

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
17. Dezember 1997

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 103/96

.....

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richterin Dr. **W e t z e l - S t e i n w e d e l** und den Richter **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **D e k a r s k i** und **B u n g a r t** für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin werden das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 2. Oktober 1996 und das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 21. November 1995 aufgehoben.

Der Bescheid der Beklagten vom 9. November 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Januar 1995 sowie die Bescheide vom 4. April 1995 und 11. April 1996 werden aufgehoben.

Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Die Klägerin wendet sich gegen ihre Heranziehung zur Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) nebst Kranken- und Rentenversicherungsbeiträgen.

Die Klägerin, ein Zulieferbetrieb der Autoindustrie, vereinbarte mit dem am 21. Juni 1936 geborenen Arbeitnehmer Walter L. (im folgenden L), einem freigestellten Mitglied des Betriebsrats, dessen Ausscheiden zum 31. Juli 1994. L erhielt eine Abfindung. L war seit 1956 bei der S. GmbH beschäftigt gewesen, deren Vermögen aufgrund Verschmelzungsvertrags vom 23. Juni 1993 als Ganzes auf die Klägerin übertragen worden war, und danach bei der Klägerin. Er hat ab 24. Oktober 1994 Alg bezogen, seit dem 1. Juli 1996 bezieht er vorgezogenes Altersruhegeld.

Mit Bescheid vom 9. November 1994 stellte das Arbeitsamt (ArbA) nach Anhörung der Klägerin fest, daß sie gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) das Alg (nebst Kranken- und Rentenversicherungsbeiträgen) ab 1. August 1994 für längstens 624 Tage zu erstatten habe. Zur Begründung wurde ausgeführt, L erfülle derzeit nicht die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nrn 1 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit. Umstände, die nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 1 bis 7 bzw Abs 2 Nr 2 AFG den Nichteintritt der Erstattungspflicht rechtfertigten, seien weder von der Klägerin vorgetragen noch erkennbar. Auf den Widerspruch der Klägerin stellte das ArbA den Eintritt der Erstattungspflicht erst ab 24. Oktober 1994 fest; im übrigen hatte der Widerspruch keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 2. Januar 1995).

Während des Klage- und Berufungsverfahrens forderte das ArbA mit Bescheid vom 4. April 1995 für die Zeit bis 30. Januar 1995 11.979,68 DM und mit Bescheid vom 11. April 1996 für die Zeit vom 31. Januar bis 31. Dezember 1995 40.684,19 DM an Erstattungsbeträgen.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 21. November 1995 die Klage abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 2. Oktober 1996 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage gegen den Bescheid vom 11. April 1996 abgewiesen. Es hat ausgeführt, abzuweisen seien sowohl die Klage gegen die Feststellung der Erstattungspflicht nach § 128 AFG als auch die Klagen gegen die nach § 96 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in das Gerichtsverfahren einzubeziehenden Abrechnungsbescheide. In verfahrensmäßiger Hinsicht sei nicht zu beanstanden, daß die Beklagte zweistufig vorgegangen sei, indem sie zunächst nur die Erstattungsverpflichtung als solche ausgesprochen und erst später die Zahlung bestimmter Beträge verlangt habe. Die Befugnis, Grundlagenbescheide zu erlassen, ergebe sich aus § 128 AFG. In § 128 Abs 7 Satz 2 AFG sei



ausdrücklich geregelt, daß bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags des Arbeitgebers das ArbA Vorab-Grundlagenentscheidungen betreffend die Befreiungstatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 6 und 7 AFG treffen müsse. Aus dieser "Muß-Vorschrift" folge, daß das ArbA in sonstigen Fällen auch ohne Antrag eine Vorab-Grundlagenentscheidung treffen - also zweistufig vorgehen - könne, aber nicht müsse. Dementsprechend werde auch in § 128 Abs 7 Satz 1 AFG bei der dort geregelten Beratungspflicht des ArbA zwischen den "Voraussetzungen" und dem "Umfang" der Erstattungsregelung unterschieden. Auch § 128 Abs 8 AFG hebe - sowohl in Satz 1 als auch in Satz 2 - isoliert auf "das Entstehen" und "den Wegfall" der Erstattungspflicht ab. Vorab-Grundlagenentscheidungen seien im übrigen auch sonst im Bereich der Arbeitslosenversicherung keineswegs unbekannt, so seien sie beispielsweise für die Gewährung von Kurzarbeitergeld und bei dem Mehrkostenzuschuß ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Vorab-Grundlagenentscheidungen würden darüber hinaus in verschiedenen Bereichen des AFG - trotz Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung - von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) akzeptiert. Gegenteiliges folge auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), insbesondere nicht aus der Entscheidung vom 29. November 1985 (BVerwGE 72, 265 f). Denn diese Entscheidung sei auf die hier zu beurteilende Fallgestaltung einer Vorab-Grundlagenfeststellung bei einer Geldzahlungspflicht nicht übertragbar. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht seien die Bescheide der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Voraussetzungen einer Erstattungspflicht der Klägerin nach § 128 AFG seien erfüllt. Die Abrechnungsbescheide vom 4. April 1995 und 11. April 1996 seien ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Der Abrechnungsbescheid vom 4. April 1995 sei allerdings dahingehend zu korrigieren, daß der Erstattungsbetrag von 11.979,68 DM um einen Differenzbetrag von 425,07 DM zu ermäßigen sei.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des Art 12 Grundgesetz, des § 128 AFG sowie § 24 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren (SGB X) und der Sachaufklärungspflicht. Sie macht ua geltend, die angefochtenen Bescheide seien bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen zu beanstanden. Der sog Grundlagenbescheid sei unzulässig, weil es hierfür - auch unter Beachtung der Rechtsprechung des BVerwG - an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehle. Aus § 128 Abs 1 Satz 1 AFG ergebe sich die Verpflichtung der Beklagten zur vierteljährlichen Prüfung der Erstattungspflicht. Dies sei auch sinnvoll, denn in diesen Zeitabständen müsse von der Beklagten insbesondere geprüft werden, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf andere Sozialleistungen habe. Die Befugnis zum Erlaß eines sog Grundlagenbescheides folge auch nicht aus § 128 Abs 7 Satz 2 AFG, der eine völlig andere Fallkonstellation regle. Die Abrechnungsbescheide vom 4. April 1995 und 11. April 1996 seien bereits wegen fehlender Anhörung rechtswidrig; darüber hinaus seien auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Erstattungspflicht nicht gegeben. Im übrigen sei § 128 AFG verfassungswidrig.



Die Klägerin beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 2. Oktober 1996 und des Sozialgerichts Heilbronn vom 21. November 1995, den Bescheid vom 9. November 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Januar 1995 sowie die Bescheide vom 4. April 1995 und 11. April 1996 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des LSG für zutreffend: Der sog Grundlagenbescheid, ein Dauerverwaltungsakt, habe seine gesetzliche Grundlage in § 128 AFG. Hierfür spreche der Wortlaut des § 128 Abs 1 Satz 1, des Abs 1 Satz 2, des Abs 2 und des Abs 8 AFG. Dem Aufbau des § 128 AFG lasse sich entnehmen, daß der Gesetzgeber zwischen der Verantwortung des Arbeitgebers für den Eintritt der Arbeitslosigkeit und damit dem Eintritt der Erstattungspflicht und der Zurechnung der sozialen Kosten der Arbeitslosigkeit bei nachträglicher Erfüllung der Voraussetzungen für eine alternative Sozialleistung unterscheide. Der feststellende Verwaltungsakt sei Grundlage für die vierteljährlich zu erteilenden Abrechnungsbescheide. Die Annahme eines einheitlichen Erstattungsanspruchs lasse sich auch mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. Januar 1990 vereinbaren, das insoweit zwischen dem Bestehen und dem Entfallen der Erstattungspflicht unterschieden habe. Die Befugnis zum Erlaß eines sog Grundlagenbescheides entspreche außerdem den Anforderungen an ein effektives und zweckmäßiges Verwaltungsverfahren (vgl § 9 SGB X bzw § 10 Verwaltungsverfahrensgesetz <VwVfG>). Auch der Arbeitgeber könne sich auf die ausgesprochene Erstattungspflicht und die Voraussetzungen für ihren Wegfall bei seinen betrieblichen Dispositionen einstellen. Die Abrechnungsbescheide seien möglicherweise rechtswidrig, weil vor ihrem Erlaß die Anhörung der Klägerin unterblieben sei. Insoweit könne allerdings von Bedeutung sein, daß der Rechtscharakter des Grundlagenbescheides als feststellender Verwaltungsakt Unterschiede zu demjenigen der nachfolgenden Abrechnungsbescheide aufweise.



II

Die Revision der Klägerin ist begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig.

1. Die während des Klage- bzw Berufungsverfahrens ergangenen Abrechnungsbescheide vom 4. April 1995 und 11. April 1996, die gem § 96 Abs 1 SGG iVm § 153 Abs 1 SGG Gegenstand des gegen den sog Grundlagenbescheid gerichteten Verfahrens geworden sind (vgl hierzu BSG SozR 3-4100 § 128a Nrn 3 und 7 mwN), sind schon deshalb rechtswidrig, weil die erforderliche Anhörung nach § 24 Abs 1 SGB X unterblieben ist und diese im gerichtlichen Verfahren nicht wirksam nachgeholt werden kann (§ 42 Satz 2 iVm § 41 Abs 1 Nr 3 SGB X).

Gemäß § 24 Abs 1 SGB X ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesen Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Dies ist nicht geschehen. Eine Ausnahme von der Anhörungspflicht ergibt sich auch nicht aus § 24 Abs 2 Nr 3 SGB X. Danach kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einem Antrag oder einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll. Diese Ausnahmenvorschrift greift schon deshalb nicht ein, weil die Abrechnungsbescheide - unabhängig von der Frage, ob sie zumindest konkludent auch das Nichtvorliegen eines Anspruchs auf andere Sozialleistungen (§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG) voraussetzen - jedenfalls zur Höhe des Erstattungsbetrages auf neuen Tatsachen beruhen, die nicht Angaben der Klägerin entsprechen und auch nicht vor Erlass des Grundlagenbescheides mit ihr erörtert worden sind. Gerade die Höhe des Erstattungsbetrags kann - wie der Fall der Klägerin bestätigt - fehlerhaft sein oder jedenfalls Anlaß zu Einwänden der Arbeitgeber bieten. Die Anhörung der Klägerin, die vor dem sog Grundlagenbescheid bzw dem Widerspruchsverfahren stattgefunden hat, genügt somit nicht.

Die im Verwaltungsverfahren unterbliebene Anhörung kann im gerichtlichen Verfahren nicht nachgeholt werden und hat die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verwaltungsakte zur Folge, wie das BSG wiederholt entschieden hat (BSGE 44, 207 = SozR 1200 § 34 Nr 2; BSGE 46, 57, 60 = SozR 1200 § 34 Nr 3; BSGE 49, 229, 232 = SozR 1200 § 34 Nr 10 mwN; BSGE 70, 133, 136 = SozR 3-1300 § 24 Nr 6). Um eine Entscheidung der Gerichte in der Sache zu ermöglichen, hätte die Beklagte ihre Abrechnungsbescheide zurücknehmen und sie nach vorheriger Anhörung der Klägerin noch während des Berufungsverfahrens durch neue Bescheide ersetzen müssen, die dann nach § 96 SGG Gegenstand des anhängigen Berufungsverfahrens geworden wären (vgl BSGE 75, 159 = SozR 3-1300 § 41 Nr 7).

2. Auch der sog Grundlagenbescheid, der zumindest wegen der Nichtabrechnung der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1996 die Klägerin weiterhin selbständig beschwert, ist rechts-



widrig. Denn für einen feststellenden Verwaltungsakt dieser Art fehlt es an der für Eingriffsakte erforderlichen Grundlage.

Die von der Klägerin angefochtene Feststellung ist ein belastender Verwaltungsakt. Der Bescheid vom 9. November 1994 ist ausdrücklich als "Entscheidung über die Erstattungspflicht" bezeichnet. Es wird die Verpflichtung der Klägerin festgestellt, das für den Arbeitnehmer L gezahlte Alg (nebst Kranken- und Rentenversicherungsbeiträgen) ab dem genannten Zeitpunkt (1. August 1994) für längstens 624 Tage zu erstatten. Der Widerspruchsbescheid vom 2. Januar 1995, nach dem die Erstattungspflicht allerdings erst ab 24. Oktober 1994 eintritt, bestätigt diese Feststellung. Dieser Verfügungssatz ist die Regelung (§ 31 SGB X), die die Rechtsfolge möglicher Bestandskraft für sich in Anspruch nimmt. Denn aus dem Verfügungssatz des Bescheides ergibt sich der klar erkennbare Wille der Behörde, die Entscheidung über die Erstattungspflicht der Klägerin ab dem genannten Zeitpunkt mit Dauerwirkung iS des § 48 SGB X festzustellen (so ausdrücklich auch Dienstbl-RdErl 11/93 der Beklagten vom 3. Februar 1993, Nr 7.4 Abs 2). Gegen die belastende Wirkung dieses feststellenden Verwaltungsakts spricht schließlich nicht, daß er nur die Grundlage für die eigentlich belastenden Abrechnungsbescheide bildet. Denn gerade die hierdurch beabsichtigte verbindliche Vorabklärung der Erstattungspflicht wirkt belastend und zwingt zu einer Anfechtung dieses Bescheides bereits vor der Abrechnung des Erstattungsbetrags.

Ein solcher feststellender Verwaltungsakt, mit dem eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers nach § 128 AFG dem Grunde nach festgestellt wird, bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Denn jeder Verwaltungsakt setzt die Befugnis der Verwaltung voraus, auf diese Weise zu handeln, dh Regelungen bestimmten Inhalts zu treffen, die andere Rechtsträger binden (vgl BSGE 30, 230, 232 f; 45, 296, 298 = SozR 2200 § 381 Nr 26; BSGE 49, 291, 294 = SozR 4100 § 145 Nr 1; Urteil vom 28. August 1997 - 8 RKn 2/97 - demnächst SozR 3-2600 § 118 Nr 1). Zwar ist keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich, jedoch muß die Zulässigkeit des Verwaltungsakts zumindest im Wege der Auslegung zu ermitteln sein. Dies hat das BVerwG zu belastenden feststellenden Verwaltungsakten wiederholt entschieden (vgl BVerwGE 72, 265, 268; Buchholz 451.20 § 33c GewO Nr 3; Buchholz 451.20 § 34c GewO Nr 4; sowie für sog Beitragsgrundlagenbescheide BVerwGE 75, 318, 319; 96, 160, 162) und entspricht der Rechtsprechung des BSG zu den sog Erfassungsbescheiden, bei denen - soweit eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fehlt - auf Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesetzes abgehoben wird (vgl BSGE 61, 203, 205 = SozR 4100 § 186a Nr 21 - zur Umlagepflicht bei der Produktiven Winterbauförderung; BSGE 69, 259, 260 f = SozR 3-5425 § 24 Nr 1 mwN - zur Abgabepflicht zur Künstlersozialversicherung). Für den angefochtenen sog Grundlagenbescheid fehlt es an der entsprechenden gesetzlichen Grundlage, eine förmliche Feststellung des fraglichen Inhalts zu treffen. Die Befugnis des ArbA, den zu erstattenden Betrag durch Verwaltungsakt geltend zu machen, berechtigt hierzu nicht.



Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 18. Dezember 1992 (BGBl I 2044) - in Kraft getreten am 1. Januar 1993 (vgl Art 10 Abs 1 des Gesetzes) - "erstattet" der Arbeitgeber "der Bundesanstalt (BA) vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage". Die Befugnis des ArbA, den jeweils nach Ablauf eines Vierteljahres zu erstattenden Betrag durch Verwaltungsakt geltend zu machen, ergibt sich aus § 128 Abs 6 iVm § 146 AFG. Gemäß § 128 Abs 6 AFG gilt § 146 AFG entsprechend. Nach § 146 Satz 1 AFG trifft der Direktor des ArbA die Entscheidungen über den "Anspruch". § 128 Abs 6 AFG stellt also klar, daß der Direktor des ArbA den Erstattungsanspruch durch Verwaltungsakt geltend macht (vgl BT-Drucks 12/3211 S 26). Die Bedeutung des § 146 Satz 1 AFG erschöpft sich allerdings nicht in einer Regelung der Entscheidungszuständigkeit. Vielmehr enthält er zugleich den gesetzlichen Auftrag an die Verwaltung, "über den Anspruch" zu entscheiden. Unter Bezugnahme auf diese Regelung haben deshalb der 7. Senat des BSG und ihm folgend der erkennende Senat wiederholt entschieden, daß Entscheidungen, die die ArbA mit den sog Sperrzeitbescheiden (§ 119 AFG) oder Ruhensbescheiden (§ 117 AFG) treffen, in der Regel nicht die Feststellung von Sperrzeiten oder Ruhenszeiten zum Inhalt haben; sie regeln vielmehr die rechtlichen Folgen der Sperrzeiten bzw Ruhenszeiten, indem die beantragte Leistung für die Dauer der Sperrzeit bzw Ruhenszeit abgelehnt wird (vgl BSGE 66, 94, 95 = SozR 4100 § 119 Nr 36; BSG Urteil vom 4. Juli 1991 - 7 RAr 124/90 - nicht veröffentlicht; BSG Urteil vom 13. März 1997 - 11 RAr 17/96 - nicht veröffentlicht; BSG SozR 4100 § 117 Nr 21). Aufgabe der Verwaltung ist es, grundsätzlich über den geltend gemachten (Leistungs-)Anspruch, nicht jedoch über das Vorliegen oder Fehlen von Leistungsvoraussetzungen zu entscheiden (vgl SozR 4100 § 117 Nr 21 sowie BSG Urteil vom 4. Juli 1991 - aaO -). Dies gilt aufgrund der Verweisung des § 128 Abs 6 AFG auf § 146 AFG für den Erstattungsanspruch nach § 128 AFG entsprechend. Auch hier ist es Aufgabe der Verwaltung "über den Anspruch" zu entscheiden, also den zu erstattenden Betrag geltend zu machen, und nicht über gesetzliche Voraussetzungen eines (gegebenenfalls künftigen) Erstattungsanspruchs oder über Tatbestände, die für einen Erstattungsanspruch erheblich sind oder erheblich werden können, bindende Feststellungen zu treffen. Letzteres sollte hier indes geschehen. Denn der sog Grundlagenbescheid hat nur die Feststellung der Erstattungspflicht der Klägerin ab 24. Oktober 1994 bis zur gesetzlichen Höchstgrenze (längstens 624 Tage) zum Inhalt. Die Beklagte hat nicht über ihren Erstattungsanspruch als solchen entschieden, denn dazu wäre auch eine Entscheidung über die Höhe des Anspruchs erforderlich gewesen. Der sog Grundlagenbescheid, in dem die Erstattungspflicht der Klägerin dem Grunde nach festgestellt worden ist, läßt sich - anders als bei den Sperrzeit- und Ruhensbescheiden, mit denen konkludent der Leistungsanspruch abgelehnt wurde - auch nicht umdeuten. Vielmehr entspricht es gerade der erklärten Absicht der Beklagten, zunächst eine Entscheidung über die Erstattungspflicht des Arbeitgebers zu treffen, und dann nach dieser



Feststellung in einer gesonderten Abrechnungsentscheidung dem Arbeitgeber den Erstattungsbetrag "mitzuteilen" (vgl Dienstbl-RdErl 11/93 vom 3. Februar 1993, Nr 7.4 Abs 2, 4).

Der die Erstattungspflicht der Klägerin feststellende sog Grundlagenbescheid steht jedoch nicht nur im Widerspruch zu § 146 iVm § 128 Abs 6 AFG und der danach bestehenden Verpflichtung der Verwaltung, den zu erstattenden Betrag geltend zu machen. Eine solche besondere Feststellung (Vorab-Entscheidung) über die Erstattungspflicht steht vielmehr auch im Widerspruch zu dem Wortlaut, dem systematischen Aufbau und der Zielsetzung der Vorschrift des § 128 AFG.

Schon der Wortlaut des § 128 Abs 1 Satz 1 AFG, nach dem der Arbeitgeber der BA "vierteljährlich" das Alg "erstattet", legt es nahe, daß der Erstattungsanspruch nach den Vorstellungen des Gesetzgebers im Rhythmus von drei Monaten geltend gemacht wird und dabei selbstverständlich geprüft werden muß, ob und in welchem Umfang eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers eingetreten ist oder - anders ausgedrückt -, daß eine Entscheidung über Grund und Höhe der Erstattungspflicht zu treffen ist (so teilweise auch die Literatur, vgl Buchner, NZA 1993, 481, 488; Kreßel, NZS 1993, 292, 296; Wissing, NZA 1993, 481, 488; ders in Knigge/Ketelsen/Marschall, Komm zum AFG, § 128 RdNr 77).

Diese rückwärts gewandte vierteljährliche Festsetzung des Erstattungsanspruchs entspricht auch der Grundstruktur der Erstattungsregelung. Während § 128 Abs 1 Satz 1 AFG die ("positiven") Voraussetzungen für den Eintritt der Erstattungspflicht des Arbeitgebers regelt, sind in § 128 Abs 1 Satz 2 AFG die ("negativen") Voraussetzungen für den Nichteintritt der Erstattungspflicht bestimmt. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist (Variante 1), der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 2 Nrn 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt (Variante 2) oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß bei ihm einer der in den Nrn 1 bis 7 genannten Befreiungstatbestände gegeben ist (Variante 3). Jede dieser drei gesetzlichen Tatbestandsvarianten schließt für sich die Erstattungspflicht des Arbeitgebers aus. Daraus folgt, daß ein Erstattungsanspruch für die Tage nicht besteht, an denen der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine andere Sozialleistung iS des § 128 Abs 1 Satz 2 Variante 2 AFG erfüllt. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, der mit der Einfügung dieses gesetzlichen Ausschlußgrundes erklärtermaßen der Entscheidung des BVerfG vom 23. Januar 1990 (BVerfGE 81, 156 = BSG SozR 3-4100 § 128 Nr 1) Rechnung tragen wollte, das für einen solchen Fall eine im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegende Belastung verneint hat (vgl BT-Drucks 12/3211 S 24). Ob die Voraussetzungen für eine anderweitige Sozialleistung gegeben sind oder nicht, läßt sich nicht vorausschauend beurteilen. Denn das gesundheitliche Leistungsvermögen des Arbeitslosen kann sich ständig ändern. Nur rückwirkend und bezogen auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Widerspruchsbescheid)



kann entschieden werden, ob und wann der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine anderweitige Sozialleistung erfüllt hat. Gerade im Hinblick auf diese gesetzliche Tatbestandsvariante macht es daher durchaus Sinn, daß über die Erstattung erst nach Ablauf von jeweils drei Monaten entschieden werden kann. Mit diesen Grundsätzen läßt sich die von der Beklagten mit dem sog Grundlagenbescheid beabsichtigte Entscheidung über den Eintritt der Erstattungspflicht mit Dauerwirkung iS des § 48 SGB X nicht vereinbaren. Der in § 128 Abs 1 Satz 1 AFG grundsätzlich auf Vierteljahreszeiträume bezogenen Erstattungspflicht des Arbeitgebers entspricht damit die Pflicht der Beklagten, (frühestens) nach Ablauf eines Vierteljahres den Erstattungsanspruch für die Vergangenheit geltend zu machen. Die Bindungswirkung eines solchen Bescheides über den Erstattungsanspruch ist zeitlich begrenzt, dh er enthält keine über den Abrechnungszeitraum hinaus wirkende Feststellung, daß der Anspruch dem Grunde nach besteht. Insofern gilt hier dieselbe zeitliche Beschränkung der Bindungswirkung wie bei der Erstattungsregelung des § 128a AFG, die ebenfalls eine vierteljährliche Erstattungspflicht des Arbeitgebers statuiert (vgl BSG SozR 3-4100 § 128a Nr 4).

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten läßt sich die Zulässigkeit eines sog Grundlagenbescheides über die Erstattungspflicht auch nicht damit rechtfertigen, es gehe bei der Feststellung der Erstattungspflicht typischerweise darum, ob dem Arbeitgeber das spezifische Risiko der Altersarbeitslosigkeit überhaupt zugerechnet werden könne (sog Primärzurechnung). Demgegenüber gehe es bei der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen alternativer Sozialleistungen um die Sekundärzurechnung und deren Grenzen (vgl Ebsen, NZS 1993, 377, 380). Diese Argumentation entspricht nicht der bereits dargestellten Systematik des § 128 Abs 1 Satz 1 und 2 AFG, der keine solche Rangfolge zwischen den positiven und den negativen Erstattungsvoraussetzungen kennt. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 23. Januar 1990 (BVerfGE 81, 156, 197 ff = SozR 3-4100 § 128 Nr 1) trifft den Arbeitgeber nur dann eine besondere Verantwortung für die mißbilligte Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer, wenn die Voraussetzungen alternativer Sozialleistungen nicht gegeben sind. Entsprechend den Vorgaben des BVerfG hat der Gesetzgeber diese Einschränkung als negatives Tatbestandsmerkmal für die Erstattungspflicht in die Neufassung des § 128 AFG aufgenommen und dieses Tatbestandsmerkmal in § 128 Abs 1 Satz 2 AFG (gleichwertig) neben die beiden anderen Varianten für den Nichteintritt der Erstattungspflicht gestellt. Die von der Beklagten behauptete Unterschiedlichkeit von Primär- und Sekundärzurechnung läßt sich auch nicht aus den Regelungen in § 128 Abs 2 und Abs 8 AFG und der dortigen Differenzierung zwischen dem Entstehen und dem Wegfall des Erstattungsanspruchs herleiten. Die genannten Vorschriften machen nur deutlich, daß die einmal eingetretene Erstattungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen entfallen kann. Sie lassen jedoch keineswegs den Schluß auf eine von der Beklagten behauptete Dauerpflichtigkeit des Arbeitgebers und die Zulässigkeit einer Regelung durch einen feststellenden Verwaltungsakt mit Dauerwirkung zu.



Entgegen der Rechtsansicht des LSG kann die Zulässigkeit des genannten Grundlagenbescheides auch nicht aus § 128 Abs 7 AFG gefolgert werden. Nach § 128 Abs 7 Satz 1 AFG berät das ArbA den Arbeitgeber auf Verlangen über Voraussetzungen und Umfang der Erstattungsregelung. Nach Satz 2 dieser Vorschrift entscheidet das ArbA auf Antrag des Arbeitgebers im voraus, ob die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 2 Nrn 6 und 7 erfüllt sind. Diese Regelung betrifft also eine andere Fallkonstellation, nämlich eine Vorab-Entscheidung des ArbA bei vom Arbeitgeber geplanten Personalabbaumaßnahmen. Wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, sollte durch die Regelung des § 128 Abs 7 Satz 2 AFG erreicht werden, daß der Arbeitgeber "zum Zweck vereinfachter Kalkulierbarkeit und Planungssicherheit ... durch Entscheidung des zuständigen ArbA im voraus von der Erstattungszahlung entbunden werden kann, wenn er die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 2 Nrn 6 oder 7 für künftige Arbeitnehmerfreisetzungen vorab darlegt und nachweist". Mit Satz 1 des § 128 Abs 7 AFG sollte klargestellt werden, daß der Arbeitgeber sich "im Vorfeld einer personellen Maßnahme von der Arbeitsverwaltung auch im Hinblick auf andere Befreiungstatbestände beraten lassen kann" (vgl BT-Drucks 12/3423 S 58 f). Die Regelung bezieht sich nicht (wie in den Vorgängerregelungen) auf andere Befreiungstatbestände und hat im übrigen nur eine Vorab-Entscheidung auf entsprechenden Antrag des Arbeitgebers zum Inhalt. Aus dieser sich auf das Vorfeld personeller Maßnahmen beziehenden Regelung kann deshalb keinesfalls auf die Befugnis der BA geschlossen werden, im Nachgang zu personellen Abbaumaßnahmen einen Grundlagenbescheid über die Erstattungspflicht des Arbeitgebers zu treffen.

Entgegen der Rechtsansicht des LSG kann die Befugnis der Beklagten, die Erstattungspflicht der Klägerin isoliert festzustellen, auch nicht auf die Rechtsprechung des BSG zu den sog Erfassungsbescheiden gestützt werden. Soweit das BSG die isolierte Feststellung der Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung bzw der Abgabepflicht zur Künstlersozialkasse auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung als zulässig angesehen hat, hat es auf Wortlaut, Sinn und Zweck der jeweiligen gesetzlichen Regelung (§ 186a AFG; § 24 Künstlersozialversicherungsgesetz) sowie das Bestehen eines Regelungsbedürfnisses für eine solche isolierte Entscheidung abgehoben (BSGE 61, 203, 205 = SozR 4100 § 186a Nr 21; BSGE 64, 221, 223 = SozR 5425 § 24 Nr 2 und BSGE 69, 259, 260 = SozR 3-5425 § 24 Nr 1; SozR 3-5425 § 24 Nr 7). Abgesehen davon, daß eine isolierte Feststellung der Erstattungspflicht nach § 128 AFG mit dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist, besteht im Regelfall für den Arbeitgeber auch kein Regelungsbedürfnis für eine isolierte Entscheidung über seine Erstattungspflicht. Denn einem etwaigen Bedürfnis, Klarheit zu schaffen, ob eine bestimmte Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Erstattungspflicht nach § 128 AFG auslöst, kann auf seinen Antrag hin durch eine Vorab-Entscheidung nach § 128 Abs 7 AFG Rechnung getragen werden. Im Unterschied zu der isolierten Entscheidung über die Erstattungspflicht nach § 128 AFG haben die sog Erfassungsbescheide auch regelmäßig in der Vergangenheit liegende abgeschlossene Sachverhalte und Voraussetzungen zum Gegen-



stand, bei denen Änderungen zwar nicht von vornherein ausscheiden, aber nicht - wie bei dem negativen Tatbestandsmerkmal der alternativen Sozialleistungen - von Tag zu Tag möglich sind. Doch auch bei der von der Rechtsprechung zugelassenen isolierten Feststellung der Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung hat dieser Verwaltungsakt keine zeitlich unbegrenzte Dauerwirkung, sondern die Beurteilung der Umlagepflicht kann danach nur für Zeitabschnitte von jeweils einem Jahr erfolgen (vgl BSGE 61, 203, 209 = SozR 4100 § 186a Nr 21).

Die fehlende gesetzliche Grundlage für die von der Klägerin angefochtene Feststellung ihrer Erstattungspflicht nach § 128 AFG kann schließlich auch nicht - wie die Beklagte meint - im Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 9 SGB X, § 10 VwVfG) gesehen werden. Denn danach ist das Verwaltungsverfahren (nur) dann an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Letzteres ist hier der Fall, da § 128 AFG der Beklagten die Verpflichtung auferlegt, in Abschnitten von jeweils drei Monaten - wobei längere Zeiträume zulässig sind - über den Erstattungsanspruch nach Grund und Höhe zu entscheiden. Die infolgedessen rechtswidrige Feststellung der Erstattungspflicht durch den sog Grundlagenbescheid verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Auf die Revision der Klägerin müssen daher - unter Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen - sowohl die Abrechnungsbescheide als auch der Grundlagenbescheid aufgehoben werden. Auf alle weiteren rechtlichen Gesichtspunkte kommt es nicht an.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)