

---

-

## Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

### 1. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	13.02.1998

### 2. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	12.02.1999

### 3. Instanz

Datum	15.12.1999
-------	------------

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 12. Februar 1999 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zur<sup>1/4</sup>ckverwiesen.

Gr<sup>1/4</sup>nde:

I

Die Kl<sup>1/4</sup>gerin wendet sich gegen ihre Heranziehung zur Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Beitr<sup>1/4</sup>gen zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung, die die Beklagte f<sup>1/4</sup>r den am 29. September 1934 geborenen E. G. (G.) aufgewendet hat.

G. war seit August 1960 bei der dem T. Konzern zugeh<sup>1/4</sup>rigen E. W. AG als Personalsachbearbeiter besch<sup>1/4</sup>ftigt. Im Jahre 1969 schlo<sup>1/4</sup> er mit der Rechtsvorg<sup>1/4</sup>ngerin der Kl<sup>1/4</sup>gerin, der R. S. AG, einen Anstellungsvertrag. Anschlie<sup>1/4</sup>end nahm G. in den Jahren 1976/1977 die Stellung eines Personalleiters bei der ebenfalls zum T. Konzern geh<sup>1/4</sup>renden W. U. GmbH ein. Im Mai 1977 schlo<sup>1/4</sup> G. einen Dienstvertrag mit der Kl<sup>1/4</sup>gerin. G. wurde mit dem Abschl<sup>1/4</sup> des

---

Dienstvertrages, der bis zum 31. Juli 1980 befristet war, zum Mitglied der Geschäftsführung der T. Aufzucht GmbH, einer Tochtergesellschaft der Klägerin, bestellt sowie zum Mitglied des "Geschäftsbereichsvorstandes T. Aufzucht" der Klägerin ernannt. Der Geschäftsbereichsvorstand stellt ein unter der Vorstandsebene angesiedeltes Leitungsgremium dar. Dem Vorstand der Klägerin gehörte G. nicht an.

Unter Bezugnahme auf den Anstellungsvertrag vom Mai 1977 wurde die mit dem Kläger getroffene Vereinbarung im Oktober 1979 und im Dezember 1984 jeweils um fünf Jahre verlängert. Im November 1989 wurde abermals eine Verlängerung, diesmal befristet bis zum 31. Juli 1995, vereinbart. Im November 1994 schlossen die Klägerin und G. ua folgende Vereinbarung:

"1. Ihre Bestellung zum Mitglied des Vorstandes des Geschäftsbereichs T. Aufzucht und zum Mitglied der Geschäftsführung der T. Aufzucht GmbH wird um zwei Monate bis zum Ende des Geschäftsjahres 1994/95, dem 30.09.1995, verlängert.

2. Am 30.09.1995 scheiden Sie aus dem Unternehmen aus und beantragen unter der Voraussetzung einer einjährigen Arbeitslosigkeit ab dem 01.10.1996 die Sozialversicherungsrente bei der BfA.

3. Mit Beginn der Rentenzahlung durch die BfA ab 01.10.1996 erhalten Sie im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung Ruhegeld nach den Richtlinien des Essener Verbandes (Leistungsordnung A) â€¦

4. Da Sie am 15.08.1995 auf eine 35-jährige Unternehmenstätigkeit zurückblicken können, erhalten Sie entsprechend unseren Richtlinien ein Jubiläumsgeschenk in Höhe von zwei Monatsgehältern brutto, zahlbar mit der Entgeltzahlung August 1995.

5. Die Tantieme für das Geschäftsjahr 1994/95 wird im Januar 1996 gezahlt."

G. erhielt ab dem 2. Oktober 1995 Alg. Seit dem 1. Oktober 1996 bezieht er eine Altersrente von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA).

Mit Bescheid vom 22. Oktober 1996 stellte das Arbeitsamt fest, daß die Klägerin das Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge ab 2. Oktober 1995 für längstens 624 Tage zu erstatten habe. Das Widerspruchsverfahren verlief erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 26. November 1996). Ferner verlangte die Beklagte mit Bescheid vom 5. Dezember 1996 einen Betrag in Höhe von 58.510,50 DM (Alg: 35.275,70 DM; Beiträge zur Krankenversicherung: 7.780,41 DM; Beiträge zur Rentenversicherung: 14.770,53 DM; Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung: 683,86 DM) für den Leistungszeitraum 2. Oktober 1995 bis 30. September 1996. Im Hinblick auf die unterbliebene Anführung zum Umfang der Erstattungspflicht ersetzte die Beklagte während des Berufungsverfahrens den Bescheid vom 5. Dezember 1996 durch den Bescheid vom 16. Oktober 1998, mit dem wiederum eine Erstattungsforderung in Höhe von 58.510,50 DM geltend gemacht wurde.

---

Das Sozialgericht hat der Anfechtungsklage stattgegeben (Urteil vom 13. Februar 1998): Der Feststellungsbescheid vom 22. Oktober 1996 sei schon deshalb rechtswidrig, weil das Gesetz einen solchen "Grundlagenbescheid" nicht vorsehe. Auch der Erstattungsbescheid vom 5. Dezember 1996 sei rechtswidrig, weil die Beklagte es versäumt habe, die Klägerin erneut anzuhören. Der Bescheid sei aber auch unabhängig hiervon rechtswidrig. Nach Sinn und Zweck der Gesamtregelung des § 128 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG) lägen die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 3 AFG](#) vor. Es sei zwar keine Eigenkündigung des G. gegeben, jedoch erfordere eine verfassungsrechtliche erweiternde Auslegung die Gleichstellung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung. Die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sei nicht durch eine Initiative des Arbeitgebers, sondern durch Ablauf eines befristeten Anstellungsvertrages erfolgt. Die Befristung dieses Anstellungsvertrages sei zulässig gewesen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 12. Februar 1999 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, den Bescheid vom 16. Oktober 1998 aufgehoben und die Revision zugelassen. Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, die Beklagte habe G. Alg zu Recht bewilligt. G. sei als leitender Angestellter und damit als Arbeitnehmer bei der Klägerin beschäftigt gewesen. Der Anspruch auf Alg habe auch nicht wegen des Eintritts einer Sperrzeit geruht. Die Erstattungspflicht entfalle jedoch deshalb, weil [§ 128 AFG](#) seinem Sinn und Zweck nach unter Beachtung des Grundrechts der Klägerin aus [Art 12 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#) keine Anwendung finde. Es sei geboten, die Erstattungspflicht nur dann eintreten zu lassen, wenn die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers falle. Eine derartige Verantwortlichkeit sei nicht erkennbar, weil das Beschäftigungsverhältnis nicht aufgrund aktiven Tuns der Klägerin beendet worden sei, sondern mit Ablauf einer zu einem früheren Zeitpunkt vereinbarten Befristung geendet habe. Die mehrfach aufeinanderfolgende Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem leitenden Angestellten sei nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls dann wirksam, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund dafür vorhanden sei. Den sachlichen Grund für die wiederholte Befristung sehe der Senat in der gemäß [§ 1 Abs 1, 31 Abs 1](#) des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) anzuwendenden Vorschrift des [§ 84 Abs 1](#) Aktiengesetz (AktG), der für die Bestellung der Mitglieder der Geschäftsführung eine Befristung auf höchstens fünf Jahre vorsehe. Da die Aufgaben des G. als leitender Angestellter der Klägerin im wesentlichen darin bestanden hätten, die (befristete) Organstellung bei dem Tochterunternehmen wahrzunehmen, sehe der Senat in der gesellschaftsrechtlichen Regelung einen sachlichen Grund für die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses. Durch die Vereinbarung vom September 1994 sei das Beschäftigungsverhältnis lediglich um zwei Monate verlängert worden, weil ein Nachfolger in den Tätigkeitsbereich des G. habe eingearbeitet werden müssen. Darin liege ein hinreichender sachlicher Grund für die Vereinbarung einer Auslaufrist. Das Unterlassen einer weitergehenden Verlängerung des Dienstvertrages könne eine besondere Verantwortlichkeit der Klägerin nicht begründen, denn es fehle an einer gesetzlich vorgeprägten Handlungs- und Garantienpflicht des Arbeitgebers für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

---

Dem Regelungszusammenhang des [Â§ 128 AFG](#) sei zu entnehmen, daß allein die Beendigung und mithin die Verkürzung eines ansonsten fortdauernden Beschäftigungsverhältnisses die besondere Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und in deren Folge die Erstattungspflicht hervorrufen solle.

Mit der Revision rügt die Bundesanstalt für Arbeit (BA) eine Verletzung des [Â§ 128 AFG](#). Sie ist der Auffassung, daß die Klägerin durch vertragliche Befristungen des Anstellungsverhältnisses des G. an dem Eintritt seiner Arbeitslosigkeit mitgewirkt habe. Entgegen der Auffassung des LSG könne nicht von der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit der jeweiligen Befristungen des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden, soweit solche überhaupt vereinbart gewesen seien. Das Ausgangsvertragswerk vom Mai 1977 lasse erkennen, daß zwischen den Parteien ein Dauerarbeitsverhältnis bestanden habe, welches durch befristete Funktionsübertragungen zeitweilig in bestimmter Hinsicht ausgefüllt worden sei. Dies ergebe sich aus der Regelung, daß der Vertrag ohne besondere Kündigung mit Ablauf des Geschäftsjahres ende, in dem G. das 65. Lebensjahr vollende. Habe danach zwischen den vertragsschließenden Parteien ein Dauerarbeitsverhältnis bestanden, so sei dieses durch die Vereinbarung vom September 1994 vorzeitig einvernehmlich beendet worden, weil es von der Klägerin sonst nur nach Maßgabe des [Â§ 622 Abs 2](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) habe beendet werden können. Auch wenn kein Dauerarbeitsverhältnis vereinbart gewesen wäre, würden sich die Befristungen wegen objektiver Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen als unwirksam erweisen. Die Auffassung des LSG, die Organ Tätigkeit für die T. Aufzüge GmbH präge die rechtlichen Beziehungen zur Klägerin sei unrichtig und durch keinerlei Fakten belegt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 12. Februar 1999 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 16. Oktober 1998 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, es fehle für eine Anwendung des [Â§ 128 AFG](#) an der erforderlichen Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers. Entgegen der Auffassung der Beklagten handele es sich nicht um ein Dauerarbeitsverhältnis. G. habe seit Jahren im wesentlichen die Funktion des GmbH-Geschäftsführers bei dem mit der Klägerin verbundenen Unternehmen ausgeübt, so daß sein Anstellungsverhältnis ohne weiteres habe befristet werden können. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stelle, daß G. im Verhältnis zur Klägerin leitender Angestellter gewesen sei, sei die mehrfach aufeinanderfolgende Befristung wirksam. Da die Anstellung des G. an die jeweils auf fünf Jahre angelegte Befristung der Bestellung zum Mitglied der Geschäftsführung der T. Aufzüge GmbH geknüpft gewesen sei, folge der sachliche Grund für die Befristung seines Anstellungsvertrages bereits aus dem Gesetz. Daran ändere der Umstand, daß

---

der Anstellungsvertrag mit der KlÄgerin abgeschlossen worden sei, nichts. Den Anstellungsvertrag kÄnne eine Obergesellschaft schlieÄen und auch â was bei Konzernunternehmen hÄufig geschehe â die TÄtigkeit im Vertretungsorgan einer abhÄngigen Gesellschaft zum Inhalt eines Anstellungsvertrages gemacht werden. Fehlge der Einwand der Beklagten, die Befristung des Anstellungsvertrages sei wegen objektiver Umgehung von KÄndigungsschutzbestimmungen unwirksam. Bei leitenden Angestellten bedÄrfe die Befristung des ArbeitsverhÄltnisses mit einem leitenden Angestellten jedenfalls eines sachlich gerechtfertigten Grundes, wenn der leitende Angestellte beim Ausscheiden infolge der Befristung keinen finanziellen Ausgleich erhalte, der einer Abfindung nach den [Ä§ 9, 10 KÄndigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) zumindest gleichwertig sei. Dem G. sei unstreitig eine Ruhegeldzusage erteilt worden, die auch erfÄhlt werde.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mÄndliche Verhandlung einverstanden erklÄrt ([Ä§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)).

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Aufhebung und ZurÄckverweisung begrÄndet ([Ä§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). FÄr eine abschlieÄende Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) reichen die tatsÄchlichen Feststellungen des LSG nicht aus.

1. Ob die Beklagte gegenÄber der KlÄgerin mit dem Bescheid vom 16. Oktober 1998 zu Recht eine Erstattungsforderung in HÄhe von 58.510,50 DM geltend macht, richtet sich nach [Ä§ 128 AFG](#). Nach [Ä§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) (in der Fassung des Gesetzes zur Änderung von FÄrdervoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, [BGBl I 2044](#)) erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach [Ä§ 104 Abs 2 AFG](#) die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begrÄndenden BeschÄftigung gestanden hat, der BA vierteljÄhrlich das Alg fÄr die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, lÄngstens fÄr 624 Tage. Diese Voraussetzungen sind nach den tatsÄchlichen Feststellungen, die mit zulÄssigen und begrÄndeten VerfahrensrÄgen nicht angegriffen und damit fÄr das BSG bindend sind, erfÄhlt, ohne daÄ zusÄtzlich auf die Regelung fÄr Konzernunternehmen in [Ä§ 128 Abs 5 AFG](#) zurÄckgegriffen werden mÄÄte.

Das LSG hat der Klage dennoch stattgegeben, weil es angenommen hat, der Anstellungsvertrag zwischen der KlÄgerin und G. sei in zulÄssiger Weise befristet gewesen und die Erstattungspflicht des Arbeitgebers sei deshalb nach Sinn und Zweck der Vorschrift und unter Beachtung des Grundrechts der Berufsfreiheit nach [Art 12 GG](#) entfallen. Der Senat folgt dem LSG in der Frage der ZulÄssigkeit der Befristungen, jedoch schlieÄt die BeschÄftigung aufgrund befristeter ArbeitsverhÄltnisse die Erstattungspflicht nach [Ä§ 128 Abs 1 AFG](#) nicht aus.

1.1 Entgegen der Auffassung der Beklagten erweisen sich die zwischen der

---

Klägerin und G. wiederholt vereinbarten Befristungen des Anstellungsverhältnisses nicht als unzulässig, so daß das Anstellungsverhältnis nicht wegen der Unwirksamkeit der Befristungsabrede als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt ([BAGE 1, 128](#), 133 = AP Nr 7 zu Â§ 1 KSchG; BAG AP Nr 14 zu Â§ 1 KSchG; BAG [AP Nr 47 zu Â§ 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag](#)). Allerdings bedarf die Befristung eines Anstellungsverhältnisses, soll sie sich nicht wegen unzulässiger Umgehung der unverzichtbaren Bestimmungen des Kündigungsschutzrechts als unwirksam erweisen, nach ständiger Rechtsprechung eines verständigen, sachlich rechtfertigenden Grundes ([BAGE 10, 65](#), 70 = AP Nr 16 zu Â§ 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; [BAGE 32, 85](#), 93 = [AP Nr 50 zu Â§ 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag](#)). Eines sachlichen Grundes bedarf auch die Befristung des Arbeitsvertrages mit einem leitenden Angestellten, wenn dieser nicht wegen seines Ausscheidens einen finanziellen Ausgleich erhält, der einer Abfindung gemäß [Â§ 9, 10 KSchG](#) gleichwertig ist (BAG [AP Nr 47 zu Â§ 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag](#)). Es kann zwar nicht davon ausgegangen werden, daß zwischen der Klägerin und G. eine Abfindung vereinbart worden ist, die einem finanziellen Ausgleichsinteresse des G. für den Verlust seines Arbeitsplatzes infolge Befristung Rechnung trägt, denn es fehlt an jeglicher kausaler Verknüpfung zwischen der Befristungsabrede und dem in Aussicht gestellten betrieblichen Ruhegeld.

Einen sachlichen Grund für die zwischen ihr und G. getroffenen wiederholten Befristungsabreden hat die Klägerin jedoch damit dargelegt, daß sie mit Blick auf die Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung der T. Aufzüge GmbH auf den gemäß [Â§ 1 Abs 1, 31 Abs 1 Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 \(BGBl I 1153\)](#) anwendbaren [Â§ 84 Abs 1 AktG](#) hingewiesen hat. In den von [Â§ 1 Mitbestimmungsgesetz](#) erfaßten Gesellschaften bestimmt sich die Bestellung der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs grundsätzlich nach den [Â§ 84 und 85 AktG](#) ([Â§ 31 Abs 1 Satz 1 Mitbestimmungsgesetz](#)). Hinsichtlich der Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat bestimmt [Â§ 84 Abs 1 Satz 1 AktG](#) eine Höchstdauer von fünf Jahren. Ergänzend hierzu sieht [Â§ 84 Abs 1 Satz 5 AktG](#) hinsichtlich des Anstellungsverhältnisses der Vorstandsmitglieder vor, daß die Regelungen über die Bestellung von Vorstandsmitgliedern sinngemäß für den Anstellungsvertrag gelten, der Anstellungsvertrag jedoch vorsehen könne, daß er für den Fall einer Verlängerung der Amtszeit bis zu deren Ablauf weitergelte. Aus diesem gesetzlichen Zusammenhang hat das LSG zu Recht gefolgert, daß für eine Befristung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers einer mitbestimmten GmbH ein sachlicher Grund angenommen werden kann, wenn durch die Befristung die Dauer der Bestellung und des Anstellungsverhältnisses angeglichen werden.

Dem LSG ist auch zu folgen, wenn es annimmt, daß im Verhältnis zur T. Aufzüge GmbH gegebene sachliche Grund schläge auf das Anstellungsverhältnis zur Klägerin durch, daß die Anstellung bei der Klägerin an die auf jeweils fünf Jahre ausgelegte Befristung der Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung der T. Aufzüge GmbH geknüpft gewesen sei. Denn die Aufgaben des G. als leitender Angestellter der Klägerin bestanden nach den unangegriffenen und deshalb für den Senat bindenden Feststellungen ([Â§ 163 SGG](#)) des LSG im



---

wesentlichen darin, die (befristete) Organstellung bei dem Tochterunternehmen wahrzunehmen.

Die Unwirksamkeit der zwischen der KlÄgerin und G. wiederholt vereinbarten Befristungen läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß der Anstellungsvertrag, der die rechtliche Grundlage für die gegenüber der KlÄgerin und der T. Aufträge GmbH jeweils geschuldete Arbeitsleistung bildete, allein mit der KlÄgerin geschlossen wurde. Bedenken gegen diese Konstruktion könnten sich allerdings daraus ergeben, daß zwar die Zulässigkeit einer sog Drittanstellung der Geschäftsleitung einer GmbH nach ganz überwiegender Auffassung zu bejahen ist (Marsch-Barner/Diekmann in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, 1996, § 43 RdNr 12; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl 1997, 1074; Fleck, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), 287, 388), sich jedoch insoweit Einschränkungen aus der besonderen Stellung des Aufsichtsrats in einer mitbestimmten GmbH ergeben. Denn der Bundesgerichtshof hat in dem sog "Reemtsma-Urteil" dem § 31 Abs 1 Mitbestimmungsgesetz iVm [§ 84 Abs 1 Satz 5 AktG](#) entnommen, daß der Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH nicht nur für die organschaftliche Bestellung der Geschäftsführer, sondern auch für den Abschluß, die Änderung und Aufhebung der Anstellungsverträge mit Geschäftsführern sowie die dazu erforderlichen Entscheidungen zuständig ist ([BGHZ 89, 48](#), 53; hierzu Oldenburg in DB 1984, 1813). Ansonsten bestünde die Gefahr, daß wegen des sachlichen Zusammenhangs zwischen Bestellung und Anstellung der dem § 31 Mitbestimmungsgesetz zugrundeliegende Zweck, die Arbeitnehmer über den Aufsichtsrat als Wahl- und Kontrollorgan für die Geschäftsleitung an den Entscheidungen in dem Unternehmen teilhaben zu lassen, unterlaufen würde. Es spricht viel dafür, daß die Wahrung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz des Aufsichtsrats nicht nur die Gesellschafterversammlung, sondern auch Dritte davon ausschließt, den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH zu schließen (Fleck, aaO, 389).

Ob sich aus den aufgezeigten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Drittanstellung des Geschäftsführers bei einer mitbestimmten GmbH ggf Folgerungen auf die Wirksamkeit der Befristungsabrede ergeben können, kann im Hinblick darauf offenbleiben, daß der Aufsichtsrat bzw einzelne Aufsichtsratsmitglieder der GmbH gegen die Anstellungspraxis keine Einwendungen erhoben haben. Unabhängig davon, ob die Praxis sogar mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrates erfolgte, kann jedenfalls die Beklagte gegenüber der KlÄgerin eine etwaige Unwirksamkeit nicht erstmals geltend machen, denn § 31 Abs 1 Mitbestimmungsgesetz soll ersichtlich nicht die Interessen der Beklagten schützen.

1.2 Der Senat folgt dem LSG jedoch nicht, soweit es angenommen hat, die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses infolge einer wirksamen Befristung sei generell aus dem Anwendungsbereich des [§ 128 AFG](#) auszunehmen. Denn [§ 128 AFG](#) knüpft den Eintritt der Erstattungspflicht nicht an eine bestimmte Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern an die Dauer der Beschäftigung

---

(Abs 1 Satz 1 und Abs 1 Satz 2 Nr 1) sowie an das Lebensalter des Arbeitslosen zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abs 1 Satz 2 Alt 1 und Nr 1). Auf die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt es nur insoweit an, als die Erstattungspflicht nicht eintritt, wenn die Beendigung auf eine Arbeitnehmerkündigung ohne Abfindungszahlung (Nr 3) oder eine sozial gerechtfertigte Arbeitgeberkündigung (Nr 4) zurückzuführen ist, und auf mögliche Beendigungsgründe nur, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen (Nr 5). Hingegen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes unerheblich, ob die erforderlichen Beschäftigungszeiten aufgrund eines befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnisses zurückgelegt worden sind (Wolff in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 5. Aufl 1998, [Â§ 128 AFG](#) RdNr 42). Unerheblich ist nach dem Gesetz sogar, ob der Arbeitnehmer durchgehend beschäftigt worden ist oder ob die erforderliche Zeit der beitragspflichtigen Beschäftigung aus mehreren Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber resultiert. Sogar Zwischenbeschäftigungen bei einem anderen Arbeitgeber beeinflussen die Verantwortlichkeit für den Eintritt der Altersarbeitslosigkeit und damit die Erstattungspflicht nicht (Gagel, AFG, [Â§ 128](#) RdNr 79). Nach der Erstattungsregelung ist es abgesehen von den Tatbeständen nach Abs 1 Satz 2 Nrn 3 bis 5 unerheblich, wie oder aus welchen Gründen das Arbeitsverhältnis beendet worden ist.

Entgegen der Auffassung des LSG gebieten auch Sinn und Zweck der Erstattungsregelung unter Beachtung des Grundrechts aus [Art 12 GG](#) es nicht, die Beendigung durch Befristung entgegen dem Wortlaut und der Systematik des [Â§ 128 AFG](#) generell aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat nämlich zu [Â§ 128 AFG](#) aF entschieden, daß der in der Erstattungspflicht liegende Eingriff in die Berufsausübung der Arbeitgeber auch seiner Art nach grundsätzlich nicht außer Verhältnis zu den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken steht. Nach dieser Entscheidung hat der Gesetzgeber für die Abgrenzung sachbezogene Gesichtspunkte gewählt, indem er die Erreichung eines bestimmten Lebensalters und die Dauer der Betriebszugehörigkeit maßgeblich sein läßt (BVerfGE 81, 156, 195 ff = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1](#)). Insoweit rechtfertigt sich die Berücksichtigung des Erreichens eines bestimmten Lebensalters daraus, daß ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt eine Problemgruppe darstellen, weil ihre Arbeitslosigkeit meist die Vorstufe zum endgültigen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben bedeutet. Darin liegt der Unterschied zu den jüngeren Arbeitnehmern, die von Arbeitslosigkeit nicht in gleicher Weise betroffen sind. Das Merkmal "Dauer der Betriebszugehörigkeit" findet nach der Entscheidung des BVerfG seine Begründung darin, daß im Hinblick auf die Betriebstreue der Arbeitnehmer die dem Arbeitgeber auferlegte Fürsorgepflicht um so mehr an Gewicht gewinnt, je länger das Arbeitsverhältnis gedauert hat. Die durch die lange Betriebszugehörigkeit unter Beweis gestellte Betriebstreue und die damit erweiterte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers rechtfertigen es, diesen für durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehende soziale Folgekosten in Anspruch zu nehmen (BVerfGE 81, 156, 197 = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1](#); vgl auch BSG [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 3](#)). Die Erstattungspflicht der Klägerin kann im



---

Hinblick auf Lebensalter und Betriebszugehörigkeit des G. daher nicht mit der Begründung verneint werden, G. sei von der Klägerin nur befristet beschäftigt worden.

2. Allerdings tritt die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) in bestimmten weiteren Fällen nicht ein, denen das LSG  $\hat{=}$  von seinem Rechtsstandpunkt aus zu Recht  $\hat{=}$  nicht nachgegangen ist. Da die Tatbestände des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 2, 6 oder 7 AFG](#) (geringe Beschäftigtenzahl, überharter Personalabbau) in Betracht zu ziehen sind, ist nicht ersichtlich. Die Erstattungspflicht tritt aber auch dann nicht ein, wenn der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine der in [Â§ 118 Abs 1 Satz 1 Nrn 2 bis 4 AFG](#) genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt ([Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Alt 2 AFG](#)) oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß das Arbeitsverhältnis durch Kündigung des Arbeitnehmers oder sozial gerechtfertigte Kündigung des Arbeitgebers beendet worden ist oder er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde zu kündigen (vgl. [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 3 bis 5 AFG](#)). Auch die letztgenannten Tatbestände, bei deren Vorliegen die grundsätzlich durch Dauer der Beschäftigung und Alter des Arbeitnehmers begründete besondere Verantwortung des Arbeitgebers für den Eintritt der Arbeitslosigkeit entsprechend [BVerfGE 81, 156](#), 197 ff = [SozR 3-4100 Â§ 129 Nr 1](#) ausnahmsweise nicht gegeben ist, finden auf das Ausscheiden aus befristeten Arbeitsverhältnissen Anwendung. Allerdings stellen die Befreiungstatbestände nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 3 und 4 AFG](#) auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung des Arbeitnehmers ([BSGE 84, 75](#), 79 = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 6](#)) bzw des Arbeitgebers ([BSGE 81, 259](#), 264 = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 5](#)) ab. Läuft das Arbeitsverhältnis infolge einer zulässigen Befristung aus, so wäre es dem Arbeitgeber schon aus diesem Grunde verwehrt, sich auf diese Befreiungstatbestände zu berufen. Unabhängig von der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird lediglich nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG](#) auf die Berechtigung des Arbeitgebers zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist abgestellt, so daß dieser Befreiungstatbestand ohne Schwierigkeiten auch auf befristete Arbeitsverhältnisse Anwendung finden kann.

Aus dem Sinn und Zweck der Befreiungstatbestände sowie aus dem Gesetzeszusammenhang lassen sich keine Argumente dafür herleiten, die Erstattungspflicht des Arbeitgebers nach Ablauf eines befristeten Anstellungsverhältnisses allein nach Dauer der Beschäftigung und Alter des Arbeitnehmers eintreten zu lassen und die Befreiungstatbestände des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 3 und 4 AFG](#) gänzlich auszuschließen, obwohl diese Tatbestände die Verantwortung des Arbeitgebers für die Arbeitslosigkeit regeln. Vielmehr läßt sich der Wortlaut der Regelungen zwanglos dadurch erklären, daß es nur in Ausnahmefällen zur Begründung der Erstattungspflicht durch (eine Folge von) befristeten Arbeitsverhältnissen kommt und der Gesetzgeber infolgedessen nur den Regelfall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung geregelt hat. Es ist schon mit Blick auf die verfassungsrechtlich erforderliche besondere Verantwortung des Arbeitgebers geboten, die Befreiungstatbestände im Falle einer Befristung erweiternd in einer Weise auszulegen, die den

---

Besonderheiten von befristeten Arbeitsverhältnissen Rechnung trägt. Es kann dahinstehen, welche Anforderungen an eine Befreiung von der Erstattungspflicht nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 3 AFG](#) bei befristeten Arbeitsverhältnissen zu stellen sind, da der vom LSG festgestellte Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür bietet, daß eine Verlängerung des Anstellungsverhältnisses an G. gescheitert ist. Entsprechend [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG](#) tritt die Erstattungspflicht indes auch dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß er zum Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung zu beenden, wenn es nicht befristet gewesen wäre. Da die Befreiungstatbestände vom Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen sind und letzteres hinsichtlich [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG](#) bislang nicht geschehen ist, ist angesichts der Rechtsauffassung der Vorinstanzen, nach denen es hierauf nicht ankam, der Klägerin nicht vorzuhalten.

Da das LSG weder zu [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG](#) noch hinsichtlich eines Anspruchs des G. auf sogenannte alternative Sozialleistungen Feststellungen getroffen hat, hiervon jedoch abhängig ist, ob überhaupt und ggf für welche Zeit die Klägerin zur Erstattung des bezogenen Alg verpflichtet ist, führt die Revision gemäß [Â§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#) zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das LSG, das bei einer erneuten Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben wird.

Für die erneute Entscheidung empfiehlt sich zunächst die Prüfung, ob ein Befreiungstatbestand nach [Â§ 128 Abs 2 Satz 1 Nr 4 AFG](#) in Betracht kommt. Ist das nicht der Fall, wird zu prüfen sein, für welche Zeit G. nach dem 1. Oktober 1995 und vor dem 1. Oktober 1996 alternative Sozialleistungen beanspruchen konnte. Danach wird zu prüfen sein, ob die Höhe der Erstattungsforderung berechtigt ist.

Erstellt am: 20.08.2003

Zuletzt verändert am: 20.12.2024