

L 6/3 AL 1513/98

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung

6
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)

Aktenzeichen
S 12 AL 1318/96
Datum

03.09.1998
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 6/3 AL 1513/98

Datum
14.03.2001

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 3. September 1998 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Arbeitslosengeld nebst - von der Beklagten getragener - Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) für die früheren Arbeitnehmer der Klägerin V. A. (A.), geb. 1934, und A. K. (K.), geb. 11. März 1932, in Höhe von insgesamt 94.282,83 DM.

Die Klägerin ist ein in der Rechtsform der GmbH betriebener Geflügelvermehrungsbetrieb mit mehreren Tierfarmen, einer Brüterei sowie Verkaufsniederlassungen. Dem bei ihr zunächst aufgrund befristeter Arbeitsverträge und sodann ab 1. Januar 1985 unbefristet als Farmarbeiter beschäftigten A. kündigte sie mit Schreiben vom 1. Juli 1994 zum 30. September 1994 aus betriebsbedingten Gründen, weil die von ihm ausgeführte Arbeit nicht mehr durch Mitarbeiter des Betriebes erledigt werde. Aus betriebswirtschaftlichen Gründen sei die Klägerin gezwungen gewesen, " ...die Versorgung der Elterntiere komplett durch Dritte ausführen zu lassen, indem wir diesen Gesamtkomplex übertragen und nicht mehr im Rahmen unseres Hauses ausführen lassen ...". Auf die hiergegen beim Arbeitsgericht Darmstadt erhobene Kündigungsschutzklage (Az.: XXXXX) verglich sich die Klägerin mit ihrem früheren Arbeitnehmer A. dahingehend, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Kündigung vom 1. Juli 1994 mit Ablauf des 31. Oktober 1994 endete und die Klägerin an A. für den Verlust des Arbeitsplatzes gemäß §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 21.500,00 DM verpflichtet war. Außerdem verpflichtete sich die Klägerin, die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis bis einschließlich 31. Oktober 1994 ordnungsgemäß abzurechnen. Wegen des genauen Wortlauts des arbeitsgerichtlichen Vergleichs vom 4. November 1994 wird auf Bl. 16/17 der zum Verfahren beigezogenen Akten des Arbeitsgerichts Darmstadt Bezug genommen.

Am 4. Oktober 1994 meldete sich A. bei der Beklagten arbeitslos und bezog ab 1. Oktober 1994 bis 31. August 1996 Arbeitslosengeld, wegen dessen Höhe und Berechnung auf die bei der Leistungsakte befindlichen Zahlungsnachweise Bezug genommen wird. Seit 1. September 1996 erhält A. eine vorgezogene Altersrente wegen Arbeitslosigkeit. Für die Zeit des Arbeitslosengeldbezuges vom 1. Oktober bis 31. Oktober 1994 machte die Beklagte einen Anspruchsübergang bezüglich des dem A. noch zustehenden Arbeitsentgeltes geltend. In diesem Zusammenhang legte die Klägerin mit Schreiben vom 23. November 1994 einen Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 8. November 1994 bezüglich des beim Arbeitsgericht Darmstadt anhängig gewesenen Kündigungsschutzverfahrens vor, in dem u. a. ausgeführt wird, die Richterin am Arbeitsgericht habe zu erkennen gegeben, dass sie durch die Verpachtung die Vorschrift des § 613 a BGB grundsätzlich für anwendbar gehalten habe. Insoweit wird auf Bl. 13 der Leistungsakte Bezug genommen.

Die frühere Arbeitnehmerin K. war seit 11. September 1984 bei der Klägerin als Farmarbeiterin beschäftigt. Ihr Arbeitsverhältnis endete durch ordentliche Kündigung der Klägerin vom 28. Oktober 1994 zum 31. März 1995, wobei sich die Klägerin auf dieselben betriebsbedingten Gründe zur Kündigung stützte, die sie bereits gegenüber ihrem früheren Arbeitnehmer A. angeführt hatte. Die frühere Arbeitnehmerin K. nahm die Kündigung hin und meldete sich am 31. März 1995 bei der Beklagten arbeitslos. Sie bezog vom 1. April 1995 bis 31. März 1997 Arbeitslosengeld, wegen dessen Höhe und Berechnung auf die bei der Leistungsakte befindlichen Zahlungsnachweise Bezug genommen wird. Seit dem 1. April 1997 erhält K. Regelaltersrente.

Nach Anhörung mit Schreiben vom 2. Februar 1995 stellte die Beklagte mit Grundlagenbescheiden vom 10. Oktober 1995 die Verpflichtung der Klägerin fest, das für A. ab 1. November 1994 und für K. ab 1. April 1995 gezahlte Arbeitslosengeld jeweils für längstens 624 Tage zu erstatten.

Die hiergegen am 16. Oktober 1995 eingelegten Widersprüche wies die Beklagte mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 15. Juli 1996 zurück.

Die dagegen am 5. August 1996 erhobenen Klagen hat das Sozialgericht Darmstadt verbunden und mit Urteil vom 3. September 1998 abgewiesen (Az.: S-12/Ar-1318/96).

Inzwischen hatte die Beklagte die für A. und K. von der Klägerin zu erstattenden Leistungen mit Abrechnungsbescheiden vom 6. September 1996, 23. September 1996, 30. Oktober 1996, 6. Januar 1997, 24. Februar 1997 und 5. Juni 1997, jeweils für abgelaufene Erstattungszeiträume und nach Anhörung der Klägerin sowie nach Befragung der Leistungsempfänger über den Bezug von anderen Sozialleistungen oder Veränderungen des Gesundheitszustandes, konkret festgesetzt. Insoweit wird wegen weiterer Einzelheiten auf den Inhalt der jeweiligen Leistungsakte Bezug genommen.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Sozialgericht ausgeführt, die Grundlagenbescheide in Gestalt der Widerspruchsbescheide sowie der Abrechnungsbescheide, die sämtlich Gegenstand des Klageverfahrens geworden seien, seien sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtmäßig. Gemäß § 128 AFG sei die Klägerin zur Erstattung des an ihre früheren Arbeitnehmer gezahlten Arbeitslosengeldes in dem von der Beklagten geltend gemachten Umfang verpflichtet. Insbesondere entfalle die Erstattungspflicht auch nicht nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG, denn die Klägerin habe ihre früheren Arbeitnehmer nicht sozial gerechtfertigt gekündigt. An den Inhalt des mit dem früheren Arbeitnehmer A. vor dem Arbeitsgericht Darmstadt abgeschlossenen Vergleichs sei die Beklagte nicht gebunden. Eine sozial gerechtfertigte Kündigung im Sinne des § 1 KSchG liege schon deshalb nicht vor, weil die Kündigung nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam sei. Dies sei der Fall, wenn der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebes oder eines Betriebsteils die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers ausspreche. Trotz einer fehlenden Übereignung der Elterntierfarmen an die Betreiber sei ein Betriebsteil an die nunmehr als selbständige Unternehmer tätigen Farmer durch Pachtvertrag übergegangen. Selbst wenn es sich bei dem von der Klägerin schon im Verwaltungsverfahren vorgelegten Vertrag (Bl. 40 bis 43 der Leistungsakte A.) um keinen reinen Pachtvertrag im Sinne des § 581 BGB handele, weil durch die Abnahme der produzierten Eier seitens der Klägerin kaufvertragsähnliche Elemente und durch die tierärztliche Betreuung Geschäftsbesorgungselemente enthalten seien, schließe dies einen Betriebsübergang im Sinne der genannten Vorschriften nicht aus. Entscheidend sei, dass ein Übergang durch Rechtsgeschäft erfolgt sei, wobei dieses Tatbestandsmerkmal weit auszulegen sei. Die Klägerin habe sich insoweit selbst widersprüchlich eingelassen, denn im Verwaltungsverfahren habe sie zunächst vorgetragen, die Betreiber der Elterntierfarmen seien weiterhin nicht selbständig wegen der Direktionsbefugnisse der Klägerin, danach habe sie jedoch die Auffassung vertreten, die Tierfarmbetreiber seien nunmehr als selbständige Subunternehmer in eigener Regie tätig, ohne dass ein Betriebsübergang vorliege. Auf die unterschiedliche Rechtsprechung zwischen dem Bundesarbeitsgericht (BAG), das einen Betriebsübergang nur annehme, wenn die Übernahme und Fortführung der Betriebsorganisation vorliegt, und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), der allein auf die Identität der wirtschaftlichen Einheit abstelle und insoweit einen Betriebsübergang bereits bei Weiterführung der gleichartigen Geschäftstätigkeit annehme, komme es nicht an, denn unstreitig würden die bisher betriebenen Farmen, wenn auch unter neuer Regie, wie bisher weitergeführt. Die Elterntierfarmen stellten im Rahmen der von der Klägerin betriebenen Geflügelvermehrung mit Tierfarmen, Brütereien und Verkaufsniederlassungen eine Teilorganisation im Sinne der Rechtsprechung des BAG dar, wonach es sich bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln um eine organisatorische Untergliederung des gesamten Betriebs handeln müsse, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzweckes ein Teilzweck verfolgt werde, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handele.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handele es sich beim Betrieb der Elterntierfarmen nunmehr um eine selbständige Tätigkeit und keine "Scheinselbständigkeit" in Form eines verschleierte Arbeitsvertrages. Zwar sei unstreitig eine weitgehende Bindung der Farmer an das Unternehmen der Klägerin gegeben, die die tierärztliche Betreuung und Anlieferung des erforderlichen Futters betreibe und in Absprache mit den Farmern den Schlachtermin bestimme. Andererseits sei der Gewerbebetrieb des Farmers laut Vertrag nicht auf die Farm der Klägerin beschränkt und es stehe dem Farmer frei, seinen Gewerbebetrieb auszuweiten oder andere Tätigkeiten zu verrichten und nach eigenem Gutdünken Hilfskräfte hinzuzuziehen. Er sei verpflichtet, sein Gewerbe bei der zuständigen Gemeindeverwaltung und der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft anzumelden, trage das Risiko der Legeleistung der Tiere und führe den Betrieb in eigener Regie. In der Gesamtwürdigung lasse sich nicht feststellen, dass die Farmer sachlich und zeitlich eine fremdgeplante, fremdnützige und von fremder Risikobereitschaft getragene Arbeit nach Weisung erbrächten. Eine umfassende Einflussnahme auf Inhalt, Ort und Zeit der Lieferleistung sei nach dem Vertrag für die Klägerin nicht vorgesehen. Nach der Einlassung der Klägerin habe für das Gericht keine Veranlassung bestanden zu prüfen, ob die vertragliche Gestaltung den tatsächlichen Verhältnissen entspricht.

Anhaltspunkte dafür, dass die Erstattungspflicht aus anderen Gründen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1-3 und 5-7 AFG nicht eintrete bzw. ein Wegfall der Erstattungspflicht bzw. eine Minderung nach § 128 Abs. 2 AFG anzunehmen sei, hätten sich nicht ergeben. Ebenso seien keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Berechnung der Erstattungsforderungen erkennbar.

Gegen das ihr am 12. Oktober 1998 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 4. November 1998 Berufung eingelegt mit der Begründung, es sei weder ein Betrieb noch ein Betriebsteil nach § 613 a BGB übergegangen, weshalb diese Vorschrift nicht anwendbar sei. Bei den Farmern handele es sich um sogenannte selbständige Subunternehmer, mit denen die Klägerin lediglich im Rahmen eines Werkvertrages verbunden sei. Zwar sei das Vertragsverhältnis als Pachtvertrag bezeichnet, dies entspreche jedoch weder der Sach- noch der Rechtslage. Soweit es im angefochtenen Urteil heiße, die Pächter würden den Betrieb in eigenem Namen betreiben, sei diese Darstellung deshalb unrichtig, weil die für die Klägerin tätigen Subunternehmer nach außen im Zusammenhang mit dem Betrieb der Klägerin überhaupt nicht in Erscheinung treten würden. Bereits deshalb könne von einem Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils nicht die Rede sein.

Die Wesensmerkmale eines Pachtvertrages seien vorliegend nicht erfüllt. Nach dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Mustervertrag bleibe die Klägerin sowohl Eigentümerin der Hühner als auch der Eier. Die Subunternehmer hätten demgemäß keinerlei eigene Gestaltungsmöglichkeit. Sie seien vielmehr nur eingesetzt, dafür Sorge zu tragen, dass " ...die Hühner die Eier legen und diese dann ordnungsgemäß für die Klägerin verwertet werden". Für diese Tätigkeit erhielten sie eine "Entlohnung", die fälschlicherweise als "Pacht" im

Vertrag bezeichnet werde. Ein Pachtvertrag liege nur vor, wenn der Betreiber die Produktion eigenverantwortlich fortführe, dies sei gerade nicht der Fall, denn die Produktion werde für den Überlasser ausgeführt, weshalb es sich um einen Werkvertrag handle. Die sogenannten Pächter hätten der Klägerin die Produktion zu verschaffen, d. h. die Eier zur Verfügung zu stellen.

Auch handle es sich gerade nicht um die Überlassung eines Betriebsteils. Den sogenannten Farmern werde keine Betriebsstätte der Klägerin überlassen, vielmehr seien die Farmer aufgrund des Vertrages verpflichtet, in den entsprechenden Stallungen tätig zu sein. Sie hätten insofern aber keinerlei eigenes "Regierecht". Sie dürften beispielsweise keine eigenen Tiere einstellen und seien auch nicht berechtigt, die Eier eigenverantwortlich zu verwerten. Ihre Aufgabe sei es "...lediglich, durch eigene Tätigkeit die Produktion der Eier sicher zu stellen. Darüber hinaus haben sie keine Rechte, weder solche an den Hühnern noch solche an den Eiern. Die Hühner bleiben Eigentum der Klägerin, wie auch die Eier". Nach vollendeter Legeleistung und Erreichung eines bestimmten Alters würden die Tiere geschlachtet und zu Gunsten der Klägerin verwertet, der Erlös stehe ausschließlich der Klägerin zu. Die Farmer hätten weder organisatorisch noch von der Substanz her etwas mit der Produktion zu tun.

Von einem Betriebsübergang könne nicht die Rede sein, weil die Übernahme der Betriebsorganisation durch die Farmer nicht erfüllt sei. Der organisatorische Teil liege "...nach wie vor ausschließlich in Händen der Klägerin. Sie hat zu bestimmen, was die Subunternehmer auszuführen haben. Die Klägerin bleibt nach wie vor Inhaberin der Betriebsstätte. Sie tritt auch allein nach außen hin in Erscheinung. Die Subunternehmer sind im Außenverhältnis überhaupt nicht aktiv. Sie handeln lediglich für die Klägerin und treten nach außen hin überhaupt nicht in Erscheinung".

Die "Subunternehmer" würden ihre Tätigkeiten nicht in einer selbständigen abgrenzbaren organisatorischen Einheit ausüben. Insofern greife das erstinstanzliche Gericht willkürlich die hier betroffene Teilorganisation heraus und mache sie zu einer selbständigen.

Insbesondere seien auch keine Betriebsmittel an die Farmer übergegangen, wie daraus hervorgehe, dass sogar die zu versorgenden Tiere nach wie vor ebenso wie die Früchte (die Eier) Eigentum der Klägerin blieben. Weiter hat die Klägerin ausgeführt: "Das Wesen des Vertrages der Klägerin mit den Subunternehmern besteht darin, dass diese reine Dienstleistungen für die Klägerin erbringen, ohne mit der Substanz des Betriebes verbunden zu sein. Ihnen steht keinerlei Direktionsrecht o. ä. zu".

Die Kündigungen der Mitarbeiter K. und A. sei ausschließlich betriebsbedingt gewesen. Dies habe auch das Arbeitsgericht so gesehen und deshalb eine vergleichsweise Erledigung "wie vereinbart" angeregt.

Infolge einer Überproduktion innerhalb der EU seien die Kükenpreise in den letzten Jahren um rund 17 v.H. gesunken, die Produktionskosten seien allerdings eher gestiegen. Durch modernste Technik in der Brüterei und der Logistik habe ein Teil der Kosten aufgefangen werden können. Die Herstellungskosten für Bruteier hätten jedoch bis vor wenigen Jahren nicht gesenkt werden können. Durch das Einschalten von Subunternehmern bei Bewirtschaftung der Elterntierställe habe eine Personalkosteneinsparung von ca. 35 v.H. beim Brutei erreicht werden können. Diese Überlegung sei wesentlicher Grund für die Entscheidung der Klägerin, die Elterntierhaltung nicht mehr in eigener Regie durchzuführen. Hinzu komme, dass die Haltung von Legeelterntieren unabhängig von Jahreszeit täglich und regelmäßig auch an Samstagen und Sonntagen sowie Feiertagen betreut werden müsse. Dies sei mit angestellten Mitarbeitern nicht möglich, weil niemand bereit sei, Überstunden zu machen und auch an Sonn- und Feiertagen zu arbeiten. Entsprechende Zusagen von Mitarbeitern seien regelmäßig nicht eingehalten worden, so dass der Klägerin erhebliche Nachteile entstanden seien, die zur Kündigung geführt hätten. Dies habe die Klägerin ebenfalls veranlasst, das Problem mit selbständigen Subunternehmern zu lösen, die ihrerseits "Verwandte und Bekannte verpflichten", so dass die Tierbetreuung wesentlich zuverlässiger vorgenommen werden könne. Die Kündigungen seien daher aus betriebsbedingten Gründen unumgänglich gewesen. Insofern nimmt die Klägerin ausdrücklich auf ihren Schriftsatz im Verwaltungsverfahren vom 19. Dezember 1995 Bezug (Bl. 20-22 der Leistungsakte A.), in dem sie ebenfalls ausgeführt hat, die Direktionsbefugnisse gegenüber den Farmern verblieben im wesentlichen bei der Klägerin, es habe sich lediglich um eine betriebsinterne Umstellung und nicht um eine Betriebsübertragung oder Ausgliederung eines Betriebes gehandelt. Den früheren Arbeitnehmern sei auch angeboten worden, einen Betrieb als Farmer in eigener Regie zu betreiben, was diese jedoch abgelehnt hätten. Die Kündigungsfristen hätten gemäß [§ 622 Abs. 2 Ziff. 4 BGB](#) vier Monate betragen und seien im Fall beider früherer Arbeitnehmer eingehalten. Die in der beigefügten Liste aufgeführten früheren Arbeitnehmer der Klägerin seien sämtlich ausgeschieden (Bl. 23 der Leistungsakten). Die notwendigen Arbeiten seien insgesamt einem Dritten übertragen worden, der "den Betrieb in eigener Regie aber mit Weisungsbefugnis der LSL" weiterführe.

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 3. September 1998 und die Bescheide der Beklagten vom 10. Oktober 1995 jeweils in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 15. Juli 1996 sowie die Abrechnungsbescheide vom 6. September 1996, 23. September 1996, 30. Oktober 1996, 6. Januar 1997, 24. Februar 1997 und 5. Juni 1997 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Nachdem sie noch im Widerspruchsverfahren die Auffassung vertreten hat, eine sozial gerechtfertigte Kündigung liege nicht vor, weil der Produktionsbetrieb weder stillgelegt noch auf selbständige Dritte übertragen worden sei, denn die Rechtsstellung der "Farmer" entspreche weitestgehend der eines abhängig Beschäftigten, dem allerdings die Pflichten eines selbständig Gewerbetreibenden übertragen worden seien, stützt sie sich nunmehr auf die Gründe des angefochtenen Urteils. Ergänzend nimmt die Beklagte auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug, wonach es für die Annahme eines Betriebsüberganges u.a. ausreiche, wenn eine Betriebsaufgabe bei gleichzeitigem Einstellen des diesbezüglichen Betriebsteils ausgegliedert werde. Diese treffe nach den Gesamtumständen auf den vorliegenden Fall zu, weshalb die gegenüber den Arbeitnehmern A. und K. ausgesprochenen Kündigungen schon nach [§ 613 a BGB](#) unwirksam seien.

Wegen weiterer Einzelheiten und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichts- und Leistungsakten der früheren Arbeitnehmer A. und K. sowie der zum Verfahren beigezogenen Akte des Arbeitsgerichts Darmstadt (Az.: XXXX), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§ 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#)) ist zulässig, jedoch in der Sache nicht begründet.

Das angefochtene Urteil des Sozialgerichts ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, denn die noch bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ergangenen Abrechnungsbescheide sind zu Recht ergangen. Die erst nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens erteilten Abrechnungsbescheide sind gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden und haben damit die Grundlagenbescheide vom 10. Oktober 1995 in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise ersetzt (vgl.: Bundessozialgericht -BSG-, Urteil vom 2. November 2000, Az.: [B 11 AL 11/00 R](#)), so dass es der von der Klägerin beantragten Aufhebung dieses Grundlagenbescheides materiell-rechtlich nicht mehr bedurfte.

Die jeweils nach Anhörung der Klägerin abgesandten Abrechnungsbescheide bezüglich jeweils bereits abgeschlossener Abrechnungszeiträume im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 1 AFG sind in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Beklagten stehen die zutreffend berechneten Erstattungsforderungen gegen die Klägerin für das an die früheren Arbeitnehmer A. und K. gezahlte Arbeitslosengeld nebst Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 128 AFG in der ab 1. August 1994 geltenden Fassung (BGBl. I, S. 1786) zu.

Wegen der allgemeinen Voraussetzungen gemäß § 128 Abs. 1 Satz 1 AFG wird insoweit auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Die Erstattungspflicht der Klägerin ist nicht nach § 128 Abs. 1 Satz 2 AFG nicht eingetreten oder nach § 128 Abs. 2 AFG entfallen bzw. gemäß § 128 Abs. 3 AFG zu mindern. Insbesondere hat die Klägerin die Arbeitsverhältnisse mit ihren früheren Arbeitnehmern A. und K. nicht durch sozialgerechtfertigte Kündigung im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG beendet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dies hinsichtlich ihres früheren Arbeitnehmers A. bereits aus dem Abschluss des arbeitsgerichtlichen Vergleichs vom 4. November 1994, der als Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis konstitutiv zum 31. Oktober 1994 beendet haben könnte, folgt, so dass es insoweit bereits am Tatbestandsmerkmal einer "Kündigung" fehlen würde. Denn mit dem Vergleich könnte die ursprüngliche Kündigung durch einen Aufhebungsvertrag ersetzt worden sein, weil das Arbeitsgericht - im Ergebnis ebenso wie der erkennende Senat - die Voraussetzungen einer sozial gerechtfertigten Kündigung i. S. d. [§ 1 KSchG](#) verneint hat. Unter dieser Voraussetzung würde es sich bei dem arbeitsgerichtlichen Vergleich nicht nur um einen "Abwicklungsvertrag" sondern vielmehr um einen "Aufhebungsvertrag", der im wesentlichen in zwei Formen vorkommt, nämlich zum einen, indem die Parteien darüber einig sind, dass das Arbeitsverhältnis auf eine Kündigung nach Ablauf einer bestimmten Frist endet, wie dies vorliegend der Fall ist, oder die Parteien das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen beenden (so zutreffend: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl., 2000, S. 1264) handeln. Beide Formen des Aufhebungsvertrages sind aber für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses konstitutiv, was sie vom bloßen "Abwicklungsvertrag", dem eine wirksame Kündigung vorausgeht, unterscheidet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgericht (BSG), der sich auch der erkennende Senat bereits mehrfach angeschlossen hat, kann der Abschluss eines Aufhebungsvertrages den Befreiungstatbestand nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG nicht erfüllen (siehe: BSG - Urteil vom 21. September 2000 - Az.: [B 11 AL 5/00 R](#) m.w.N.). Der vom BSG anerkannte Ausnahmefall, wonach eine erweiternde Auslegung der Regelung zu erfolgen hat, wenn das Arbeitsverhältnis durch Befristung endet, liegt hier nicht vor.

Indes bedarf dieser Gesichtspunkt keiner weiteren Vertiefung, weil auch ausgehend von der Kündigungserklärung der Klägerin vom 1. Juli 1994 die Voraussetzungen einer Befreiung von der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG nicht vorlagen, wie noch zu zeigen sein wird. Andere Befreiungsgründe hat die Klägerin nicht geltend gemacht und sind hinsichtlich des früheren Arbeitnehmers A. auch nicht ersichtlich, denn die Befragung des früheren Arbeitnehmers der Klägerin A. mit Schreiben der Beklagten vom 29. Juli 1996 hat weder Zeiten der Arbeitsunfähigkeit noch Hinweise auf eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder die Erfüllung der Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 AFG genannten Leistungen bzw. einer Rente wegen Berufsunfähigkeit (§ 128 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz AFG) ergeben.

Auf § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 und Nr. 7 AFG, wonach die Erstattungspflicht auch dann nicht eintritt, wenn sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens drei Jahre beschäftigt war, um mehr als 3 v. H. innerhalb eines Jahres vermindert und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher ist als ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraumes entspricht (Nr. 6) oder wonach der Arbeitnehmer im Rahmen eines kurzfristigen drastischen Personalabbaus von mindestens 20 v. H. aus dem Betrieb, in dem er zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, ausgeschieden ist und dieser Personalabbau für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung ist (Nr. 7), kann sich die Klägerin ebenfalls nicht mit Erfolg stützen, weil eine entsprechende Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer in ihrem Betrieb bzw. ein entsprechender Personalabbau nicht stattgefunden hat, denn in Wirklichkeit sind die von dem früheren Arbeitnehmer A. und auch die von der früheren Arbeitnehmerin K. innegehabten Arbeitsplätze im Betrieb der Klägerin noch vorhanden und werden auch durch abhängig beschäftigte Arbeitnehmer ausgefüllt.

Die Auffassung der Klägerin, bei den von ihr beauftragten "Farmern" handele es sich nach dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Mustervertrag um selbständig tätige Subunternehmer, ist unzutreffend. Nach dem Inhalt der Vertragsgestaltung sowie nach dem eigenen Vortrag der Klägerin - insbesondere im Berufungsverfahren - über die Abwicklung dieser Verträge - den sich der Senat vollinhaltlich zu eigen macht - handelt es sich vielmehr um versicherungspflichtig Beschäftigte, worauf die Beklagte schon in den Widerspruchsbescheiden vom 15. Juli 1996 zutreffend hingewiesen hatte. Zwar mag der dem angefochtenen Urteil zugrundeliegende Sach- und Streitstand insoweit noch keine hinreichenden Anhaltspunkte für "Scheinselbständigkeit" ergeben haben, nach der Einlassung der Klägerseite im Berufungsverfahren hat der erkennende Senat hieran jedoch keine Zweifel. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrages oder eines gleichgestellten Vertragsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. Entscheidend ist hierbei die persönliche Abhängigkeit des Erwerbstätigen gegenüber seinem Arbeitgeber, wobei es auf wirtschaftliche Abhängigkeit grundsätzlich nicht ankommt. Die persönliche Abhängigkeit ist vor allem durch Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in eine fremde Organisation gekennzeichnet. Darin zeigt sich die Fremdbestimmtheit der Tätigkeit des Arbeitnehmers, die im Hinblick auf Inhalt, Dauer, Zeit und Ort durch den Arbeitgeber bestimmt wird (im Gegensatz zur Tätigkeit des Selbständigen, der im wesentlichen frei seine Tätigkeit zu gestalten und die Arbeitszeit zu bestimmen hat - vgl. [§ 84 Abs. 1 Satz 2](#) Handelsgesetzbuch - HGB; Fuchs in: Gagel, SGB III, § 25 Rdnr. 5 ff. m.w.N.). Das BSG hat hierzu in seiner richtungsweisenden Entscheidung vom 24. Oktober 1978 (Az.: [12 RK 58/76](#)) ausgeführt, eine versicherungspflichtige Beschäftigung setze voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Dazu gehöre aber nicht zugleich eine

wirtschaftliche Abhängigkeit. Eine persönliche Abhängigkeit sei vielmehr bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb gegeben, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei, und dabei einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege. Allerdings könne dies - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Andererseits kennzeichne eine selbständige Tätigkeit das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit. Ob eine Tätigkeit abhängig oder selbständig verrichtet werde, entscheide sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Einzelfalles seien zu berücksichtigen, hierbei sei auch die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses zu beachten. Weiche diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, hätten letztere ausschlaggebende Bedeutung. Bei untergeordneten, einfachen Arbeiten ist im allgemeinen eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten (so zutreffend: Fuchs, a.a.O., Rdnr. 11). Nach dem Vorbringen der Klägerin sind aber die "Farmer" vollständig in den Betrieb der Klägerin eingegliedert, besitzen bei der Verrichtung ihrer Tätigkeit im Betrieb der Klägerin keinerlei eigene Gestaltungsmöglichkeit und haben "keinerlei eigenes Regierecht". Die Betriebsorganisation liegt ausschließlich in der Hand der Klägerin, die zu bestimmen hat, " ...was die Subunternehmer auszuführen haben". Nach der Einlassung der Klägerin besteht das " ...Wesen des Vertrages der Klägerin mit den Subunternehmern ..." darin, dass " ...diese reine Dienstleistungen für die Klägerin erbringen ohne mit der Substanz des Betriebs verbunden zu sein ...". Insbesondere haben sie auch "keinerlei Direktionsrecht". Damit fehlt es an dem für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Merkmal der freien Gestaltung der Tätigkeit und der Arbeitszeit, die hier unzweifelhaft vom Betriebsablauf der Klägerin vorgegeben wird. Die Farmer sind im Hinblick auf "Inhalt, Dauer, Zeit und Ort" ihrer Tätigkeit durch die Klägerin fremdbestimmt, zumal sie neben den von der Klägerin zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln über keine eigenen Betriebsmittel verfügen, mit denen sie auch anderweitig erwerbstätig werden könnten und wozu sie aufgrund der von der Klägerin selbst betonten zeitlichen Einbindung auch keine Gelegenheit hätten. Gegenüber dieser deutlichen Eingliederung in den Betrieb der Klägerin treten die im angefochtenen Urteil angesprochenen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit in den Hintergrund, denn die dem "Farmer" vertraglich eingeräumte Möglichkeit, seinen "Gewerbebetrieb" auszuweiten oder andere Tätigkeiten zu verrichten, sind in Anbetracht der von der Klägerin selbst beschriebenen Verhältnisse nur theoretischer Natur. Das "Recht", Hilfskräfte einzustellen und zu beschäftigen, besitzt - auch nach dem Vortrag der Klägerin - lediglich den Charakter einer Risikoübertragung hinsichtlich des Arbeitsergebnisses auf die Farmer, die ggfs. "Verwandte und Bekannte verpflichten", um die übernommene Tierbetreuung sicherzustellen. Dem korrespondieren jedoch keinerlei Rechte hinsichtlich der eigenverantwortlichen Gestaltung des Arbeitsablaufs im Betrieb der Klägerin, so dass es sich in der Gesamtschau lediglich um eine Risikoübertragung auf Arbeitnehmer handelt, die in ihrer Dienstleistung im wesentlichen fremdbestimmt sind. Hierfür spricht im Übrigen auch der Umstand, dass der Abschluss entsprechender Verträge auch den früheren Arbeitnehmern der Klägerin angeboten wurden. Handelt es sich somit bei den Farmern ebenfalls um Arbeitnehmer, so liegt lediglich eine unzulässige Austauschkündigung vor, ohne dass die Klägerin darlegen und nachweisen kann, dass sich die Zahl der Arbeitnehmer im Betrieb in maßgeblichem Umfang vermindert hätte oder ein kurzfristiger drastischer Personalabbau stattgefunden hat.

Damit steht aber zugleich fest, dass die Kündigung der früheren Arbeitnehmer K. und A. gemäß [§ 1 KSchG](#) nicht sozial gerechtfertigt war, weil die geltend gemachten betriebsbedingten Gründe nicht vorlagen. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne der Vorschrift des [§ 1 Abs. 2 KSchG](#) können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Von den Arbeitsgerichten - und damit auch von den Sozialgerichten - ist voll nachzuprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsverhältnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist. Als eine die Gerichte grundsätzlich bindende Unternehmerentscheidung ist die Vergabe von bisher im Betrieb durchgeführten Arbeiten an einen Unternehmer zur selbständigen Durchführung anerkannt. Auch wenn ein Arbeitgeber die bisher von seinen Arbeitnehmern verrichteten Aufgaben nur noch zu Bedingungen einer selbständigen Tätigkeit freien Mitarbeitern übertragen will, ist dies als eine die Kündigung der Arbeitnehmer bedingende unternehmerische Entscheidung grundsätzlich hinzunehmen, weil - jedenfalls bei tatsächlicher und konsequenter Umsetzung der Entscheidung - die Arbeitsplätze als solche wegfallen. Hiervon zu unterscheiden ist jedoch der Fall, dass der Arbeitgeber die bislang von seinen Arbeitnehmern verrichtete Tätigkeit nicht etwa einem Dritten zur selbständigen Erledigung übertragen hat, sondern vielmehr selbst den übertragenen Aufgabenbereich unverändert wirtschaftlich und organisatorisch steuert. Dies gilt insbesondere, wenn sich der Arbeitgeber weiterhin sein Direktionsrecht vorbehalten hat, denn gerade das Direktionsrecht des Arbeitgebers kennzeichnet die für ein Arbeitsverhältnis übliche persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten. In einem solchen Fall besteht für den gekündigten Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf den noch vorhandenen Arbeitsplätzen, weshalb eine Beendigungskündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, sondern sozial ungerechtfertigt ist. Bei dieser Kündigung handelt es sich um eine gemäß [§ 1 Abs. 1 und 2 KSchG](#) unwirksame Austauschkündigung (so zutreffend: BAG, Urteil vom 26. September 1996 - Az.: [2 AZR 200/96](#) m.w.N.).

Diese Erwägungen treffen auf den vorliegenden Fall zu, denn die Klägerin hat wiederholt ihr weiter bestehendes Direktionsrecht gegenüber den "Farmern", denen ihrerseits keinerlei eigene Gestaltungsmöglichkeit verbleibe, betont. Mithin handelt es sich bei der Kündigung der früheren Arbeitnehmer K. und A. um eine sozial ungerechtfertigte Austauschkündigung, die unwirksam ist, auch wenn sich die früheren Arbeitnehmer hierauf nicht berufen haben. Das Ziel der Kostensenkung und der Ausdehnung der Arbeitszeit auf im allgemeinen arbeitsfreie Tage hätte die Klägerin in arbeitsrechtlich zulässiger Weise nur erreichen können, wenn sie ihre bisherigen Arbeitnehmer zu entsprechend veränderten Arbeitsbedingungen beschäftigen könnte. Dies setzt entweder eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages oder eine Änderungskündigung im Sinne des [§ 2 KSchG](#) voraus, die naturgemäß jedoch kein Befreiungstatbestand im Rahmen des [§ 128 AFG](#) sein kann.

Weitere Befreiungstatbestände werden von der Klägerin nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere waren auch die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund - ggf. mit sozialer Auslauffrist - gemäß [§ 626 BGB](#), die ebenfalls den Nichteintritt der Erstattungspflicht des Arbeitgebers nach sich ziehen ([§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG](#)), in beiden Fällen nicht erfüllt.

Nach allem ist die Erstattungspflicht in der von der Beklagten zutreffend festgestellten Höhe gemäß [§ 128 AFG](#) eingetreten, ohne dass sich die Klägerin mit Erfolg auf einen Befreiungstatbestand stützen kann.

Ruhestatbestände nach §§ 117, 117a, 119 AFG waren nicht zu beachten, denn die Arbeitsverhältnisse wurden jeweils unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet, ohne dass das Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer geeignet gewesen wäre, einen Sperrzeitatbestand gemäß § 119 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AFG auszulösen, denn bei betriebsbedingten Kündigungen durch den Arbeitgeber kann grundsätzlich keine Sperrzeit eintreten (so: Niesel, SGB III, § 144, Rdnr. 40 m.w.N.). Der im Falle des Arbeitnehmers A. abgeschlossene arbeitsgerichtliche Vergleich entsprach insoweit der Rechtslage, denn nach den dargestellten Umständen der Kündigung war eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ([§ 9 Abs.1 Satz 2 KSchG](#)), ohne dass dies der Arbeitnehmer zu vertreten hatte.

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

Gründe für eine Revisionszulassung liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-06-17