

L 10 AL 246/02

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
10
1. Instanz
SG Nürnberg (FSB)

Aktenzeichen
S 5 AL 713/00

Datum
30.04.2002

2. Instanz
Bayerisches LSG

Aktenzeichen
L 10 AL 246/02

Datum
01.04.2004

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 30.04.2002 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Beiträgen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 52.159,30 DM für die Zeit vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Die 1938 geborene Arbeitnehmerin T. (im Folgenden: T.) war seit 01.10.1970 bei der Klägerin, einer GmbH, die durch Formwechsel mit Eintragung am 05.03.1999 in eine GmbH & Co. KG umgewandelt wurde, beschäftigt. Aufgrund einer Vereinbarung wurde das Arbeitsverhältnis auf Veranlassung der Klägerin aus betrieblichen Gründen nach Maßgabe des vereinbarten Sozialplans sowie unter Beachtung der sozialen Auswahl und unter Einhaltung der für das Arbeitsverhältnis geltenden ordentlichen Kündigungsfrist mit Wirkung zum 31.07.1996 beendet (Aufhebungsvertrag vom 01.12.1995). T. erhielt vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 Alg, anschließend bezog sie Altersrente für Frauen (Bescheid der BfA vom 12.03.1998).

Mit Schreiben vom 13.12.1999 hörte die Beklagte die Klägerin zur Erstattungspflicht des an T. in der Zeit vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 gezahlten Alg samt der Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 52.159,30 DM an und bat um Angabe von Gründen, die die Erstattungspflicht entfallen lassen könnten.

Mit Bescheid vom 17.02.2000 forderte die Beklagte von der Klägerin die Erstattung des genannten Betrages. Das Arbeitsverhältnis mit T. sei nach dem 56. Lebensjahr beendet worden und sie sei in den letzten vier Jahren vor dem Tag der Arbeitslosigkeit mindestens 720 Kalendertage bei der Klägerin beitragspflichtig beschäftigt gewesen. Lediglich für die Zeit vom 01.04.1997 bis 11.04.1997 entfalle wegen Arbeitsunfähigkeit eine Erstattung. Für einen Nichteintritt der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs 1 Satz 2 AFG ergäben sich keine Anhaltspunkte.

Den hiergegen eingelegten Widerspruch begründete die Klägerin damit, die Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG lägen vor. Diese Regelung sei auch auf Aufhebungsverträge anzuwenden. Zudem sei der pauschale Befreiungstatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG gegeben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19.07.2000 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Die Klägerin sei erstattungspflichtig. Insbesondere unterfalle ein Aufhebungsvertrag nicht der Regelung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG. Für ein Vorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG seien keine wichtigen Gründe vorgetragen worden.

Mit der hiergegen zum Sozialgericht Nürnberg (SG) erhobenen Klage hat die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen wiederholt. Das SG hat die Klage mit Urteil vom 30.04.2002 abgewiesen. Die allgemeine Befreiung von der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG sei nicht streitgegenständlich, vielmehr werde diese Regelung im Rahmen eines anderweitigen sozialgerichtlichen Verfahrens ([S 15 AL 199/99](#), [S 15 AL 697/99](#) und [L 10 AL 169/02](#)) überprüft. Im Übrigen lägen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen für diese Regelung nicht vor. Lediglich vom 01.04. bis 11.04.1997 sei T. arbeitsunfähig gewesen und habe eine anderweitige Sozialleistung bezogen. Mit Ausnahme des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 und 5 AFG kämen keine Befreiungstatbestände in Betracht. Insbesondere mangle es an Hinweisen für eine eventuelle Berufsunfähigkeit der T. im streitigen Zeitraum. Die von der Klägerin angeführte Regelung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG

beziehe sich nicht auf Aufhebungsverträge. Es sei allein auf das tatsächlich gewählte Gestaltungsmittel bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses abzustellen. Anhaltspunkte dafür, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund hätte erfolgen können (§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG), fänden sich nicht. Die Regelung des § 128 AFG sei nicht verfassungswidrig. Der zu erstattende Betrag sei zutreffend berechnet worden.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung zum Bayer. Landessozialgericht eingelegt.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, das Urteil des SG Nürnberg vom 30.04.2002 sowie den Bescheid vom 17.02.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Auf die am 08.03.2004 zugegangene Ladung zur mündlichen Verhandlung am 01.04.2004, 11.30 Uhr, hat der Klägerevertreter per Telefax am 16.03.2004 mitgeteilt, er sei wegen eines anderweitigen Termins verhindert, ein Vertreter stehe nicht zur Verfügung. Ein neuer Termin möge mit seiner Sekretärin abgesprochen werden. Er hat diesbezüglich eine Ladung zu einem Termin vor dem Arbeitsgericht Nürnberg (01.04.2004, 10.30 Uhr) übersandt, aus der weder hervorgeht, ob diese Ladung gerade den sachbearbeitenden Prozessbevollmächtigten betrifft, noch wann die Sozietät des Prozessvertreters für dieses Verfahren bevollmächtigt worden war. Trotz entsprechender Zusage hat der Klägerbevollmächtigte sich telefonisch nicht gemeldet. Mit Schreiben vom 18.03.2004 hat der Senat den Klägerbevollmächtigten darauf hingewiesen, eine entsprechende Verhinderung seiner Person wie auch der anderen Sozietätsmitglieder - die Vollmacht, die dem SG vorlag, war auf die gesamte Sozietät ausgestellt - sei noch nachzuweisen; evtl. könne der Termin auch zeitlich nach hinten verschoben werden. Es handele sich um eine einfache Sach- und Rechtslage. Am Tag der mündlichen Verhandlung erklärte der Prozessbevollmächtigte per Telefax, er habe von dem gerichtlichen Schreiben vom 18.03.2004 erst am 26.03.2004 Kenntnis genommen. Eine Terminsverlegung sei aus den bereits genannten Gründen erforderlich, ein anderes Mitglied der Sozietät stünde nicht zur Verfügung und wäre zur Vertretung auch nicht berufen.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die beigezogenen Akten der Beklagten (Erstattungsakte sowie Leistungsakte der T.), die Akten des gerichtlichen Verfahrens S 5 AL 131/01 ER und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung (§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-) ist zulässig, aber nicht begründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das SG die Klage abgewiesen. Der Bescheid vom 17.02.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2000 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Sie hat das durch die Beklagte an T. für die Zeit vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 ausgezahlte Alg sowie die geleisteten Beiträge zur Sozialversicherung zu erstatten.

Einer Beiladung der T. bedarf es nicht. Hierzu wird auf die Ausführungen des SG Bezug genommen (§ 153 Abs 2 SGG).

Der Senat konnte trotz Nichterscheinens des Klägerbevollmächtigten verhandeln und entscheiden. Hierauf war in der Ladung hingewiesen worden. Einer Terminsverlegung bzw Vertagung bedurfte es nicht. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist dadurch nicht verletzt (§§ 62, 128 SGG, Art 103 Abs 1 Grundgesetz). Unabhängig davon, dass die von der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten angekündigten telefonischen Rückrufe nicht in der vereinbarten Zeit erfolgt sind, obwohl auf jeden Fall eine Kontaktaufnahme mit der Vermittlung bzw. der Geschäftsstelle des Gerichts möglich gewesen wäre, das erste Verlegungsgesuch erst 8 Tage nach Erhalt der Ladung gestellt wurde und eine Reaktion auf das gerichtliche Anschreiben vom 18.03.2004 erst am Sitzungstag erfolgte (der Klägerbevollmächtigte hat dieses Schreiben erst am 26.03.2004 zur Kenntnis genommen, was jedoch nicht bedeutet, dass dieses Schreiben nicht bereits - wie üblich - am Montag, den 22.03.2004, die Kanzlei erreicht haben dürfte), fehlt es am Vorliegen eines erheblichen Grundes, der eine Verlegung oder Vertagung veranlassen würde (§ 202 SGG iVm § 227 Zivilprozessordnung -ZPO-), zumindest aber an dessen Glaubhaftmachung (vgl hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 11.Aufl, § 102 RdNr 6; auch OLG Schleswig in: NJW 1994, 1227). Ein Termin beim Arbeitsgericht Nürnberg am 01.04.2004 um 10.30 Uhr hindert eine Wahrnehmung des Termins vor dem Senat um 11.30 bzw bei angebotener zeitlicher Verschiebung nach hinten nicht. Weitere Termine am 01.04.2004 werden vom Prozessbevollmächtigten zwar behauptet, wobei es sich aber offensichtlich nicht um Gerichtstermine handelt, jedoch in keinsten Weise - wie gefordert - glaubhaft gemacht. An dieser Glaubhaftmachung fehlt es auch hinsichtlich der Verhinderung der anderen Sozietätsmitglieder, die ebenfalls bevollmächtigt waren und eine Vertretung hätten übernehmen können, denn es handelte sich lediglich um eine im Sachverhalt geklärte Rechtsfrage, die bereits höchstrichterlich in den wesentlichen Punkten entschieden ist und lediglich eine einzige Vorschrift des AFG betrifft. Eine - selbst kurzfristige - Einarbeitung durch ein anderes Sozietätsmitglied wäre möglich gewesen. Weitere Gründe, die eine Vertretung durch ein anderes Sozietätsmitglied als nicht zumutbar erscheinen lassen, werden nicht vorgetragen (vgl zur Vertretung durch Sozietätsmitglieder, nicht aber durch einen "fremden" Anwalt: BSG, Beschluss vom 18.06.2003 - B 13 RJ 223/02 B, veröffentlicht in Juris; BSG SozR 3-1750 § 227 Nr 1 = MDR 1996, 633, wobei dort allein - im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt - auf die Kurzfristigkeit der Ladung zu einem anderweitigen Termin abgestellt worden war; BSG SozR 1750 § 227 Nr 2; BVerwG NJW 1995, 1231; Baumbach/ Hartmann, ZPO, 62.Aufl, § 227 RdNr 23; Zöller/ Stöber, ZPO, 23.Aufl, § 227 RdNr 6; Kopp/Schenke aaO). Die vom Prozessbevollmächtigten angeführte Rechtsprechung und Literatur ist unzutreffend. Die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 36, 102 ff) betrifft die vorliegende Streitfrage nicht. Das BSG hat in MDR 1996, 633 (nicht: S 33) auf die Kurzfristigkeit einer anderweitigen Ladung Bezug genommen. Ein solcher Sachverhalt liegt hier ebenfalls nicht vor. Stöber hält in seiner Kommentierung in Zöller, ZPO, einen wichtigen Grund nicht für gegeben, wenn eine anderweitige Vertretung durch ein Mitglied der Sozietät möglich ist. Das OLG Schleswig in NJW 1994, 1227 betrifft wesentlich die Frage der Richterablehnung, verlangt ebenfalls die Glaubhaftmachung der Verhinderung und steht in der Eindeutigkeit seiner Aussage nicht im Einklang mit der Literatur und der anderweitigen Rechtsprechung insbesondere des BSG.

Verhinderungsgründe sind daher zumindest nicht glaubhaft gemacht worden. Eine Verlegung oder Vertagung war somit nicht erforderlich.

Die angegriffenen Bescheide sind zu Recht ergangen. Der Bescheid vom 17.02.2000 sowie der Widerspruchsbescheid vom 19.07.2000 ist der Klägerin, die durch Formwechsel (Eintragung vom 05.03.1999) in eine GmbH & Co. KG umgewandelt wurde, zutreffend bekanntgegeben worden (§ 37 Abs 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch -SGB X-). Bei Umwandlung gemäß §§ 190, 202 Abs 1 Nr 1 Umwandlungsgesetz besteht

die Gesellschaft in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Form weiter (Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 17. Auflage, § 60 Rdnr 4). Es liegt mithin überhaupt keine Rechtsnachfolge vor (Schaub in Münchner Kommentar, BGB, 3. Aufl., § 613a Rdnr 208). Der Rechtsträger neuer Rechtsform darf seine bisher geführte Firma beibehalten ([§ 200 Abs 1 Satz 1 Umwandlungsgesetz](#)). Die Bescheide sind somit gegenüber der Klägerin wirksam ([§ 39 Abs 1 SGB X](#)).

Gegenstand des Rechtsstreits sind allein die Befreiungstatbestände gemäß § 128 AFG, die eine Einzelfallentscheidung erfordern. Nicht Gegenstand des Rechtsstreites ist insbesondere die pauschale Befreiung von der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 6 AFG. Diese ist gemäß § 128 Abs 7 Satz 2 AFG Gegenstand eines gesonderten Verfahrens ([L 10 AL 169/02](#)).

Die Erstattungspflicht der Klägerin für die Zeit vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 ergibt sich aus § 128 Abs 1 Satz 1 AFG in der bis 31.03.1999 geltenden Fassung (§ 242x Abs 6 AFG, [§ 431](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch -SGB III-; vgl dazu die Ausführungen des SG, [§ 153 Abs 2 SGG](#)). Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Regelung sind unstrittig gegeben.

Allerdings tritt die Erstattungspflicht dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat oder er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufrfrist zu kündigen (§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 und 5 AFG).

Vorliegend kommt allein der Tatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG in Betracht. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass T. aus wichtigem Grund hätte gekündigt werden können (§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG). Diesbezüglich wird auch auf die Ausführungen des SG Bezug genommen ([§ 153 Abs 2 SGG](#)).

Die Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG sind jedoch nicht gegeben. Das Beschäftigungsverhältnis der T. ist nicht durch sozial gerechtfertigte Kündigung, sondern durch Aufhebungsvereinbarung beendet worden. Wenn aber das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag und nicht durch ordentliche Kündigung beendet wird, greift die Ausnahme von der Erstattungspflicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG nicht ein. Das BSG hat bereits mehrfach entschieden, dass diese Regelung über ihren Wortlaut hinaus nicht auf Fälle einer einvernehmlichen (sozial gerechtfertigten) Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag oder ähnliches erstreckt werden kann. Ein Aufhebungsvertrag lässt sich mithin nicht als sozial gerechtfertigte Arbeitgeberkündigung i.S. des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG werten, selbst wenn materiell-rechtlich die Voraussetzungen für eine sozial gerechtfertigte, ordentliche Kündigung vorgelegen haben. Ein solches Abstellen auf die äußere Form der Aufhebung entspricht der Sichtweise des BVerfG, nach der gerade in der Wahl bestimmter "Formen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen älterer, langjährig beschäftigter Arbeitnehmer" ein Indiz dafür zu sehen ist, dass die Arbeitslosigkeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fällt. Demgegenüber würde eine materielle, in erster Linie auf die der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugrunde liegenden Interessenlage abstellende Sichtweise dazu führen, die Erstattungsregelung des § 128 AFG praktisch zu entwerten. Denn der bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses älterer Arbeitnehmern häufig fehlende Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer würde die Feststellung darüber i.d.R. erschweren oder unmöglich machen, ob der Arbeitgeber unabhängig von seinem formellen Beitrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch materiell die Beendigung initiiert und gefördert hat. Sollen die mit § 128 AFG verfolgten Zwecke erreicht und Missbrauch abgewendet werden, so ist bei der Auslegung der Befreiungstatbestände an die vom Gesetzgeber vorgegebene äußere Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuknüpfen, zumal der Abschluss eines Aufhebungsvertrages regelmäßig dazu führt - und dies auch häufig bezweckt -, die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Kontrolle durch die Arbeitsgerichte zu entziehen (so: BSG, Urteil vom 20.09.2001 - [B 11 AL 30/01 R](#) - veröffentl. in Juris mwN; ebenso: BSG, Urteil vom 04.09.2001 - [B 7 AL 64/00 R](#) - veröffentl. in Juris; Brand in Niesel, SGB III, 2. Auflage, § 147a Rdnr 38, Rolfs in Gagel, SGB III, § 147a Rdnr 158, Stand: Nov 2003). Aufgrund dieser gefestigten Rechtsprechung ist der zum Teil vertretenen anderweitigen Auffassung (vgl: Rolfs in Gagel aaO Nr 160 ff) aus den genannten Gründen nicht zu folgen.

Somit besteht die Pflicht zur Erstattung gemäß § 128 Abs 1 Satz 1 AFG des vom 01.08.1996 bis 31.03.1998 geleisteten Alg. Die von der Beklagten geleisteten Beiträge zur Sozialversicherung sind gemäß § 128 Abs 4 AFG zu erstatten.

Die Berechnung des zu erstattenden Betrages ist zutreffend erfolgt. Gegenteilige Anhaltspunkte fehlen. Der Zeitraum des Bezuges von Krankengeld vom 01.04. bis 11.04.1997 ist bei der Berechnung entsprechend mindernd berücksichtigt worden.

Nach alledem ist die Berufung zurückzuweisen.

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

Gründe, die Revision gemäß [§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2004-07-16