

Bundessozialgericht

7 RAr 98/83

Im Namen des Volkes

Verkündet am
22. August 1984

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsklägerin.

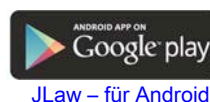
Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 22. August 1984
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landes-
sozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom
1. September 1983 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten des Revisionsver-
fahrens zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten über die Befreiung von der Erstattungs-
pflicht nach § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Zum Unternehmensgegenstand der Klägerin gehört der öffentliche
Nahverkehr. Das Grundkapital von 30.000.000 DM wird zu etwa 98 %
von der Stadt B. bzw von der im 100%igen Besitz dieser Stadt
befindlichen Holding für Versorgung und Verkehr Gesellschaft mit
beschränkter Haftung (GmbH), der Stadt G. und der
B. -G. Bahngesellschaft mbH gehalten, an der die
Städte B. und G. wiederum zu 99 % beteiligt sind.

Mit Schreiben vom 17. August 1982 beantragte die Klägerin bei
der Beklagten, diese möge entscheiden, daß für 45 Mitarbeiter,
deren Arbeitsverhältnisse im Jahre 1983 mit Vollendung des
59. Lebensjahres enden würden, die Voraussetzungen für eine Er-
stattung des Arbeitslosengeldes (Alg) an die Beklagte nicht ge-
geben seien. Zur Begründung verwies sie auf frühere Anträge. Da-
nach sei sie in den Jahren 1976 bis 1980 von Bund und Land in
Höhe von rund 170.000.000 DM bezuschußt worden. Im gleichen
Zeitraum hätten die am Aktienkapital beteiligten Gemeinden noch
einen Verlust von etwa 200.000.000 DM übernommen. In den Jahren
1981 und 1982 seien Verluste in Höhe von 45.000.000 DM bzw
51.000.000 DM auszugleichen. Für 1983 werde ein Verlust in Höhe
von etwa 40.000.000 DM erwartet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagte lehnte diesen Antrag durch Bescheid vom 26. August 1982 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1982 mit der Begründung ab, die Klägerin sei ein Unternehmen der Daseinsvorsorge, bei dem eine Existenzgefährdung durch hohe Verluste ausscheide. Das Sozialgericht (SG) D. hat durch Urteil vom 1. Dezember 1982 die Bescheide der Beklagten aufgehoben und sie verpflichtet, der Klägerin die Befreiung von der Erstattungspflicht nach § 128 Abs 1 AFG für das Jahr 1983 zu erteilen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landessozialgericht (LSG) für das Land NW im Urteil vom 1. September 1983 im wesentlichen ausgeführt:

Die Erstattungspflicht entfalle, weil die Erstattung des Alg für die Klägerin eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung bedeute. Diese sei durch die finanzielle Gesamtlage der Klägerin bedingt.

Darüber hinaus seien auch die Voraussetzungen für die Befreiung von der Erstattungspflicht deshalb gegeben, weil "zur Fortführung des Betriebes ... öffentliche Bürgschaften geleistet" würden. Das SG habe die von der Stadt B. mit Erklärung vom 26. Januar 1978 gegebene Bürgschaft über das bis zum 31. Januar 1993 laufende Darlehen der Pensionskasse der Beschäftigten der Klägerin zu Recht als eine Bürgschaft iS des § 128 Abs 4 Satz 2 AFG angesehen. Diese Bürgschaft sei - ebenso wie die Zuschüsse zur Ausgleichung der jährlichen Verluste - gegeben worden, um der übernommenen öffentlichen Aufgabe, Verkehrsunternehmen als Bestandteil der Daseinsvorsorge zur Verfügung zu stellen, auch



weiterhin in der Form der privatwirtschaftlichen Betätigung gerecht zu werden. Damit sei die Bürgschaft von der Gemeinde als einem Träger öffentlicher Gewalt zur Erledigung einer öffentlichen Aufgabe geleistet worden und daher als öffentliche Bürgschaft iS des § 128 Abs 4 Satz 2 AFG anzusehen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Sie ist der Auffassung, das angefochtene Urteil verstoße gegen § 128 AFG. Es könne zwar unterstellt werden, daß die Verluste der Klägerin, beziehe man sie mit dem LSG auf "jeden Wirtschaftsbetrieb - wenn nicht besondere Umstände gegeben" seien, eine Erstattung nach § 128 Abs 4 Satz 1 AFG wirtschaftlich unzumutbar machen könnten. Im Falle der Klägerin lägen jedoch besondere Umstände vor.

Die Verluste der Klägerin seien gewissermaßen "naturbedingt" durch die Aufgabenstellung ihres Betriebes im Rahmen der Daseinsvorsorge. Ein Verkehrsbetrieb, wie ihn die Klägerin unterhalte, sei von vornherein mit dem Hemmnis belastet, nicht ausschließlich nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten arbeiten zu können. Der Eintritt von Verlusten sei absehbar und werde in Kauf genommen. Dabei könne die Klägerin aber ihren Betrieb in der Gewißheit führen, daß diese Verluste letztlich von den hinter ihr stehenden Gemeinden, also der stets liquiden öffentlichen Hand, aufgefangen würden.

Darüber hinaus erfülle die Klägerin auch nicht die Voraussetzungen des § 128 Abs 4 Satz 2 AFG, die eine unzumutbare Belastung indizierten.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Eine Existenzgefährdung (§ 128 Abs 4 Satz 2 Alt 1 AFG) scheide bei in der öffentlichen Hand befindlichen Betrieben der Daseinsvorsorge wegen der aus öffentlichen Mitteln gewährleisteten Verlustabdeckung von vornherein aus.

Ferner sei der Auffassung des LSG zu widersprechen, daß es sich bei der Bürgschaft, welche der Klägerin von der Stadt B. gewährt worden sei, um eine solche iS des § 128 Abs 4 Satz 2 Alt 2 AFG handele. Soweit öffentliche Bürgschaften und Kredite die Erstattungspflicht entfallen lassen sollten, beruhe dies auf der Vorstellung, daß die eine öffentliche Hand nicht das dem Arbeitgeber wieder nehmen solle, was ihm eine andere - als Dritte - zur Aufrechterhaltung seines Betriebes gezahlt bzw wofür sie gebürgt habe. Hier gewähre aber die Stadt B. die Bürgschaft nicht als eine der Klägerin gegenüberstehende Stelle der öffentlichen Hand, sondern sie stehe von vornherein mit ihrer Bürgschaft - auch als Aktionärin - hinter bzw auf Seiten der Klägerin. Die Gewährung der Bürgschaft sei Ausfluß der der Stadt B. obliegenden öffentlichen Aufgabe, die hier in Form einer privatrechtlichen Beteiligung an einer AG nach § 89 der Gemeindeordnung für das Land NW (GO NW) wahrgenommen werde.

Die Bürgschaft werde auch nicht zur Fortführung des Betriebes gewährt. Zweck der Bürgschaft sei nicht die Überwindung einer vorübergehenden Gefährdung der Fortführung des Betriebes, sondern vielmehr die Sicherstellung einer durchgängigen Finanzierung des Betriebes überhaupt, zu dessen Unterhaltung die Stadt letztlich nach Kommunalrecht verpflichtet sei. Würde man die Bürgschaften



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

oder Kredite, welche von einer Kommune ihren in Form einer AG gehaltenen Betrieben gewährt würden, stets als öffentliche Bürgschaften und Kredite iS des § 128 Abs 4 AFG ansehen - die Gewährung solcher Bürgschaften/Kredite zur Finanzierung dieser Betriebe dürfte die Regel sein -, so würden diese Betriebe gegenüber rein privaten Betrieben generell begünstigt, indem sie stets von der Erstattung nach § 128 AFG befreit würden. Damit könnten sie bei ihren wirtschaftlichen Überlegungen die in § 128 AFG verfolgten Ziele außer acht lassen, obwohl sie mehr als Privatunternehmen in der Lage seien, diesen Zielen gerecht zu werden, da sie nicht zur Gewinnerzielung betrieben würden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG für das Land NW vom 1. September 1983
sowie das Urteil des SG D. vom 1. Dezember 1982
aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt insbesondere vor:

Entgegen der Darstellung der Beklagten seien die Verluste der Klägerin abstrakt gesehen sehr wohl mit den Verlusten zu vergleichen, die auch bei rein wirtschaftlichen Betrieben einträten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Argumentation der Beklagten, bei der Bürgschaft handele es sich nicht um eine solche im Sinne des § 128 AFG, weil die Stadt B. hinter der Klägerin stünde und von dieser nicht losgelöst sei, verkenne, daß diese Auslegung vom Gesetzeswortlaut her nicht gedeckt sei und nur eine Begünstigung privater Betriebe zur Folge habe.

II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Das LSG hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Das SG hat den Bescheid der Beklagten vom 26. August 1982 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1982 zutreffend aufgehoben und die Beklagte verurteilt, die Klägerin von der Erstattungspflicht nach § 128 AFG zu befreien. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig.

Rechtsgrundlage für das Begehren der Klägerin ist hier § 128 AFG idF des Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz -AFKG-) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497). Zwar ist § 128 AFG durch das Gesetz zur Anpassung des Rechts der Arbeitsförderung und der Rentenversicherung an die Einführung von Vorruhestandsleistungen vom 13. April 1984 (BGBl I 610) umgestaltet worden; diese Neufassung ist jedoch im vorliegenden Falle noch nicht anwendbar, weil es um die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Jahre 1983 geht (vgl § 242c AFG). Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG erstattet der Arbeitgeber, bei



dem der Arbeitslose innerhalb der Rahmenfrist mindestens zwei Jahre in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 59. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 312 Tage. Dies schließt auch die Erstattung der auf das Alg entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ein (§ 128 Abs 2 AFG). Ausnahmen von dieser Regelung, die hier nicht vorliegen, finden sich in § 128 Abs 1 Satz 2 AFG. Gemäß § 128 Abs 4 Satz 1 AFG entfällt die Erstattungspflicht nach Abs 1, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß die Erstattung für ihn eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung bedeuten würde. Eine solche Belastung liegt insbesondere vor, wenn die Erstattung die Existenz des Betriebes gefährden könnte oder wenn zur Fortführung des Betriebes öffentliche Kredite oder Bürgschaften geleistet oder wegen grundlegender Betriebsänderungen öffentliche Anpassungshilfen gewährt werden (§ 128 Abs 4 Satz 2 AFG). Nach § 128 Abs 4 Satz 3 AFG entscheidet das Arbeitsamt auf Antrag des Arbeitgebers im voraus, ob für die Beendigung einer bestimmten Zahl von Arbeitsverhältnissen die Voraussetzungen nach Satz 1 gegeben sind.

In formeller Hinsicht haben die Vorinstanzen - ebenso wie die Beklagte - den Antrag der Klägerin zu Recht nicht beanstandet. Allerdings ist er insoweit mißverständlich, als er auf eine Feststellung der Beklagten gerichtet ist, daß die Voraussetzungen für eine Erstattungspflicht hinsichtlich der im Laufe des Jahres 1983 ausscheidenden 45 älteren Arbeitnehmer der Klägerin nicht gegeben sind. Der § 128 Abs 4 Satz 3 AFG sieht hingegen lediglich



eine Entscheidung der Beklagten darüber vor, ob für die Beendigung einer bestimmten Zahl von Arbeitsverhältnissen die Voraussetzungen nach § 128 Abs 4 Satz 1 AFG gegeben sind, dh, ob die Erstattungspflicht wegen einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung entfällt. Der fragliche Antrag kann jedoch zwanglos in diesem Sinne ausgelegt werden, da dies dem erkennbaren Ziel der Klägerin entspricht, im voraus eine verbindliche Entscheidung unter Berücksichtigung der im Zeitpunkt der Antragstellung bzw der Verwaltungsentscheidung feststehenden Umstände zu erhalten. Der Antrag ist auch hinreichend bestimmt. Ihm ist zu entnehmen, daß die Klägerin erwägt, eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern zu entlassen, für die sie für die Zeit nach der Vollendung des 59. Lebensjahres des jeweiligen Arbeitslosen das Arbeitslosengeld zu erstatten hat, weil die Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG nicht vorliegen.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Erstattungspflicht entfällt, hat das LSG in Übereinstimmung mit dem SG und der Beklagten zutreffenderweise auf die Situation der Klägerin abgestellt. Zwar gelten Konzernunternehmen iS des § 18 des Aktiengesetzes (AktG) vom 6. September 1965 (BGBl I 1089 mit späteren Änderungen) als ein Arbeitgeber (§ 128 Abs 3 Satz 1 AFG). Der Erstattungsanspruch richtet sich jedoch nur gegen den Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer zuletzt in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat (§ 128 Abs 3 Satz 2 AFG). Unabhängig von den an ihr bestehenden Beteiligungen ist die Klägerin - jedenfalls für den Zeitpunkt der Freisetzung - als Arbeitgeberin der von dieser Maßnahme betroffenen älteren Arbeitnehmer anzusehen. Sie trifft, wenn die Vor-



aussetzungen des § 128 Abs 4 Satz 1 AFG nicht vorliegen, die Erstattungspflicht. Im vorliegenden Falle wäre die Erstattung für die Klägerin eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung.

Ob die Ansicht des LSG zutrifft, dies sei bereits deshalb der Fall, weil die Existenz der Klägerin schon allein durch den für das Jahr 1983 erwarteten Verlust in Höhe von 40.000.000 DM iS von § 128 Abs 4 Satz 2 Halbsatz 2 AFG gefährdet sei, kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall geht das LSG zu Recht davon aus, daß die Voraussetzungen des 3. Halbsatzes des § 128 Abs 4 Satz 2 AFG gegeben sind. Hiernach liegt eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber insbesondere auch dann vor, wenn zur Fortführung des Betriebes öffentliche Kredite oder Bürgschaften gewährt werden. Das trifft hier zu.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die in § 128 Abs 4 Satz 2 AFG aufgeführten Fallkonstellationen keine eigenständigen Befreiungstatbestände, sondern lediglich Erläuterungen zum Begriff der "unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung" darstellen. Dagegen spricht schon der insoweit eindeutige Wortlaut des Gesetzes, wonach eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung insbesondere ua dann vorliegt, wenn zur Fortführung des Betriebes öffentliche Bürgschaften geleistet werden. Dies kann nur so verstanden werden, daß der Gesetzgeber in den Fällen des § 128 Abs 4 S 2 AFG die unzumutbare Belastung unterstellt.

Die Bürgschaft der Stadt B. ist als "öffentlich" anzusehen, weil sie von einem Träger der öffentlichen Hand gegeben worden



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



ist und den kommunalen Haushalt belastet. Ob sie, wie das LSG meinte, zur Erledigung einer öffentlichen Aufgabe abgegeben sein muß, kann dahinstehen, weil dies hier der Fall ist. Sie ist für Zwecke der Daseinsvorsorge gegeben worden. Sie dient auch der Beseitigung eines Liquiditätsmangels bei der Klägerin. Dadurch wird weiterhin die - anderenfalls gefährdete - Fortführung des Betriebes der Klägerin gesichert.

Die Auffassung der Beklagten, dennoch handele es sich nicht um eine öffentliche Bürgschaft im Sinne des Gesetzes, findet im Gesetzeswortlaut keine hinreichende Stütze. Weder ist insoweit eine innere Beziehung zwischen dem öffentlichen Bürgen und dem Arbeitgeber von vornherein schädlich, noch ist eine Anwendung der Vorschrift schlechthin ausgeschlossen, wenn die Bürgschaft nicht nur der Überwindung einer vorübergehenden Betriebsgefährdung dient. Es kann zwar davon ausgegangen werden, daß die Befreiung von der Erstattungspflicht wegen der Gewährung öffentlicher Bürgschaften und Kredite auf der Überlegung beruht, daß die eine öffentliche Hand nicht das dem Arbeitgeber wieder nehmen soll, was ihm eine andere zur Aufrechterhaltung seines Betriebes gezahlt bzw wofür sie gebürgt hat. Das gilt jedoch gleichermaßen für alle Arbeitgeber. Die von der Beklagten vertretene Auffassung würde dazu führen, daß die Gestaltungsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben einräumt, im Ergebnis unbeachtet bleiben. Dies hätte zur Folge, was die Beklagte auch erkannt hat, daß die Gewährung öffentlicher Kredite und Bürgschaften für Betriebe in privater Rechtsform, die von der öffentlichen Hand gehalten werden, praktisch nicht zum



Wegfall der Erstattungspflicht führen würde. Da davon ausgegangen werden kann, daß dem Gesetzgeber bei der Abfassung des § 128 AFG in der hier maßgeblichen Fassung diese Problematik bekannt war, hätte es nahegelegen, daß er derartige Betriebe ausdrücklich nicht von der Erstattungspflicht ausgenommen hätte. Dies gilt umso mehr, als eine Existenzgefährdung bei Betrieben, die von der öffentlichen Hand in privater Rechtsform zur Erfüllung der Daseinsvorsorge unterhalten werden, praktisch ausscheidet, weil die öffentliche Hand die Abdeckung der Verluste gewährleistet. Insoweit erscheint es auch gerechtfertigt, daß solche Betriebe für den Fall, daß ihnen Bürgschaften oder Kredite von der hinter ihnen stehenden öffentlichen Hand gewährt werden, möglicherweise gegenüber rein privaten Betrieben begünstigt werden.

Ob durch die Änderung des § 128 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) Betriebe der Daseinsvorsorge nicht mehr von der Erstattungspflicht ausgenommen sind, kann hier dahingestellt bleiben. Zwar deutet die Neufassung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG hierauf hin. Hiernach tritt die Erstattungspflicht des Arbeitgebers ua nicht ein, wenn er nachweist, daß er zur Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit seines Betriebes, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war, öffentliche Zuschüsse, Kredite oder Bürgschaften erhält. Zweck des Betriebes der Klägerin ist aber nicht die Erzielung von Erträgen, sondern die Erfüllung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge. Insoweit könnte also möglicherweise eine öffentliche Bürgschaft nicht zum Wegfall



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Erstattungspflicht führen, weil sie nicht der Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit dient. Jedoch gilt diese Vorschrift, wie bereits ausgeführt wurde, im vorliegenden Falle noch nicht. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß es sich insoweit um eine klarstellende Neufassung durch den Gesetzgeber handelt. Dieser wollte die bisherige gesetzliche Regelung im Interesse der Rechtssicherheit konkretisieren (BT-Drucks 10/965 S 10, Allgemeiner Teil Abs 2 Nr 4). Zu diesem Zwecke hat er neue Tatbestände geschaffen. Das gilt auch für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine öffentliche Bürgschaft die Erstattungspflicht ausschließt. Nach der hier maßgeblichen Regelung des § 128 Abs 4 Satz 2 AFG aF genügt es, wenn die Bürgschaft zur Fortführung des Betriebes gegeben wird - es wird also auf die Existenzsicherung abgestellt -, während § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG nF auf die Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit, dh auf die Gewinnerzielung abstellt.

Hiernach ergibt sich die unzumutbare Belastung nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und dem ihm zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers, den anders auszulegen auch nach den Gesetzesmaterialien kein Anhalt besteht (vgl BR-Drucks 369/81 S 45 zu Nr 40 zu Abs 4; BT-Drucks 9/966 S 80 zu Art 1 § 1 Nr 40), bereits daraus, daß die Klägerin eine öffentliche Bürgschaft zur Fortführung ihres Betriebes erhalten hat. Die Revision der Beklagten muß daher zurückgewiesen werden.



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](#)