt haben, und der nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze, deren Gefährdung zu prüfen ist. Denn letztlich hängt die Sicherheit bzw. Gefährdung des Arbeitsplatzes von der mit ihm verbundenen Produktivität und dem hieraus resultierenden Ertrag im Rahmen des Unternehmens ab. Würde man hingegen der Auffassung der Beklagten folgen, wonach eine Gefährdung der nach dem Personalabbau verbliebenen Arbeitsplätze wegen der ausgewiesenen Jahresüberschüsse nicht bestehe, so wäre nicht verständlich, aus welchem Grunde die Klägerin einen Personalabbau durchgeführt hat. Letztlich ist ein Unternehmen auf Dauer nur wirtschaftlich überlebensfähig, wenn es aus sich heraus Gewinne erwirtschaftet, während ein Unternehmen, das nur aufgrund der Zuflüsse aus anderen Unternehmen überlebensfähig ist, über kurz oder lang aufgelöst wird.

Laut dem Ergänzungsgutachten vom 26.06.1997 sind bei der Klägerin 1994 900,00 TDM und 1995 2.820,00 TDM für Abfindungen und Sozialpläne angefallen. Die Erstattungsforderungen der Beklagten wurden auf ca. 5 Millionen geschätzt. Diese Forderungen konnten mangels eines positiven Betriebsergebnisses der Klägerin nur aus der Substanz des Unternehmens beglichen werden, woraus die Gefährdung der verbliebenen Arbeitsplätze resultiert (vgl. BSG SozR 3-4100 § 128 Nrn.10 und 12). Jedenfalls rechtfertigte das negative operative Ergebnis des Unternehmens der Klägerin zum Zeitpunkt der Fälligkeit der hier streitigen Erstattungsforderungen die Prognose, dass durch die zusätzliche Belastung mit Erstattungsforderungen weitere Arbeitsplätze gefährdet waren bzw. hätten abgebaut werden müssen, was auch ohne diese zusätzliche Belastung tatsächlich der Fall war.

Diese Entscheidung des Senats steht nicht im Gegensatz zu der bisherigen Rechtsprechung des BSG. In dem Urteil vom 21.09.2000, [B 11 AL 7/00 R](#), SozR 3-4100 § 128 Nr.10, wurde ausgeführt, dass ein negatives operatives Ergebnis, das darauf zurückzuführen sei, dass erwirtschaftete Gewinne ausgeschüttet und an die Muttergesellschaft abgeführt worden seien, keine unzumutbare Belastung begründe. Im vorliegenden Fall ist es jedoch umgekehrt, dass Zuflüsse aus anderen Unternehmen das negative operative Ergebnis ausgleichen. Vergleichbar erscheint die Entscheidung mit dem Urteil des BSG vom 22.03.2001 ([SozR 3-4100 § 128 Nr.12](#)), in dem der Auffassung widersprochen wurde, eine unzumutbare Belastung einer Personennahverkehr betreibenden rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts sei zu verneinen, weil aufgrund der Gewährträgerschaft des Landes Berlin bzw. politischer Erwägungen das Unternehmen letztlich mit der Erstattungsforderung nicht "allein gelassen" worden wäre. Dies spricht für die hier vertretene Auffassung, dass es letztlich nicht auf Mittelzuflüsse aus anderen Unternehmen ankommt.

Somit waren das Urteil des Sozialgerichts München vom 07.11.2003 und die angefochtenen Bescheide der Beklagten aufzuheben.

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

Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß [§ 160 Abs.2 Nr.1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft  
Aus  
Login  
FSB  
Saved  
2006-03-13