

**B 11 AL 40/01 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
15.12.1998  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-

Datum  
27.03.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 40/01 R  
Datum  
21.11.2002  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. März 2001 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft die Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Beiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Der am 18. Januar 1938 geborene K. H. (H) war seit September 1974 bei der Klägerin als Angestellter (zuletzt Bauaufseher) beschäftigt. Nach tarifvertraglicher Regelung war die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. H schied auf Grund eines am 9. Februar 1996 geschlossenen Aufhebungsvertrages zum 31. März 1996 gegen Zahlung einer Abfindung von 20.120,79 DM aus.

Die Beklagte gewährte H, der sich am 19. März 1996 mit Wirkung zum 1. April 1996 arbeitslos gemeldet hatte, Alg für die Zeit ab 24. Juni 1996. Für die Zeit davor lehnte sie die Zahlung von Alg wegen Ruhens auf Grund der Abfindung (1. April bis 3. Mai 1996) bzw Eintritts einer Sperrzeit (1. April bis 23. Juni 1996) ab. Ausgehend von einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 1.240 DM zahlte die Beklagte an H bis 31. Dezember 1996 Alg in Höhe von 494,40 DM wöchentlich, ab 1. Januar 1997 in Höhe von 486,60 DM wöchentlich und vom 1. Januar 1998 bis 31. Januar 1998 von 489,37 DM wöchentlich. Seit 1. Februar 1998 bezieht H Altersrente.

Die Beklagte verpflichtete die Klägerin zunächst mit Bescheid vom 14. Mai 1996, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 9. Juli 1996, das ab 24. Juni 1996 an H gezahlte Alg einschließlich hierauf entfallender Beiträge gemäß § 128 AFG für längstens 624 Tage zu erstatten. Dagegen hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat dem Sozialgericht (SG) eine Stellungnahme des Regierungspräsidiums S. vom 18. August 1994 vorgelegt. Während des Klageverfahrens hat die Beklagte von der Klägerin nach Anhörung mit vier neuen Bescheiden vom 16. Oktober 1998 Erstattung von insgesamt 66.054,91 DM gefordert (17.539,81 DM für die Zeit vom 24. April 1996 bis 30. November 1996 - ohne Krankheitszeiten vom 8. bis 20. November 1996 -, 3.608,36 DM für die Zeit ab 1. Dezember bis Ende 1996, 41.175,62 DM für die Zeit 1. Januar 1997 bis Ende 1997 - ohne Krankheitszeiten 18. März bis 7. April 1997 - und 3.731,12 DM für die Zeit vom 1. bis 31. Januar 1998), jedoch mit Schriftsatz vom 26. November 1998 wegen Neuberechnung der Sozialversicherungsbeiträge eine Ermäßigung der Gesamtforderung auf 66.016,68 DM anerkannt. Mit Urteil vom 15. Dezember 1998 hat das SG die Bescheide der Beklagten über das Anerkenntnis hinaus in Höhe von weiteren 346,70 DM aufgehoben, im Übrigen jedoch die Klage abgewiesen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 27. März 2001). Zur Begründung hat das LSG ua ausgeführt: Die Grundvoraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 1. Alternative AFG seien gegeben. Der Ausschließungsgrund des § 128 Abs 1 Satz 2 2. Alternative (anderweitige Sozialleistungsberechtigung) liege nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens für die streitbefangene Zeit vom 24. Juni 1996 bis 31. Januar 1998 nicht vor. Der Erstattungspflicht der Klägerin stehe auch keiner der Befreiungstatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 oder Nr 5 AFG entgegen. Entgegen der Auffassung der Klägerin entfalle die Erstattungspflicht auch nicht nach § 128 Abs 2 AFG. Dessen Nr 1 liege von vornherein nicht vor. Auf die erste Alternative der Nr 2 des § 128 Abs 2 AFG (Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens) berufe sich die Klägerin nicht. Sie mache vielmehr geltend, sich in einer unzumutbaren wirtschaftlichen Lage zu befinden, die einer Gefährdung des "Unternehmens" gleichzusetzen sei. Hierin sei der Klägerin jedoch nicht zu folgen; denn der Gesetzgeber habe die Fälle, in denen eine unzumutbare Härte anzunehmen sei, im Gesetz bezeichnet, weshalb es sich verbiete, andere Tatbestände der Existenzgefährdung gleichzusetzen. Die Erstattungspflicht entfalle auch nicht nach der 2.

Alternative des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG. Die Klägerin habe nicht den Nachweis geführt, dass durch die Erstattung die verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet seien. Dies gelte auch, wenn man annehme, es handle sich bei der vorgelegten Stellungnahme des Regierungspräsidiums vom 18. August 1994 um die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle iS des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG. Kein Zweifel bestehe zwar daran, dass die Klägerin hoch verschuldet und die Haushaltslage dauerhaft defizitär sei. Dies genüge jedoch nicht. Vielmehr müsse zwischen der Erstattungsforderung und der Gefährdung weiterer Arbeitsplätze ein ursächlicher Zusammenhang bestehen; dieser sei nicht nachgewiesen. Die Klägerin habe nicht substantiiert vorgetragen, welche Arbeitsplätze, die andernfalls erhalten blieben, durch die auferlegte Erstattungspflicht konkret gefährdet seien; sie beschränke sich auf die Hervorhebung der angespannten Haushaltslage und die Darstellung einer abstrakten Gefährdung von Arbeitsplätzen. Nicht zu folgen sei der Auffassung der Klägerin, der Nachweis eines ursächlichen Zusammenhanges dürfe von ihr als Kommune bei verfassungskonformer Auslegung nicht verlangt werden. Ein Eingriff in den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie könne zwar dadurch bewirkt werden, dass finanzielle Belastungen durch Gesetze ein solches Gewicht erreichten, dass der Gemeinde die Erfüllung ihrer Aufgaben unmöglich gemacht oder ganz erheblich erschwert würde; ein solcher Zustand sei jedoch vorliegend nicht gegeben. Der Erstattungs Gesamtbetrag von jetzt noch 65.669,98 DM sei der Höhe nach nicht zu beanstanden. Die Ablehnung der Leistungsbewilligung für die Zeit vom 1. April bis 23. Juni 1996 sei zutreffend (§§ 119, 117 Abs 2 und 3 AFG, § 117a AFG sei wegen § 242m Abs 9 AFG nicht anwendbar). Das Alg sei rechnerisch richtig ermittelt und gezahlt worden (insgesamt 38.698,91 DM). Hinsichtlich der Beiträge errechne sich für den Zeitraum bis Ende 1997 - wie vom Gesetzgeber gewollt und durch die Rechtsprechung gebilligt - bei Teilung des wöchentlichen Bemessungsentgelts entsprechend § 114 AFG durch sechs (statt durch sieben, wie in § 157 Abs 3 AFG formuliert) ein Betrag von 9.775,61 DM und zuzüglich der 597,45 DM für Januar 1998 ein Gesamtbetrag von 10.373,06 DM; soweit die Beklagte nur 10.361,45 DM geltend gemacht habe, wirke sich das nicht zu Ungunsten der Klägerin aus.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG. Sie trägt im Wesentlichen vor: Bei öffentlichen Arbeitgebern könne eine unmittelbare Gefährdung von Arbeitsplätzen durch die Erstattung von Alg nicht gefordert werden, da eine solche Unmittelbarkeit dem öffentlichen Haushaltsrecht zuwider laufe. Der Hinweis des LSG auf die strikte Kausalität verkenne die Andersartigkeit des kommunalen Haushaltsrechts (§§ 77 ff der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg) im Verhältnis zu dem für die Privatwirtschaft geltenden betrieblichen Rechnungswesen. Die Frage, ob Haushaltsmittel für bestimmte Zwecke zur Verfügung stehen, ergebe sich allein aus den Zweckbestimmungen des Haushaltsplans, nicht aber - wie das LSG meine - aus dem Zu- und Abfluss der Mittel. Personal werde nicht in verfügbaren Haushaltsmitteln, sondern nach Planstellen bewirtschaftet. Ohne vorherige Strukturentscheidung des Haushaltsgesetzgebers könne also eine Gefährdung der Arbeitsplätze nicht unmittelbar kausal durch die Erstattungsforderung eintreten. Kennzeichnend für die finanzielle Lage einer Gemeinde sei, ob die so genannte Mindestzuführungsrate (§ 22 Abs 1 Gemeindehaushaltsverordnung) erreicht werde. Aus den vorliegenden Haushaltssatzungen und Stellenplänen für die Jahre 1993 bis 1998 ergebe sich, dass die Mindestzuführungsrate jeweils deutlich unterschritten worden sei, weshalb Einnahmen aus dem Vermögenshaushalt hätten herangezogen werden müssen. Infolgedessen könne zumindest von einem Härtefall bei mittelbarer Arbeitsplatzgefährdung ausgegangen werden. Die Erstattungsforderung beeinträchtige die wirtschaftliche Lage der Klägerin so stark, dass das Unternehmensergebnis und die Rentabilität nachhaltig Schaden erlitten hätten. Es liege auch ein Eingriff in den Kernbereich der Selbstverwaltung vor, wenn die Haushaltssatzung insgesamt auf Grund der weiteren Belastung mit Erstattungsforderungen nicht mehr genehmigt werde. Durch eine fehlende Härteregelung müssten folglich die Kommunen zu Gunsten des Staates ihre Aufgaben im Selbstverwaltungsbereich einschränken. Soweit die Härteregelung des § 128 Abs 2 AFG bzw des [§ 147a](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) nicht auf die Kommunen angewendet werden könne, würden diese überobligatorisch mit den Ausgaben der Arbeitsförderung belastet.

Die Klägerin beantragt,

die Urteile des LSG vom 27. März 2001 und des SG vom 15. Dezember 1998 sowie die Bescheide der Beklagten vom 16. Oktober 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Das Vorbringen der Klägerin belege, dass deren wirtschaftliche Situation angespannt sei, nicht aber, dass diese unter Einbeziehung von Erstattungsforderungen geeignet sei, den verbleibenden Bestand an Arbeitsplätzen zu gefährden.

II

Die Revision hat im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung Erfolg. Die Entscheidung des LSG verletzt § 128 Abs 2 Nr 2 AFG; für eine abschließende Entscheidung reichen die tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht aus.

1. Zu entscheiden ist allein über die Rechtmäßigkeit der Bescheide der Beklagten vom 16. Oktober 1998, die die früheren Bescheide aus dem Jahre 1996 ersetzt haben und deshalb vom SG zu Recht gemäß [§ 96](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) in das Verfahren einbezogen worden sind. Die ursprüngliche Erstattungsforderung von insgesamt 66.054,91 DM ist durch das Anerkenntnis der Beklagten vom 26. November 1998 und durch das Urteil des SG, gegen das die Beklagte kein Rechtsmittel eingelegt hat, auf 65.669,98 DM vermindert worden.

2. Ob die Klägerin zur Erstattung von insgesamt 65.669,98 DM an Alg einschließlich Beiträgen verpflichtet ist, richtet sich nach § 128 AFG (eingefügt durch das Gesetz zur Änderung von Förderungsvoraussetzungen im AFG und anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, [BGBl I 2044](#), hier in der zuletzt durch das Gesetz zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 15. Dezember 1995, [BGBl I 1824](#), geänderten Fassung). Dies gilt auch, soweit über Erstattungsansprüche für Zeiten nach dem 31. März 1997 zu entscheiden ist. § 128 AFG ist zwar durch Art 11 Nr 27 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#)) mit Wirkung vom 1. April 1997 aufgehoben worden (Art 83 Abs 3 AFRG). Nach § 242x Abs 3 Nr 1 und Abs 6 AFG sowie [§ 431 SGB III](#) ist § 128 AFG jedoch weiter anzuwenden, wenn der Arbeitslose innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 1. April 1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, wie das bei H der Fall war.

3. Zutreffend haben SG und LSG angenommen, dass eine Erstattungspflicht grundsätzlich in Betracht kommt. Nach § 128 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 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 Beklagten vierteljährlich das Alg - unter Einschluss gezahlter Beiträge - für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage. Der am 18. Januar 1938 geborene H hat bei der Klägerin von September 1974 bis März 1996 durchgehend in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden. Die Erstattungsforderung bezieht sich auf das dem H ab 24. Juni 1996 gewährte Alg und die geleisteten Beiträge und damit ausschließlich auf die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen. Auch die Höchstdauer von 624 Tagen, für die eine Erstattungspflicht längstens bestehen kann, ist nicht überschritten.

4. Nicht zu beanstanden ist, dass das LSG ein Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG verneint hat, soweit danach die Erstattungspflicht nicht eintritt, wenn 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 erfüllt. Das LSG hat insoweit die Angaben des H gegenüber der Beklagten und die aus den Akten ersichtlichen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit gewürdigt mit dem Ergebnis, es seien keine Anzeichen für eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung in der streitbefangenen Zeit zu erkennen. Diese Feststellung ist für das Revisionsgericht bindend, da zulässige und begründete Revisionsgründe nicht vorgebracht sind (§ 163 SGG).

5. Die Erstattungspflicht der Klägerin wird nicht - wie das LSG zutreffend ausgeführt hat - durch § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 oder Nr 5 AFG ausgeschlossen. Das Arbeitsverhältnis des H ist durch Aufhebungsvertrag beendet worden; damit ist der Befreiungstatbestand der Nr 4 nicht erfüllt (stRspr, ua [BSGE 84, 75, 78 = SozR 3-4100 § 128 Nr 6](#) mwN). Die Klägerin hat auch weder dargelegt noch nachgewiesen, sie sei zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist berechtigt gewesen (Nr 5, vgl dazu BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 11](#) S 96).

6. Die Erwägungen, mit denen das LSG ein Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG abgelehnt hat, halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach dieser Vorschrift 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, wobei zum Nachweis die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich ist.

a) Das LSG geht zunächst zutreffend davon aus, die Klägerin könne sich zum Ausschluss der Erstattungsforderungen auf § 128 Abs 2 Nr 2 AFG berufen. Soweit nach [§ 147a Abs 2 Nr 2 SGB III](#) idF des Job-AQTIV-Gesetzes vom 10. Dezember 2001 ([BGBl I 3443](#)) die Erstattungspflicht nur noch bei insolvenzfähigen Arbeitgebern entfallen kann, ist dies nicht geeignet, die Anwendung des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG auf die Klägerin als eine nicht insolvenzfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts auszuschließen; denn die erwähnte Fassung des [§ 147a Abs 2 Nr 2 SGB III](#) ist erst am 1. Januar 2002 in Kraft getreten.

b) Dem LSG ist auch zuzustimmen, dass sich die Klägerin nicht darauf berufen kann, es sei gemäß § 128 Abs 2 Nr 2 AFG der Fortbestand ihres Unternehmens gefährdet. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann von einer Gefährdung des Fortbestandes iS des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG nur gesprochen werden, wenn die Gefahr besteht, das Unternehmen werde "insgesamt" untergehen ([BSGE 88, 31, 36 f = SozR 3-4100 § 128 Nr 12](#)). Die Klägerin macht selbst nicht geltend, ihr weiterer Bestand sei insgesamt gefährdet. Vielmehr gehen die Beteiligten und die Vorinstanzen zu Recht davon aus, dass den Gemeinden ihr Bestand garantiert ist ([Art 28 Abs 2 Grundgesetz](#), [Art 71 Abs 1](#) der Landesverfassung von Baden-Württemberg) und dass die Klägerin nicht insolvenzfähig ist ([§ 12 Abs 1 Insolvenzordnung \(InsO\) iVm § 45](#) des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg; zur gleichartigen Rechtslage vor Inkrafttreten der InsO vgl Kuhn/ Uhlenbruck, [Konkursordnung](#), 11. Auflage 1994, § 214 RdNr 2).

Soweit dem Vorbringen der Klägerin die Behauptung zu entnehmen ist, der Tatbestand der Existenzgefährdung sei schon zu bejahen, wenn die Erstattungsforderung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens iS einer nachhaltigen Beschädigung des Unternehmensergebnisses und der Rentabilität beeinträchtigt (Brand in Niesel, AFG, 2. Auflage, § 128 RdNr 82 f), und ihre prekäre wirtschaftliche Lage sei insoweit vergleichbar, ist der Klägerin nicht zu folgen. Das LSG hat zu Recht hervorgehoben, dass es Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 128 verbieten, andere Tatbestände einer Existenzgefährdung gleichzusetzen. Der Gesetzgeber hat den Gesichtspunkt der Relevanz erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten in der hier anzuwendenden Fassung des § 128 AFG in verschiedener Hinsicht berücksichtigt, nämlich insbesondere in Abs 1 Satz 2 Nr 4 und Nr 5 sowie in Abs 2. Eine Härteklausel in Fällen unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung ist nur im Fall der Gefährdung verbleibender Arbeitsplätze vorgesehen (vgl auch [BSGE 88, 31, 36 = SozR 3-4100 § 128 Nr 12](#)).

c) Soweit das LSG allerdings angenommen hat, der Nachweis einer Gefährdung der verbleibenden Arbeitsplätze iS des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG sei nicht geführt, und dies damit begründet hat, die Klägerin habe nicht substantiiert vorgetragen, welche Arbeitsplätze, die andernfalls erhalten blieben, durch die Erstattungsforderung konkret gefährdet seien, kann ihm nicht gefolgt werden. Insoweit hat das LSG nicht die Rechtsprechung des Senats beachtet, wonach es für die Anwendung der Härteregelung genügt, dass die durch die Erstattungsforderungen herbeigeführte wirtschaftliche Gesamtsituation generell geeignet ist, auch den verbliebenen Bestand an Arbeitsplätzen zu gefährden ([BSGE 88, 32, 38 = SozR 3-4100 § 128 Nr 12](#)).

Zwar ist der Hinweis des LSG zutreffend, dass allein ein Haushaltsdefizit, also ein negativer Verwaltungshaushalt, Erstattungsansprüche gegenüber einer Kommune nicht ausschließt. Der Senat hat allerdings bei nicht konkursfähigen öffentlichen Unternehmen das negative Betriebsergebnis, also das Haushaltsdefizit einer Kommune, und die Erfüllung der Erstattungsforderungen aus der Substanz des Unternehmens als Indiz für die Gefährdung von Arbeitsplätzen gesehen ([BSGE 88, 31, 40 = SozR 3-4100 § 128 Nr 12](#) unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung des Senats). Dass öffentliche Unternehmen und insbesondere Kommunen ungeachtet eines Haushaltsdefizits weiterhin jedenfalls Pflicht-, aber faktisch auch freiwillige Aufgaben erfüllen müssen, kann eine Gefährdung von Arbeitsplätzen ausschließen, weil weiteres Personal zum Ausgleich eines wegen der Erstattungsforderung wieder erhöhten Defizits nicht abgebaut werden kann. Dies bedeutet jedoch nur, dass allein die Tatsache eines Haushaltsdefizits nicht ausreicht, um nachzuweisen, eine Erstattungsforderung nach § 128 AFG gefährde weitere Arbeitsplätze bei der Kommune.

Die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze kann auch nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil die Klägerin nicht dargelegt und nachgewiesen hat, dass sie weder freiwillige Aufgaben einschränken noch Vermögen veräußern könne. Eine Forderung, an Stelle von Personalabbau andere, möglicherweise nicht personalrelevante Aufgaben einzuschränken oder Vermögen zu veräußern, wie sie in der Rechtsprechung

teilweise erhoben worden ist (vgl LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. März 2002, [L 12 AL 33/00](#)), ist unzulässig, denn sie greift in die Haushaltsgestaltung der Kommune ein. Erreicht diese das Einsparziel wegen der Erstattungsforderungen nicht, steht es ihr offen, dieses durch weitere Personaleinsparungen oder aber durch Einschränkungen von anderen Aufgaben zu verwirklichen. Die Entscheidung darüber liegt bei der Kommune. Legt sie dar, dass sie wegen der Erstattungsforderungen mehr Arbeitnehmer als vorgesehen entlassen muss, um ein Einsparziel im Personalbereich zu erreichen, so kann ihr mit dem Hinweis auf Einsparmöglichkeiten in anderen Bereichen der Nachweis der Gefährdung von Arbeitsplätzen nicht verwehrt werden. Diese Gefährdung liegt jedenfalls dann nahe, wenn eine Kommune langdauernde Haushaltsdefizite aufweist und diesen mit Personaleinsparungen begegnet, also bereits in der Vergangenheit zur Reduzierung des Haushaltsdefizits tatsächlich die absolute Zahl der Beschäftigten über die bloße Fluktuation hinaus vermindert hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung, ob durch die Erstattungsforderung Arbeitsplätze gefährdet werden, ist der Zeitpunkt, in dem die Erstattungsforderung zu erheben ist ([BSGE 87, 132](#), 141 = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)). Ist auch zu diesem Zeitpunkt eine weitere Personalverminderung geplant, liegt eine Gefährdung durch die Erstattungsforderung nahe.

Die Personalverminderung bezieht sich auf die bei der Kommune insgesamt Beschäftigten. Dabei ist auf alle Beschäftigten - einschließlich der Beamten - abzustellen. Da langjährige Angestellte und Arbeiter einen dem Beamtenstatus ähnlichen Kündigungsschutz genießen, ist es angemessen, die Beamten bei der Feststellung einer dem Umfang nach wesentlichen Gefahr für den verbleibenden Personalbestand einzubeziehen. Soweit Beschäftigte im Haushalt nicht mehr als solche ausgewiesen werden, sondern etwa in haushaltstechnisch ausgegliederten Bereichen geführt werden, ist dies keine Personalverminderung. Weiter setzt eine nach § 128 Abs 2 Nr 2 AFG zu berücksichtigende Gefährdung voraus, dass die Erstattungsforderungen der Bundesanstalt für Arbeit (BA) im Verhältnis zu den durch die Personalverminderingen eingesparten Kosten nicht unwesentlich sind.

d) Die vom LSG festgestellten Tatsachen reichen nicht aus, um zu entscheiden, ob die Klägerin gemessen an den eben dargestellten Anforderungen den ihr obliegenden Nachweis, durch die Erstattung wären die verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet, geführt hat. Das LSG ist zwar davon ausgegangen, dass die Klägerin ein Haushaltsdefizit hatte und dass sie in der Zeit vor dem Ausscheiden des H bzw in der ersten Zeit danach ihren Personalbestand tatsächlich vermindert hat. Für die Beurteilung einer unzumutbaren Belastung wegen der Gefährdung verbliebener Arbeitsplätze kommt es jedoch - wie ausgeführt - darauf an, dass die Klägerin ihrem Haushaltsdefizit durch wirkliche Personaleinsparungen - nicht etwa durch Verlagerung von Personal in haushaltstechnisch ausgegliederte Bereiche - begegnet und dass über die Fluktuation und Personalplanung hinaus wegen der Erstattungsforderungen Personaleinsparungen - bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Erstattungsbeträge zu erheben sind - in nicht unwesentlich vermehrtem Umfang geplant sind, weiterhin, dass die Erstattungsforderungen der BA im Verhältnis zu den durch die Personalverminderingen eingesparten Kosten - und nicht etwa im Verhältnis zum Gesamtumfang der Personalausgaben - nicht unwesentlich sind. Insoweit fehlen nachvollziehbare Feststellungen des LSG. Die Klägerin wird deshalb ihr Vorbringen im Hinblick auf die erörterten Merkmale einer unzumutbaren Belastung zu ergänzen und mit der Stellungnahme einer fachkundigen Stelle eine Gefährdung darzulegen haben. Als fachkundige Stelle kommt auch die Kommunalaufsichtsbehörde in Betracht.

Kommt die Klägerin ihrer Darlegungslast nicht nach, hat das LSG gegebenenfalls dahin zu wirken, sich zu den erörterten Merkmalen einer Gefährdung von Arbeitsplätzen vollständig zu erklären. Soweit sich das Vorbringen der Klägerin der Beurteilung des LSG entzieht, wird es sich die Zusammenhänge durch die Klägerin oder die fachkundige Stelle erläutern lassen. Der Senat hat bereits zum Ausdruck gebracht, dass der nach § 128 Abs 2 AFG maßgebliche Beibringungsgrundsatz - wie in [§ 139](#) Zivilprozessordnung - Raum für Beratung und Hinweise durch Verwaltung und Gerichte lässt ([BSGE 87, 132](#), 140 = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)). Dies gilt umso mehr, als § 128 Abs 7 AFG für die Verwaltung ausdrücklich Beratung des Arbeitgebers über Voraussetzungen und Umfang der Erstattung vorsieht.

7. Sollte das LSG bei der erneuten Entscheidung zum Ergebnis kommen, dass die Erstattungspflicht nicht nach § 128 Abs 2 Nr 2 AFG entfällt, wird es auch Gelegenheit haben, die Erstattungsforderung der Höhe nach zu überprüfen.

Zwar ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Bewilligung gegenüber H das Ruhen des Anspruchs wegen Eintritts einer Sperrzeit bis einschließlich 23. Juni 1996 sowie weitere Krankheitstage und nicht ein zusätzliches Ruhen gemäß § 117a AFG berücksichtigt hat. Insoweit verweist das LSG jedoch zu Unrecht auf § 242m Abs 9 AFG, da H nicht innerhalb der in den Zeitraum 1993 bis 1996 fallenden Rahmenfrist 360 Tage vor dem 1. Januar 1993 in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden hat. Allerdings scheidet ein Ruhen gemäß § 117a AFG deswegen aus, weil sich bei der Höhe der Abfindung und des Freibetrages sowie dem nach § 117a Abs 3 Satz 1 AFG in Abzug zu bringenden Arbeitsentgelt, das bereits dem Ruhenszeitraum nach § 117 Abs 2 und 3 AFG zu Grunde gelegen hat, kein Ruhenszeitraum gemäß § 117a Abs 2 iVm Abs 1 Satz 1 AFG errechnet.

Soweit das LSG zur Höhe der zu erstattenden Beiträge ausgeführt hat, die § 114 AFG berücksichtigende Teilung des wöchentlichen Bemessungsentgelts durch sechs statt durch sieben (wie in § 157 Abs 3 Satz 1 AFG vorgesehen) sei nach den Gesetzesmaterialien so gewollt und werde von der Rechtsprechung gebilligt, hat es nicht beachtet, dass der 7. Senat des Bundessozialgerichts die dem Wortlaut des § 157 Abs 3 Satz 1 AFG entsprechende Berechnungsweise als die richtige ansieht ([SozR 3-4100 § 128 Nr 15](#) S 143 f; ähnlich bereits Urteil vom 19. März 1998, [B 7 AL 20/97 R](#), DBIR 4451 zu § 128 AFG). Insoweit wird die Berechnung der Höhe der Beiträge zu überprüfen sein.

8. Mit der weiteren Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens befinden. Wegen der Kostenentscheidung des SG ist auf [§§ 193 Abs 4](#), [184 Abs 1](#) und [183 SGG](#) hinzuweisen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-20