

L 12 AL 168/01

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
12
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 27 AL 190/97
Datum
12.07.2001
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 12 AL 168/01
Datum
26.06.2002
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7 AL 208/02 B
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12.07.2001 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Umstritten ist die Erstattung von Arbeitslosengeld und Sozialversicherungsbeiträgen nach § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Hierbei ist insbesondere noch streitig, ob ein Ausnahmetatbestand nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG vorliegt.

Die 1935 geborene Arbeitnehmerin Frau R ... L ... war in der Zeit vom 04.04.1972 bis zum 30.06.1993 zuletzt als Feinwerkerin bei der Klägerin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde am 12.03.1993 zum 30.06.1993 seitens der Klägerin aufgekündigt. Mit Wirkung zum 31.03.1993 schied weitere 30 Mitarbeiter der Klägerin gem. § 613 a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) im Rahmen eines Teilbetriebsübergangs bei der Klägerin aus und wurden bei der 100%igen Tochtergesellschaft, der E ...-Elektronischen Fabrik GmbH E ..., in der neugegründeten Betriebsstätte W ... weiter beschäftigt.

Die Beklagte gewährte Frau L ... Arbeitslosengeld ab dem 22.07.1993 (nach der Zeit der Urlaubsabgeltung) für 832 Tage.

Nach Anhörung der Klägerin teilte die Beklagte mit Bescheiden vom 09.10.1995, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 09.07.1997 der Klägerin mit, dass sie für die Zeit vom 22.07.1993 bis zum 31.01.1995 Leistungen in einer Gesamthöhe von 39.472,69 DM zu erstatten habe. Sie verlangte die Erstattung von Arbeitslosengeld für längstens 624 Tage zuzüglich der hier auf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung.

Gleichzeitig verneinte sie das Vorliegen von Umständen, die nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 bzw. Abs. 2 Nr. 2 AFG den Nichteintritt der Erstattungspflicht rechtfertigen könnten. Auch ein veranlassendes ärztliches Gutachten habe keinen Befreiungstatbestand ergeben.

Dagegen hat die Klägerin am 17.07.1997 Klage vor dem Sozialgericht Dortmund erhoben, mit der sie sich nunmehr nur noch auf den Befreiungstatbestand gem. § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG berufen hat. Sie hat vorgetragen: Der Personalbestand habe sich vom 01.04.1993 von 593 Personen auf 525 Personen zum 31.03.1994 vermindert. Dies entspreche 11,467 %. Von den 593 Mitarbeitern zum 01.04.1993 seien 56-jährig und älter insgesamt 30 Personen gewesen, was einem Anteil von 5,05059 % entsprochen habe. Aus diesen Zahlen ergebe sich ein Höchstanteil ausscheidender älterer Arbeitnehmer von 7 Personen ($68 \times 0,059 \times 2 = 6,88$).

Vor dem Sozialgericht hat die Klägerin beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 09.10.1995 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 09.07.1997 und der Bescheide vom 17.10.1997 und 20.07.1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgebracht: § 613 a BGB sei ein Schutzgesetz zu Gunsten der Arbeitnehmer. Die Arbeitsplätze blieben damit denjenigen Arbeitnehmern erhalten, die sie im Zeitpunkt des Betriebsübergangs innehatten. Der Betriebsnachfolger habe nicht das Recht, einzelne

oder Teile der Belegschaft vom Übergang des Arbeitsverhältnisses auszuschließen. Eine Betriebsausgründung könne daher keinen Einfluss auf die Gesamtzahl der Beschäftigten in den Betrieben haben.

Während des laufenden Klageverfahrens hat die Beklagte mit Bescheid vom 17.07.1997 die Erstattungspflicht auch im Hinblick auf § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG festgestellt. In den Gründen hat sie ausgeführt, bei der Zahl der Personalausstritte im beantragten Jahreszeitraum seien Personalverminderungen im Rahmen des [§ 613 a BGB](#) nicht zu berücksichtigen. Nach erneuter Anhörung der Klägerin vom 02.03.1998 hat die Beklagte mit weiterem Bescheid vom 20.07.1998 das Bestehen der Erstattungspflicht für den Zeitraum 22.07.1993 bis 31.01.1995 und die Gesamtforderung von 39.472,69 DM bestätigt. Die vorgenannten Bescheide sind gem. [§ 96](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des sozialgerichtlichen Klageverfahrens geworden.

Mit Urteil vom 12.07.2001 hat das Sozialgericht (SG) die Bescheide der Beklagten vom 09.10.1995 und 20.07.1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 09.07.1997 und die Bescheide vom 17.10.1997 und 20.07.1998 aufgehoben. In den Gründen hat es u. a. ausgeführt: Die Klage sei begründet, da der Beklagten ein Erstattungsanspruch für die Arbeitnehmerin L ... für die Zeit vom 22.07.1993 bis 31.01.1995 nicht zustehe. Die Erstattungspflicht entfalle vorliegend gem. § 128 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 AFG, da sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb der Klägerin um mehr als 3 v. H. innerhalb eines Jahres vermindert habe und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher gewesen sei als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der in dem Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraumes entspreche. Wenn sich die Zahl der Beschäftigten im gleichen Zeitraum um mindestens 10 v. H. vermindere, verdoppele sich der Anteil der älteren Arbeitnehmer, der bei der Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht überschritten werden dürfe. Diese letztgenannte Voraussetzung sei hier unstreitig bei der Klägerin erfüllt. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien auch die Arbeitnehmer im Rahmen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG zu berücksichtigen, die im Wege des Betriebsübergangs aus dem Betrieb der Klägerin ausgeschieden seien. Der Gesetzgeber stelle als Eingangsvoraussetzung nur pauschal auf Personalverminderung ab. Dieses Ergebnis werde auch durch die Übergabe eines Betriebsteils mit den entsprechenden Arbeitnehmern erreicht.

Gegen dieses ihr am 18.07.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.08.2001 Berufung eingelegt, mit der sie geltend macht: Die im Wege des Betriebsübergangs ausgeschiedenen Arbeitnehmer seien im Rahmen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG bei der Personalverminderung nicht mit zu berücksichtigen. Ein Betriebsübergang im Rahmen des [§ 613 a BGB](#) habe zur Folge, dass die Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes automatisch auf den Betriebserberwerber übergangen. Damit werde ein Weiterbestehen des alten Arbeitsvertrags bewirkt, womit aber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer gerade nicht als "normal gekündigte" Arbeitnehmer betrachtet werden könnten. Diese seien gerade nicht aus dem Betrieb ausgeschieden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12.07.2001 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie weist auf folgendes hin: Sie habe dargelegt und nachgewiesen, dass die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand gem. § 128 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 6 AFG erfüllt seien. Der Personalbestand habe sich am 01.04.1993 auf 593 Personen und am 31.03.1995 auf 525 Personen belaufen. Insgesamt ergebe sich daraus eine Personalverminderung von 68 Personen, dies entspreche 11,467 %. 56-jährig und älter seien von den 593 Mitarbeitern am 01.04.1993 30 Personen gewesen, dies entspreche einem Anteil von 5,059 %. Daraus ergebe sich ein Höchstanteil ausscheidender Arbeitnehmer von 7 Personen. Aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden seien im vorgenannten 12-Monatszeitraum lediglich 5 Mitarbeiter, die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeitslosenversicherung in Anspruch genommen hätten. Weitere ältere in diesem Zusammenhang relevante Arbeitnehmer seien bei der Klägerin bis zum 31.03.1994 nicht ausgeschieden. Die Beklagte verkenne, dass bei der Prüfung des vorgenannten Befreiungstatbestandes auf den vermeintlich erstattungspflichtigen Betrieb und nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer abzustellen sei. Zwar gelte nach [§ 613 a BGB](#) das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers weiter fort, dies sage jedoch nichts darüber aus, welches Schicksal das Arbeitsverhältnis in Bezug auf den potentiell erstattungspflichtigen Betriebsveräußerer nehme. Hier werde der Arbeitgeber ausgetauscht. Wenn aber der bisherige Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis ausscheide, so scheidet aus seiner Sicht auch die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer aus dem Betrieb aus. Entsprechend seien diese dann bei der Prüfung des Befreiungstatbestandes mit zu berücksichtigen. Im Übrigen verkenne die Beklagte, dass vorliegend nicht der gesamte Betrieb übergegangen sei, sondern nur ein Teilbetriebsübergang stattgefunden habe.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der die Klägerin und Frau L ... betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen. Diese waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Zu Recht hat das SG die angefochtenen Bescheide und die gem. [§ 96 SGG](#) zum Streitgegenstand gewordenen Bescheide vom 17.10.1997 und 20.07.1998 aufgehoben, da diese rechtswidrig sind. Die Beklagte hat zu Unrecht die Klägerin zur Erstattung von Arbeitslosengeld und Sozialversicherungsbeiträgen für die Arbeitnehmerin L ... in Höhe von insgesamt 39.472,69 DM herangezogen, da diese sich zu Recht auf den Nichteintritt ihrer Erstattungspflicht gem. § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG berufen hat.

Nach § 128 Abs. 1 Satz 1 AFG in der ab 01.01.1993 geltenden und hier anwendbaren Fassung 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 Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage. Diese Voraussetzungen sind zwischen den Beteiligten unstreitig bei der Arbeitnehmerin L ... erfüllt. Das Arbeitsverhältnis ist nicht vor Vollendung des 56. Lebensjahres beendet worden (§ 128 Abs. 1 Satz 2 AFG). Zu Gunsten der Klägerin greift jedoch hier der Ausnahmetatbestand des §

128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG ein. Nach dieser Vorschrift entfällt die Erstattungspflicht, wenn die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem die Arbeitslose zuletzt mindestens 2 Jahre beschäftigt war, um mehr als 3 v. H. 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 in dem Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums entspricht. Wenn sich die Zahl der Beschäftigten im gleichen Zeitraum um mindestens 10 v. H. vermindert, verdoppelt sich der Anteil der älteren Arbeitnehmern, die bei der Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht überschritten werden darf. Hierbei werden rechnerische Bruchteile aufgerundet. Diese letztgenannte Voraussetzung (Verminderung der Arbeitnehmer um mindestens 10 v. H.) ist zwischen den Beteiligten unstrittig von den Zahlen her erfüllt. Der Personalbestand der Klägerin belief sich am 01.04.1993 auf 593 Personen, am 31.03.1994 auf 525 Personen. Daraus ergab sich eine Personalverminderung von 68 Personen, dies entsprach 11,467 %. 56-jährig und älter waren von den 593 Mitarbeitern am 01.04.1993 30 Personen. Dies entsprach einem Anteil von 5,059 %. Daraus ergibt sich ein Höchstanteil ausscheidender älter Arbeitnehmer von 7 Personen ($68 \times 0,05059 \times 2 = 6,88$).

Der Senat teilt die Auffassung des Sozialgerichts, dass im Rahmen von § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG diejenigen Arbeitnehmer mit zu berücksichtigen sind, die im Wege des Teilbetriebsübergangs aus dem Betrieb der Klägerin ausgeschieden sind ([§ 613 a BGB](#)). Die Beklagte erkennt, dass vorliegend nicht der gesamte Betrieb gem. [§ 613 a BGB](#) übergegangen ist, sondern nur ein Betriebsteil, und zwar die Hochspannungssicherung, auf die Firma E ... übertragen worden ist. Dies bedeutet jedoch nichts anderes, als dass die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer bei dem Teilbetriebsübergang zwar weiter Bestand hatten, dass die Arbeitnehmer bezogen auf die Klägerin, den alten Arbeitgeber, jedoch ausgeschieden waren. Weiter ausgeschieden waren im hier entscheidenden 12-Monatszeitraum 5 Mitarbeiter, die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeitslosenversicherung in Anspruch genommen hatten. Da der Betrieb der Klägerin nicht aufgelöst worden ist, sondern weiter fortbestanden hat, ist es letztendlich unerheblich, ob die Arbeitnehmer im Wege einer Kündigung oder aber im Wege des Teilbetriebsübergangs nicht mehr als Arbeitnehmer für den Betrieb zur Verfügung standen. Nach Auffassung des Senats wäre es daher mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 128 AFG nicht zu vereinbaren, die im Wege des Teilbetriebsübergangs ausgeschiedenen Arbeitnehmer nicht bei der Berechnung mit einzubeziehen, denn der Normzweck des § 128 AFG gebietet, der Übung von Unternehmen entgegen zu wirken, Leistungen der Arbeitslosenversicherung und der Rentenversicherung zur Verbesserung der betriebsnützlichen Personalstruktur zu nutzen (Missbrauchsverhinderungsfunktion). Ferner sollen die Kündigung älterer Arbeitnehmer verhindert (Kündigungsfunktion) und die Rentenversicherungsträger und die Bundesanstalt für Arbeit entlastet werden (Entlassungsfunktion). Maßgeblich ist die Verantwortung des Arbeitgebers für die Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers, der kausal dadurch arbeitslos wird und deshalb Arbeitslosengeld bezieht (vgl. dazu BverfG [NJW 1990, 1230](#); BSG vom 08.11.2001 - [B 11 AL 45/01 R](#) - und BSG vom 03.05.2001 - [B 11 AL 85/00 R](#) - m.w.N.). Daraus folgt, dass es auf die Verantwortung für den Eintritt der tatsächlichen Arbeitslosigkeit und den damit verbundenen Arbeitslosengeldbezug ankommt. Maßgeblich ist daher nach Auffassung des Senats im Rahmen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG das tatsächliche Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb und der Eintritt der Arbeitslosigkeit im Sinne von § 101 AFG. Das bedeutet, dass es auf die Beendigung des leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses und damit auf die faktische Arbeitsaufgabe ankommt. So ist es beispielsweise unerheblich, ob Arbeitnehmern gekündigt worden ist oder diese selbst gekündigt haben oder anders ausgeschieden sind (vgl. Gagel, AFG, § 128 Rdnr. 5; BSG vom 06.11.2001 a.a.O. m.w.N.). Letztlich spricht auch der Wortlaut des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG für die vorgenannte Auslegung. Der Gesetzgeber hat bewusst die Formulierung "Ausscheiden" aus dem Betrieb gewählt. Davon, dass von den "ausscheidenden Arbeitnehmern" einzelne Personen oder Gruppen nicht zu berücksichtigen sind, sagt das Gesetz jedenfalls nicht. Der Wortlaut bietet daher keinen Anhalt dafür, dass "ausscheidende Arbeitnehmer" nur solche sind, die aufgrund einer Arbeitgeberkündigung oder eines Aufhebungsvertrages ausgeschieden sind.

Da im Übrigen die Zahlen zwischen den Beteiligten nicht streitig sind, kann die Klägerin sich daher unter Einbeziehung der gem. [§ 613 a BGB](#) aus ihrem Betrieb ausgeschiedenen Arbeitnehmer zu Recht auf den Ausnahmetatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG berufen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den [§§ 183, 193 SGG](#).

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 SGG](#) nicht vorliegen. Er weicht nicht von der Rechtsprechung des BSG ab. Zudem handelt es sich um einen Einzelfall. Weitere mit gleicher Problematik anhängige Verfahren sind dem Senat nicht bekannt.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-08-21