

§ 128 AFG – Praktikabilität und Anwendbarkeit eines Gesetzes

Harald Szczygiol

I. Vorbemerkung

Mit der 10. AFG Novelle ist zum 1.1.1993 eine neue Fassung des § 128 AFG¹ in Kraft getreten². Diese Vorschrift regelt die sogenannte Erstattungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit für das an ausgeschiedene ältere Arbeitnehmer gezahlte Arbeitslosengeld.

Die Neufassung ist in der Literatur bereits heftig kritisiert und als Fehlleistung durch den Gesetzgeber bewertet worden. Im einzelnen wird dem Gesetzgeber vorgeworfen, daß § 128 AFG weder seinen noch überhaupt einen vernünftigen Zweck erfüllen kann³, eine für die Praxis zu komplizierte Regelung⁴, eine Regelung mit neuen Problemen für Arbeitgeber und Arbeitsverwaltung⁵, sowie eine Regelung geschaffen zu haben, die künftige rechtliche Auseinandersetzungen bereits vorzeichnet⁶.

Der folgende Beitrag verdeutlicht zum einen die Schwierigkeiten und Probleme der Arbeitsverwaltung und der Arbeitgeber bei der Feststellung der Erstattungspflicht und versteht sich zum anderen als Überblick über die Systematik dieser Vorschrift. Die inhaltliche Auseinandersetzung mit § 128 AFG erfolgte im Rahmen der Erstellung einer arbeitsrechtlichen Software auf CD-ROM. Der Rudolf Haufe Verlag in Freiburg hat in Kooperation mit der Firma ExperTeam in Dortmund ein Assistenzsystem für die Personalarbeit für Windows – ARBIS⁷ – entwickelt, das seit Mitte des Jahres 1993 erhältlich ist. Wesentlicher Bestandteil von ARBIS ist ein Fallbearbeitungsdialog, mit dessen Hilfe arbeitsrechtliche Probleme wissensbasiert bewältigt werden können (Expertensystemkomponente).

Anlässlich der Einbindung des neuen § 128 AFG in dieses System wurde mit Hilfe des Programms RFFLOW⁸ ein Flußdiagramm erstellt, das die Voraussetzungen einer Erstattungspflicht des Arbeitgebers im einzelnen aufführt.

Zunächst soll jedoch zum besseren Verständnis des sicherlich auch für Juristen schwer verständlich formulierten Tatbestandes des § 128 AFG ein Überblick über dessen Entwicklung und Inhalt erfolgen:

II. Entwicklung

Der Gesetzgeber hat durch die Neuregelung des § 128 AFG versucht, die Finanzierung von Frühverrentungsprogrammen und Vorruhestandsregelungen der Unternehmen auf Kosten der Solidargemeinschaft zu unterbinden. Ziel der Neuregelung ist es, die Versicherungsgemeinschaft von den Folgekosten sog. Frühverrentungsprogramme zu befreien und dadurch den Haushalt der Bundesanstalt für Arbeit zu entlasten. Arbeitgeber, die mit ihren sozial nicht gerechtfertigt kündbaren Arbeitnehmern ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben vereinbaren und einen Anspruch auf Arbeitslosengeld und Altersrente auslösen, sollen verpflichtet sein, das diesen Arbeitnehmern von der Bundesanstalt für Arbeit gewährte Arbeitslosengeld zu erstatten (so die Begründung des Regierungsentwurfes)⁹.

Die AFG-Novelle

Heftige Kritik in der Literatur

Feststellung der Erstattungspflicht und arbeitsrechtliche Software

Überblick über Entwicklung und Inhalt des § 128 AFG

Harald Szczygiol ist seit September 1991 bei der Fa. ExperTeam in Dortmund als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Entwicklung des arbeitsrechtlichen Informations-Systems ARBIS auf CD-ROM beteiligt. Redaktionell hat er als Autor in Zusammenarbeit mit zahlreichen Arbeitsrichtern sowie Prof. Dr. Schwerdtner von der Universität Bielefeld "wissensbasierte Beratungsdialoge" erstellt. Seit August dieses Jahres ist er als Rechtsanwalt in Hagen tätig.

¹ Zum Wortlaut des § 128 AFG siehe am Ende des Beitrags.

² § 128 AFG ist durch das Gesetz zur Änderung von Förderungsvoraussetzungen im Arbeitsförderungsgesetz und in anderen Gesetzen vom 18.12.1992 (BGBl I, 2044) in das Arbeitsförderungsgesetz eingefügt worden.

³ Hanau, DB 1992, 2626; Wissing, NZA 1993, 386

⁴ Bauer und Driller, BB 1992, 2283

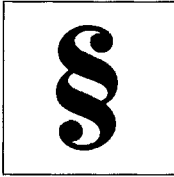
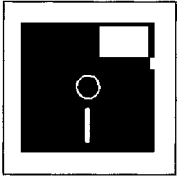
⁵ Reß, NZA 1992, 913

⁶ Buchner, NZA 1993, 481

⁷ Arbeitsrechtliches Informations-System

⁸ Bei dieser Software handelt es sich um ein Programm für die Erstellung von EDV-Zeichnungen unter Windows.

⁹ BR-Dr. 503/92



Der dritte Anlauf...

Neu ist diese Regelung nicht. Bereits durch zwei frühere Fassungen¹⁰ wurde der Versuch unternommen, die anwachsende Inanspruchnahme der Sozialversicherungsträger im Rahmen von Vorruhestandsregelungen zu unterbinden.

Jedoch führte die Umsetzung dieser beiden Regelungen zu unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten. Folge hiervon war die Streichung des § 128 AFG a.F. durch den Gesetzgeber zum 01.07.1991¹¹ im Anschluß an ihre verfassungsrechtliche Beanstandung durch das Urteil des BVerfG vom 23.01.1990.¹²

Da durch diese Streichung der Weg zum Abschluß von Vorruhestandsregelungen wieder frei war und insbesondere die Großunternehmen sich diese Situation zu eigen machten, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, eine dritte Fassung des § 128 AFG vorzulegen.

III. Inhalt

... und sein wesentlicher Inhalt

Der wesentliche Inhalt der Regelung besteht darin, daß ein Arbeitgeber, der sich von einem langjährig beschäftigten älteren Arbeitnehmer trennt, der Bundesanstalt für Arbeit das für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres gezahlte Arbeitslosengeld und die darauf entfallenden Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung vierteljährlich zu erstatten hat. Auch wenn die Arbeitslosigkeit schon vorher eingetreten ist, beginnt die Erstattungspflicht erst nach Vollendung des 58. Lebensjahres. Die Erstattung soll längstens 624 Tage dauern. Sie endet mit dem Ablauf des Kalendermonats, in dem der Arbeitslose sein 60. Lebensjahr vollendet hat.

Von dem Grundsatz der Erstattungspflicht des Arbeitgebers sieht das Gesetz eine Reihe von Ausnahmen vor (Befreiungstatbestände). Diese stellen im wesentlichen auf die wirtschaftlichen und betrieblichen Verhältnisse des Arbeitgebers ab.

Eine weitere inhaltliche Neuregelung ist durch § 128 Abs. 7 S. 1 AFG geschaffen worden. Danach besteht nunmehr für die Arbeitsämter die Verpflichtung, den Arbeitgeber auf sein Verlangen hin über den Umfang und die Voraussetzungen der gesamten Erstattungsregelung zu beraten.

IV. Prüfungsumfang und -ablauf des § 128 AFG

Der Weg zu Erstattungspflicht im Flußdiagramm

Im folgenden wurde der Prüfungsumfang und der -ablauf für die Feststellung einer Erstattungspflicht aufgezeigt. Dazu wurden die Voraussetzungen, Befreiungstatbestände und die Minderungsmöglichkeiten des § 128 AFG sowie die geltenden Übergangsregelungen mit Hilfe eines Flußdiagramms (zum Ausklappen ab Seite 2896. Das sich über vier fortlaufend untereinander liegende Seiten erstreckende Flußdiagramm wurde aus drucktechnischen Gründen auf vier nebeneinander angeordneten Seiten dargestellt, die von links oben nach rechts unten zu lesen sind.) dargestellt.

V. Fazit.

Schwierigkeiten bleiben

Die komplexe und zum Teil sehr verästelte Darstellung der Erstattungspflicht macht die Schwierigkeiten für die Praxis deutlich.

Den Arbeitgebern sowie der Arbeitsverwaltung ist es im Hinblick auf den enormen Prüfungsumfang und der zum Teil schwer feststellbaren Befreiungsvoraussetzungen kaum möglich, auf Anhieb und mit Sicherheit das Bestehen einer Erstattungspflicht festzustellen.

Abermals ein mißlungener Versuch?

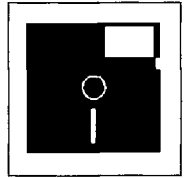
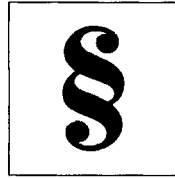
Angesichts dieser Schwierigkeiten scheint es dem Gesetzgeber nicht gelungen zu sein, nach der Streichung der alten Fassung des § 128 AFG eine praktikable Nachfolgeregelung zu schaffen.

[Und die Moral von der Geschichte: Die Änderung der dritten Fassung ist in Sicht.]

¹⁰ Durch das Arbeitsförderungskonsolidierungsgesetz vom 22.12.1981 (BGBl I, 1497) wurde § 128 AFG eingeführt. Durch das Gesetz zur Anpassung des Rechts der Arbeitsförderung und der gesetzlichen Rentenversicherung an die Einführung von Vorruhestandsregelungen vom 13.4.1985 (BGBl I, 610) wurde die ursprüngliche Fassung des § 128 AFG geändert.

¹¹ BGBl I, 1306

¹² BVerfGE 81, 156 = NZA 1990, 161



Arbeitsförderungsgesetz

vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582)

– zuletzt geändert durch Artikel 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1994 vom 26. Juli 1994 (BGBl. I 1786) –

§ 128

(1) Der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, erstattet der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage; § 104 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Satz 3 gilt entsprechend. Die Erstattungspflicht tritt nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist, der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß

1. a) bei Arbeitslosen deren Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 57. Lebensjahres beendet worden ist: der Arbeitslose innerhalb der letzten 18 Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, insgesamt weniger als 15 Jahre
- b) bei den übrigen Arbeitslosen: der Arbeitslose innerhalb der letzten zwölf Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, insgesamt weniger als zehn Jahre zu ihm in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat,
2. er in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt; § 10 Abs. 2 Satz 2 bis 6 des Lohnfortzahlungsgesetzes gilt entsprechend mit der Maßgabe, daß das Kalenderjahr maßgebend ist, das dem Kalenderjahr vorausgeht, in dem die Voraussetzungen des Satzes 1 für die Erstattungspflicht erfüllt sind,
3. der Arbeitslose das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet und weder eine Abfindung noch eine Entschädigung oder ähnliche Leistung wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten oder zu beanspruchen hat,
4. er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat; § 7 des Kündigungsschutzgesetzes findet keine Anwendung, das Arbeitsamt ist an eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung gebunden,
5. er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist zu kündigen,
6. sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, um mehr als 3 vom Hundert 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 es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraumes entspricht. Vermindert sich die Zahl der Beschäftigten im gleichen Zeitraum um mindestens 10 vom Hundert, verdoppelt sich der Anteil der älteren Arbeitnehmer, der bei der Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht überschritten werden darf. Rechnerische Bruchteile werden aufgerundet. Wird der gerundete Anteil überschritten, ist in allen Fällen eine Einzelfallentscheidung erforderlich,
7. der Arbeitnehmer im Rahmen eines kurzfristigen drastischen Personalabbaus von mindestens 20 vom Hundert 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.

(2) Die Erstattungspflicht entfällt, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß

1. in dem Kalenderjahr, das dem Kalenderjahr vorausgeht, für das der Wegfall geltend gemacht wird, die Voraussetzungen für den Nichteintritt der Erstattungspflicht nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 erfüllt sind, oder
2. die Erstattung für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet wären. Insoweit ist zum Nachweis die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich.

(3) Die Erstattungsforderung mindert sich, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß er

1. nicht mehr als 40 Arbeitnehmer oder
2. nicht mehr als 60 Arbeitnehmer

im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 2 beschäftigt, um zwei Drittel im Falle der Nummer 1 und um ein Drittel im Falle der Nummer 2. Für eine nachträgliche Minderung der Erstattungsforderung gilt Absatz 2 Nr. 1 entsprechend.

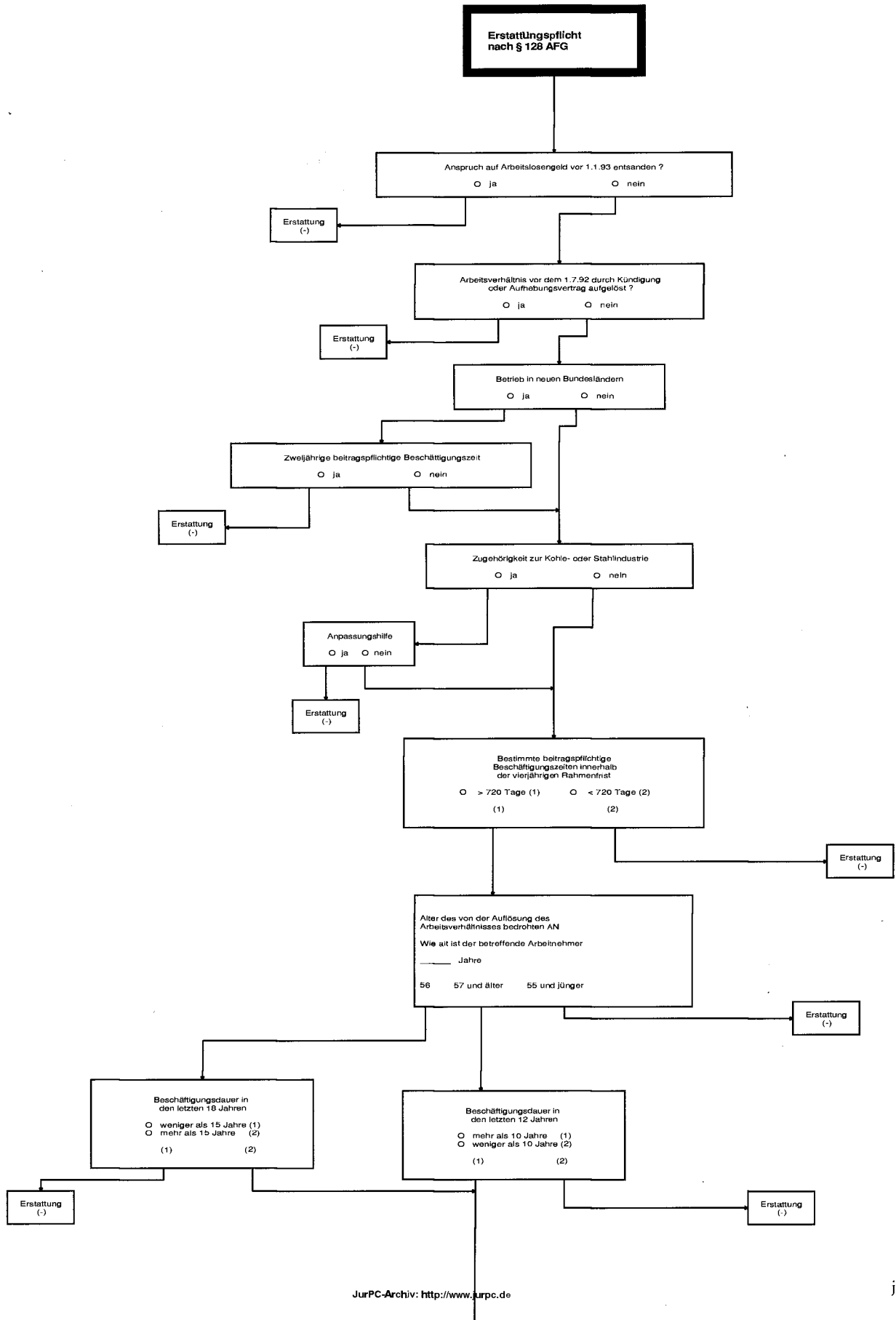
(4) Soweit nach Absatz 1 Arbeitslosengeld zu erstatten ist, schließt dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ein.

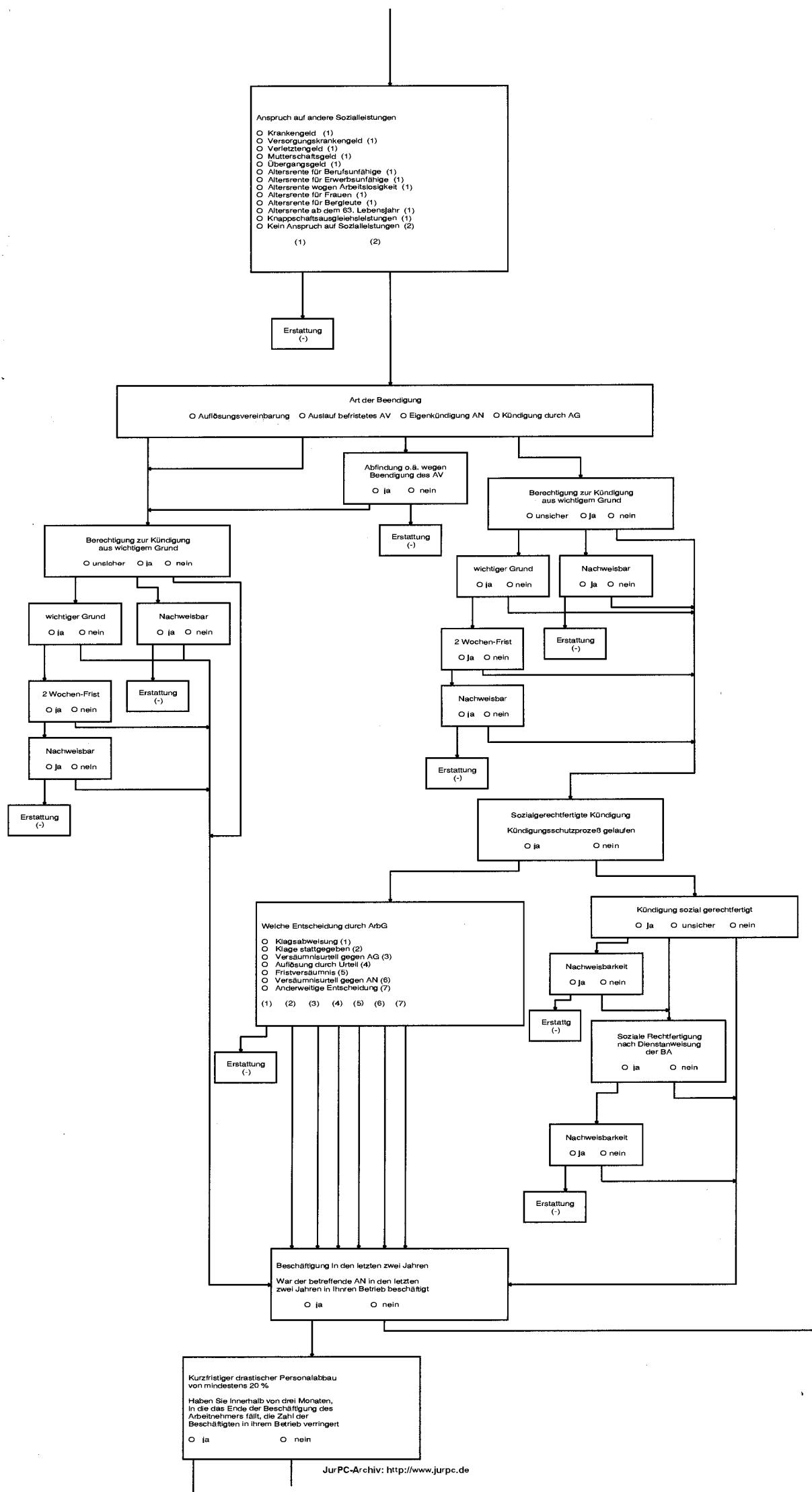
(5) Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes gelten bei der Ermittlung der Beschäftigungszeiten als ein Arbeitgeber. Die Erstattungspflicht richtet sich gegen den Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer zuletzt in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat.

(6) Die §§ 146 und 152 Abs. 5 gelten entsprechend.

(7) Das Arbeitsamt berät den Arbeitgeber auf Verlangen über Voraussetzungen und Umfang der Erstattungsregelung. Auf Antrag des Arbeitgebers entscheidet das Arbeitsamt im voraus, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 6 oder 7 erfüllt sind.

(8) Der Arbeitslose ist auf Verlangen des Arbeitsamtes verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, sich beim Arbeitsamt persönlich zu melden oder sich einer ärztlichen oder psychologischen Untersuchung zu unterziehen, soweit das Entstehen oder der Wegfall des Erstattungsanspruchs von dieser Mitwirkung abhängt. Voraussetzung für das Verlangen des Arbeitsamtes ist, daß dem Arbeitsamt Umstände in der Person des Arbeitslosen bekannt sind, die für das Entstehen oder den Wegfall der Erstattungspflicht von Bedeutung sind. Die §§ 65 und 65a des Ersten Buches Sozialgesetzbuch gelten entsprechend.





Wünschenswertes zu den Arbis-Dialogen

Maximilian Herberger

Das arbeitsrechtliche Informationssystem Arbis (vgl. dazu *jur-pc* 1994, S. 2534–2539) weist mit den Fallbearbeitungen im Dialog eine Besonderheit auf, die es (gegenwärtig noch) von anderen elektronischen juristischen Informationssystemen unterscheidet. Gerade weil dieser Ansatz so vielversprechend ist, sollte er in naheliegender Weise verbessert werden.

Der Beitrag von *Szczygiol*, dem Verfasser des Arbis-Dialogs zu § 128 AFG (vgl. in diesem Heft S. 2893–2899) bietet Gelegenheit, die Richtung einer möglichen Verbesserung anschaulich zu demonstrieren. Um die nötige Anschauungsgrundlage zu geben, ist begleitend zu diesem Beitrag ein kurzer Arbis-Dialog abgebildet (vgl. Abb. 1–6).

Der Dialog in den Abb. 1–6 hat eine Entsprechung in dem von *Szczygiol* als Entwurfshilfe benutzten Flußdiagramm (vgl. S. 2896–2899). Er stellt dort einen Weg durch das Flußdiagramm bis zu einem Ergebnis dar. Jede Fallkonstellation läßt sich in gleicher Weise einem derartigen Pfad zuordnen.

Wer den abgebildeten Arbis-Dialog mit dem entsprechenden Abschnitt in dem Flußdiagramm vergleicht, wird sofort auf zwei entscheidende Unterschiede aufmerksam werden.

Das Woher ...

Der Arbis-Dialog ist so aufgebaut, daß immer nur *eine* Frage samt Antwort sichtbar ist. *Woher* man kommt, weiß man nur aus der Erinnerung. Zwar kann man zurückblättern, aber auch dann sieht man wieder nur *einen* Zwischenzustand. Wer den Gesamtüberblick über die bisherige "Dialoggeschichte" behalten will, sieht sich einer beträchtlichen Konzentrationsanforderung gegenüber.

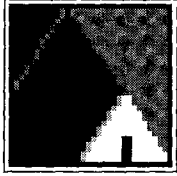
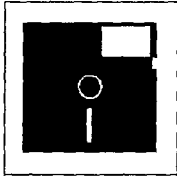


Abb. 1

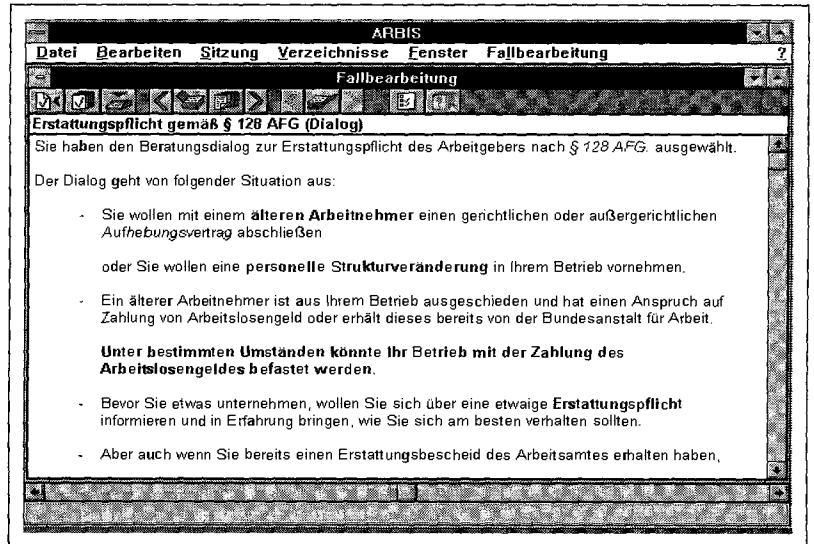


Abb. 2

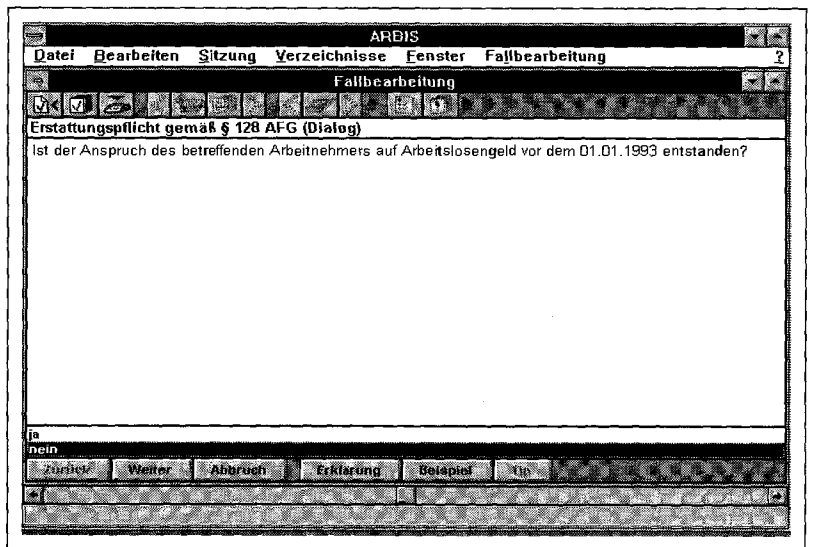


Abb. 3

