

L 12 AL 101/02 -14

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
12
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 62 AL 3952/01
Datum
18.09.2002
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 12 AL 101/02 -14
Datum
01.12.2005
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. September 2002 sowie der Bescheid der Beklagten vom 16. August 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Oktober 2001 aufgehoben und die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 24.574,61 (vierundzwanzigtausendfünfhundertvierundsiebzig 61/100) Euro wieder auszus zahlen. Die Beklagte hat der Klägerin die ihr entstandenen außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu erstatten. Der Klägerin werden durch die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung verursachte Kosten in Höhe von 225 (zweihundertfünfundzwanzig) Euro auferlegt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen das Verlangen der Beklagten, von ihr an einen früheren Arbeitnehmer der Klägerin gezahltes Arbeitslosengeld sowie Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung zu erstatten.

Die Klägerin – eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung – stellt pharmazeutische und kosmetische Erzeugnisse her bzw. lässt sie herstellen; sie beschäftigte 1999 durchschnittlich mehr als 90 Arbeitnehmer, darunter seit dem 1. Januar 1984 als Einkaufsleiter den am 18. Februar 1942 geborenen P S (Arbeitnehmer).

Am 5. August 1999 ging der Klägerin zu Händen des Arbeitnehmers die Mitteilung eines Zulieferers zu, dass Untersuchungen eines (auch bei der Herstellung von Erzeugnissen der Klägerin eingesetzten) Rohstoffes auf polychlorierte Dibenzodioxine und Dibenzofurane bestimmte Ergebnisse erbracht hätten. Aufgrund seines derzeitigen Kenntnisstandes könne der Zulieferer die Bedeutung dieser Werte noch nicht abschätzen. Der Stoff würde weiterhin auf Dioxine untersucht werden.

Nach Anhörung des bei ihr gebildeten Betriebsrates kündigte die Klägerin dem Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. März 2000. Er sei bereits am 12. Juli 1999 von dem Zulieferer unterrichtet worden, dass der auch von ihr eingesetzte Rohstoff mit Dioxinen belastet gewesen sei. Davon und auch von der Nachricht vom 5. August 1999 habe der Arbeitnehmer die Geschäftsleitung nicht unterrichtet, die erst am 11. August 1999 auf anderem Wege davon erfahren habe. Er hätte als verantwortlicher Einkaufsleiter die Brisanz und Gefahr dieser Mitteilungen erkennen und sofort die Geschäftsleitung unterrichten müssen. Gleichzeitig stellte die Klägerin den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der Arbeitsleistung frei.

Gegen diese Kündigung erhob der Arbeitnehmer am 2. September 1999 Klage beim Arbeitsgericht Berlin (48 Ca 25013/99). In der mündlichen Verhandlung am 5. Januar 2000 schlossen die Klägerin und der Arbeitnehmer einen Vergleich, wonach sie sich darüber einig seien, dass das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers durch die fristgemäße Kündigung der Klägerin vom 12. August 1999 aus dringenden betrieblichen Gründen mit Ablauf des 31. März 2000 enden werde. Die Klägerin hielte aus heutiger Sicht gegenüber dem Arbeitnehmer die in dem Kündigungsschreiben erhobenen Vorwürfe nicht aufrecht. Sie verpflichtete sich weiter, dem Arbeitnehmer eine Abfindung in Höhe von 50.000 DM sowie des Zeitwertes des von ihm genutzten Dienstwagens zu zahlen.

Der Arbeitnehmer meldete sich am 21. März 2000 mit Wirkung zum 1. April 2000 arbeitslos und beantragte, ihm Arbeitslosengeld zu gewähren. In der Arbeitsbescheinigung vom 30. März 2000 gab die Klägerin an, dass ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers nicht Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gewesen sei. Die Beklagte bewilligte dem Arbeitnehmer Arbeitslosengeld ab dem 1. April 2000 in Höhe von – zunächst – 102,89 DM täglich und ab dem 22. Juni 2000 104,61 DM täglich.

Nachdem die Beklagte sie darauf hingewiesen hatte, dass sie möglicherweise das an den Arbeitnehmer gezahlte Arbeitslosengeld zu

erstatten habe, äußerte sich die Klägerin dahingehend, dass sie nach ihrer Auffassung nicht zur Erstattung des Arbeitslosengeldes verpflichtet sei, da die "Freisetzung" des Arbeitnehmers dringend betrieblich veranlasst gewesen sei. Seine Aufgaben als Einkäufer und Kundenakquisiteur für ein Tochterunternehmen seien weggefallen; sein Arbeitsplatz sei nicht mehr neu besetzt worden. Die soziale Auswahl habe ergeben, dass der Arbeitnehmer an keinem anderen Arbeitsplatz im Unternehmen habe eingesetzt werden können, da es auch nur annähernd vergleichbare Arbeitsplätze nicht mehr gegeben habe. Eine Weiterbeschäftigung sei nicht möglich gewesen.

Mit Brief vom 11. April 2001 hörte die Beklagte die Klägerin zu der von ihr beabsichtigten Forderung an, das für die Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 2000 gezahlte Arbeitslosengeld sowie die darauf entfallenden Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung zu erstatten; dazu äußerte sich die Klägerin nochmals durch ihre (früheren) Prozessbevollmächtigten.

Mit Bescheid vom 16. August 2001 forderte die Beklagte von der Klägerin die Erstattung des in der Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 2000 gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 28.626,71 DM sowie der darauf entfallenden Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung in Höhe von insgesamt 19.437,04 DM (zusammen 48.063,75 DM [24.574,61 EUR]). Eine sozial gerechtfertigte Kündigung sei nicht ausgesprochen worden. Ebenfalls am 16. August 2001 hörte die Beklagte die Klägerin zu der von ihr beabsichtigten Forderung an, das in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2001 gezahlte Arbeitslosengeld und die darauf entfallenden Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung zu erstatten.

Den von der Klägerin am 13. September 2001 erhobenen Widerspruch gegen die Entscheidung in dem Bescheid vom 16. August 2001 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 2. Oktober 2001 zurück, da die Klägerin nicht habe nachweisen können, "dass es sich vorliegend um eine sozial gerechtfertigte, betriebsbedingte Kündigung gehandelt (habe)". Bei betriebsbedingten Gründen habe eine ausreichende Sozialauswahl zwischen den in Betracht kommenden Arbeitnehmern zu erfolgen.

Die Klägerin hat zur Begründung ihrer am 1. November 2001 erhobenen Klage zunächst auf ihr Vorbringen im Widerspruchsverfahren verwiesen und insbesondere angeführt, dass eine Sozialauswahl nicht habe durchgeführt werden müssen, weil im Unternehmen bzw. Betrieb der Klägerin kein mit dem Arbeitnehmer vergleichbarer anderer Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei. Nach einem Hinweis des Sozialgerichts, dass der Inhalt der von ihm beigezogenen Akten des Arbeitsgerichts Berlin nicht ohne weiteres mit dem Vorbringen beim Sozialgericht in Einklang zu bringen sei, hat die Klägerin vorgetragen, dass im Verfahren vor dem Arbeitsgericht – auch aus taktischen Gründen – nicht sämtliche Kündigungsgründe benannt worden seien.

Durch Urteil vom 18. September 2002 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Eine Ausnahme von der nach [§ 147 a Abs. 1](#) des Dritten Buchs des Sozialgesetzbuches (SGB III) bestehenden Erstattungspflicht liege nicht vor. Eine Kündigung sozial rechtfertigende dringende betriebliche Gründe ließen sich nicht mit hinreichender Gewissheit feststellen. Dagegen spreche, dass diese im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht erwähnt worden seien. Auch habe die Klägerin eingeräumt, dass zumindest ein Teil des Aufgabengebiets des Arbeitnehmers von der Geschäftsführung übernommen worden sei; somit sei dessen Arbeitsplatz nicht vollständig weggefallen. Hinzu komme, dass eine zeitliche Kongruenz der beiden Kündigungssachverhalte nicht festzustellen sei und auch zweifelhaft erscheine. Verhaltensbedingte Gründe könne die Klägerin nicht mehr ins Feld führen, denn sie habe sich verpflichtet, diese angeblichen Gründe nicht aufrecht zu erhalten. Schließlich habe die Klägerin auch nicht dargelegt und nachgewiesen, dass sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitnehmer zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt gewesen sei, um mehr als drei Prozent innerhalb eines Jahres vermindert habe und unter den in diesen Zeitraum ausgeschiedenen Arbeitnehmern der Anteil derjenigen, die das 56. Lebensjahr vollendet hatten, nicht höher gewesen sei als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Vierjahreszeitraumes entsprochen habe.

Gegen das ihr nach dem 22. November 2002 zugestellte Urteil richtet sich die am 20. Dezember 2002 eingelegte Berufung der Klägerin. Zu deren Begründung trägt sie vor, dass die Kündigung des Arbeitnehmers in der Tat zunächst mit dessen (Fehl-)Verhalten begründet worden sei. Nur dazu sei auch der Betriebsrat angehört worden. Tatsächlich habe jedoch der damalige, im August 2003 verstorbene Geschäftsführer der Klägerin WB in Absprache mit den übrigen Gesellschaftern bzw. Mitgliedern der Geschäftsführung der Klägerin (seiner Ehefrau sowie den beiden Söhnen und jetzigen Geschäftsführern) bereits vor Ausspruch dieser Kündigung die Entscheidung getroffen, die Position eines Einkaufsleiters entfallen zu lassen, wobei er als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer nicht der Zustimmung der Gesellschafter bedurft habe. Der Arbeitnehmer sei im Juli 1999 im Wesentlichen nur noch mit der Angebotseinholung bei Lieferanten und verstärkt mit Preisverhandlungen befasst gewesen. Seine übrigen Aufgaben seien bereits zuvor von dem damaligen Prokuristen und jetzigen Geschäftsführer A B übernommen bzw. auf ein fremdes Unternehmen (die BGmbH) übertragen ("outgesourct") worden. Ein wesentlicher Teil der Aufgaben des Arbeitnehmers habe die Ausstattung von Krankenhäusern betroffen, die von Gesellschaften betrieben worden seien, an denen der (inzwischen verstorbene) damalige Geschäftsführer und Gesellschafter WB beteiligt gewesen sei. Mit der Veräußerung der Anteile an diesen Gesellschaften im Jahre 1996 sei auch dieser Aufgabenbereich zum größten Teil entfallen.

Die Klägerin hat ursprünglich weiter vortragen lassen, dass sie, bevor die Entscheidung, dem Arbeitnehmer wegen des Wegfalls des größten Teils seiner Aufgaben zu kündigen, habe umgesetzt werden können, Kenntnis von den Umständen erhalten habe, auf die die ursprüngliche verhaltensbedingte Kündigung gestützt worden sei. Die Entscheidung, die Position des Einkaufsleiters entfallen zu lassen, habe daher noch gar keine greifbaren Formen annehmen können, weil hierfür gar keine Zeit mehr bestanden habe. Sofort nach dem Ausspruch der Kündigung sei jedoch eine Organisationsanweisung herausgegeben worden, aus der sich ergebe, wie das bisherige Arbeitsgebiet des Arbeitnehmers aufgeteilt worden sei. Auf diese Entscheidung habe sich die Klägerin in dem Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Berlin nicht berufen (können), da diese Gründe dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden seien.

Sie behauptet jetzt, dass der damalige Geschäftsführer und Gesellschafter WB nach dem von ihm gefassten Entschluss, dem Arbeitnehmer wegen des Wegfalls seiner Aufgaben zu kündigen, den damaligen Prokuristen und jetzigen Geschäftsführer A B beauftragt habe, die Übertragung der verbliebenen Aufgaben des Arbeitnehmers auf das Fremdunternehmen, andere Arbeitnehmer bzw. sich selbst umzusetzen. Darüber habe dieser auch bereits im Juli 1999 mit dem Arbeitnehmer gesprochen, so dass dieser gewusst habe, dass sein Arbeitsplatz entfalle. Der Prokurist und jetzige Geschäftsführer WB habe den Auftrag erhalten, die Anhörung des Betriebsrates vorzubereiten. Diese Anhörung habe wegen des damals angespannten Verhältnisses zum Betriebsrat "hie- und stichfest" begründet werden müssen. Dazu sei es nicht mehr gekommen, weil man gemeint habe, aufgrund des Vorfalls mit den verunreinigten Rohstoffen die Kündigung überzeugend begründen zu können.

Die Klägerin verweist auf eine von dem früheren Arbeitnehmer verfasste "Mitteilung" an die Geschäftsleitung vom 12. Juli 1999, aus der sich die von diesem damals wahrgenommenen Aufgaben ergeben sollen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. September 2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 16. August 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Oktober 2001 aufzuheben sowie die Beklagte zu verurteilen, an sie den bereits erstatteten Betrag von 24.574,61 EUR wieder auszus zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

die sie für unbegründet hält. Aus dem zwischen der Klägerin und dem Arbeitnehmer geschlossenen Vergleich folge nicht, dass das Arbeitsverhältnis durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet worden sei. Der geschilderte zeitliche Ablauf lege vielmehr die Vermutung nahe, dass die Überlegungen, den Arbeitsplatz des Einkaufsleiters nicht mehr neu zu besetzen, sondern dessen Aufgaben auf andere Mitarbeiter bzw. Gesellschafter zu verteilen, erst angestellt worden seien, nachdem die Kündigung im Raume gestanden habe. Diese Überlegungen seien nicht – z. B. durch entsprechende Beschlüsse der Gesellschafter – belegt worden. Im Übrigen sei das Arbeitsverhältnis nicht durch eine Kündigung der Klägerin, sondern durch den vor dem Arbeitsgericht geschlossenen Vergleich beendet worden.

Der Senat hat die damaligen Prokuristen und jetzigen Geschäftsführer A B und WB-persönlich gehört sowie die kaufmännische Angestellte der BWGmbH SCund den früheren Arbeitnehmer P Schals Zeugen vernommen. Wegen deren Erklärungen und Aussagen wird auf die Sitzungsniederschriften vom 1. November und 1. Dezember 2005 verwiesen.

Im übrigen wird wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, auf die von der Beklagten vorgelegte Leistungsakte sowie auf die beigezogene Akte des Arbeitsgerichts Berlin (48 Ca 25013/99), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige (§§ 143, 144 Abs. 1 und 151 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) Berufung der Klägerin, über die an Stelle des nicht mehr bestehenden Landessozialgerichts Berlin das in Übereinstimmung mit § 28 Abs. 2 SGG durch den Staatsvertrag über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg vom 26. April 2004 errichtete Landessozialgericht Berlin-Brandenburg zu entscheiden hat, auf das das Verfahren gemäß Artikel 28 des Staatsvertrages am 1. Juli 2005 in dem Stand, in dem es sich an diesem Tag befunden hat, übergegangen ist, erweist sich nach der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme als begründet. Die Klägerin hat das von der Beklagten an den Arbeitnehmer in der Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 2000 gezahlte Arbeitslosengeld einschließlich der darauf entfallenden Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung nicht zu erstatten; dementsprechend ist der diese Erstattung anordnende Bescheid der Beklagten vom 16. August 2001 aufzuheben.

Nach § 147 a Abs. 1 Satz 1 SGB III erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 124 Abs. 1 SGB III die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 24 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 24 Monate. Diese Voraussetzungen sind – worüber die Beteiligten zu Recht nicht streiten – hier erfüllt: der Arbeitnehmer hatte vor dem 1. April 2000 mehr als 24 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis aufgrund einer Beschäftigung bei der Klägerin gestanden und bei Beginn der Arbeitslosigkeit das 58. Lebensjahr bereits vollendet.

Nach § 147 a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III tritt die Erstattungspflicht allerdings nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat. Durch die Verwendung des Begriffes "sozial gerechtfertigte Kündigung" – wie auch durch den nachfolgenden Hinweis auf § 7 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) – wird deutlich, dass die Erstattungspflicht nicht bei einer nach § 1 KSchG nicht rechtsunwirksamen Kündigung eintreten soll. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, rechts-unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Ein einer Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers entgegenstehendes dringendes (inner-)be- triebliches Erfordernis ist – u. a. – der Wegfall eines Arbeitsplatzes als Folge einer unternehmerischen Entscheidung, den Betrieb oder die Arbeitsabläufe anders zu gestalten. Diese Entscheidung kann z.B. darin bestehen, bestimmte Erzeugnisse nicht mehr oder in veränderter Form zu fertigen, bestimmte Fertigungsschritte oder andere Arbeitsvorgänge auf fremde Unternehmen zu übertragen ("Outsourcing") oder auch einzelne Arbeitsaufgaben auf andere Arbeitnehmer zu verteilen (nicht notwendig ist – anders als das Sozialgericht zu meinen scheint –, dass diese Aufgaben vollständig entfallen). Die unternehmerische Entscheidung muss, damit die darauf gestützte Kündigung sozial gerechtfertigt ist, zum Zeitpunkt ihres Zugangs bereits greifbare Formen angenommen haben, so dass abzusehen ist, dass jedenfalls nach Ablauf der Kündigungsfrist kein Bedürfnis mehr für die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers besteht.

Diese Voraussetzungen sind nach dem Ergebnis der Anhörung der beiden damaligen Prokuristen und jetzigen Geschäftsführer der Klägerin und der Beweisaufnahme gegeben. Danach steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der damalige, zur Vertretung der Klägerin berechnete und insoweit nicht durch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gebundene alleinige Geschäftsführer bereits im Sommer 1999 den Entschluss gefasst hatte, die von dem Arbeitnehmer zu dieser Zeit (noch) wahrgenommenen Aufgaben teilweise auf ein anderes Unternehmen (die B GmbH), teilweise auf andere Beschäftigte (den damaligen Prokuristen A B bzw. die Angestellte U B) zu übertragen bzw. sie wegfällen zu lassen, soweit sie nicht ohnehin schon früher (insbesondere nach Aufgabe der Beteiligung an Trägersgesellschaften von

Krankenhäusern die mit deren Ausstattung verbundenen Aufgaben sowie nach Aufgabe der eigenen Fertigung) weggefallen waren. Der genaue Zeitpunkt, wann diese sich augenscheinlich über einen längeren Zeitraum hinziehenden Überlegungen zum Abschluss kamen, lässt sich jetzt nicht mehr feststellen; die Angaben der beiden jetzigen Geschäftsführer dazu widersprechen sich. Dessen ungeachtet ist der Senat überzeugt, dass diese Entscheidung spätestens kurz nach der Vorlage der von dem Arbeitnehmer verfassten "Mitteilung" vom 12. Juli 1999 gefallen ist. Dies wird durch die Aussage der Zeugin C belegt, die ausgesagt hat, dass bereits "ein bis zwei Monate vor der Organisationsanweisung vom 16. August 1999" klar gewesen sei, dass die B GmbH die gesamten Bestellungen für Hilfsstoffe (Drucksachen, Faltschachteln, Tigel u.a.) übernehmen sollte. Gestützt wird dies auch durch die Aussage des betroffenen Arbeitnehmers P S, der bei seiner Vernehmung bekundet hat, dass er bei der Anfertigung der von ihm erbetenen "Mitteilung" auch "in Betracht gezogen (habe), dass die dort beschriebenen Aufgaben auf andere Personen übertragen werden könnten und auch, dass das dann zu (seiner) Entlassung führen könnte".

Dass darüber hinaus die von der Klägerin getroffene unternehmerische Entscheidung, die Aufgaben des Arbeitnehmers anders zu verteilen bzw. wegfallen zu lassen, bereits "greifbare Formen" angenommen hätte, so dass abzusehen war, dass spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist kein Bedarf mehr bestehen würde, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, behauptet die Klägerin selbst nicht. Der seinerzeit als Prokurist für Personalangelegenheiten zuständige jetzige Geschäftsführer der Klägerin W B hat erklärt, dass dem Arbeitnehmer "zum selben Zeitpunkt oder zum Ende des darauf folgenden Quartals gekündigt (worden wäre)". Spätestens mit dem Entschluss, dem Arbeitnehmer (verhaltensbedingt) zu kündigen und ihn mit sofortiger Wirkung von seinen Arbeitsaufgaben freizustellen, traf die Klägerin aber auch die Entscheidung, dessen Aufgaben mit sofortiger Wirkung umzuverteilen, was sich in der unmittelbar nach dem Ausspruch der Kündigung im Betrieb bekannt gegebenen Organisationsanweisung vom 16. August 1999 niederschlug. Es besteht kein Anhalt – auch nicht nach Vernehmung der Zeugen C und S –, dass die dort beschriebene Umverteilung nur – als "Notlösung" – vorübergehender Natur war. Danach stand jedenfalls in dem für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung maßgeblichen Zeitpunkt ihres Zugangs fest, dass der Arbeitnehmer – auf Dauer – nicht mehr benötigt wurde. Sein Arbeitsplatz wurde danach auch nicht wieder besetzt.

Eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen – freien – Arbeitsplatz war nicht möglich. Die Klägerin hat bereits im Verwaltungsverfahren auf den in ihrem Betrieb vorgenommenen Personalabbau hingewiesen. Danach deutet nichts darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Kündigung bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ein anderer Arbeitsplatz, auf dem der Arbeitnehmer hätte weiterbeschäftigt werden können, frei war oder frei geworden wäre. Der Arbeitnehmer hat dazu bei seiner Vernehmung angegeben, dass er sich "eine Weiterbeschäftigung beispielsweise als Leiter der Buchhaltung oder als Verkaufsleiter" hätte vorstellen können. Diese Stellen waren aber – wie er selbst bekundet hat – zu dieser Zeit besetzt.

Eine Weiterbeschäftigung als Leiter der Buchhaltung oder als Verkaufsleiter hätte der Arbeitnehmer aber nur aufgrund und nach einer sozialen Auswahl ([§ 1 Abs. 3 KSchG](#)) verlangen können. Zu einer solchen Auswahl war die Klägerin aber nicht verpflichtet. Im Fall einer betriebsbedingten Kündigung muss eine Sozialauswahl nur zwischen vergleichbaren, miteinander austauschbaren Arbeitnehmern durchgeführt werden. Dabei ist eine Vergleichbarkeit nur gegeben, wenn der Arbeitgeber einen betroffenen Arbeitnehmer kraft seines Direktionsrechts einseitig auf einen anderen (nicht wegfallenden) Arbeitsplatz versetzen kann, nicht jedoch, wenn dazu eine Änderung des Arbeitsvertrages (etwa durch eine Änderungskündigung) erforderlich ist (BAG, Urteile vom 29. März 1990 – [2 AZR 369/89](#) –, [AP Nr. 50 zu § 1 KSchG](#) 1969 Betriebsbedingte Kündigung und vom 21. Juni 1995 – [2 AZR 693/94](#) –, AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972). Mithin war eine soziale Auswahl nicht vorzunehmen, da der Arbeitnehmer nach seinem Anstellungsvertrag vom 18. August 1983 als Einkaufsleiter eingestellt wurde und in diesem Vertrag eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz nicht vorgesehen war. Die Klägerin hätte ihn mithin ohne eine Änderung dieses Vertrages nicht auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigen können.

Der sozialen Rechtfertigung der Kündigung steht nicht entgegen, dass die Klägerin sie gegenüber dem Betriebsrat und auch gegenüber dem Arbeitnehmer mit dessen Verhalten begründet hat. Denn die Wirksamkeit einer Kündigung ist nach den objektiven Verhältnissen zum Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen (BAG, Urteil vom 27. Februar 1997 – [2 AZR 160/96](#) –, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung). Deshalb können – kündigungsrechtlich – sogar Gründe, die dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bekannt waren, "nachgeschoben" werden. Ob bzw. inwieweit dies auch betriebsverfassungsrechtlich (etwa – nur – nach einer weiteren Anhörung des Betriebsrates) zulässig ist, kann hier offenbleiben. Für die Frage, ob die Erstattungspflicht nach [§ 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#) nicht eintritt, kommt es ausschließlich auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung an; unerheblich ist, ob die Kündigung aus anderen Gründen rechtsunwirksam sein könnte.

Der Nichteintritt der Erstattungspflicht ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Klägerin und der Arbeitnehmer zur Beendigung des Kündigungsrechtsstreits einen Vergleich geschlossen haben. Nach dessen Wortlaut haben die Klägerin und der Arbeitnehmer darin nicht etwa einvernehmlich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2000 vereinbart, sondern waren sich "darüber einig, dass das Arbeitsverhältnis (des Arbeitnehmers) bei der (Klägerin) durch deren fristgemäße Kündigung vom 12.08.1999 aus dringenden betrieblichen Gründen mit Ablauf des 31.03.2000 enden (werde)". Allerdings ist bei der Prüfung, ob die Erstattungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf eine von ihm ausgesprochene sozial gerechtfertigte Kündigung nicht eintritt, auch der Frage nachzugehen, ob eine einer Kündigung nachfolgende Vereinbarung lediglich die Folgen der rechtlich fortbestehenden Kündigung regeln soll ("Abwicklungsvertrag") oder ob dadurch die ursprüngliche Kündigung zurückgenommen und ein Aufhebungsvertrag als neuer Rechtsgrund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen werden soll. Dies hängt von dem – gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt der entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen ab. Danach entscheidet sich, ob nicht trotz formaler Aufspaltung in eine vorausgegangene Kündigung und eine nachfolgende vertragliche Regelung in Wirklichkeit ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne eines Aufhebungsvertrages vorliegt oder ob eine ernsthaft gewollte Kündigung nachträglich durch eine vertragliche Vereinbarung ersetzt worden ist (BSG, Urteil vom 16. September 2004 – [B 7 AL 78/03 R](#) – in teilweiser Abgrenzung zum Urteil vom 18. Dezember 2003 – [B 11 AL 35/03 R](#) –).

Diese Überlegung führen hier nicht zu der Annahme, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung, sondern durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen ihr und dem Arbeitnehmer beendet worden. Tatsächlich hat die Klägerin eine Kündigung ausgesprochen (dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall auch grundlegend von dem Sachverhalt, der dem von der Beklagten angesprochenen Urteil des BSG vom 27. Januar 2005 – [B 7 AL 32/04 R](#) – zugrunde lag). Es besteht auch überhaupt kein Anhalt für die Vermutung, diese Kündigung könne von der Klägerin nicht ernsthaft gewollt gewesen sein oder sie habe sie auf Verlangen oder zumindest nach Absprache mit dem Arbeitnehmer ausgesprochen. Insbesondere dessen Aussage als Zeuge spricht eindeutig gegen ein derartiges Zusammenwirken. Ebenso wenig lässt sich der zwischen der Klägerin und dem Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht

geschlossene Vergleich dahin deuten, dass die tatsächlich ausgesprochene Kündigung durch eine zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führende vertragliche Vereinbarung (Aufhebungsvertrag) ersetzt werden sollte. Dagegen sprechen nicht nur der Wortlaut des Vergleichs, sondern auch die Interessen der in jenem Verfahren fachanwaltlich vertretenen Parteien: Die Klägerin hätte bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag in jedem Fall das von der Beklagten an den Arbeitnehmer gezahlte Arbeitslosengeld erstatten müssen, der Arbeitnehmer hätte sich dadurch zumindest der Gefahr des Eintritts einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ([§ 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)) ausgesetzt. Andere Umstände, die darauf hindeuten könnten, die Parteien des Vergleichs hätten entgegen dem von ihnen Erklärten etwas anderes gewollt, sind nicht ersichtlich. Auch die Erwägungen in dem bereits genannten Urteil des Bundessozialgerichts vom 27. Januar 2005 (dem – wie gesagt – ein grundlegend anderer Sachverhalt zugrunde lag) führen nicht zu einem anderen Ergebnis.

Ist nach alledem eine Erstattungspflicht der Klägerin nicht eingetreten und der Bescheid der Beklagten vom 16. August 2001 aufzuheben, hat die Beklagte der Klägerin den von dieser bereits gezahlten Erstattungsbetrag in Höhe von 24.574,61 EUR wieder zurückzuzahlen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Klägerin in vollem Umfang obsiegt. Eine Kostenentscheidung nach [§ 161 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i. V. m. [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) ist nicht zu treffen, da für das vorliegende, seit dem 1. November 2001 rechtshängige Verfahren [§ 183 SGG](#) in der bisherigen Fassung (wonach das Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit kostenfrei ist) weiter gilt (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 des 6. SGG-Änderungsgesetzes; BSG, Beschluss vom 5. Mai 2003 – [B 13 SF 5/02 S](#) –, [SozR 4-1500 § 183 Nr. 1](#)).

Der Klägerin sind nach [§ 192 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) (in der ab dem 2. Januar 2002 geltenden Fassung) die Kosten aufzuerlegen, die dadurch verursacht worden sind, dass aufgrund ihres Vortrages in der mündlichen Verhandlung am 1. November 2005 die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung erforderlich geworden ist, zu der auch der frühere Arbeitnehmer als Zeuge zu laden war. Nachvollziehbare Gründe, warum sie diese erheblichen Umstände erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, hat die Klägerin nicht geschildert. Als verursachten Kostenbetrag setzt der Senat den Betrag in Höhe der Pauschgebühr für das Verfahren vor den Landessozialgerichten fest ([§§ 192 Abs. 1 Satz 3, 184 Abs. 2 SGG](#)).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) sind nicht erfüllt.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2006-02-23