

B 11 AL 45/01 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
11

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum
08.10.1999
2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen

-

Datum
15.02.2001

3. Instanz

Bundessozialgericht
Aktenzeichen

B 11 AL 45/01 R

Datum
08.11.2001

Kategorie

Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 15. Februar 2001 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Streitig ist die Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) sowie von Beiträgen gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Die A. AG vereinbarte mit dem am 24. September 1937 geborenen, seit 2. Februar 1970 von ihr in ihrem Betrieb in K. beschäftigten (W) am 8. November 1995 dessen Ausscheiden zum 30. Juni 1996; W erhielt eine Abfindung von 17.000 DM. W bezog vom 1. Juli 1996 bis 30. September 1997 Alg (wöchentlich 425,40 DM, ab 1997 wöchentlich 418,80 DM); seit dem 1. Oktober 1997 bezieht er Altersrente.

Nach Anhörung der AG stellte die Beklagte fest, daß die AG gemäß § 128 AFG verpflichtet sei, das Alg (sowie die Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung) ab 1. Juli 1996 für längstens 624 Tage zu erstatten (Bescheid vom 18. November 1996). Mit ihrem Widerspruch machte die AG geltend, die Erstattungspflicht entfalle gemäß § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG. Sie habe vom 1. Oktober 1995 bis 30. September 1996 einen mehr als 3 %igen Personalabbau vorgenommen; unter den in diesem Zeitraum ausgeschiedenen Arbeitnehmern sei der Anteil derjenigen, die das 56. Lebensjahr vollendet hätten, nicht höher als der Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums. Am 30. September 1995 habe sie 1105 Mitarbeiter beschäftigt, darunter 100 Personen im Alter von 56 Jahren und älter (9,049 %); der Personalbestand habe sich innerhalb eines Jahres um 79 auf 1026 verringert (105 Abgänge, 26 Eintritte). Unter den innerhalb des Jahres ausgeschiedenen Mitarbeitern seien achtzehn 56 Jahre und älter gewesen; davon hätten aber sieben (sechs wegen Rentenbezuges, ein Todesfall) keine Leistungen der Beklagten in Anspruch genommen und weitere sechs Mitarbeiter hätten selbst gekündigt, so daß lediglich fünf Arbeitnehmer, die aufgrund arbeitgeberseitiger Kündigung oder aufgrund einer Vereinbarung ausgeschieden seien, im Rahmen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG zu berücksichtigen seien. Diese fünf entsprächen einem Anteil von 6,33 % an den ausgeschiedenen Mitarbeitern. Der Widerspruch hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 27. Februar 1997). Nach Klagerhebung forderte die Beklagte nach Anhörung der AG die Erstattung von 14.691,60 DM für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis 30. November 1996 und von 28.899 DM für die Zeit vom 1. Dezember 1996 bis 30. September 1997 (Bescheide vom 12. November 1997 und vom 29. Januar 1998).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage, die seit Oktober 1998 anstelle der AG von der Klägerin betrieben worden ist, abgewiesen (Urteil vom 8. Oktober 1999). Es ist vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 AFG ausgegangen und hat Ausschlußgründe verneint. Zu § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG hat das SG ausgeführt: Vom 1. Oktober 1995 bis 30. September 1996 seien 7,149 % (79 von 1005 Mitarbeitern) des Personals abgebaut worden. Der Anteil der älteren Mitarbeiter (56 Jahre und mehr) habe zu Beginn 9,049 % (100 von 1105) betragen. Für einen Ausschluß der Erstattungspflicht hätten unter den 105 ausgeschiedenen Arbeitnehmern höchstens zehn ältere (9,049 % von 105 = aufgerundet 10) sein dürfen; tatsächlich seien aber von 105 ausgeschiedenen 18 Personen 56 Jahre und älter gewesen. Zwar könne angenommen werden, daß die Arbeitnehmer, die auf Dauer keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung in Anspruch nähmen, nicht mitzuzählen seien; bei Abzug von sieben derartigen Mitarbeitern und verbleibenden elf sei aber die pauschale Befreiungsquote immer noch überschritten. Ohne Bedeutung sei, aus welchen Gründen (zB Eigenkündigungen) die älteren Arbeitnehmer ausgeschieden oder wie lange die Ausgeschiedenen beschäftigt gewesen seien. Denn die pauschale Befreiungsquote habe aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung gerade losgelöst von der Einzelbewertung eingreifen sollen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 15. Februar 2001). Es hat im wesentlichen ausgeführt, die Heranziehung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der AG zur Erstattung sei nicht zu beanstanden. Der Senat weise das Rechtsmittel aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zurück und sehe deshalb von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Bei der Ermittlung der Pauschalabbaquote dürften auch nach Eigenkündigungen ausgeschiedene ältere Arbeitnehmer aus den vom SG genannten Gründen nicht unberücksichtigt bleiben. Gründe der Rechtssicherheit, insbesondere der vereinfachten Kalkulierbarkeit der wirtschaftlichen Folgen von Personalentscheidungen, stünden diesem Ergebnis nicht entgegen. Dem unvorhergesehenen Ausspruch von Eigenkündigungen könne der Arbeitgeber dadurch begegnen, daß er eine Vorabentscheidung gemäß § 128 Abs 7 Satz 2 AFG beantrage. Zu einem anderen Ergebnis führe auch nicht eine verfassungskonforme Auslegung, da der besonderen Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers bei Überschreiten der Quote durch eine Einzelfallbewertung Rechnung getragen werde.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin sinngemäß die Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG: Die Vorschrift des § 128 AFG sei vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)) zu sehen. Nach den Grundaussagen des BVerfG müsse der Arbeitgeber für die eintretende Arbeitslosigkeit des älteren Arbeitnehmers wesentlich verantwortlich sein und sich vor dem Hintergrund des § 128 AFG ggf betriebswirtschaftlich begründet entscheiden, ältere Arbeitnehmer zu entlassen oder weiterzubeschäftigen; er müsse also eine sichere Kalkulationsgrundlage für seine Entscheidung haben. Die besondere Verantwortungsbeziehung bestehe nach dem BVerfG dann nicht, wenn ältere, langjährig beschäftigte Arbeitnehmer Anspruch auf soziale Sicherung aus einem anderen Sozialleistungssystem als dem der Arbeitslosenversicherung hätten oder bei Antragstellung haben würden. Das BVerfG mache damit deutlich, daß der Arbeitgeber bei der Frage der Erstattungspflicht nicht von dem Willen des Arbeitnehmers abhängig sein dürfe. Diese Grundsätze habe das LSG nicht umgesetzt. Es habe zwar herausgearbeitet, daß die älteren Arbeitnehmer, die direkt Rentenleistungen bezögen, bei der Berechnung des Anteils der älteren Arbeitnehmer herauszurechnen seien; unzutreffend gehe das LSG aber davon aus, daß dies nicht für Arbeitnehmer gelte, die, ohne vom Arbeitgeber dazu motiviert worden zu sein, aufgrund einer Eigenkündigung ausgeschieden seien. Dies widerspreche eklatant den Grundsätzen der Verantwortlichkeit, der Kalkulierbarkeit und der nicht hinnehmbaren Abhängigkeit des Arbeitgebers von Entscheidungen des Arbeitnehmers. Ihr, der Klägerin, sei es nicht möglich gewesen, die durch Eigenkündigung ausscheidenden Arbeitnehmer von ihrem Entschluß abzuhalten. Sie habe mit der Pauschalbefreiung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG kalkuliert; hätte sie gewußt, daß Eigenkündigungen erfolgten und daß diese von der Beklagten bei der Ermittlung des Anteils berücksichtigt würden, hätte sie es in der Hand gehabt, entsprechend weniger ältere Arbeitnehmer zu kündigen.

Die Klägerin beantragt,

die Urteile des LSG und des SG sowie die Bescheide der Beklagten vom 12. November 1997 und 29. Januar 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, das LSG habe zutreffend entschieden: Der Wortlaut des Gesetzes lasse die von der Klägerin gewünschte Beschränkung nicht zu. Vor dem negativen Einfluß nicht kalkulierbarer Eigenkündigungen am Ende des Beurteilungszeitraumes könne sich der Arbeitgeber durch Herbeiführung einer Vorabentscheidung nach § 128 Abs 7 Satz 2 AFG schützen.

Auf Aufforderung des Senats hat die Klägerin vorgetragen: Die AG habe aus ihrem Geschäftsbereich "Textile Fasern" die deutschen Aktivitäten des Teilbereichs Viskose, der eigenständig in K. betrieben worden sei, per Einbringungsvertrag vom 5. Mai 1998 mit Wirkung ab 1. Juli 1998 auf die Klägerin übertragen. Die Arbeitsverhältnisse sowie Maschinen und Anlagen seien per Betriebsübergang auf die Klägerin übergegangen.

II

Die Revision der Klägerin ist iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

1. Verfahrensmängel, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind, da sie einer Sachentscheidung des Revisionsgerichts entgegenstehen, liegen nicht vor. Zu entscheiden ist über eine Anfechtungsklage, die sich gegen die Heranziehung der AG zur Erstattung von Alg usw richtet, die das Arbeitsamt D. mit den Bescheiden vom 12. November 1997 und 29. Januar 1998 verfügt hat. Diese Bescheide sind, wie schon das SG unbeanstandet und zutreffend entschieden hat, gemäß [§ 96 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) Gegenstand des Verfahrens geworden, in dem sich die AG gegen die vom Arbeitsamt früher getroffene und durch die genannten Bescheide ersetzte Regelung zur Wehr gesetzt hat. Allerdings hat die AG den Prozeß nicht fortgesetzt. An ihre Stelle ist die klagende Kommanditgesellschaft in das Verfahren eingetreten, die angibt, daß die AG ihre deutschen Aktivitäten des Teilbereichs Viskose ihr mit Wirkung vom 1. Juli 1998 übertragen habe. Die Klagänderung, die mit dem Wechsel der Klägerrolle vorgenommen worden ist, ist nach [§ 99 Abs 1 SGG](#) zulässig, da die übrigen Beteiligten eingewilligt haben. Der Zulässigkeit der geänderten Klage steht nicht entgegen, daß die angefochtenen Bescheide sich nicht an die Klägerin, sondern an die AG richten und deren Erstattungspflicht regeln. Für die Klagebefugnis der Klägerin genügt es nach [§ 54 Abs 1 Satz 2 SGG](#), daß sie geltend macht, durch die Heranziehung der AG zur Erstattung von Alg usw beschwert, dh in ihren Rechten verletzt, zu sein. Mangels Klagebefugnis unzulässig wäre die Klage nur, wenn Rechte der Klägerin offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise nicht verletzt sein könnten (vgl für viele [BSGE 43, 134, 141](#) = [SozR 4100 § 34 Nr 6](#); [BSGE 68, 291, 292 f](#) = [SozR 3-1500 § 54 Nr 7](#); [BSGE 70, 99, 100 f](#) = [SozR 3-1500 § 54 Nr 15](#); [BVerfGE 102, 12, 15](#)). Hiervon kann keine Rede sein, auch wenn die Klägerin nicht Gesamtrechtsnachfolger der weiterbestehenden AG ist. Wenn überhaupt, dann ist die streitige Erstattungsforderung vor dem 1. Juli 1998 entstanden und nach Aktenlage inzwischen durch Zahlung getilgt. Sie könnte zusammen mit einem Anspruch auf Rückerstattung des etwa zu Unrecht gezahlten Erstattungsbetrages bei der Übertragung, auf die sich die Klägerin beruft, ihr zugeordnet worden sein (vgl [§§ 126, 133 Umwandlungsgesetz](#)). Ob die angefochtenen Verwaltungsakte die Klägerin tatsächlich in ihren Rechten verletzen, ist eine Frage der Begründetheit der Klage, nicht ihrer Zulässigkeit (vgl [BSGE 14, 164, 165 f](#); [SozR 3-1500 § 54 Nr 1](#)).

2. Ob die AG zur Erstattung von 14.691,60 DM und von 28.899 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 ist § 128 AFG aber 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 W der Fall war.

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 24. September 1937 geborene W hat bei der AG von Februar 1970 bis Juni 1996 durchgehend in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden. Die Erstattungsforderung bezieht sich auf das W ab 1. Juli 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.

3. Nach § 128 Abs 1 Satz 2 AFG tritt die Erstattungspflicht jedoch in den dort näher geregelten Fällen nicht ein. Im Ergebnis zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, daß ein Fall der Nr 6 nicht gegeben ist.

Nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, um mehr als 3 vH innerhalb eines Jahres vermindert und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher ist, als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums entspricht. Diese Voraussetzungen sind nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nicht erfüllt. Nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG hat sich im Betrieb K., in dem W zuletzt mehr als zwei Jahre beschäftigt war, die Zahl der Arbeitnehmer zwar innerhalb des Jahreszeitraums 1. Oktober 1995 bis 30. September 1996 um mehr als drei vH, nämlich von 1105 um 79 (= 7,149 vH) auf 1026 vermindert; der Anteil der im Jahreszeitraum ausscheidenden Arbeitnehmer, die 56 Jahre und älter waren, war aber höher als der Anteil dieser älteren Arbeitnehmer an der Gesamtzahl der Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums. Am 1. Oktober 1995 hatten 100 der 1105 im Betrieb Beschäftigten (= 9,049 vH) bereits das 56. Lebensjahr vollendet; von den bis 30. September 1996 ausscheidenden 105 Arbeitnehmern waren jedoch 18 (= 17,142 vH) 56 Jahre und älter. Nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG wäre eine Erstattungspflicht nur dann nicht eingetreten, wenn sich unter den 105 ausgeschiedenen Arbeitnehmern nicht mehr als zehn ($105 \times 0,09049 = 9,501 =$ aufgerundet 10) befunden hätten, die zum Zeitpunkt ihres Ausscheidens 56 Jahre und älter waren.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, daß nach Nr 3.371 Abs 6 der Dienstanweisung der Beklagten zu § 128 AFG (Dienstblatt-Runderlaß 11/93 vom 3. Februar 1993) die Arbeitsämter bei der Ermittlung der Zahl der innerhalb des Jahreszeitraums ausscheidenden Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, diejenigen nicht zu berücksichtigen haben, die auf Dauer keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung in Anspruch nehmen (zB Arbeitnehmer, die unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Altersrente beanspruchen). Denn werden dementsprechend von den 18 im Jahreszeitraum ausgeschiedenen älteren Arbeitnehmern die sieben Arbeitnehmer nicht berücksichtigt, die wegen Todes bzw wegen einer (vorgezogenen) Altersrente Alg nicht in Anspruch genommen haben, wird die Höchstzahl von zehn Arbeitnehmern immer noch um einen Arbeitnehmer überschritten. Die Ansicht der Revision, zusätzlich zu den von der Beklagten abgesetzten sieben ausgeschiedenen Arbeitnehmern seien sechs weitere Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen, die jeweils nach Eigenkündigungen ausgeschieden sind und für die nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 3 AFG die Erstattungspflicht nicht eintritt, ist nicht zu folgen (ebenso Gagel, AFG, § 128 RdNr 196).

a) Nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG ist "unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben", zu ermitteln und dieser Anteil dem Anteil der älteren Arbeitnehmer an der Gesamtzahl der Beschäftigten zu Beginn des Zeitraums gegenüberzustellen. Davon, daß von den "ausscheidenden Arbeitnehmern" einzelne Personen oder bestimmte Gruppen nicht zu berücksichtigen sind, sagt das Gesetz nichts. Der Wortlaut bietet keinen Anhalt dafür, daß "ausscheidende Arbeitnehmer" nur solche sind, die aufgrund einer Arbeitgeberkündigung oder eines Aufhebungsvertrages ausgeschieden sind. Auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist in bezug auf Arbeitnehmer, die aufgrund eigener Kündigung ausscheiden, eine vom Wortlaut abweichende Anwendung der Nr 6 nicht geboten.

Ist eine der zwei in § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG genannten Quoten eingehalten, hat die Vorschrift zur Folge, daß die Erstattungspflicht des Arbeitgebers nicht eintritt, und zwar unabhängig davon, ob in den Einzelfällen aus anderen Gründen die Erstattungspflicht nicht eintritt. Der Arbeitgeber wird damit "pauschal von der Erstattungspflicht befreit" ([BT-Drucks 12/3423 S 58](#)). Die Vorschrift erweitert damit die Tatbestände, in denen die Erstattungspflicht nicht eintritt, "um von der Einzelfallbewertung gelöste und an objektive Kriterien zu messende Tatbestände" (BT-Drucks aaO). Nr 6 erfaßt somit sowohl Fälle, in denen ein sonstiger "Befreiungs"-Tatbestand nicht gegeben ist, als auch solche, in denen die Erstattungspflicht auch aus anderen Gründen nicht eintritt, zB weil der Arbeitslose Anspruch auf eine vorgezogene Altersrente hat oder der Arbeitgeber nachweist, daß der Arbeitslose das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet hat und wegen der Beendigung eine Abfindung nicht erhält. Nr 6 entlastet zwar den Arbeitgeber, indes nicht in allen Fällen zusätzlich. Ist eine Quote eingehalten, vereinfacht dies allerdings in allen Fällen die Abwicklung der Folgen der Freisetzung älterer Arbeitnehmer; denn für die Beklagte und den Arbeitgeber erübrigt sich die Prüfung, ob in den Fällen des § 128 Abs 1 Satz 1 AFG nach Maßgabe eines der übrigen Tatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG die Erstattungspflicht nicht eintritt. Diese Verwaltungsvereinfachung ist auch beabsichtigt gewesen (BT-Drucks aaO).

Weder aus dieser Funktion des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG noch aus den Gründen, die zu der Vorschrift geführt haben, ergibt sich, daß aufgrund eigener Kündigung ausscheidende ältere Arbeitnehmer beim Anteil der ausscheidenden älteren Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen sind. Die zum Nichteintritt der Erstattungspflicht führenden beiden Tatbestände der Nr 6 knüpfen an einen Personalabbau von mehr als drei bzw mindestens zehn vH innerhalb eines Jahreszeitraums an, lassen diesen aber nicht genügen. Sie setzen zusätzlich voraus, daß nicht vornehmlich ältere Arbeitnehmer Opfer des Personalabbaus sind, der Anteil ausscheidender älterer Arbeitnehmer vielmehr in einem vertretbaren Rahmen erfolgt, wobei sich letzteres einerseits nach der Altersstruktur des Betriebes und andererseits nach dem

Umfang des Personalabbaus richtet. Der Gesetzgeber hat die Vorschrift damit gerechtfertigt, daß bei einem Personalabbau größeren Umfangs "eine sozialen Kriterien entsprechende Auswahl des Arbeitgebers zwischen den für die Personalabbaumaßnahme in Betracht kommenden Arbeitnehmern des Betriebes" ... "aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung als richtig unterstellt" werden könne, wenn der Anteil der mindestens 56-jährigen ausscheidenden Arbeitnehmer den Anteil der zur gleichen Altersgruppe zählenden Mitarbeiter in der Altersstruktur der Gesamtbelegschaft nicht übersteigt ([BT-Drucks 12/3423 S 58](#)). Die Vorschrift knüpft also an Tatbestände an, die eine Erstattungspflicht nicht vorsehen, weil der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis der langfristig beschäftigten älteren Arbeitnehmer durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat (Nr 4) oder berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund (wegen betrieblicher Erfordernisse) zu kündigen (Nr 5), und unterstellt bei Einhaltung der Quoten in pauschalierender Weise diese Tatbestände. Diese Verknüpfung der Nr 6 mit den Nrn 4 und 5 des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG zwingt nicht zu einer Herausnahme von selbst kündigenden Arbeitnehmern. Denn bei der - in pauschalierender Betrachtungsweise als richtig zu unterstellenden - Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Arbeitnehmer unter ausreichender Beachtung sozialer Kriterien zu entlassen, ist auch der Gesichtspunkt von Bedeutung, daß andere Arbeitnehmer von sich aus den Betrieb bereits verlassen haben oder verlassen werden. Gegen das Herausrechnen aufgrund eigener Kündigung ausscheidender Arbeitnehmer aus der Anzahl der ausscheidenden älteren Arbeitnehmer spricht das mit der Vorschrift verfolgte Ziel der Vereinfachung der Abwicklung (vgl [BT-Drucks aaO](#)). Denn anderenfalls wäre bei dem Anteil der ausgeschiedenen älteren Arbeitnehmer zu prüfen, ob Arbeitnehmer aufgrund eigener Kündigung ihr Arbeitsverhältnis beendet haben und, was darüber hinaus verlangt werden müßte, weder eine Abfindung noch eine Entschädigung erhalten oder beanspruchen können (vgl Nr 3). Prüfungen der in § 128 Abs 1 Satz 2 AFG im übrigen genannten Tatbestände, also auch der Nr 3, sollten indes im Falle der Nr 6 gerade entfallen. Gegen das Herausrechnen spricht schließlich, daß dies Raum für Manipulationen ließe (zur Manipulationsgefahr vgl [BVerfGE 81, 156, 203 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)). Im übrigen ist der Arbeitgeber bei den nach eigener Kündigung ausscheidenden Arbeitnehmern regelmäßig durch Nr 3 vor der Erstattungspflicht geschützt, so daß kein Bedürfnis besteht, den Gesichtspunkt der Eigenkündigung im Rahmen der Nr 6 zusätzlich zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Dagegen läßt sich nicht ins Feld führen, dem mit § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG kalkulierenden Arbeitgeber sei Planungssicherheit einzuräumen. Zwar sollte die Vorschrift auch dazu dienen, die Kalkulierbarkeit der wirtschaftlichen Folgen von Personalentscheidungen durch den Arbeitgeber zu vereinfachen ([BT-Drucks 12/3423 S 58](#)). Planungssicherheit war jedoch nicht beabsichtigt. Sie räumt das Gesetz dem Arbeitgeber auch nicht ein. Das träfe nämlich nur zu, wenn die Vorschrift dem Arbeitgeber Rechte gäbe, bei einem größeren Personalabbau in einem bestimmten Umfang ältere Arbeitnehmer freizusetzen, ohne sich Erstattungsforderungen auszusetzen. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn wie schon erwähnt, beruht die Vorschrift lediglich auf der Erwägung, daß bei Einhaltung einer Quote aus Vereinfachungsgründen unterstellt wird, daß die Erstattungspflicht nach einem anderen Tatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG nicht eintritt. Im übrigen hat der Arbeitgeber bei unerwarteten Eigenkündigungen älterer Arbeitnehmer, die regelmäßig auch Kündigungsfristen einzuhalten haben, die Möglichkeit, von der Freisetzung anderer älterer Arbeitnehmer abzusehen, um innerhalb einer Quote zu bleiben. Hinzu kommt, daß er den für die Quote maßgebenden Jahreszeitraum selbst bestimmt (vgl dazu Gagel, AFG, § 128 RdNr 185 ff; Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 128 RdNr 60). Schließlich kann sich der Arbeitgeber dadurch absichern, daß er eine Vorabentscheidung nach § 128 Abs 7 Satz 2 AFG beantragt, ob die Voraussetzungen der Nr 6 erfüllt sind. Darauf haben die Vorinstanzen zutreffend hingewiesen.

Dieses Verständnis des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG steht mit dem Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156 ff = SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)) im Einklang. Denn bei Überschreitung der Quote ist - wie durch den innerhalb des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG zusätzlich eingefügten Satz, bei einer Überschreitung sei in allen Fällen eine "Einzelfallentscheidung" erforderlich, klargestellt wird - im Einzelfall unter Heranziehung aller Tatbestände des § 128 AFG zu prüfen, ob der Arbeitgeber zur Erstattung verpflichtet ist. Diese Vorschriften gewährleisten jedoch, daß nur der Arbeitgeber in Anspruch genommen wird, der durch die Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers, das Alter des Arbeitnehmers bei der Freisetzung und die Art und Weise der Freisetzung eine besondere Verantwortungsbeziehung für den zu erstattenden Aufwand an Alg usw hat.

b) Sind hiernach bei Bestimmung des Anteils der ausscheidenden Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, nicht diejenigen abzusetzen, die ihr Arbeitsverhältnis selbst gekündigt haben, verbleibt es bei den elf im Jahreszeitraum ausgeschiedenen Arbeitnehmern, womit die Quote nicht eingehalten ist, selbst wenn die sieben älteren Arbeitnehmer, die nach ihrem Ausscheiden die Beklagte nicht in Anspruch genommen haben, von den 18 insgesamt ausgeschiedenen älteren Arbeitnehmern abgesetzt werden. Auf die Frage, ob die Praxis der Beklagten mit der Vorschrift übereinstimmt (bejahend Buchner ZIP 1993, 717, 733; Gagel, AFG, § 128 RdNr 197 f; Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 128 RdNr 59; Hess GK-AFG, § 128 RdNr 142; Gagel, SGB III, § 147a RdNr 181 f; Hauck/Noftz, SGB III, § 147a RdNr 193), kommt es nicht an.

4. Das LSG hat hiernach zutreffend erkannt, daß eine Erstattungspflicht der AG nicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG entfällt. Auf einen den Nichteintritt der Erstattungspflicht begründenden Tatbestand nach Maßgabe der anderen Ziffern des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG hat sich weder die AG noch die Klägerin berufen. Soweit im Verwaltungsverfahren und im Urteil des SG entschieden worden ist, daß die Erstattungspflicht nicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG (Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch sozial gerechtfertigte Kündigung des Arbeitgebers) nicht eintritt, ist auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, wonach ein Aufhebungsvertrag diesen Tatbestand nicht erfüllt (vgl ua BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 11](#) mwN).

Dennoch kann der Senat die Klagabweisung durch das LSG nicht bestätigen, weil es jedenfalls an Feststellungen zu Umfang und Höhe der Erstattungsforderung fehlt. Der Arbeitgeber hat Alg usw nur zu erstatten, soweit dieses zu Recht geleistet worden ist (vgl [BSGE 81, 259, 267 = SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#)). Die Vorinstanzen haben nicht beachtet, daß W unmittelbar nach dem Ausscheiden bei der AG Alg erhalten hat, das erstattet werden soll, obwohl dieses W nach § 119 Abs 1 Nr 1 AFG wegen Lösung seines Beschäftigungsverhältnisses möglicherweise nicht zustand. Bei Abschluß eines Aufhebungsvertrages liegt allein darin, daß dem Arbeitnehmer anderenfalls eine arbeitgeberseitige Kündigung drohte, noch kein wichtiger Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses; maßgebend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles (vgl dazu Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 119 RdNr 69). Dem Urteil des LSG sind auch keine eindeutigen Feststellungen zu entnehmen, wie sich im einzelnen die erhobene Erstattungsforderung errechnet. Das LSG hat zwar das W wöchentlich ausgezahlte Alg der Höhe nach beziffert; den übrigen Ausführungen des LSG ist aber zu entnehmen, daß es die Höhe der Erstattungsbeträge nicht näher überprüft hat. So hat das LSG hinsichtlich des Bescheides vom 29. Januar 1998 offenbar unbesehen den Betrag übernommen, den das SG fehlerhaft auf S 5 seines Urteils eingesetzt hat (28.990 DM, im LSG-Urteil "28.9090,00 DM", der richtige Betrag lautet 28.899 DM); darüber hinaus fehlen jegliche Ausführungen zur Höhe der verlangten Beiträge. Schon deshalb ist das Urteil des LSG gemäß [§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#) aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen, so daß offenbleiben kann, ob das

LSG für das Revisionsgericht bindend festgestellt hat, daß W während der Zeit, für die die Erstattung des Alg verlangt wird, Ansprüche auf eine der sog alternativen Sozialleistungen nicht hatte (§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG).

Die Zurückverweisung gibt dem LSG Gelegenheit, auch insoweit die erforderlichen Ermittlungen nachzuholen bzw für Klarheit zu sorgen. Sollte die Beklagte die AG insgesamt zu Unrecht oder mit einem zu hohen Erstattungsbetrag in Anspruch genommen haben,

wird sich das LSG auch davon überzeugen müssen, daß die Klägerin hierdurch in ihren Rechten verletzt wird, bevor es der Klage entspricht. Bei der erneuten Entscheidung wird das LSG schließlich auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-20