

## L 1 AL 31/04

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung

1  
1. Instanz  
SG Gelsenkirchen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 4 AL 128/97

Datum  
12.08.1999  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 1 AL 31/04

Datum  
21.04.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 12.08.1999 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Erstattung von Arbeitslosengeld sowie der hierauf entfallenden Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung im Fall des früheren Arbeitnehmers H für die Zeit vom 24.07.1996 bis 30.04.1997 in Höhe von 32.065,61 DM.

Der am 00.00.1936 geborene Arbeitnehmer war vom 01.05.1976 bis 30.04.1996 bei der Klägerin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde durch Auflösungsvertrag zum 30.04.1996 beendet. H erhielt als Abfindung einen Betrag von 20.500 DM. Ab dem 24.07.1996 erhielt der Arbeitnehmer Arbeitslosengeld, seit dem 01.05.1997 ist er im Leistungsbezug der Rentenversicherung - Bund - und bezieht Altersruhegeld wegen Arbeitslosigkeit.

Mit Bescheid vom 28.04.1997 forderte die Beklagte von der Klägerin Erstattung des im Zeitraum vom 24.07.1996 bis 31.03.1997 gezahlten Arbeitslosengeldes nebst Beiträgen in Höhe von 28.750,88 DM. In einem weiteren Bescheid vom 13.05.1997 stellte sie zudem dem Grunde nach fest, dass die Klägerin verpflichtet sei, Arbeitslosengeld ab dem 24.07.1996 für längstens 624 Tage zu erstatten.

In einer diesen Bescheiden vorhergehenden Anhörung hatte die Klägerin auf ihre desolante Finanzsituation hingewiesen. Sie hatte ausgeführt, es seien haushaltssichernde Maßnahmen notwendig, die auch den Abbau von Personal beinhalteten. Die Erstattungsforderung stelle für sie eine unzumutbare Belastung dar, die weitere Arbeitsplätze gefährden könne.

In ihren Widersprüchen vom 02.06.1997 berief sich die Klägerin auf die Härteklausel des § 128 Abs. 2 Nr. 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Mit Widerspruchsbescheid vom 04.07.1997 wies die Beklagte die Widersprüche mit der Begründung zurück, die Klägerin sei nicht konkursfähig und könne sich daher nicht auf eine Existenzgefährdung berufen.

Mit ihrer am 06.08.1997 erhobenen Klage wiederholt die Klägerin ihr Vorbringen, die Erstattung stelle für sie eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung dar. Nach gegenwärtigem Stand (12.08.1997) habe sie etwa 3,8 Mio. DM zu erstatten. Dies gefährde weitere 48 Arbeitsplätze.

Mit Bescheid vom 16.10.1997 forderte die Beklagte von der Klägerin die Erstattung von Arbeitslosengeld für den Monat April 1997 in Höhe von 3.494,80 DM. Unter dem 09.12.1998 erließ die Beklagte nach erneuter Anhörung der Klägerin Erstattungsbescheide über den gesamten Zeitraum vom 24.07.1996 bis 30.04.1997 in Höhe von insgesamt 32.065,61 DM. Den Grundlagenbescheid vom 13.05.1997 hob sie ausdrücklich auf.

Die Klägerin hat beantragt,

die Bescheide vom 09.12.1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat sich im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen bezogen.

Mit Urteil vom 12.08.1999 hat das Sozialgericht Gelsenkirchen die Klage abgewiesen. Auf den Inhalt der Entscheidungsgründe wird verwiesen.

Gegen das ihr am 26.08.1999 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 21.09.1999 Berufung eingelegt. Sie vertrat weiterhin die Auffassung, die Erstattungsforderung stelle für sie eine unzumutbare Belastung gemäß § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG dar. Sie verwies auf ihre außerordentlich negative Haushaltslage und trug vor, es sei ihr lediglich im Jahre 1999 durch erhebliche Konsolidierungsbemühungen möglich gewesen, die Jahresrechnung des laufenden Haushaltsjahres positiv zu gestalten. Bereits von 1996 bis 2000 habe sie Erstattungen in Höhe von etwa 2,1 Mio. DM leisten müssen. Dies habe zu etwa 26 Stellenstreichungen geführt. Die Klägerin überreichte eine Stellungnahme der Bezirksregierung Münster vom 16.06.2000, in der dargelegt wurde, dass die Klägerin seit Jahren im Rahmen von Haushaltskonsolidierungskonzepten bemüht sei, erhebliche Haushaltsfehlbeträge abzubauen. Weiterhin überreichte sie einen Überblick über die Stellen- und Personalentwicklung. Hieraus ergab sich, dass in der Zeit von 1992 bis 2001 die Planstellen der allgemeinen Verwaltung von 5.140 über 5.107, 4.989, 3.926, 3.459, 3.444, 2.913, 2.895 auf 2.888 im Jahre 2000 zurückgegangen waren und im Jahre 2001 wieder auf 2.905 anstiegen.

Die Stellen in den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen der Klägerin sind von 1992 bis 2001 von 215 auf 217, 1.137, 1.544, 1.438, 1.742, 1.733, 1.718, 1.732 und 1.814 angestiegen. Dies ergibt zusammen mit den Planstellen der allgemeinen Verwaltung einen Abbau von 1992 bis zum Jahre 1999 von 5.355 auf 4.613 Stellen. Im Jahre 2000 kam es zu einem Zuwachs von 7 Stellen, im Jahre 2001 von 99 Stellen. Aus betriebsbedingten Gründen wurde nicht gekündigt. Dies schloss die Klägerin "voraussichtlich" auch für die Zukunft aus.

Die Klägerin hat beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 12.08.1999 abzuändern und die Bescheide vom 09.12.1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe einen Personalabbau, der durch die Erstattung verursacht worden sei oder werde, bisher nicht konkret dargelegt. Im Übrigen falle ein Personalabbau von 48 Arbeitsplätzen im Vergleich zur Gesamtbeschäftigtenzahl der Klägerin nicht wesentlich ins Gewicht.

Das Landessozialgericht hat mit Urteil vom 20.03.2002 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Revision ist nicht zugelassen worden. Auf den Inhalt der Entscheidungsgründe wird verwiesen.

Hiergegen hat sich die Klägerin mit ihrer vom Bundessozialgericht (BSG) zugelassenen Revision gewendet und gerügt, § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG sei verletzt worden. Das Landessozialgericht verlange im Ergebnis, dass die Klägerin zum Ausgleich der Erstattungsforderungen der Beklagten an anderer Stelle Haushaltsmittel einspare. Dies könne aber nur dadurch erfolgen, dass freiwillige Einrichtungen wie z. B. Schwimmbäder, Theater oder die Musikschule geschlossen würden. Dies hätte zwangsläufig zur Folge, dass den Mitarbeitern in diesen Einrichtungen gekündigt werden müsse. Sie, die Klägerin, habe eine Stellungnahme der Bezirksregierung vorgelegt. Wenn diese nicht als Stellungnahme einer fachkundigen Stelle angesehen werde, hätte das LSG die Beteiligten hierauf hinweisen müssen. Sie hätte dann das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers vorgelegt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 20.03.2002 und des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 12.08.1999 sowie die Bescheide der Beklagten vom 09.12.1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht ausreichend den Zusammenhang zwischen der Erstattungsforderung und der Gefährdung von Arbeitsplätzen dargelegt habe.

Mit Urteil vom 10.12.2004 hat das BSG das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 20.03.2002 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen.

Das BSG hat ausgeführt, es könne aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht abschließend entschieden werden, ob die Klägerin dargelegt und nachgewiesen habe, dass die Erstattung für sie eine unzumutbare Belastung bedeute.

Zwar habe das LSG zutreffend angenommen, dass eine Erstattungspflicht grundsätzlich in Betracht komme. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG könne aber nicht entschieden werden, ob ein Ausnahmetatbestand gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 Abs. 1 Alternative 2 AFG verneint werden müsse, weil der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 - 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfülle oder ob andere Ausnahmetatbestände gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 - 7 AFG gegeben seien.

Auch die Erwägungen, mit denen das LSG ein Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG abgelehnt habe, hielten

einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Klägerin habe sich grundsätzlich auf Nr. 2 berufen können. Die Neuregelung der Norm gelte nicht rückwirkend.

Es komme nicht darauf an, wie das LSG gemeint habe, dass der Stellenabbau das einzige Mittel zur Konsolidierung des Haushaltes sei. Nach der neuen Rechtsprechung des BSG ([BSGE 88, 31, 38 = SozR 3-4100 § 128 Nr. 12](#)) genüge es für die Anwendung der Härteregelung, dass die durch die Erstattungsforderungen herbeigeführte wirtschaftliche Gesamtsituation generell geeignet sei, auch den verbleibenden Bestand an Arbeitsplätzen zu gefährden. Ein Nachweis der Gefährdung konkreter Arbeitsplätze werde in dieser Rechtsprechung gerade nicht gefordert. Das Haushaltsdefizit einer Kommune und die Erfüllung der Erstattungsforderung aus der Substanz heraus seien Indizien für die Gefährdung von Arbeitsplätzen.

Dass öffentliche Unternehmen und insbesondere Kommunen ungeachtet eines Haushaltsdefizits weiterhin jedenfalls Pflicht-, aber faktisch auch freiwillige Aufgaben erfüllen müssten, könne eine Gefährdung von Arbeitsplätzen ausschließen, weil weiteres Personal zum Ausgleich eines wegen der Erstattungsforderung wieder erhöhten Defizits nicht abgebaut werden könne.

Dies bedeute aber nur, dass die Tatsache eines Haushaltsdefizits allein noch nicht ausreiche, um nachzuweisen, eine Erstattungsforderung nach § 128 AFG gefährde weitere Arbeitsplätze bei der Kommune. Die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin nicht dargelegt und nachgewiesen habe, dass sie weder freiwillige Aufgaben einschränken noch Vermögen veräußern könne. Die Entscheidung, wie das Haushaltsdefizit zu verringern sei, liege ausschließlich bei der Kommune.

Eine Gefährdung von Arbeitsplätzen liege allerdings dann nahe, wenn eine Kommune langdauernde Haushaltsdefizite aufweise und diesen mit Haushaltseinsparungen begegne, also bereits in der Vergangenheit zur Reduzierung des Haushaltsdefizits tatsächlich die absolute Zahl der Beschäftigten über die bloße Fluktuation hinaus vermindert habe. Dabei sei maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung, ob durch die Erstattungsforderung Arbeitsplätze gefährdet würden, der Zeitpunkt, in dem die Erstattungsforderung zu erheben sei ([BSGE 87, 132, 141 = SozR 3-4100 § 128 Nr. 10](#)). Sei auch zu diesem Zeitpunkt eine weitere Personalverminderung geplant, liege eine Gefährdung der Arbeitsplätze durch die Erstattungsforderung nahe (BSG, [SozR 3-4100 § 128 Nr. 16](#)).

Die Personalverminderung beziehe sich auf die bei der Kommune insgesamt Beschäftigten. Dabei sei auf alle Beschäftigten - einschließlich der Beamten - abzustellen.

Das BSG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Beschäftigte, die im Haushalt nicht mehr als solche ausgewiesen, sondern etwa in haushaltstechnisch ausgegliederten Bereichen geführt würden, mitzuzählen seien und dies keine Personalverminderung darstelle.

Für die Beurteilung einer unzumutbaren Belastung wegen der Gefährdung verbleibender Arbeitsplätze komme es darauf an, dass die Klägerin ihrem Haushaltsdefizit durch wirkliche Personaleinsparungen - nicht etwa durch Verlagerung von Personal in haushaltstechnisch ausgegliederte Bereiche - begegne und dass über die Fluktuation und allgemeine Personalplanung hinaus wegen der Erstattungsforderungen Personaleinsparungen - bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Erstattungsbeträge zu erheben seien - in nicht unwesentlich vermehrtem Umfang geplant seien. Dabei müsse die Stellenreduktion etwa den Schwellenwert des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG überschreiten.

Des Weiteren müsse die Erstattungsforderung der Bundesagentur für Arbeit im Verhältnis zu den durch die Personalverminderingen eingesparten Kosten nicht unwesentlich sein (BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 16](#)). Hierfür sei der Nachweis erforderlich, dass die Erstattungsforderung der Beklagten im Verhältnis zu den durch die Personalverminderung eingesparten Kosten - und nicht etwa im Verhältnis zum Gesamtumfang der Personalausgaben oder im Verhältnis zum Gesamthaushalt der Stadt - nicht unwesentlich seien. Es müsse also dargelegt werden, welche Personaleinsparungen geplant waren bzw. durchgeführt wurden. Dabei dürfe eine nachträgliche Prognose spätere Entwicklungen bestätigend oder bekräftigend berücksichtigen. Danach sei darzulegen, in welchem Verhältnis die Erstattungsforderungen der Beklagten im maßgeblichen Prognosezeitraum zu den durch die Personalverminderingen eingesparten Kosten stünden. Machten die Erstattungsforderungen einen hohen Prozentsatz der Einsparungen aus, so könne dieser Quotient zugleich als Indiz für die Kausalität der Erstattungsforderungen für den Personalabbau dienen. Dabei sei es maßgeblich, darzulegen, in welchem konkreten Verhältnis die Erstattungsforderungen zu den Personaleinsparungen im Prognosezeitraum gestanden hätten.

Die Klägerin werde ihr Vorbringen durch die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle ergänzen und weiter auch substantiieren müssen. Das Gericht werde bei einer Entscheidung zu Ungunsten der Klägerin auch die Erstattungsforderung der Höhe nach und hinsichtlich des Beginns überprüfen müssen.

Die Klägerin weist nach der Zurückverweisung im landessozialgerichtlichen Verfahren unter dem 19.05.2006 auf die Ausführungen der Bezirksregierung Münster hin, wonach ein Haushaltsfehlbetrag von 1996 auf 1997 mit einem Anstieg von 218,7 Millionen auf 266 Mio DM. einhergegangen sei. Dies entspreche einem zusätzlichen Fehlbetrag von 47,5 Mio DM. In der Zeit von April 1996 bis März 1997 sei es zu einer Reduzierung des Personals um 126,5 Stellen gekommen. Dies bedeute, dass ausgehend von 3.768,5 Beschäftigten 3,36 % abgebaut worden seien. Das Verhältnis der Erstattungsforderung zu den Kosten der Personaleinsparungen in der Zeit von Juli 1996 bis Juni 1997 betrage 11,36 %. Dabei beliefen sich die Erstattungsforderungen in der Zeit vom 01.07.1996 bis 30.06.1997 auf 820.000 DM. Bei einem Personalabbau von 129 Stellen, von denen 38 auf den Austritt älterer Beschäftigter (über 56 Jahre) entfielen, somit durch Fluktuation bedingt seien, belaufe sich der haushaltswirtschaftlich bedingte Personalabbau insofern noch auf 91 Stellen. Bei durchschnittlichen Personalaufwendungen von rund 80.000 DM pro Beschäftigtem im Jahr ergäben sich somit nach Angaben der Stadt Personalkosteneinsparungen in Höhe von 7.280.000 DM (91 x 80.000 DM). Die Klägerin weist ferner darauf hin, dass der Personalabbau bezogen auf alle tatsächlich Beschäftigten (einschließlich der befristet Beschäftigten) unabhängig vom Stellenplan ermittelt worden sei. Die Entwicklung der Stellenplandaten umfasse dagegen nur die reinen stellenplanmäßigen Veränderungen. Unter Berücksichtigung der Auffassung des BSG seien der Bezirksregierung für die kommunalen aufsichtsrechtlichen Stellungnahmen nicht Stellenplandaten, sondern die Daten bezogen auf die tatsächliche Beschäftigungsentwicklung zugeleitet worden. Vorher sei allerdings mit Stellenplandaten argumentiert worden. Die von der Bezirksregierung Münster abgegebene Stellungnahme vom 19.05.2006 beruhe auf Daten über die tatsächliche Stellenzahl (Personalabbau in Höhe von 3,36 %). Die Zahl der 3.768,5 berücksichtigungsfähigen Beschäftigten für den Zeitraum

von April 1996 bis März 1997 ergebe sich auch aus den handschriftlichen Aufzeichnungen eines Sachbearbeiters, der allerdings nicht mehr bei der Klägerin beschäftigt sei. Weitere Unterlagen über die zurückliegenden Vorgänge seien nicht vorhanden.

Da erst im Juli 1996 die Ausgliederung von Personal in die eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen "H" und "H1" erfolgte, könne ausgeschlossen werden, dass bei der Ermittlung der Personalverminderung sog. "ausgegliederte Mitarbeiter" berücksichtigt worden seien. Die Beschäftigtenzahl beinhalte auch die befristet beschäftigten Arbeitnehmer (z. B. ABM-Kräfte, Mitarbeiter in befristeten Förderprojekten), die nach den Vorgaben der Bundesagentur berücksichtigungsfähig seien.

Die Klägerin meint, es sei nicht auf die ausgelagerten Betriebseinheiten abzustellen, sondern nur auf den eigentlichen Kommunalbereich.

Eine Verlagerung von Stellen oder Personen aus dem eigentlichen Bereich der Kommune in die eigenbetriebsähnlichen Organisationen habe nicht stattgefunden. Wiederholt weist die Klägerin darauf hin, dass bei ihr unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Bezirksregierung Münster vom 19.05.2006 eine Stellenminderung von 3,36 % für die Zeit von April 1996 bis März 1997 vorgelegen habe. Aber selbst, wenn man von den übermittelten Stellenplananzahlen ausgehe, ergebe sich ein Personalabbau von mehr als 3 %. Die Beklagte, so die Klägerin, habe die in den ausgegliederten Bereichen aufgeführten Personalien doppelt berücksichtigt. Dies werde deutlich für das Jahr 1994. Hier werde die Zahl für den Verwaltungsbereich von 4.989 angesetzt, in der die ausgegliederten Bereiche enthalten seien. Hinzuaddiert werde die Zahl der eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen in Höhe von 1.137, in der aber die ausgegliederten Bereiche ebenfalls enthalten seien. Auf diese Weise komme die Beklagte zu einer überhöhten unzutreffenden Gesamtzahl von 6.126 und zu einer Verneinung eines ausreichenden Personalabbaus. Auch die Berechnung des Landessozialgerichts im Schreiben vom 15.06.2009 begegne Bedenken. Das Gericht setze für 1997 als Personalzahl den Wert von 2.942 an und addiere die Zahl der ausgegliederten Bereiche in Höhe von 502 Beschäftigten hinzu und gelange zu der Zahl von 3.444. Für das Jahr 2000 hätte das Landessozialgericht dann aber folgerichtig nicht von den Zahlen 2.888 + 502, sondern von den Zahlen 2.888 + 0 ausgehen müssen, wie sich aus einem Vergleich mit den Personaldaten des Stellenplans 2001 ergebe. Wenn man die Entwicklung bei den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen mitberücksichtigen wolle, sei es folgerichtig, von der saldierten Zahl der letzten Zeile der Tabelle der beigelegten Anlage 1 auszugehen. Auch dann ergebe sich aber wiederum ein Personalabbauprozentsatz von mehr als 3 %.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 12.08.1999 abzuändern und die Bescheide vom 09.12.1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte teilt mit, in der geltend gemachten Erstattungsforderung von insgesamt 32.065,61 DM seien Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung in Höhe von 13.005,62 DM enthalten. Eine Überprüfung habe ergeben, dass die Forderung um 29,77 DM zu reduzieren sei. Auch bei einer weiteren Prüfung habe sich eine Differenz von 7,82 DM ergeben, die ggf. zusätzlich zu der oben dargestellten Differenz von 29,77 DM zu berücksichtigen wäre.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, ein 3%iger Personalabbau sei nicht belegt worden. Aus den Darstellungen der Klägerin und der Bezirksregierung Münster ergebe sich nicht, auf welche Organisationseinheiten sich die Mitarbeiterzahlen von 3.768,5 bezögen. Dieser Wert liege deutlich über den Planstellen der allgemeinen Verwaltung in den Jahren 1996 und 1997, aber unter dem Gesamtwert einschließlich der Stellen in "eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen" in diesen Jahren. Probleme dürften auch bei der Berücksichtigung der befristet beschäftigten Arbeitnehmer bestehen, da diese nicht insgesamt berücksichtigt werden dürften. Die Klägerin könne nicht darlegen und nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand gegeben sei. Die Beklagte weist darauf hin, dass der Zeitpunkt der Ausgliederung in die eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen in den von der Klägerin genannten Jahreszeitraum falle. Das bedeute, dass in der Zahl von 3.768,5 auch Beschäftigte enthalten seien, die von der Ausgliederung betroffen waren. Es komme darauf an, so die Beklagte, dass die Klägerin ihrem Haushaltsdefizit durch wirkliche Personaleinsparungen begegnet sei

Die Beklagte trägt vor, dass in erster Linie eine Verlagerung der Personalkapazität von der allgemeinen Verwaltung zu den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen stattgefunden habe. Von 1995 auf 1996 sei die Stellenentwicklung zwar bei der allgemeinen Verwaltung von 3.926 auf 3.459 Stellen rückläufig gewesen, dies gelte auch für die eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen in der Höhe von 1.544 auf 1.438 Personen und insgesamt damit von 5.470 auf 4.897 Personen. Von 1996 auf 1997 sei es aber bei den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen zu einer nicht unerheblichen Stellenvermehrung von 1.438 auf 1.742 Personen gekommen, wobei die Stellenreduzierung in der allgemeinen Verwaltung leicht rückläufig gewesen sei: Von 3.459 auf 3.444 Stellen und damit insgesamt von 4.897 Stellen auf 5.186 Stellen. Zum Prognosezeitpunkt vertritt die Beklagte die Auffassung, die Fälligkeit sei mit den einzelnen Teilbeträgen im Oktober 1996, Januar 1997, April 1997 und Juli 1997 eingetreten.

Auf Anfrage des Gerichts hat der Arzt des früheren Arbeitnehmers H. Dr. G, Arzt für Allgemeinmedizin, mitgeteilt, dass der Arbeitslose in der Zeit von Juli 1996 bis April 1997 nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei.

Dem Gericht haben die Verwaltungsakten der Beklagten über den Arbeitnehmer H. vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin kann die Aufhebung der Bescheide vom 09.12.1998 nicht verlangen. Sie ist vielmehr verpflichtet, der Beklagten das geforderte Arbeitslosengeld nebst Beiträgen zu erstatten.

Nach § 128 AFG vom 18.12.1992 ([BGBl. I 2044](#)) in der Fassung vom 15.12.1995 ([BGBl. I 1824](#)), der zwar mit Wirkung vom 01.04.1997

aufgehoben, durch §§ 242 x Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 6 AFG, [431 SGB III](#) aber im vorliegenden Fall weiterhin anwendbar ist, erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage.

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind gegeben.

Der am 00.00.1936 geborene frühere Arbeitnehmer H war vom 01.05.1976 bis 30.04.1996 - und damit 20 Jahre - durchgehend bei der Beklagten beschäftigt.

Das Arbeitslosengeld, das erstattet werden soll, wurde für die Zeit vom 24.07.1996 bis 30.04.1997 gewährt und damit für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des H. Auch die Höchst-Erstattungsdauer von 624 Tagen ist im vorliegenden Fall (Erstattung für weniger als 10 Monate) nicht überschritten.

Durchbrechungen des Grundsatzes der Erstattungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 AFG, wie sie in § 128 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2 AFG enthalten sind, liegen nicht vor.

Hinsichtlich der Befreiungstatbestände des Abs. 1 S. 2 der Vorschrift ist dies zwischen den Beteiligten nicht streitig. Der Senat hat auch keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der in Satz 2 aufgeführten Befreiungstatbestände gefunden. Das gilt auch für den Ausnahmetatbestand des § 128 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 4 AFG genannten Leistungen (Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld, Mutterschaftsgeld, Übergangsgeld) nach dem AFG oder einem anderen Gesetz, dem eine Leistung zur Teilhabe zu Grunde liegt, wegen der der Arbeitslose keine ganztägige Erwerbstätigkeit ausüben kann, einer Rente wegen voller Erwerbsminderung aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder Knappschaftsausgleichsleistung oder ähnlichen Leistungen öffentlich-rechtlicher Art oder einer Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt.

Der frühere Arbeitnehmer H hat in mehreren Schreiben mitgeteilt, dass er sich nicht erinnern könne, in der fraglichen Zeit (Juli 1996 bis April 1997) krank bzw. in der Behandlung von Ärzten gewesen zu sein. Vielmehr sei er arbeitslos gewesen und habe später Altersruhegeld wegen Arbeitslosigkeit erhalten. In diesen Schreiben findet sich kein Anhaltspunkt auf eine irgendwie geartete Erkrankung. Auch die Klägerin als langjährige Arbeitgeberin konnte Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nicht feststellen. Der Hausarzt des H, der Allgemeinmediziner Dr. G, hat im Oktober 2004 erklärt, dass H im o. g. Zeitpunkt nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Damit ergibt sich das Bild eines Arbeitslosen, der nicht durch Krankheit oder Gesundheitsstörungen gehindert war, seiner Arbeit weiterhin nachzugehen bzw. keinen Anspruch auf eine andere Sozialleistung wie Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld, Rente wegen voller Erwerbsminderung aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder Rente wegen Berufsunfähigkeit besaß. Dass dem Kläger im fraglichen Zeitraum kein Anspruch auf Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder Knappschaftsausgleichsleistung oder ähnliche Leistung öffentlich-rechtlicher Art zuerkannt war, ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakte der Beklagten über H sowie der Auskunft des Hausarztes Dr. G.

Auch die Voraussetzungen für einen Ausnahmetatbestand nach Nr. 1 - 7 des § 128 Abs. 1 S. 2 AFG sind nicht gegeben.

H hat vor seinem Ausscheiden 20 Jahre, somit auch innerhalb der letzten 12 Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit durchgängig bei der Klägerin gearbeitet. Die Voraussetzungen der Nr. 1 sind somit nicht gegeben. Da die Klägerin nach eigenen Angaben stets mehrere tausend Arbeitnehmer beschäftigte, liegt auch der Ausnahmetatbestand der Nr. 2 nicht vor.

Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht nach Nr. 3 und 4 des § 128 Abs. 1 S. 2 AFG durch Kündigung beendet worden. Vielmehr haben die Klägerin und H einen Aufhebungsvertrag geschlossen. Ein solcher Aufhebungsvertrag unterfällt Nr. 3 und 4 jedoch nicht (BSG, Urteil vom 21.09.2000 - [B 11 AL 5/00 R](#) zu Nr. 3 und vom 16.09.1998 - [B 11 AL 59/97 R](#) zu Nr. 4).

Auch der Ausnahmetatbestand der Nr. 5 ist nicht gegeben. Die Klägerin hat niemals dargelegt und nachgewiesen, dass sie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufrfrist zu kündigen. Zwar ist für diese Vorschrift unbeachtlich, wenn die Arbeitsvertragsparteien einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben. Hinzutreten muss aber stets, dass der Arbeitgeber einen außerordentlichen Kündigungsgrund besitzt, wofür im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte vorhanden und von der Klägerin auch niemals dargelegt worden sind.

Die Klägerin hat ebenfalls nicht dargetan oder nachgewiesen, dass der Ausnahmetatbestand der Nr. 6 der o. g. Vorschrift vorliegt. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn dargelegt und nachgewiesen wird, dass sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens 2 Jahre beschäftigt war, um mehr als 3 % innerhalb eines Jahres vermindert und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher ist als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums entspricht. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Jahreszeitraum nicht um das Kalenderjahr handelt, sondern um einen Zeitraum, den der Arbeitgeber nach dem für ihn günstigsten Fall um das Datum des Ausscheidens des H (30.04.1996) festlegen kann. Geht man von dem Datum des Ausscheidens des H am 30.04.1996 aus, und legt das Kalenderjahr zu Grunde, kommt man für das Jahr 1996 zu einer Stellenverminderung im Bereich der allgemeinen Verwaltung um 111 Stellen, d. s. 3,1 % der Stellen der allgemeinen Verwaltung, und bei den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen zu einer Stellenverminderung um 106 Stellen, d. s. 6,88 %. Addiert ergibt dies für das Jahr 1996 eine Stellenverminderung um 217 Stellen, d. s. etwa 4,4 %. Allerdings hätte sich die Klägerin auf diese Berechnung nicht berufen können, weil es sich bei der vorgelegten Berechnung zum einen nicht um eine Personal-, sondern um eine Stellenverminderung handelt und Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AFG (ebenso wie Nr. 7) nicht einen Stellenabbau, sondern einen Personalabbau fordert und es sich bei der zu erreichenden Prozentzahl nicht nur um 3 % von der Gesamtbeschäftigtenzahl abzubauen Personal handelt, sondern daneben der Anteil der 55jährigen und älteren Arbeitnehmern nicht höher sein darf als es dem Anteil dieser Arbeitnehmergruppe an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums entspricht (s. Beispiel in Niesel/Brand § 128 Rdnr. 61).

Hierzu hat die Klägerin aber - bezogen auf die Gesamtbeschäftigtenzahl, d. h. die Beschäftigten in der allgemeinen Verwaltung und den

eigenbetriebsähnlichen Organisationen, - nichts ausgeführt. Es fehlen insoweit jegliche Darlegungen bzw. Nachweise, so dass davon auszugehen ist, dass dieser Ausnahmetatbestand ebenso nicht gegeben ist, wie der nach Nr. 7 der o. g. Vorschrift.

Die Erstattungspflicht der Klägerin entfällt auch nicht nach § 128 Abs. 2 AFG.

Für das Vorliegen des Befreiungstatbestandes nach Nr. 1 des Abs. 2 fehlen jegliche Anhaltspunkte. Die Klägerin hat fortlaufend mehrere tausend Arbeitnehmer beschäftigt.

Die Klägerin ist auch nicht nach Abs. 2 Nr. 2 der Vorschrift von der Erstattungspflicht befreit.

Die Klägerin hat nicht dargelegt und nachgewiesen, dass die Erstattung für sie eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, weil durch die Erstattung die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet wären, wobei zum Nachweis die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich ist.

Die Klägerin konnte sich als öffentlich rechtliche Körperschaft auf diese Vorschrift berufen, obwohl in der Nachfolgeregelung des § 128 AFG bestimmt ist, dass die Erstattungspflicht nur noch bei insolvenzfähigen Arbeitgebern entfallen kann. Diese Neuregelung ist erst am 01.01.2002 in Kraft getreten und entfaltet keine Wirkung für die vorhergehenden Zeiten (BSG, Urteil vom 10.02.2004 - [B 7 AL 98/02 R](#) m. w. N.).

Auch wenn es mit der Rechtsprechung des BSG v. 21.11.2002 ([BSGE 88, 31](#)) für die Anwendung der Härteregelung genügt, dass die durch die Erstattungsforderungen herbeigeführte wirtschaftliche Gesamtsituation generell geeignet ist, auch den verbleibenden Bestand an Arbeitsplätzen zu gefährden und der Nachweis der Gefährdung konkreter Arbeitsplätze gerade nicht gefordert wird, führt die Berufung der Klägerin auf § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG im vorliegenden Fall nicht zum Wegfall der Erstattungspflicht.

Zwar stellt ein nachhaltiges Haushaltsdefizit und die Erfüllung der Erstattungsforderungen aus der Substanz des Unternehmens durchaus ein Indiz für die Gefährdung von Arbeitsplätzen dar (BSG a. a. O.), die Tatsache eines Haushaltsdefizits allein reicht aber nicht für den Nachweis aus, eine Erstattungsforderung gefährde weitere Arbeitsplätze der Kommune.

Eine Gefährdung von Arbeitsplätzen liegt allerdings nahe, wenn eine Kommune langdauernde Haushaltsdefizite mit Personaleinsparungen begegnet, d. h. bereits in der Vergangenheit zur Reduzierungen des Haushaltsdefizits tatsächlich die absolute Zahl der Beschäftigten über die bloße Fluktuation hinaus vermindert hat.

Das ist im vorliegenden Fall aber nicht der feststellbar.

Dabei ist die Zahl der Planstellen in der allgemeinen Verwaltung zwar von 1992 bis zum Jahr 2002 von 5.140 auf 2.888 zurückgegangen. Zugleich ist aber die Zahl der Stellen in den eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen im gleichen Zeitraum von 215 auf 1.732 (2001: 1.814) angestiegen. Diese Bereiche sind zusammen zu betrachten, weil eine Personalverminderung nicht angenommen werden darf, wenn Beschäftigte der allgemeinen Verwaltung in haushaltstechnisch ausgegliederten Bereichen geführt werden. Insofern sind folgende Stellenvermindierungen feststellbar: 1993 gegenüber 1992 31 Stellen, 1994 gegenüber 1993 118 Stellen, 1995 gegenüber 1994 92 Stellen, 1996 gegenüber 1995 217 Stellen, 1997 gegenüber 1996 213 Stellen, 1998 gegenüber 1997 38 Stellen und 1999 gegenüber 1998 33 Stellen. Von 1999 auf 2000 stieg die Zahl der Stellen um 7, von 2000 auf 2001 um 99 Stellen an.

Ausgehend von einer Stellenzahl im Jahre 1992 von 5.355 wurden 1993 weniger als 0,7 % der Stellen abgebaut, von 1993 auf 1994 etwa 2,2 % und von 1994 auf 1995 etwa 1,8 %. Dass diese Zahlen innerhalb der "normalen" Fluktuation liegen und keine besondere Reaktion auf die Haushaltslage darstellen, bedarf keiner besonderen Begründung. Eine signifikante Verminderung findet sich erst mit der Verminderung der Stellen von 1995 auf 1996 um 4,2 % und von 1996 auf 1997 um etwa 4,4 %. Die Stellenvermindierungen der nachfolgenden beiden Jahre liegen demgegenüber jeweils wiederum um 1 %, in den darauf folgenden Jahren stiegen die Stellen sogar wieder auf das Niveau von 1997 an.

Allenfalls für die Jahre 1995/1996 und 1996/1997 ließe sich eine Reaktion der Klägerin auf die defizitiäre Haushaltslage mit einer Stellenverminderung feststellen. Dies läge nahe, weil die Stellenverminderung jeweils mehr als 4 % beträgt.

Insofern kann eine Prognose, die im Fälligkeitszeitraum für die zu erstattenden Beträge, angestellt würde, unter Einbeziehung der Vergangenheit nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Klägerin reagiere auf die Haushaltslage mit Personaleinsparungen. Das Gericht geht hier von einem Prognosezeitpunkt von Oktober 1996, Januar 1997, April 1997 und Juli 1997 aus und nicht von einem Prognosezeitraum Dezember 1998 aufgrund des Bescheides vom 09.12.1998. Zwar stellen diese zuletzt genannten Bescheide den Gegenstand dieses Rechtsstreits dar. Sie fußen aber auf den Forderungen von 1996/1997. Ob die Klägerin auf die Erstattungsforderungen reagiert, wird demnach im Zeitpunkt der Fälligkeit der Erstattungsforderungen zu prüfen sein. Die Klägerin konnte nicht sicher sein, ob sie nicht, obwohl sie bis 1995 von der Erstattungspflicht befreit war, in Zukunft mit Erstattungsforderungen überzogen werden würde.

Bei der anzustellenden Prognose ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die Stellenvermindierungen im allgemeinen für das jeweils kommende Haushaltsjahr und ggf. weitere Jahre festgesetzt werden. Die signifikante Stellenminderung im Jahre 1996 kann demgemäß nicht in irgendeinem Zusammenhang mit der 1996 in Höhe von etwa 7.000,00 Euro "drohenden" Erstattungsforderung der Beklagten in Verbindung gebracht werden. Ein entsprechender Beschluss könnte zwar 1996 gefasst, allerdings erst im folgenden Jahr umgesetzt worden sein. Dies wird auch durch den Umstand bestätigt, dass die Stelle, die der frühere Arbeitnehmer der Klägerin H bis zum 30.04.1996 inne hatte, nach der 2002 von der Klägerin selbst mitgeteilten "Personalentwicklung" erst 1997 aufgrund eines "kw-Vermerks" gestrichen worden ist und die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass die Personalverminderung ohne betriebsbedingte Kündigungen durchgeführt werde.

Es bleibt somit allein die signifikante Stellenverminderung des Jahres 1997 um etwa 4 %. Diese Stellenverminderung kann aber keine Reaktion der Klägerin auf die bevorstehende Heranziehung zu den Erstattungsforderungen darstellen, da diese zu  $\frac{3}{4}$  erst im Jahre 1997 fällig geworden sind und Gegenmaßnahmen der Klägerin sich erst danach, d. h. im Wesentlichen 1998 auswirken konnten.

Jedenfalls hat die Klägerin nicht darzulegen und nachzuweisen vermocht, dass die 1996/1997 geplanten Einsparmaßnahmen gerade "wegen der Erstattungsforderungen ... in nicht unwesentlich vermehrtem Umfang geplant sind".

Selbst wenn trotz der o. g. Ausführungen eine Gefährdung angenommen würde, könnte sich die Klägerin nicht auf den Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG berufen, da die hier in Betracht kommende Erstattungsforderung von etwa 32.000 DM im Verhältnis zu den durch die Personalverminderungen eingesparten Kosten unwesentlich sind. Bei der Summe von 32.000 DM handelt es sich um einen Betrag, der lediglich 40 % der Personalkosten eines durchschnittlichen Angestellten (80.000 DM) ausmacht. Das Einsparvolumen der Klägerin in den Jahren 1996 und 1997 in den einzelnen Prognosezeitpunkten lag demgegenüber bei 17,36 Mio. DM bzw. 17,04 Mio. DM und selbst im Jahre 1998 noch bei 3,04 Mio DM. Im Prognosezeitpunkt Oktober 1996 (hinsichtlich der ersten Teilerstattungsforderung in Höhe von etwa 7.000,00 DM) waren 17,36 Mio. Einsparungen im Personalbereich für 1997 geplant. Das gleiche gilt in etwa für die folgenden Prognosezeiträume Januar, April und Juli 1997. Jedenfalls im April waren bestimmte Einsparungen allerdings bereits umgesetzt; gleichwohl verblieb immer noch ein geplanter zweistelliger Millionenbetrag an Einsparungen dem lediglich Forderungen in Höhe von jeweils 7.000,00 DM, zusammen etwa 21.000 DM, gegenüber standen.

Selbst die Gesamtforderung von etwa 28.000 DM hatte nur einen Anteil von 0,17 % an den geplanten Personaleinsparungen lediglich auf das Jahr 1997 bezogen.

Das Ergebnis ändert sich auch nicht, wenn alle Erstattungsforderungen der Klägerin mitgerechnet werden. Ausgehend von dem von der Klägerin mitgeteilten Gesamterstattungsbetrag von 820.200 DM für die Zeit von Juli 1996 bis Juni 1997 werden hierdurch lediglich Personaleinsparungen von etwa 10,25 Stellen oder etwa 4,8 % der geplanten Personaleinsparungen berührt. Ein solcher Betrag kann nicht als wesentlich angesehen werden. Eine kausale Verknüpfung der Personaleinsparungen mit den Erstattungsforderungen ist nicht anzunehmen.

Die von der Klägerin zu erstattenden Forderungen der Beklagten für den früheren Arbeitnehmer H sind auch in der Höhe im Wesentlichen nicht zu beanstanden.

Die Beklagte hat richtigerweise zunächst einen Ruhenszeitraum nach § 117 Abs. 2 und 3 AFG für den mit einer Abfindung von 20.500 DM ausgeschiedenen H bis zum 05.06.1996 berechnet. Danach ist der Ruhenszeitraum nach § 117 a AFG berechnet worden, weil die Klägerin gegenüber dem H eine Sperrzeit vom 01.05. bis 23.07.1996 (12 Wochen) festgesetzt hat. Das Arbeitslosengeld ist demnach erst ab dem 24.07.1996 und nicht ab dem 01.05.1996 gezahlt worden. Die Erstattungsforderung orientiert sich auch lediglich an diesem Zeitrahmen.

Die Höhe der Arbeitslosengeldbeträge begegnet keinen Bedenken. Das gleiche gilt im Wesentlichen auch für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge. Allerdings ergibt sich für April 1997 bei den Krankenversicherungsbeiträgen insofern eine Unstimmigkeit, als für April 1997 von einem Beitragssatz von 13,6 % und nicht von einem Beitragssatz von 12,8 % ausgegangen worden ist. Dies führt zu einer Reduzierung des Krankenversicherungsbeitrages um 29,77 DM. Die Berechnung der Kranken-, Renten- und Pflegeversicherungsbeiträge nach 6-Wochen-Tagen entsprach der damaligen Rechtslage und ist nicht zu beanstanden. Gegenüber der jetzigen Berechnungslage ergibt sich für die Krankenversicherungsbeiträge ein Minderbetrag von 2,88 DM, hinsichtlich der Rentenversicherungsbeiträge von 4,58 DM und der Pflegeversicherungsbeiträge von 0,38 DM. Insoweit verbleibt es daher bei einer Reduzierung der Gesamtforderung 32.065,61 DM um 29,77 DM. Da die Beklagte die Reduzierung dieses Betrages zugesagt hat, die Klägerin hiergegen keine Einwände erhoben hat, musste hierüber keine gesonderte Entscheidung getroffen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung besitzt, [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-10-05