
S 3 AL 06083/99

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Baden-Württemberg
Sozialgericht	Landessozialgericht Baden-Württemberg
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	8
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des § 128 AFG liegt der Befreiungsgrund im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG auch dann vor, wenn sich an ein vom damaligen Arbeitgeber ordentlich gekündigtes Dienstverhältnis als Geschäftsführer der GmbH mit dem Ende der Existenz der GmbH ein einjähriges befristetes Anstellungsverhältnis bei der Firma, in der die bisherige GmbH aufgegangen ist, anschließt; dies jedenfalls dann, wenn für die Befristung ein sachlicher Grund bestand.
Normenkette	AFG § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 3 AL 06083/99
Datum	24.04.2001
2. Instanz	
Aktenzeichen	L 8 AL 2494/01
Datum	05.03.2004
3. Instanz	
Datum	-

Auf die Berufung der KlÄgerin werden das Urteil des Sozialgerichts vom 24. April 2001 und der Bescheid der Beklagten vom 8. Juli 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1999 und des Bescheides vom 7. Januar 2003 aufgehoben. Die Beklagte hat der KlÄgerin die auÃgerichtlichen Kosten beider Instanzen zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Pflicht zur Erstattung des ihrem früheren Arbeitnehmer K (AN) von der Beklagten gezahlten Arbeitslosengeldes sowie der Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung.

Der am 21.11.1940 geborene AN war vom 16.01.1975 bis 31.12.1997 bei der Fa. I-GmbH in Weilheim/Teck als Geschäftsführer beschäftigt. Vom 01.01.1998 bis 31.12.1998 arbeitete er als Projektleiter bei der inzwischen umbenannten Klägerin (früher Maschinenfabrik R. GmbH). In der Arbeitsbescheinigung vom 21.12.1998 gab die Fa. I-GmbH an, diese sei mit der Maschinenfabrik R. GmbH verschmolzen worden. Nach deren Arbeitsbescheinigung vom 21.12.1998 war das Arbeitsverhältnis bei Abschluss des Arbeitsvertrages bis zum 31.12.1998 befristet. Der AN habe von der Klägerin eine Abfindung in Höhe von 45.592,- DM und einen Einmalbeitrag zur Direktversicherung in Höhe von 54.408,- DM erhalten, wobei die Betriebszugehörigkeit bei der Tochterfirma I. R. (22 Jahre) angerechnet worden sei.

Am 15.12.1998 meldete sich AN beim Arbeitsamt (AA) arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Er hielt seine Vermittlungsfähigkeit für nicht eingeschränkt und verneinte, zur Zeit vom Arzt arbeitsunfähig krank geschrieben zu sein. Am 11.01.1999 gab AN eine Erklärung über den Bezug von Alg bzw. Arbeitslosenhilfe unter den erweiterten Voraussetzungen des § 429 Sozialgesetzbuch – Drittes Buch (SGB III) ab.

Mit Bescheid vom 25.01.1999 bewilligte das AA AN Alg ab 01.01.1999 nach einem wöchentlichen Leistungssatz von 692,16 DM (Leistungsgruppe C/0, Leistungstabelle 1999). Am 05.05.1999 befragte das AA AN zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in den letzten zwei Beschäftigungsjahren sowie in der Zeit vom 01.01.1999 bis 30.04.1999, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. Hierzu gab AN am 10.05.1999 an, er habe in den letzten zwei Jahren des Beschäftigungsverhältnisses keine krankheitsbedingten Fehlzeiten gehabt. Gesundheitliche Gründe seien für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht maßgeblich gewesen. Er sei nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen und habe keine Sozialleistungen der gefragten Art beantragt gehabt.

Anschließend unterrichtete das AA die Klägerin mit Schreiben vom 18.05.1999 über die Erstattungspflicht nach [§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 01.01.1999 bis 30.04.1999 in Höhe von 20.368,18 DM und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 20.06.1999 zu äußern. Die Befragung von AN habe Veränderungen seines Gesundheitszustandes ergeben. Die ermittelten gesundheitlichen Beschwerden erfüllten aber nicht den Tatbestand für eine der im Gesetz genannten anderweitigen Sozialleistungen. Die Auskunft von AN war beigefügt.

Die Klägerin führte hierzu am 02.07.1999 aus, eine Erstattungspflicht der Arbeitgeberin bestehe nicht. AN sei nicht entlassen worden, sondern lediglich für

die Dauer von einem Jahr befristet beschäftigt worden. Eine Befristung sei auch gesetzlich möglich gewesen. Zuvor habe ein Geschäftsführer-Dienstvertrag mit einer Konzerngesellschaft, der I-GmbH bestanden. Diese sei jedoch (schuldrechtlich) mit Wirkung zum 01.01.1998 mit der Klägerin verschmolzen worden. AN habe deshalb als Geschäftsführer dort nicht mehr weiterbeschäftigt werden können. Da aber sein Vertrag erst zum Ende des Jahres 1998 habe gekündigt werden können, habe man sich darauf geeinigt, lediglich für die Dauer der Kündigungsfrist eine weitere Beschäftigung zu ermöglichen. Im Übrigen hätten auch die weiteren Voraussetzungen für eine sozial gerechtfertigte Kündigung vorgelegen.

Mit Bescheid vom 08.07.1999 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.01.1999 bis 30.04.1999 in Höhe von insgesamt 20.373,52 DM zu erstatten.

Dagegen legte die Klägerin Widerspruch ein und brachte vor, das Dienstverhältnis von AN mit der I-GmbH sei zwar nicht formal gekündigt worden, aber es sei stattdessen für die Dauer der Kündigungsfrist ein befristetes Arbeitsverhältnis mit der Klägerin begründet und dadurch der Dienstvertrag mit der I-GmbH konkludent aufgehoben worden. Diese sei aber berechtigt gewesen, den Dienstvertrag zum 31.12.1998 rechtlich zulässig zu kündigen. Damit liege ein Ausnahmefall vor. Das Arbeitsverhältnis sei weder durch einen Aufhebungsvertrag noch durch eine Kündigung, sondern nach Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrages beendet worden. Mit Widerspruchsbescheid vom 07.09.1999 wies die Widerspruchsstelle des AA den Widerspruch zurück. Im vorliegenden Fall sei das unbefristete Arbeitsverhältnis konkludent zum 31.12.1998 beendet worden. Hierbei habe es sich um einen Aufhebungsvertrag gehandelt, der nicht unter dem Befreiungstatbestand des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) falle. Die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis fristlos oder mit sozialer Auslaufzeit zu beenden. Insbesondere sei AN in seiner Leistungsfähigkeit nicht eingeschränkt gewesen und hätte seine vertraglich übernommene Tätigkeit weiterhin ausüben können. Der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe vielmehr in der Umstrukturierung der Konzernbetriebe gelegen.

Am 18.10.1999 erhob die Klägerin Klage zum Sozialgericht (SG). Sie machte geltend, eine Erstattungspflicht bestehe nicht, da das Beschäftigungsverhältnis von AN mit der I-GmbH rechtlich wirksam gekündigt und anschließend bei einem anderen Konzernunternehmen ein auf ein Jahr befristetes Anstellungsverhältnis begründet worden sei. Den Arbeitgeber treffe in diesem Fall keine besondere Verantwortung für den Eintritt der Arbeitslosigkeit. Die I-GmbH, die am 26.05.1998 mit der Klägerin verschmolzen und im Handelsregister gelistet worden sei, habe das Anstellungsverhältnis mit AN mit Schreiben vom 20.02.1997 zum 31.12.1997 gekündigt. Das Kündigungsschreiben sei bisher unbekannt gewesen und erst Anfang November des Jahres aufgetaucht. Die Erstattungspflicht, die nicht durch die Kündigung von AN durch die I-GmbH begründet worden sei, könne nicht durch das auf ein Jahr befristete

Arbeitsverhältnis bei der Klägerin entstehen. Die rechtlich wirksame Befristung des Arbeitsverhältnisses, auf das das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde, könne keine Erstattungspflicht begründen. Vielmehr sei die Befristung einer berechtigten ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers gemäß [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4](#) und 5 AFG gleichzustellen. Eine andere Auslegung der Befreiungstatbestände wäre nicht verfassungskonform. Schließlich sei das Arbeitsverhältnis nicht durch Aufhebungsvertrag zum 31.12.1998, sondern kraft Befristung beendet worden. Bei der entsprechenden Vereinbarung vom 23.12.1998 handle es sich lediglich um eine Abwicklungsvereinbarung. Zudem hätte das Arbeitsverhältnis auch durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet werden können.

Die Beklagte trat der Klage entgegen und brachte vor, ein Befreiungstatbestand sei nicht erfüllt. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag führe ebenso wenig wie die durch Befristung des Arbeitsverhältnisses zur Befreiung von der Erstattungspflicht. Das nunmehr vorgebracht werde, dass das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beendet worden sei und diese auch sozial gerechtfertigt gewesen sein solle, könne nicht erkannt werden. Die Klägerin habe bestätigt, dass AN nicht dem Kündigungsschutz unterlegen habe und es daher keiner sozialen Rechtfertigung bedürfe. Auch hätte die Klägerin keine Abfindung zahlen müssen, wenn die Kündigung rechtswirksam und sozial gerechtfertigt gewesen wäre. Es handle sich hier eindeutig um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag.

Mit Urteil vom 24.04.2001 wies das SG die Klage ab. Die Klägerin habe der Beklagten das an AN für die Zeit vom 01.01.1999 bis 30.04.1999 gezahlte Alg einschließlich Versicherungsbeiträge zu erstatten. Die Voraussetzungen des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) seien erfüllt, nachdem es sich bei der I-GmbH und der Klägerin um Konzernunternehmen im Sinne des [Â§ 18](#) Aktiengesetz gehandelt habe, so dass bei der Ermittlung der erforderlichen Beschäftigungszeit von mindestens 720 Kalendertagen die Konzernunternehmen als ein Arbeitgeber gälten ([Â§ 128 Abs. 5 AFG](#)) und sich die Erstattungspflicht gegen den Arbeitgeber richte, bei dem der Arbeitnehmer zuletzt in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. [Â§ 128 AFG](#) unterliege nach gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Ferner sei der angefochtene Bescheid formell rechtmäßig. Die Anrufungspflicht sei erfüllt. Die Erstattungspflicht entfalle auch nicht aufgrund [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 AFG](#). Eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung sei in der streitbefangenen Zeit vom 01.01.1999 bis 30.04.1999 nicht gegeben gewesen. Eine unmittelbare Anwendung des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) scheitere daran, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis nicht durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet habe. Das Arbeitsverhältnis habe nach dem Willen der am Arbeitsvertrag Beteiligten durch die vereinbarte Befristung zum 31.12.1998 sein Ende gefunden. Es könne letztlich offen gelassen werden, ob es wie die Beklagte meine ein (verdeckter) Aufhebungsvertrag vorliege, wofür die finanzielle Vergünstigung (Abfindungsvereinbarung) spreche, auf den [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) keine Anwendung finde, oder ob man hier von einer wirksamen Befristung des

Arbeitsverhältnisses ausgehe. Auch dann wäre nämlich [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) nicht anwendbar. Zwar trete die Erstattungspflicht nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 15.12.1999 ([B 11 AL 33/99 R](#)) auch dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlege und nachweise, 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. Diese Rechtsprechung sei jedoch auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Die Erstattungspflicht wäre abweichend von dem vom BSG entschiedenen Fall nicht von einer Folge von befristeten Arbeitsverträgen her, sondern aufgrund 22ig-jähriger Betriebszugehörigkeit zur Fa. I-GmbH und der anschließenden einjährigen Tätigkeit bei der Klägerin. Hierbei sei zu beachten, dass es sich bei der I-GmbH um eine Tochterfirma der Klägerin gehandelt habe. In einer derartigen Konstellation sei eine sinngemäÙe Anwendung des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) nicht möglich, da sie dem Programm des Gesetzes, das in [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) den Nichteintritt der Erstattungspflicht an bestimmte Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses knüpfe, nicht gerecht werde. Im Übrigen treffe die Ansicht der Klägerin, dass es auf eine soziale Rechtfertigung bei einer Kündigung eines Geschäftsführers nicht ankomme, nicht zu. Bei sozialrechtlich als abhängig beschäftigt anzusehenden "Organmitgliedern" sei eine soziale Rechtfertigung auch im Rahmen von [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) zu prüfen. Schließlich sei der von der Beklagten geforderte Erstattungsbetrag in Höhe von 20.373,52 DM nicht zu beanstanden. Insoweit seien von der Klägerin auch keine Einwände erhoben worden.

Gegen das am 14.05.2001 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 12.06.2001 Berufung eingelegt, mit der sie unter Wiederholung des bisherigen Vorbringens an ihrem Begehren festhält und zusätzlich einen Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund des Bescheides vom 08.07.1999 bezahlten Beträge nebst Zinsen geltend macht. Der Beklagten stehe der geltend gemachte Erstattungsanspruch nicht zu. Umstritten sei hier lediglich die entsprechende Anwendung von [Â§ 128 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AFG](#) auf rechtlich wirksam befristete Arbeitsverhältnisse. Die angefochtene Entscheidung verkenne insoweit die verfassungsrechtliche Tragweite und die darauf gestützte Rechtsprechung des BSG. Dieses habe in seinem Urteil vom 15.12.1999 entschieden, es sei "mit Blick auf die verfassungsrechtlich erforderliche besondere Verantwortung des Arbeitgebers geboten, die Befreiungstatbestände im Falle der Befristung erweiternd in einer Weise auszulegen, die den Besonderheiten von befristeten Arbeitsverhältnissen Rechnung trägt". Entsprechend [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) trete die Erstattungspflicht dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlege und nachweise, 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. Die Rechtsprechung sei auch anwendbar, wenn die Erstattungspflicht nicht von einer Folge von befristeten Arbeitsverträgen herrühre. Das BSG habe die Befreiungstatbestände insoweit erweiternd ausgelegt und dies für verfassungsrechtlich geboten gehalten. Dass eine Folge von befristeten Arbeitsverhältnissen vorliegen müsse, habe das BSG jedoch nicht zur Voraussetzung gemacht. Im Übrigen verkenne das SG, dass die Erstattungspflicht nur durch das befristete Arbeitsverhältnis und nicht durch das

vorangehende langjährige Dienstvertragsverh ltnis begründet werden könnte. Letzteres sei ordentlich und unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.12.1997 gekündigt worden. Als vertretungsberechtigter Geschäftsführer und damit als Organ einer juristischen Person sei AN nicht dem Kündigungs-schutzgesetz unterfallen, so dass eine Kündigungsschutzklage ohne jede Aussicht auf Erfolg gewesen wäre. Diese Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt gewesen, weil die I-GmbH mit der Klägerin verschmolzen worden sei und folglich ihre Geschäftstätigkeit eingestellt habe. In-soweit habe der Befreiungstatbestand des [  128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) vorgelegen. Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin (wenn dieses nicht befristet gewesen wäre) wäre ebenfalls nicht sozial ungerechtfertigt gewesen. Das Projekt, für das AN zuständig gewesen sei, sei von vornherein nur auf ein Jahr angelegt gewesen. Danach sei für ihn nichts mehr zur Abwicklung der Geschäfte der früheren I-GmbH zu erledigen gewesen. Der sozialen Auswahl von AN hätte auch nicht seine Betriebszugehörigkeit bei der I-GmbH entgegengestanden, da sich die Betriebszugehörigkeit als Kriterium der sozialen Auswahl auf den Betrieb des Arbeitgebers beschränke und nicht konzernweit gelte. Zudem sei AN nicht mit den anderen Projektbetreuern der Klägerin sozial vergleichbar gewesen. Die Klägerin habe sozial schutzw rdigere Mitarbeiter beschäftigt gehabt. Schließlich bringt die Klägerin vor, die Rechtssache habe grundsätzliche Bedeutung, weshalb die Revision zuzulassen sei.

Mit Bescheiden vom 12.08.2002 und 28.08.2002 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin zur Erstattung des Alg und der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.05.1999 bis 15.09.2000 bzw. vom 16.09.2000 bis 28.12.2000 fest. Dagegen legte die Klägerin jeweils Widerspruch ein. Am 09.10.2002 befragte das AA AN zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in der Zeit vom 01.05.1999 bis 30.11.2000, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. Hierzu gab AN am 12.10.2002 an, er sei nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht ar-beitsunf hig erkrankt gewesen und habe auch keine medizinische oder berufliche Rehabilitation durchgeführt. Sozialleistungen der gefragten Art habe er nicht beantragt gehabt. Anschließend unterrichtete das AA die Klägerin mit Schreiben vom 28.10.2002 über die Erstattungspflicht nach [  128 AFG](#) für die Zeit vom 01.05.1999 bis 30.11.2000 in Höhe von 99.574,68 DM und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 21.11.2002 zu äußern. Die schriftliche Auskunft von AN war beigefügt. Die Klägerin führte hierzu am 05.11.2002 aus, wegen der Kündigung von AN trete keine Erstattungspflicht ein. Mit Bescheid vom 07.01.2003 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das an AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.05.1999 bis 30.11.2000 in Höhe von 99.574,68 DM zu erstatten. Die Bescheide vom 12.08.2002 und 28.08.2002 wurden aufgehoben. Der Bescheid enthielt ferner den Hinweis, dass er Bestandteil des anhängigen gerichtlichen Verfahrens werde.

Die Klägerin beantragt noch,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24. April 2001 und den Bescheid der

Beklagten vom 8. Juli 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7. September 1999 sowie den Bescheid vom 7. Januar 2003 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Die Klägerin sei nicht von der Erstattungspflicht befreit, weil AN leitender Angestellter gewesen sei und die Kündigung deshalb arbeitsrechtlich keiner sozialen Rechtfertigung bedürftig sei. Sie gehe im Hinblick auf das Schreiben vom 20.02.1997, mit dem das Arbeitsverhältnis zum 31.12.1997 ohne Zahlung einer Abfindung gekündigt worden sei, und unter Berücksichtigung des einjährigen Anstellungsvertrages, mit dem AN eine Abfindung in Höhe von 100.000,- DM zuerkannt worden sei, von einer Abwicklungsvereinbarung aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die erst- und zweitinstanzlichen Prozessakten und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144 Abs. 1, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgemäß eingelegte und zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtswidrig. Der Beklagten stehen die geltend gemachten Erstattungsansprüche nicht zu.

Gegenstand des Rechtsstreits sind der Bescheid der Beklagten vom 08.07.1999 und der Bescheid vom 07.01.2003, der die Bescheide vom 12.08.2002 und 28.08.2002 ersetzt hat und der in entsprechender Anwendung von [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist. Über den letzteren Bescheid entscheidet der Senat auf Klage.

Die Entscheidungen der Beklagten sind formell rechtmäßig. Die Beklagte hat die Klägerin vor Erlass der angefochtenen Bescheide angehört. Dass sie die Klägerin nicht vor Erlass der Bescheide vom 12.08.2002 und 28.08.2002 angehört hat, ist unschädlich, da diese mit Bescheid vom 07.01.2003 in vollem Umfang aufgehoben worden sind. Die Anhörungen sind auch ordnungsgemäß gewesen. Im Rahmen der Anhörung muss das AA der Klägerin die Gelegenheit einräumen, sich zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen zu äußern. In den jeweiligen Anhörungsschreiben sind der Erstattungszeitraum, die AN erbrachten Leistungen sowie die Voraussetzungen, unter denen die Erstattungspflicht nicht eintritt, jeweils genannt. Ferner waren den Anhörungsschreiben jeweils die entsprechenden Auskünfte von AN beigefügt. Damit konnte die Klägerin alle Tatsachen, auf die sich die Beklagte bei ihrer Entscheidung stützen wollte. Anhörungsmängel sind auch sonst nicht ersichtlich und werden von der Klägerin auch nicht geltend gemacht.

Die angegriffenen Bescheide der Beklagten sind jedoch materiell nicht rechtmäßig.

Allerdings liegen die Grundvoraussetzungen zu [Â§ 128 AFG](#) vor. Mit dem Außerkräfttreten des AFG zum 31.12.1997 ist zwar auch [Â§ 128 AFG](#) außer Kraft getreten. Er ist im vorliegenden Fall jedoch weiterhin anwendbar. Nach [Â§ 431 SGB III](#) ist [Â§ 242 Abs. 6 AFG](#) auf die dort genannten Fälle weiterhin anzuwenden. Nach [Â§ 242 Abs. 6 AFG](#) ist u.a. [Â§ 128 AFG](#) auf die Fälle weiter anzuwenden, auf die nach Abs. 3 die [Â§ 117 Abs. 2 bis 3a](#) und [117a AFG](#) in der bis zum 31.03.1997 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind. Diese Vorschriften sind gemäß [Â§ 242 Abs. 3 Nr. 1 AFG](#) für Ansprüche auf Alg weiterhin anzuwenden für Personen, die innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 01.04.1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden haben. Dies trifft für AN zu. Die Rahmenfrist von drei Jahren begann hier bereits im Januar 1996. Bis zum 31.03.1997 waren längst 360 Kalendertage einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung verstrichen. Umgekehrt ist gemäß [Â§ 431 Abs. 2 SGB III](#) die Nachfolgevorschrift [Â§ 147a SGB III](#) noch nicht anwendbar, weil sowohl der Anspruch auf Alg vor dem 01.04.1999 (nämlich am 01.01.1999) entstanden wie auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor dem 10.02.1999 vereinbart (bzw. das Beschäftigungsverhältnis durch Befristung zum 31.12.1998 beendet) worden ist.

Auch die sonstigen Grundvoraussetzungen des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) liegen vor.

Nach [Â§ 128 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach [Â§ 104 Abs. 2 AFG](#) die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen. Diese Voraussetzungen sind gegeben. AN ist ununterbrochen von 1975 an und damit innerhalb der letzten 4 Jahre vor Eintritt seiner Arbeitslosigkeit am 01.01.1999 mindestens 720 Kalendertage beitragspflichtig bei der Fa. I-GmbH (bis 31.12.1997) und bei der Klägerin selbst (bis 31.12.1998) beschäftigt gewesen. Die Beschäftigungszeit bei der früheren Tochterfirma I-GmbH ist der Klägerin zuzurechnen, zumal sie diese Firma übernommen hat und somit deren Rechtsnachfolgerin geworden ist (vgl. BSG SozR 3-4100 [Â§ 128 Nr. 3](#)). Dasselbe Ergebnis ergibt sich bei Anwendung des [Â§ 128 Abs. 5 AFG](#). Danach gelten Konzernunternehmen im Sinne des [Â§ 18](#) des Aktiengesetzes auch bei der Ermittlung der Beschäftigungszeiten als ein Arbeitgeber ([Â§ 128 Abs. 5 Satz 1 AFG](#)). Die Erstattungspflicht richtet sich gegen den Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer zuletzt in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat ([Â§ 128 Abs. 5 Satz 2 AFG](#)). Die Klägerin ist somit der richtige Adressat der Erstattungsansprüche der Beklagten. Das 58. Lebensjahr hat der am 21.11.1940 geborene AN am 21.11.1998 und damit zu Beginn des Erstattungszeitraumes am 01.01.1999 vollendet, ebenso wie das 56. Lebensjahr bei Eintritt der Arbeitslosigkeit am 01.01.1999 vollendet gewesen ist. Auch der zulässige Erstattungszeitraum ist nicht überschritten. Die Erstattungspflicht entfällt nicht aufgrund [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2](#) 1. und 2. Alternative AFG. Danach tritt

die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist und der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in [Â§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 AFG](#) genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Dies liegt nicht vor. Das Arbeitsverhältnis mit AN hat nach Vollendung des 56. Lebensjahres von AN geendet. Anspruch auf eine der in [Â§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 AFG](#) genannten Sozialleistungen oder eine Rente wegen Berufsunfähigkeit hat AN im Erstattungszeitraum vom 01.01.1999 bis 30.11.2000 nicht gehabt. Wie er in seinen schriftlichen Antworten gegenüber dem AA angegeben hat, war er im streitigen Zeitraum nicht arbeitsunfähig erkrankt. Dies entspricht in vollem Umfang dem, was sich bereits aus dem sonstigen Inhalt der Leistungsakte des AA ergibt. Im Antrag auf Alg hat AN nicht angegeben, das Beschäftigungsverhältnis sei aus gesundheitlichen Gründen beendet worden. Vielmehr hat er angegeben, seine Vermittlungsfähigkeit sei nicht eingeschränkt. Etwas anderes macht auch die Klägerin selbst nicht geltend.

Es liegen hier aber Befreiungstatbestände vor. Dies ergibt sich zwar nicht bereits aus dem gesetzlichen Tatbestand des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#), wohl aber bei dessen verfassungskonformen Auslegung in Bezug auf den hier vorliegenden Sachverhalt.

Nach [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) tritt eine Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat. Dem Wortlaut nach ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, denn die Klägerin hat AN nicht gekündigt, vielmehr wurde das (letzte) Beschäftigungsverhältnis durch Fristablauf beendet. Allerdings findet [Â§ 128 AFG](#) nicht bereits deshalb keine Anwendung, weil hier zuletzt ein befristetes Arbeitsverhältnis vorlag. Hierzu hat vielmehr das Bundessozialgericht (BSG) entschieden, dass auch in solchen Fällen die Befreiungstatbestände beachtet werden müssen; im Rahmen des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) gelte mit Rücksicht auf die Besonderheit des befristeten Arbeitsverhältnisses allerdings, dass es ausreiche, wenn bei einem wirksam befristeten Vertrag der Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur sozial gerechtfertigten Kündigung berechtigt gewesen wäre ([BSGE 85, 224](#)). In solchen Fällen besteht in gleicher Weise wie bei normalen Arbeitsverhältnissen keine besondere Verantwortung des Arbeitgebers im Sinne des [Â§ 128 AFG](#) für den Eintritt der Arbeitslosigkeit. Diese Rechtsprechung hat das BSG konsequent fortgeführt im Falle eines jeweils befristet beschäftigten GmbH-Geschäftsführers, dessen Arbeitsverhältnis nicht mehr verlängert worden war. Hierzu hat das BSG (Urteil vom 16.10.2003 [B 11 AL 30/03](#)) folgendes ausgeführt:

"Die Befreiungstatbestände des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 AFG](#) sind (jedoch) nicht als abschließende Regelungen zu verstehen, weil andernfalls Erstattungspflichten in einem über die Lenkungs-funktion der Erstattung hinausgehenden Umfang unvermeidbar wären, die in nicht von dem Gesetzeszweck gebotenen Maß und damit unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit von Arbeitgebern eingriffen ([BVerfGE 81, 156, 194 = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr. 1; BSGE 85, 224, 228 ff = SozR](#)

3-4100 [Â§ 128 Nr. 7](#)). Dem Befreiungstatbestand des [Â§ 128 Abs.1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) (jetzt: [Â§ 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#)) ist im Hinblick auf die Berufsfreiheit von Arbeitgebern und das sich daraus ergebende Äußermauverbot der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, dass dem Arbeitgeber eine besondere Verantwortung für die Beschäftigung Älterer langjährig beschäftigter Mitarbeiter nur im Rahmen des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes ([Â§ 1 Abs. 2 KSchG](#)) zukommt. Ein solcher Schutz besteht aber bei Organmitgliedern einer GmbH nicht ([Â§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG](#)). Ausdrücklich hat das Bundesverfassungsgericht ferner hervorgehoben, die in [Â§ 128 AFG](#) enthaltenen Ausnahmeregelungen bedürften unter dem Aspekt des Äußermauverbots einer weiten Auslegung (aaO 203). Ein Verstoß gegen das Äußermauverbot wäre gegeben, wenn eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers (Dienstherrn) bei der Beendigung von Dienstverhältnissen nur deshalb einträte, weil eine sozial gerechtfertigte Kündigung für Geschäftsführer mit Organstellung nach [Â§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG](#) nicht in Betracht kommt. Der Arbeitgeber (Dienstherr) kann bei einer Beendigung des Dienstverhältnisses nach den für dieses geltenden rechtlichen Regelungen nicht schlechter gestellt werden als der Arbeitgeber, der eine sozial gerechtfertigte Kündigung ausspricht.

Der Senat hat für Arbeitsverhältnisse bereits entschieden, dass die Erstattungspflicht nicht eintritt, wenn bei einem wirksam befristeten Arbeitsvertrag der Arbeitgeber bei Ende des Arbeitsverhältnisses zur sozial gerechtfertigten Kündigung berechtigt gewesen wäre ([BSGE 85, 224, 228 ff = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr. 7](#)). Manipulationen durch Befristungen von Arbeitsverträgen begegnet der Senat mit dem Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Befristung (BSG aaO). Ein solcher liegt vor, wenn der Dienstvertrag mit der jeder Zeit widerruflichen Bestellung als Geschäftsführer einer GmbH ([Â§ 38 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung \(GmbHG\)](#)) verbunden ist.

Ob die Kündigungsfrist, die ohne die Befristung zu wahren gewesen wäre ([Â§ 621 BGB](#)), auch in Fällen des [Â§ 38 Abs. 1 GmbHG](#) einzuhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Dazu hat das LSG ausgeführt, dass hier sogar die Frist von sechs Monaten ([Â§ 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB](#)) gewahrt ist. Nach dem Ende des für die Zeit vom 1. April 1990 bis 31. März 1995 laufenden Geschäftsführervertrags haben sich die Vertragsparteien am 8. März 1995 dahin geeinigt, den bestehenden Zeitvertrag bis zum 30. September 1995 zu verlängern. B. sollte im übrigen in der Zeit vom 1. Oktober 1995 bis 30. Juni 1996 an 100 Tagen für Beraterleistungen zur Verfügung stehen und dafür die Hälfte seiner bisherigen Bezüge erhalten. Eine besondere Verantwortung der Klägerin für die Arbeitslosigkeit ab 1. Juli 1996, die einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne soziale Rechtfertigung i. S. des [Â§ 1 KSchG](#) gleich käme, ist danach nicht zu erkennen."

Diese Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, bedeutet aber auch, dass die in [Â§ 128 AFG](#) begründete bzw. vorausgesetzte besondere Verantwortung des Arbeitgebers für die eintretende Arbeitslosigkeit auch dann nicht vorliegt, wenn der Arbeitnehmer nur in einem nach den Regeln des Beschäftigungsförderungsgesetzes in zulässiger Weise befristeten

Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitgeber gestanden und ein sachlicher Grund für die Befristung bestanden hat. So lag es aber hier. Der Vertrag des AN mit der Klägerin selbst entsprach durch die Befristung auf ein Jahr von vornherein den Regeln des Beschäftigungsförderungsgesetzes und unterfiel damit auch nicht dem Kündigungsschutzgesetz. Der Vertrag stellte auch keine Manipulation dar, denn das Dienstverhältnis als Geschäftsführer der Firma I-GmbH war unter Wahrung der vertraglichen Frist durch Kündigung beendet worden und damit abgeschlossen; der Arbeitsplatz war endgültig entfallen. AN war bei der Klägerin auch nicht als Geschäftsführer beschäftigt. Der sachlich gerechtfertigte Grund für die Befristung der Beschäftigung lag in dem Umstand, dass die von AN zu verrichtenden Tätigkeiten zu großen Teilen in Abwicklungsgeschäften bestanden. Somit konnte diese befristete Tätigkeit keine Erstattungspflicht auslösen.

Der Umstand, dass AN zuvor jahrzehntelang bei der von der Klägerin übernommenen I-GmbH als Geschäftsführer tätig gewesen war, vermag das so gewonnene Ergebnis nicht zu ändern. Vor-aussetzung für eine durch die Übernahme dieser Firma begründete Einstandspflicht für eine Erstattungspflicht wäre wiederum zumindest, dass zur Zeit der Beendigung des Geschäftsführer-Dienstvertrags des AN die I-GmbH eine besondere Verantwortung für die (letztlich eintretende oder eine unterstellte sofortige) Arbeitslosigkeit im Sinne des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 AFG](#) gehabt hätte, die dann auf die Klägerin übergeleitet worden wäre. Eine solche besondere Verantwortung bestand hier aber nicht. Dazu kann auf die obigen Ausführungen des BSG zum fehlenden Bestandsschutz bei einem Geschäftsführer-Dienstvertrag im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes und damit im Rahmen des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) Bezug genommen werden. Ein Geschäftsführer einer GmbH ist so gesehen jederzeit abberufbar und steht so gesehen potentiell jederzeit "vor den Toren" der Beklagten; eine sozial gerechtfertigte Kündigung ist zu keinem Zeitpunkt Voraussetzung für die rechtmäßige Beendigung des Dienstverhältnisses. Damit kann kein Bestandsschutz im Sinne des [§ 128 AFG](#) entstehen. Es muss bei unbefristeten Verhältnissen lediglich die vertragliche/gesetzliche Kündigungsfrist gewahrt sein, was hier der Fall ist, nachdem der Vertrag bereits von AN schriftlich auf der Kündigung bestätigt am 20.02.1997 zum 31.12.1997 gekündigt worden war. Die Kündigungsfrist hatte 6 Monate betragen.

Nach all dem kommt es auf die Frage, ob hier bezüglich des befristeten Arbeitsverhältnisses ein Aufhebungsvertrag oder ein Abwicklungsvertrag abgeschlossen worden war, nicht an. Die hier in Frage stehenden Arbeitsverhältnisse lösen mit oder ohne Aufhebungsvertrag letztlich weder jeweils allein für sich noch in ihrer Kombination eine Erstattungspflicht aus

Bei dieser Sach- und Rechtslage waren die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben.

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

Erstellt am: 10.11.2004

Zuletzt verändert am: 21.12.2024