

L 8 AL 184/02

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

8

1. Instanz

SG Augsburg (FSB)

Aktenzeichen

S 7 AL 439/99

Datum

13.03.2002

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 8 AL 184/02

Datum

05.09.2003

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 13.03.2002 abgeändert und der Bescheid vom 22.04.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.1999 ganz 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 an den früheren Arbeitnehmer B. ab 01.06.1998 gezahlten Arbeitslosengeldes (Alg) und der Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung streitig.

Die Klägerin beschäftigte vom 01.02.1970 bis 31.05.1998 den 1938 geborenen B. als Geschäftsführer; dieser war an der Gesellschaft nicht beteiligt. Die Klägerin kündigte mit Schreiben vom 01.10.1997 das Arbeitsverhältnis. Die Beklagte bewilligte B. ab 01.06.1998 Alg.

Nach Anhörung der Klägerin forderte die Beklagte mit Bescheid vom 22.04.1999 die Erstattung des für die Zeit vom 01.06. bis 31.12.1998 gezahlten Alg einschließlich der Beiträge in Höhe von 32.274,16 DM. Mit ihrem Widerspruch brachte die Klägerin vor, 1997 erhebliche Einnahmeeinbußen zu tragen gehabt zu haben, die sich schon Ende 1996 abgezeichnet hätten. Eine Reduzierung des Personalbestandes sei daher zwingend erforderlich gewesen. Nachfolger von B. sei sein Sohn, der bisher die Position eines leitenden Angestellten, der zugleich den Geschäftsführer vertreten habe, inne gehabt habe. Diese Stelle habe nicht mehr aufrecht erhalten werden können. Die Sozialauswahl habe sich auf diese beiden Personen beschränkt, wobei man die Entscheidung getroffen habe, den Sohn weiter zu beschäftigen, weil dieser für eine Familie zu sorgen habe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19.07.1999 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Das Arbeitsverhältnis von Personen, die von [§ 14 Abs.1](#) des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) erfasst würden, könne nicht durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet werden, weil [§ 1 KSchG](#) nicht gelte; deshalb könne der Befreiungstatbestand des [§ 128 Abs.1 Satz 2 Nr.4](#) des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) nicht Platz greifen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin vorgetragen, in dem Jahreszeitraum 01.08.1997 bis 31.07.1998 habe sich die Zahl der Beschäftigten um mehr als 10 von Hundert vermindert, und zwar seien von den zu Beginn dieses Jahres beschäftigten 72 Arbeitnehmern 31 ausgeschieden und 13 neu eingestellt worden. Zum 01.08.1997 seien 13 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen, die das 56. Lebensjahr vollendet gehabt hätten. Von diesen seien bis 31.07.1998 lediglich 6 ausgeschieden. Im Übrigen müsse bei einem GmbH-Geschäftsführer jede Kündigung als sozial gerechtfertigt im Sinne des [§ 128 Abs.1 Satz 2 Nr.4](#) AFG gelten.

Die Beklagte hat eingewandt, dass die Klägerin bereits für den Jahreszeitraum 01.01. bis 31.12.1997 einen Befreiungsantrag gestellt habe, dem mit Bescheid vom 09.02.1998 entsprochen worden sei. Die Jahreszeiträume dürften sich nicht überschneiden. Bezüglich des ebenfalls geltend gemachten Zeitraumes 01.04.1998 bis 31.03.1999 seien die Befreiungsvoraussetzungen nicht gegeben, da bei der Ermittlung der Zahl der Beschäftigten Arbeitnehmer mit einer befristeten Beschäftigungsdauer bis zu 8 Monaten unberücksichtigt blieben. Bei einem Beschäftigungsstand von 53 Arbeitnehmern sei die Zahl der Beschäftigten nur um 8 verringert worden, dem stünden Eintritte von 11 Personen gegenüber, so dass sich keine Reduzierung des Beschäftigungsstandes um mehr als 3 von Hundert ergebe.

Mit Urteil vom 13.03.2002 hat das SG die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 22.04.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.1999 verurteilt, die Erstattungsforderung um ein Drittel zu reduzieren, und im Übrigen die Klage

abgewiesen. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Beklagte davon ausgehe, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet habe. Er habe nicht nachgewiesen, dass eine echte Sozialauswahl stattgefunden habe. Auch der Befreiungstatbestand des § 128 Abs.1 Satz 2 Nr.6 AFG sei nicht erfüllt. Eine Überschneidung von Jahreszeiträumen sei nicht zulässig, um die Mehrfachberücksichtigung von Beschäftigten zu vermeiden. In dem Zeitraum ab 01.04.1998 habe keine Reduzierung des Beschäftigungsstandes um mehr als 3 v.H. stattgefunden.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, der Gesetzgeber habe eine Überschneidung von Jahreszeiträumen keineswegs ausgeschlossen. Eine Überschneidung führe nicht zu einer Begünstigung der Klägerin, da hierbei auch die entlassenen älteren Arbeitnehmer gegebenenfalls doppelt gezählt würden. Auch sei die Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen. Aus dem vorgelegten Diagramm über die Gewinn- und Umsatzentwicklung von 1996 bis 1998 ergebe sich, dass in den Monaten Januar und August 1996 die größten Verluste zu verzeichnen gewesen seien, und ab November 1996 der Umsatz gravierend und kontinuierlich gesunken sei. 1996 habe sich ein Gewinn von rund 1.069.000,- DM ergeben, bis einschließlich August 1997 dagegen ein Verlust von 332.000,- DM. Zwar habe im September und Oktober der Umsatz wieder auf eine Million gesteigert werden können, jedoch hätten zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung die Zahlen für September noch nicht vorgelegen. Jedenfalls seien bis einschließlich September 1997 praktisch keine Gewinne erzielt worden. Es seien deshalb unter Berücksichtigung der ersten acht Monate des Jahres 1997 dringende unternehmerische Entscheidungen erforderlich gewesen, zu denen auch die Entlassung des B. gehört habe. Dieser sei als Geschäftsführer in erster Linie für die aufgetretenen Verluste persönlich verantwortlich.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 13.03.2002 abzuändern und den Bescheid vom 22.03.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.1999 ganz aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils des SG seien zutreffend.

Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend erklärt, dass die die Erstattung der Leistungen für die Zeit nach dem 31.12.1998 betreffenden Bescheide nicht Gegenstand des Rechtsstreit seien sollen, vielmehr sich die Beklagte verpflichte, diese Bescheide aufzuheben, falls rechtskräftig feststehe, dass im anhängigen Verfahren eine Erstattungspflicht bestehe.

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 Ausschlussgrund (§ 144 Abs.1 SGG) liegt nicht vor.

Das Rechtsmittel erweist sich auch in der Sache als begründet. Die Beklagte hat keinen Erstattungsanspruch gegen die Klägerin.

Eine Erstattungspflicht ist nicht eingetreten, da die Klägerin im Sinne des § 128 Abs.1 Satz 2 Nr.6 AFG dargelegt und nachgewiesen hat, dass sich die Zahl der Beschäftigten innerhalb eines Jahres um mindestens 10 v.H. vermindert hat, und hierbei der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet gehabt haben, nicht höher war als der doppelte Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn dieses Jahreszeitraumes. Im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten und des SG konnte die Klägerin hierbei den Jahreszeitraum 01.08. 1997 bis 31.07.1998, in dem sowohl der Ausspruch der Kündigung als auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt, heranziehen. Der Arbeitgeber ist in der Wahl des Jahreszeitraumes grundsätzlich frei und insbesondere nicht an Kalenderjahre gebunden (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr.14](#)). Unerheblich ist, dass die Klägerin bereits für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.1997 eine Befreiung beantragt und erhalten hat, da eine Überschneidung von geltend gemachten Jahreszeiträumen zulässig ist (so auch Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, Rdn.189 zu § 147a; anderer Ansicht Brand in Niesel, AFG, 2. Auflage, Rdnr.60 zu § 128). Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass eine solche Überschneidung nicht zu einer unangemessenen Begünstigung des Arbeitgebers führt; zwar kann es hierbei bei der Prüfung des Umfangs einer Personalreduzierung zu einer mehrfachen Berücksichtigung von ausgeschiedenen Arbeitnehmern kommen, jedoch gilt dies in gleicher Weise für die Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben.

Darüber hinaus ist hier der Befreiungstatbestand des § 128 Abs.1 Satz 2 Nr.4 AFG gegeben. Entgegen der Auffassung der Beklagten scheidet dieser Befreiungstatbestand nicht bereits deshalb aus, weil gemäß [§ 14 Abs.1 Nr.1 KSchG](#) die Vorschriften des ersten Abschnittes dieses Gesetzes, insbesondere § 1, nicht für Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen ist, gelten. Auszugehen ist zunächst davon, dass B., der an der Gesellschaft nicht beteiligt war, seine Geschäftsführertätigkeit nicht frei von Weisungen verrichten konnte und deshalb seiner Geschäftsführertätigkeit ein Arbeitsverhältnis zugrunde lag (vgl. BAG, Urteil vom 13.05.1992, [5 AZR 344/91](#), [ZIP 1992, 1496](#) bis 1498). Bei diesem Personenkreis ist zumindest eine hypothetische, fiktive Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung vorzunehmen (Brand in Niesel a.a.O. Rdnr.39; Voelzke a.a.O. Rdnr.142; BSG SozR 3-4100, § 128 Nr.7). In Anbetracht der von der Klägerin schlüssig geschilderten wirtschaftlichen Situation des Unternehmens mit der wegen Umsatz- und Gewinnrückgang erforderlichen allgemeinen Personalreduzierung und den in der Zeit vor Ausspruch der Kündigung angefallenen Verlusten war die Kündigung des Geschäftsführers als personenbedingte Kündigung rechtmäßig. Der Geschäftsführer schuldet den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, weshalb bei einer den Bestand des Unternehmens gefährdenden wirtschaftlichen Entwicklung seine Entlassung gerechtfertigt ist, ohne dass der Nachweis eines vorwerfbaren Verschuldens im eigentlichen Sinne erforderlich ist (vgl. allgemein zur personenbedingten Kündigung wegen Nachlassens der Leistungsfähigkeit Etzel in KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 6. Auflage, Rdnr.384 ff. zu [§ 1 KSchG](#)). Die Ablösung des Geschäftsführers ist demnach eine unternehmerische Entscheidung, die nur daraufhin überprüfbar ist, ob sie unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Auflage, § 131, Nr.4). Somit ist von einer sozial gerechtfertigten Kündigung im Rahmen der hypothetischen Prüfung des [§ 1 KSchG](#) auszugehen. Deshalb kann dahinstehen, ob die Kündigung eines Geschäftsführers lediglich daraufhin geprüft werden kann, ob die Grenzen der [§§ 134, 138 BGB](#) überschritten sind (vgl. Lunk, Erstattungspflicht des Arbeitgebers aus § 128 AFG beim Ausscheiden eines GmbH-Geschäftsführers, DB 1994 S.934 ff.). Im Übrigen hat die Klägerin die für die

ordentliche Kündigung geltende Frist von sieben Monaten eingehalten.

Somit war auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 13.03.2002 abzuändern und der Bescheid vom 22.03.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.1999 ganz 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

2004-03-17