

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
18. September 1997

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 55/96

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 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 **M e i d** und **Z ä h r i n g e r** für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 23. April 1996 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin wendet sich gegen ihre Heranziehung zur Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Beiträgen zur Kranken- und Rentenversicherung nach § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), die die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) für den am 11. August 1930 geborenen K. (K) aufgewendet hat.

K war vom 15. Juni 1976 bis 31. Oktober 1985 bei der Firma W. GmbH (W GmbH), vom 1. November 1985 bis 31. August 1987 bei der M. AG (M AG) und vom 1. September bis zum 31. Dezember 1987 bei der Klägerin jeweils als Altöl-Entsorgungsfahrer beschäftigt. Die M AG hatte den Betrieb der W GmbH zum 1. November 1985 übernommen. Anlässlich der Betriebsübernahme schlossen die M AG und die W GmbH sowie K einen dreiseitigen Überleitungsvertrag, in dem ausgeführt ist, daß K zum 1. November 1985 in das Arbeitsverhältnis mit der M AG entsprechend § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) übernommen werde und die bisherige Betriebszugehörigkeit bei der W GmbH für alle entstehenden Ansprüche gültig sei. Bei der Klägerin handelt es sich um den ab 1. September 1987 als GmbH rechtlich selbstständigen Hauptabteilungsbereich Entsorgung und Versorgung der M AG. Die W GmbH und die M AG, nicht jedoch die Klägerin, hatten jeweils Zuschüsse nach dem Altölgesetz durch das Bundesamt für Wirtschaft erhalten.

Das Arbeitsverhältnis des K wurde durch eine arbeitgeberseitige Kündigung vom 28. Juli 1987 zum 31. Dezember 1987 beendet. Als Kündigungsgrund gab die Klägerin die Auflösung der Niederlassung aus zwingenden betrieblichen Gründen an. K erhielt ab 1. Januar 1988 antragsgemäß Alg.

Mit dem Bescheid vom 3. März 1988 stellte die Beklagte die Erstattungspflicht nach § 128 AFG aF für das dem K ab 11. August 1989 gezahlte Alg sowie für die hierauf entfallenden Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung für längstens 1248 Leistungstage dem Grunde nach fest. Hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein, der zunächst nicht beschieden wurde. Ferner verlangte die Beklagte ua mit den Bescheiden vom 12. Februar 1990 und vom 2. Mai 1990 die Erstattung von Alg und Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für die Zeit vom 28. August 1989 bis 30. August 1989 sowie vom 29. September 1989 bis 13. Januar 1990 in Höhe von 7.726,46 DM und für die Zeit vom 15. Januar 1990 bis 17. April 1990 in Höhe von 6.697,92 DM. Die genannten Erstattungsbeträge wurden von der Klägerin an die Beklagte gezahlt. Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 8. Mai 1992 zurück.



Die dagegen gerichtete Klage hat das Sozialgericht (SG) mit Urteil vom 14. Dezember 1993 abgewiesen: Ein Befreiungstatbestand nach § 128 AFG aF habe nicht vorgelegen, da die Klägerin selbst keine Zuschüsse, Kredite oder Bürgschaften zur Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des Betriebes, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt gewesen sei, erhalten habe. Die bei den Rechtsvorgängern zurückgelegten Beschäftigungszeiten des K seien der Klägerin zuzurechnen, da sie zum rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses gemäß § 613a BGB gehört hätten.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG sowie die Bescheide der Beklagten aufgehoben. Das LSG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und K habe weniger als zehn Jahre iS von § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Buchst b AFG aF bestanden, denn die Beschäftigungszeit bei der W GmbH sei der Klägerin nicht zuzurechnen. Der Wirkungskreis des § 613a BGB sei auf das Arbeitsverhältnis und den Schutz des Arbeitnehmers ausgerichtet; er könne daher im Rahmen des § 128 AFG keine öffentlich-rechtlichen Belastungen des Arbeitgebers schaffen. Zwar solle § 128 AFG nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem Kündigungen älterer Arbeitnehmer erschweren, es könne aber nicht ausgeschlossen werden, daß in manchen Fällen bei einer Bejahung der Erstattungspflicht gerade aus diesem Grunde die Betriebsübernahme unterbleibe, damit Arbeitsplätze gefährdet und die eigentlich zu schützenden Arbeitnehmer entlassen würden. Die von § 128 AFG geforderte besondere Verantwortungsbeziehung könne nicht durch die zivilrechtliche Norm des § 613a BGB fingiert werden. Auch aus der zusätzlich abgeschlossenen dreiseitigen Vereinbarung folge nichts anderes, da die Klägerin sich hierdurch keine rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der nicht an der Vereinbarung beteiligten Beklagten habe auferlegen wollen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Buchst b AFG aF. Der Gesetzestext stelle nicht auf die tatsächliche Beschäftigung, sondern ausschließlich auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses ab. Zum rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Arbeitnehmer gehörten aber gemäß § 613a BGB die von diesem bei den Rechtsvorgängern der Klägerin zurückgelegten Beschäftigungszeiten. Wenn der neue Arbeitgeber alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis durch gesetzliche Regelung übernehme, müsse er die beim bisherigen Inhaber zurückgelegte Beschäftigungszeit gegen sich gelten lassen. Ein anderes Ergebnis würde dem Sinn und Zweck des § 128 AFG widersprechen.



Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 23. April 1996 aufzuheben
und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie trägt vor, daß zwar ein Betriebsübergang von der W GmbH auf die M AG und ein solcher von der M AG auf die Klägerin stattgefunden habe, die vor dem Betriebsübergang zurückgelegten Zeiten jedoch nicht zu den anrechnungsfähigen Beschäftigungszeiten zählten, weil es beim Betriebserwerber insoweit an der nötigen besonderen Verantwortungsbeziehung für öffentlich-rechtliche Ansprüche fehle. Es sei nicht Sinn und Zweck des § 613a BGB, öffentlich-rechtliche Ansprüche der BA gegen den neuen Betriebsinhaber zu sichern oder sie überhaupt erst zu ermöglichen. Da sowohl die W GmbH als auch die M AG von der Erstattungspflicht befreit gewesen seien, hätte ein Ausscheiden des K aus diesen Unternehmen auch nach 30 Jahren Betriebszugehörigkeit nie zu einem Erstattungsanspruch geführt.

II

Die Revision der BA ist iS der Aufhebung und Zurückverweisung begründet. Die Entscheidung des LSG verletzt § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Buchst b AFG aF. Für eine abschließende Entscheidung des Senats reichen die tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht aus.

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind nur noch die Bescheide der Beklagten vom 3. März 1988, 12. Februar 1990 und 2. Mai 1990 idF des Widerspruchsbescheides vom 8. Mai 1992. Hierbei bedarf die Frage, ob die Beklagte nach § 128 AFG aF zu "Grundentscheidungen" über die Erstattungspflicht berechtigt war, keiner Erörterung. Der "Grundlagenbescheid" vom 3. März 1988 gilt nämlich, soweit Alg usw nicht erstattet worden ist, gemäß § 239 Satz 2 AFG als aufgehoben, und enthält im übrigen keine über die "Erstattungsbescheide" hinausgehende Beschwer, da die Erstattungsbescheide zumindest konkludent auch eine Entscheidung über die Erstattungspflicht für den gesamten hier streitigen Zeitraum enthalten.

1. Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG (idF des Siebten Gesetzes zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20. Dezember 1985, BGBl I S 2884) erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Tage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, vierteljährlich das Alg



für die Zeit nach Vollendung des 59. Lebensjahres des Arbeitslosen. Die Erstattungspflicht tritt nach Satz 2 Nr 1 Buchst b der Vorschrift nicht ein, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß der Arbeitslose vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, insgesamt weniger als zehn Jahre zu ihm in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat. Soweit Alg nach Abs 1 zu erstatten ist, schließt dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ein (§ 128 Abs 2 AFG aF).

Das LSG hat angenommen, die Erstattungspflicht sei nicht eingetreten, weil K zu der Klägerin weniger als zehn Jahre in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Die bei der W GmbH zurückgelegten Beschäftigungszeiten seien der Klägerin nicht zuzurechnen, da ein Betriebsübergang nicht bewirke, daß eine Zusammenrechnung der Beschäftigungszeiten erfolgen könne. Die Revision rügt mit Recht, daß dieser rechtliche Ausgangspunkt des LSG unzutreffend ist. Bei einem anderen Arbeitgeber zurückgelegte Beschäftigungszeiten sind dem neuen Arbeitgeber bei der Beurteilung der Erstattungspflicht zuzurechnen, wenn dieser durch einen Betriebsübergang in die Rechte und Pflichten eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eingetreten ist. Dies folgt aus dem Zweck der Regelung des § 128 AFG aF und den Rechtsfolgen des § 613a BGB.

Zweck der Anordnung der Erstattungspflicht bei älteren Arbeitslosen ist in erster Linie, den Arbeitgeber zu veranlassen, ihre älteren langjährig beschäftigten Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen und nicht in die Arbeitslosigkeit mit anschließender Frühverrentung zu entlassen. Dieses vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, das den eigentlichen Grund der Erstattungspflicht bildet und diese verfassungsrechtlich rechtfertigt (BVerfGE 81, 156, 189 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1), soll dadurch erreicht werden, daß Arbeitgeber, die Arbeitsverhältnisse mit älteren und langjährig beschäftigten Arbeitnehmern lösen wollen, die durch die Erstattungspflicht ausgelösten Folgekosten bei der Entscheidung über die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit einbeziehen und hiervon uU absehen. Diese verhaltenssteuernde Funktion (Lenkungsfunktion) soll folglich bewirken, daß ältere betriebs-treue Arbeitnehmer vor Entlassung geschützt werden. Bei der Auswahl der in den Erstattungstatbestand einbezogenen Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber das besondere Schutzbedürfnis der älteren und betriebstreuen Arbeitnehmer berücksichtigt, das mit einer erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers korrespondiert (BVerfGE 81, 156, 196 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1).

Bildet die aus Alter und Betriebstreue des Arbeitnehmers resultierende erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers den Anknüpfungspunkt für seine Erstattungspflicht, so ist es auch gerechtfertigt, ihm im Rahmen des Erstattungstatbestandes Beschäftigungszeiten zuzurechnen, wenn er nach § 613a Abs 1 Satz 1 BGB durch den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils als Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Die Betriebstreue



des Arbeitnehmers ist gleichermaßen bei einem Arbeitsverhältnis ohne wie bei einem mit zwischenzeitlichem Betriebsübergang gegeben. Der Betriebsübernehmer tritt nicht nur in die Vertragsrechtsstellung des Arbeitsvertrages, sondern in alle in der Vergangenheit erworbenen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein. Insbesondere muß er die beim bisherigen Betriebsinhaber zurückgelegte Betriebszugehörigkeit gegen sich gelten lassen (vgl nur BAG AP Nr 35 zu § 613a BGB; AP Nr 4 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit; AP Nr 41 zu § 242 BGB Gleichbehandlung). Die aus der Dauer der Betriebszugehörigkeit erwachsende Fürsorgepflicht als Nebenpflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis ist vom Übergang nicht ausgenommen. Daraus folgt, daß für die Berechnung der für den Erstattungstatbestand des § 128 Abs 1 AFG aF erheblichen Beschäftigungszeiten auch Zeiten einzubeziehen sind, die vor dem Betriebsübergang zurückgelegt wurden (Heuer in Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, § 128 Rz 5; Wissing NZA 1993, 388; aA: Brand in Niesel, AFG, § 128 Rz 8 ff; Gagel, AFG, § 128 Rz 74).

Diesem Ergebnis steht der Wortlaut des § 128 Abs 1 AFG aF nicht entgegen, wonach "der Arbeitgeber" als Erstattungspflichtiger bezeichnet wird und ferner Zeiten zu berücksichtigen sind, in denen der Arbeitslose "zu ihm in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat". Mit der Fassung der Vorschrift sollte nicht nur der jeweils letzte Arbeitgeber angesprochen werden, sondern die Formulierungen umfassen zugleich zwanglos denjenigen Arbeitgeber mit, in dessen Stellung ein Betriebsübernehmer eingetreten ist. Hiervon ging im übrigen auch der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 128 Abs 1 AFG durch das Gesetz zur Anpassung des Rechts der Arbeitsförderung und der gesetzlichen Rentenversicherung an die Einführung von Vorruhestandsleistungen vom 13. April 1984 (BGBl I 610) aus, wenn in der Begründung des Regierungsentwurfs ausgeführt wird, daß § 613a BGB nicht nur bei der Berechnung der Dauer des Arbeitsverhältnisses nach Abs 1 Satz 2 Nr 1, sondern entsprechend auch bei der Berechnung der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses nach Abs 1 Satz 1 anzuwenden sei (BT-Drucks 10/965 S 10). Der Wille des Gesetzgebers verdeutlicht zudem, daß die ausdrückliche Erstreckung der Erstattungsregelung auf Konzernunternehmen (Abs 4) nicht als abschließende Sonderregelung verstanden werden kann.

Schließlich kann der Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten nach einem Betriebsübergang nicht entgegengehalten werden, daß § 613a BGB nicht das Ziel habe, öffentlich-rechtliche Pflichten zu schaffen oder fortzusetzen. Eine derartige Argumentation geht fehl, weil nicht etwa die Erstattungspflicht vom bisherigen auf den neuen Arbeitgeber übergeht, sondern lediglich eine in der Vergangenheit erwachsene Verantwortungsbeziehung übernommen wird, die sich erst mit der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 AFG, insbesondere der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses unter Mitwirkung des neuen Arbeitgebers, realisiert. § 128 AFG aF knüpft lediglich an die Rechtsfolge des § 613a BGB, nämlich das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses trotz Arbeitgeberwechsels, an. Zuzugeben ist, daß § 128 AFG aF die soziale Belastung bei ei-



ner Betriebsübernahme erhöht; hierbei handelt es sich jedoch um die zwangsläufige Folge des vom Gesetzgeber gewollten Schutzes älterer Arbeitnehmer vor Entlassung.

Die Beschäftigungszeiten des K bei der W GmbH als auch bei der M AG sind der Klägerin daher nicht nur zuzurechnen, wenn sich die jeweilige Übernahme des Betriebes bzw Betriebsteils durch (Gesamt-) Rechtsnachfolge vollzogen hat, sondern auch dann, wenn die M AG und die Klägerin im Wege der Betriebsübernahme Arbeitgeber des später ausgeschiedenen K geworden sind.

2. Die Aufhebung der noch angefochtenen Bescheide läßt sich auch nicht aus anderen Gründen rechtfertigen.

2.1 Die Bescheide gelten, soweit die Klägerin Alg usw erstattet hat, nicht nach § 239 Satz 2 AFG als aufgehoben. Nach dieser durch Art 1 Nr 9 des Gesetzes zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer Vorschriften vom 21. Juni 1991 (BGBl I 1306) eingefügten und am 1. Juli 1991 in Kraft getretenen Vorschrift gelten die auf der Grundlage des gleichzeitig aufgehobenen § 128 AFG aF ergangenen Verwaltungsakte als aufgehoben, soweit Alg, Arbeitslosenhilfe (Alhi) oder Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung nicht erstattet worden sind. Bereits nach dem klaren Wortlaut der Regelung erstreckt sich ihr Anwendungsbereich nicht auf Fälle, in denen der Arbeitgeber zwar gezahlt hat, aber der Erstattungsfall gleichwohl wegen Erhebung von Widerspruch und Klage nicht abgeschlossen ist (aA Hessisches LSG E-LSG Ar-021). Dies wird durch die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt, da in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird, daß es in den Fällen, in denen Erstattungszahlungen durch den Arbeitgeber, sei es auch unter Vorbehalt oder aufgrund eines nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes, erbracht worden sind, der Aufhebung des Verwaltungsaktes bedarf (BT-Drucks 12/222 S 7). In den Fällen fehlender Bestandskraft ist deshalb über den Widerspruch bzw die Anfechtungsklage nach § 128 AFG aF unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zu entscheiden, wie dies das LSG getan hat.

2.2 Zu Unrecht macht die Klägerin geltend, daß ihre Erstattungspflicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG aF nicht eingetreten sei, weil die W GmbH und die M AG Zuschüsse nach dem Altölgesetz erhalten hätten. Nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG idF des Gesetzes vom 13. April 1984 (BGBl I 610) tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß er zur Wiederherstellung des Betriebes, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war, öffentliche Zuschüsse, Kredite oder Bürgschaften erhält.

Bei den nach § 2 des Gesetzes über Maßnahmen zur Sicherung der Altölbeseitigung (Altölgesetz idF vom 20. Dezember 1979, BGBl I 2114) aus Mitteln eines Rückstellungsfonds, der nach näherer Maßgabe des § 4 des Gesetzes durch eine von bestimmten Schuldner der Mineralölsteuer zu erbringende Ausgleichsabgabe gespeist wurde, ge-



währten laufenden Zuschüssen handelte es sich schon nicht um eine von § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG aF erfaßte öffentliche Förderung. Die laufenden Zuschüsse konnten nach § 2 Abs 1 Satz 1 Altölgesetz zu den anderweitig nicht zu deckenden Kosten für die Beseitigung bestimmter Altöle gewährt werden, wenn die Altöle gewässer- und bodenunschädlich beseitigt wurden und Luftverunreinigungen, vor denen die Allgemeinheit und die Nachbarschaft zu schützen war, nicht entstanden. Damit dienten die fraglichen Zuschüsse der Förderung einer umweltverträglichen Beseitigung von bestimmten Altölen durch die Unterstützung eines leistungsfähigen Netzes von mit dieser Aufgabe betrauten Betrieben (Begründung zur Erstfassung des Altölgesetzes vom 23. Dezember 1968, BGBl I 1419 in BT-Drucks V/3075 S 4; vgl ferner BVerwG DÖV 1979, 679; NVwZ 1986, 554), nicht aber der von § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG aF vorausgesetzten Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit von Betrieben, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind.

3. Andere Gründe, denen zufolge schon jetzt feststünde, daß die angefochtenen Bescheide rechtswidrig wären, sind nicht ersichtlich. Andererseits ist aufgrund der bisherigen Feststellungen des LSG nicht auszuschließen, daß die Beklagte die Klägerin zu Unrecht zur Erstattung herangezogen hat.

3.1 Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 128 AFG aF (BVerfGE 81, 156, 200 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1) entfällt die Erstattungspflicht, wenn der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für eine andere Sozialleistung erfüllt, bei deren Zuerkennung kein Anspruch auf Auszahlung von Alg oder Alhi bestehen würde. Ob die Voraussetzungen für eine solche Sozialleistung vorliegen, ist nach der Entscheidung von Amts wegen festzustellen. Feststellungen hierzu hat das LSG, von seinem Rechtsstandpunkt zu Recht, nicht getroffen.

3.2 Ferner fehlen auch Feststellungen zum Umfang der Erstattungspflicht. Diese Prüfung darf sich nicht darauf beschränken, ob die von der Klägerin geforderten Beträge mit dem gezahlten Alg und den darauf entfallenden Beiträgen übereinstimmen, sondern zur Bestätigung der Erstattungsforderung ist erforderlich, daß die gezahlten Leistungen - auch der Höhe nach - rechtmäßig an K zu erbringen waren (vgl BSG SozR 3-4100 § 128a Nr 7).

3.3 Über die Kosten des Revisionsverfahrens wird das LSG mit der abschließenden Entscheidung befinden.

