

Bundesverfassungsgericht

- 1 BVR 2296/96 -

- 1 BVR 1081/97 -



Im Namen des Volkes

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerden**

der W.. GmbH & Co. KG, diese vertreten
durch die Komplementärin W... Verwaltungs-GmbH,
diese vertreten durch den Geschäftsführer,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Gerhard Sickmüller
und Partner, Zeppelinstraße 10,
Künzelsau -

gegen 1. a) den Beschluß des Landessozialgerichts
Baden-Württemberg vom 8. Oktober 1996
- L 3 Ar 1971/96 -,

b) das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn
vom 26. Juni 1996 - S 5 Ar 879/96 -

- 1 BVR 2296/96 -,

2. a) den Beschluß des Landessozialgerichts
Baden-Württemberg vom 4. Oktober 1996
- L 3 Ar 2247/96 -,

b) das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn
vom 24. Juli 1996 - S 5 Ar 927/96 -

- 1 BVR 1081/97 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung des

Vizepräsidenten Papier,
der Richter Grimm,
Kühling,
der Richterinnen Jaeger,
Haas
und der Richter Hömig,

Steiner

am 10. November 1998 beschlossen:

§ 128 a Absatz 1 und 2 des Arbeitsförderungsgesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer sozialrechtlicher Vorschriften (AFG u.a. ÄndG) vom 21. Juni 1991 (Bundesgesetzblatt I Seite 1306) und § 148 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 1997 (Bundesgesetzblatt I Seite 594) sind mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die verfassungswidrige Regelung spätestens bis zum 1. Januar 2001 durch eine verfassungsgemäße Regelung zu ersetzen.

Der Beschluß des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 8. Oktober 1996 - L 3 Ar 1971/96 - und das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 26. Juni 1996 - S 5 Ar 879/96 - sowie der Beschluß des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 4. Oktober 1996 - L 3 Ar 2247/96 - und das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 24. Juli 1996 - S 5 Ar 927/96 - verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes. Sie werden aufgehoben. Die Sachen werden an das Sozialgericht Heilbronn zurückverwiesen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat der Beschwerdeführerin die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

A.

Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden betreffen die auf § 128 a des Arbeitsförderungsgesetzes und jetzt § 148 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch beruhende Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erstattung von Arbeitslosengeld, das die Bundesanstalt für Arbeit an Arbeitslose zahlt, die als Arbeitnehmer durch eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber über die Unterlassung von Wettbewerb in ihrer beruflichen Tätigkeit für eine bestimmte Zeit beschränkt sind (Erstattungspflicht bei Konkurrenzklausel). 1

I.

1. § 128 a wurde durch das Gesetz zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz - AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I S. 1497) in das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) eingefügt. Er hatte folgenden Wortlaut: 2

Ist der Arbeitslose durch eine Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt, so erstattet der bisherige Arbeitgeber der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld, das dem Arbeitslosen für die Zeit gezahlt worden ist, in der diese Beschränkung besteht... 3

Die im Grundkonzept bis heute unverändert gebliebene Regelung soll die Gemeinschaft der Beitragszahler von den Kosten der Arbeitslosigkeit für solche Arbeitnehmer entlasten, die durch eine Wettbewerbsabrede in ihrer beruflichen Tätigkeit eingeschränkt sind, weil derartige Abreden die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit allein im Interesse des bisherigen Arbeitgebers erschweren. Den sozialen Schutz bei Arbeitslosigkeit des in seiner beruflichen Tätigkeit beschränkten Arbeitnehmers hat nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der bisherige Arbeitgeber zu tragen (vgl. BTDrucks 9/846, S. 46). 4

Durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (BGBl I S. 2484) wurde § 128 a AFG durch einen Satz 3 dahingehend ergänzt, daß sich der Arbeitnehmer das Arbeitslosengeld, das der Arbeitgeber erstattet, wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen muß. 5

§ 128 a AFG erhielt durch das Gesetz zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer sozialrechtlicher Vorschriften (AFG u.a. ÄndG) vom 21. Juni 1991 (BGBl I S. 1306; im folgenden: AFG 1991) mit Wirkung vom 1. Juli 1991 folgende, für das vorliegende Verfahren maßgebliche Fassung: 6

(1) Ist der Arbeitslose durch eine Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt, so erstattet der bisherige Arbeitgeber der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld, das dem Arbeitslosen für die Zeit gezahlt worden ist, in der diese Beschränkung besteht. §§ 146 und 152 Abs. 2 gelten entsprechend. Das Arbeitslosengeld, das der Arbeitgeber erstattet, muß sich der Arbeitnehmer wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen. 7

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

(3) ...

§ 128 a AFG 1991 trat mit Ablauf des 31. Dezember 1997 außer Kraft. An seine Stelle ist am 1. Januar 1998 § 148 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) getreten (vgl. Art. 1 § 148 i.V.m. Art. 83 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung <Arbeitsförderungs-Reformgesetz - AFRG> vom 24. März 1997, BGBl I S. 594), der im wesentlichen der Vorgängerregelung entspricht. 8

2. a) Die arbeitsrechtlichen Fragen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sind im Handelsgesetzbuch geregelt (§§ 74 ff. HGB). Ein solches Verbot, dessen Vereinbarung formgebunden ist (§ 74 Abs. 1 HGB), ist gemäß § 74 Abs. 2 HGB nur verbindlich, wenn eine Karenzentschädigung vorgesehen ist und diese mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. Vertragsmäßige Leistungen in diesem Sinne sind auch Einmalzahlungen, Tantiemen, Provisionen sowie Naturalleistungen. 9

b) Die Wettbewerbsabrede unterliegt bestimmten inhaltlichen Schranken (§ 74 a Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB) und darf sich nicht über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an erstrecken (§ 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB). Anderweitigen Verdienst muß sich der Arbeitnehmer gemäß § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Entschädigung anrechnen lassen. Der Entschädigungsanspruch entfällt, als die Entschädigung zusammen mit dem anderweitig erzielten Verdienst 110 vom Hundert der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen übersteigt. Ist der frühere Arbeitnehmer gezwungen, seinen Wohnsitz zu verlegen, so liegt die Anrechnungsgrenze bei 125 vom Hundert (§ 74 c Abs. 1 Satz 2 HGB). Das Arbeitslosengeld muß sich der Arbeitnehmer wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen (§ 128 a Abs. 1 Satz 3 AFG 1991).

c) Kündigt der Arbeitnehmer wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers oder kündigt der Arbeitgeber aus einem anderen als einem erheblichen, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grunde, so kann sich der Arbeitnehmer vom Wettbewerbsverbot lösen (§ 75 Abs. 1 und 2 HGB). Die Vereinbarung wird in diesen Fällen für beide Seiten mit der Erklärung des Arbeitnehmers unwirksam. Kündigt der Arbeitgeber aus Gründen, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, so hat er keine Möglichkeit, sich von der Wettbewerbsvereinbarung und der damit verbundenen Entschädigungsverpflichtung zu lösen; die diese Möglichkeit eröffnende vorkonstitutionelle Bestimmung (§ 75 Abs. 3 HGB) wurde vom Bundesarbeitsgericht für verfassungswidrig erklärt (vgl. BAGE 29, 30).

d) Der Arbeitgeber kann vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Wettbewerbsverbot mit der Wirkung verzichten, daß der Arbeitnehmer sofort zur Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit in der Lage ist und er selbst nach Ablauf eines Jahres seit der Verzichtserklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei wird (§ 75 a HGB). Verzichtet der Arbeitgeber nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Einhaltung der Konkurrenzabrede, so kommt die Vorschrift des § 75 a HGB nicht zur Anwendung. In diesem Fall bleibt der Arbeitgeber nach allgemeiner Auffassung für die gesamte Dauer des vertraglichen Wettbewerbsverbots zur Zahlung der Entschädigung verpflichtet (vgl. von Hoynigen-Huene, in K. Schmidt <Hrsg.>, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 1996, § 75 a Rnr. 7; vgl. auch BSG SozR 4100 § 128 a Nr. 3).

3. Im Bereich des Arbeitsförderungsrechts eröffnet die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das § 128 a AFG für verfassungsgemäß hält (vgl. BSGE 66, 250 <254 f.>), dem Arbeitgeber die Möglichkeit, "jederzeit" vor und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das vereinbarte Wettbewerbsverbot mit der Folge zu verzichten, daß er von der gemäß § 128 a AFG bestehenden Verpflichtung zur Erstattung der Leistungen frei wird (vgl. BSGE 66, 250 <257>). Das Bundessozialgericht vertritt weiter die Auffassung, die Erstattungspflicht des Arbeitgebers sei nicht vom Nachweis abhängig, daß das Wettbewerbsverbot die Vermittlung verhindert. Sie bestehe selbst dann, wenn das Wettbewerbsverbot die Arbeitsplatzsuche auch nur un-

wesentlich beeinträchtigt. Es genüge, daß die Vermittlung zumutbarer Tätigkeit durch ein solches Verbot typischerweise erschwert werde. Die Forderung, das Wettbewerbsverbot müsse zumindest "wesentlich" zur Arbeitslosigkeit beigetragen haben, ergebe keinen praktikablen Maßstab (vgl. BSGE 66, 250 <256>).

Die Erstattungspflicht entsteht allerdings nach ständiger Rechtsprechung nur, wenn die Bundesanstalt für Arbeit den Arbeitgeber darüber belehrt, daß er sich durch den Verzicht auf die Wettbewerbsabrede dem Erstattungsanspruch entziehen kann (vgl. BSGE 69, 280 <282> m.w.N.).

14

II.

1. a) Die Beschwerdeführerin ist ein Wirtschaftsunternehmen, das Schrauben, Befestigungsteile und Werkzeuge vertreibt. Sie erzielte 1997 einen Jahresumsatz von 6,2 Mrd. DM und beschäftigte etwa 24.700 Mitarbeiter, von denen 13.200 im Außendienst tätig sind (vgl. Handelsblatt Nr. 83 vom 30. April 1998, S. 20).

15

Der Arbeitnehmer J. K., der bei der Beschwerdeführerin als Reisevertreter beschäftigt war, schloß 1993 eine nachvertragliche Wettbewerbsvereinbarung, in der er sich verpflichtete, während der Dauer eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein. Die Beschwerdeführerin erklärte sich bereit, ihm als Gegenleistung eine Karenzentschädigung in Höhe von 50 vom Hundert der zuletzt bezogenen vertraglichen Leistungen zu bezahlen. Das Arbeitsverhältnis endete durch betriebsbedingte Kündigung der Beschwerdeführerin zum 30. September 1995. Der ehemalige Arbeitnehmer beantragte Arbeitslosengeld, das ihm gewährt wurde.

16

b) Die Bundesanstalt für Arbeit teilte der Beschwerdeführerin mit, sie müsse mit einer Erstattungspflicht nach § 128 a AFG rechnen, und belehrte sie, daß die Erstattungspflicht entfalle, wenn auf die Einhaltung der Wettbewerbsabrede verzichtet werde. Dazu war die Beschwerdeführerin nicht bereit. Daraufhin stellte die Bundesanstalt für Arbeit den Eintritt der Erstattungspflicht fest und verlangte von der Beschwerdeführerin die Erstattung der von ihr gegenüber dem Arbeitnehmer erbrachten Leistungen (Arbeitslosengeld, Sozialversicherungsbeiträge) für bestimmte Zeiträume und in bestimmter Höhe.

17

Das Sozialgericht wies die hiergegen nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage ab. Die gegen das sozialgerichtliche Urteil eingelegte Berufung wies das Landessozialgericht zurück und ließ die Revision nicht zu. In der Begründung nahm das Landessozialgericht auf Entscheidungen des Bundessozialgerichts Bezug, die bereits früher gegen die Beschwerdeführerin als Beteiligte ergangen waren und in denen eine Verletzung ihrer Grundrechte verneint wurde. Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wurde nicht eingelegt. Die Beschwerdeführerin hielt die Erschöpfung des Rechtswegs angesichts der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts für nicht zumutbar.

18

2. Auch im zweiten Ausgangsverfahren ist die Erstattungspflicht der Beschwerdeführerin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem als Reisevertreter tätigen Arbeitnehmers, mit dem sie eine Wettbewerbsabrede getroffen hatte, streitig. Die gegen die Feststellung des Eintritts der Erstattungspflicht erhobene Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Das Bundessozialgericht verwarf die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht als unzulässig. Der geltend gemachte Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Sache sei nicht hinreichend dargelegt. 19

3. Die Beschwerdeführerin hat unmittelbar gegen die Gerichtsentscheidungen und mittelbar gegen § 128 a AFG 1991 Verfassungsbeschwerde eingelegt. Sie hält die auf dieser Vorschrift beruhende Erstattungspflicht für die Auferlegung einer unzulässigen Sonderabgabe und sieht sich in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG verletzt. 20

a) Die Erstattungspflicht greife in ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG unverhältnismäßig ein. Eine gesetzliche Regelung der Berufsausübung sei nur zulässig, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen sei. Daran fehle es, wenn dem Gesetzgeber zur Erreichung seines Ziels ein weniger belastendes Mittel zur Verfügung stehe. Dies sei hier der Fall. Der Gesetzgeber wolle die Solidargemeinschaft vom Risiko der erschwerten Vermittelbarkeit eines durch Wettbewerbsabrede gebundenen Arbeitslosen entlasten. Um diese Entlastung zu erreichen, hätte er anordnen können und müssen, daß die Karenzentschädigung auf das Arbeitslosengeld anzurechnen ist. 21

Die Anrechnungsbestimmung des § 128 a Abs. 1 Satz 3 AFG führe nicht zu einer ausreichenden Entlastung. Zwar sei nach dieser Vorschrift das Arbeitslosengeld auf die Karenzentschädigung anzurechnen. Es bleibe aber dabei, daß der Arbeitgeber insgesamt 110 vom Hundert der früheren Vergütung zuzüglich der Beiträge zur Sozialversicherung aufzuwenden habe. Das Arbeitslosengeld betrage 60 vom Hundert beziehungsweise 67 vom Hundert der letzten Bezüge des Arbeitnehmers. Damit die Grenze von 110 vom Hundert der letzten vertragsgemäßen Leistungen erreicht werde, müsse in der Regel die volle Karenzentschädigung bezahlt werden. 22

b) Die Überwälzung des Risikos der Arbeitslosigkeit allein auf den Arbeitgeber verletze Art. 3 Abs. 1 GG. Der Arbeitslose erhalte durch den Bezug von Arbeitslosengeld und Karenzentschädigung 10 vom Hundert mehr als bei Ausübung der bisherigen Tätigkeit und mindestens ebensoviel, wie er bei der Aufnahme einer neuen Beschäftigung erhalte. Der Arbeitgeber müsse die gesamten Leistungen finanzieren, die der Arbeitslose erhalte, und zudem der Bundesanstalt für Arbeit die Beiträge zur Sozialversicherung erstatten. 23

c) Die angegriffene Norm greife übermäßig in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG ein. Die Beschwerdeführerin betreibe ein Handelsunternehmen, das seine Umsätze mit angestellten Außendienstmitarbeitern erziele. Diesen sei der Kundstamm, die Verkaufsstrategie und die Preisgestaltung des Unternehmens im Detail bekannt. Zur Wahrung ihrer Geschäftsinteressen sei sie gezwungen, mit sämtlichen 24

Außendienstmitarbeitern ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für die Dauer eines Jahres abzuschließen. Bei der Anzahl der Außendienstmitarbeiter und einer regelmäßigen Fluktuation zwischen drei und fünf vom Hundert bedeute die Erstattungspflicht nach § 128 a AFG eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung.

III.

Zu den durch die Verfassungsbeschwerden aufgeworfenen Rechtsfragen haben das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung namens der Bundesregierung, die Bundesanstalt für Arbeit und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Stellung genommen. 25

1. Das Bundesministerium hält § 128 a AFG für verfassungsgemäß. 26

Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, weil der mit der Regelung verbundene Eingriff in die Berufsausübung aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sei und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche. § 128 a AFG verfolge das Ziel, die Gemeinschaft der Beitragszahler nicht mit den finanziellen Folgen der Erhöhung des Vermittlungsrisikos zu belasten, für welches der Arbeitgeber aufgrund der Wettbewerbsabrede maßgeblich Mitverantwortung trage. Es sei vernünftig, den Arbeitgebern, die im eigenen Interesse die Vermittlungsfähigkeit ihrer früheren Arbeitnehmer erschweren, die Kosten des sozialen Schutzes bei Arbeitslosigkeit aufzubürden. Es sei auch praktisch nicht möglich, den Eintritt der Erstattungspflicht vom Nachweis der Ursächlichkeit des Wettbewerbsverbots für die Arbeitslosigkeit abhängig zu machen. 27

Die Anordnung einer Erstattungspflicht sei verhältnismäßig, weil sich der Arbeitgeber durch Verzicht auf die Einhaltung der Wettbewerbsabrede jederzeit von dieser Pflicht befreien könne. Er sei auch nicht doppelt belastet. Die Pflicht zur Erstattung des Arbeitslosengeldes habe sozialrechtliche Gründe. Die Karenzentschädigung habe ihren Rechtsgrund dagegen im Arbeitsrecht. Sie biete einen Ausgleich für den Verzicht des Arbeitslosen auf die Chance, bei einem Konkurrenzunternehmen einen besser bezahlten Arbeitsplatz zu erhalten. 28

2. Die Bundesanstalt für Arbeit hat sich zur Verwaltungspraxis geäußert. Daten darüber, wieviele Arbeitslose in der Vermittelbarkeit durch Wettbewerbsverbote beschränkt seien, würden nicht erhoben. Die Arbeitsämter könnten nur für den jeweiligen Bezirk und den Tagespendelbereich ermitteln, ob und wieviele Arbeitsplätze aus dem von der Wettbewerbsabrede betroffenen Arbeitsmarktsegment angeboten werden. Weil das Wettbewerbsverbot bei der Vermittlung berücksichtigt werde, könne von den Arbeitsämtern nicht geprüft werden, ob der Abschluß eines Arbeitsvertrages am Wettbewerbsverbot oder aus anderen Gründen scheitere. 29

3. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände vertritt die Auffassung, die Auslegung und Anwendung des § 128 a AFG in den angegriffenen Entscheidungen verletze Art. 12 Abs. 1 GG. Bei verfassungskonformer Auslegung müsse dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen stehen, den Beweis dafür anzutreten, daß die Arbeitslosigkeit nicht durch die Konkurrenzklausel verursacht sei. § 128 a AFG 30

sei nicht systemgerecht. Die Entlastung der Versichertengemeinschaft könne durch die Anrechnung der Karenzentschädigung auf das Arbeitslosengeld erreicht werden.

B.

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig. Die Erschöpfung des Rechtswegs war nicht erforderlich, weil die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit in gleichgelagerten Fällen bereits erfolglos gegen die Nichtzulassung der Revision vorgegangen war und eine andere Entscheidung in den hier zu beurteilenden Verfahren im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu § 128 a AFG nicht erwartet werden konnte (vgl. BVerfGE 69, 188 <202>; 78, 155 <160>).

31

C.

Die Verfassungsbeschwerden sind auch begründet. Die unmittelbar angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen und die ihnen zugrundeliegende Bestimmung des § 128 a Abs. 1 und 2 AFG 1991 verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

32

I.

1. Maßstab für die verfassungsrechtliche Prüfung ist vorrangig Art. 12 Abs. 1 GG. Die Berufsausübung der Arbeitgeber ist dadurch berührt, daß ihnen durch § 128 a AFG an die Berufstätigkeit anknüpfende finanzielle Lasten aufgebürdet werden, denen sie nur entgehen können, indem sie auf den Abschluß von Wettbewerbsvereinbarungen verzichten (vgl. BVerfGE 81, 156 <188>).

33

2. Eingriffe in die Berufsausübung sind gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung zulässig, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Dies ist der Fall, wenn die eingreifende Norm kompetenzgemäß erlassen worden ist, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BVerfGE 81, 156 <188>; 95, 193 <214>).

34

a) Der Bund kann sich bei der in § 128 a AFG normierten Erstattungspflicht auf seine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ("Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung") stützen. Sie umfaßt auch die Regelung der Finanzierung der Sozialversicherung. Dies gilt nicht nur für die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen, sondern auch für Regelungen über die Erstattung und den Ausgleich erbrachter Sozialversicherungsleistungen (vgl. BVerfGE 81, 156 <185>).

35

Für die kompetenzrechtliche Zulässigkeit der in § 128 a AFG getroffenen Regelung gelten nicht die besonderen Voraussetzungen, die eine nichtsteuerliche Sonderabgabe erfüllen muß. Die hier geregelte Erstattungspflicht ist keine Sonderabgabe im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, weil eine Gegenleistung der öffent-

36

lichen Hand erbracht wird. Der Gesetzgeber hat das Risiko der Arbeitslosigkeit karenpflichtiger Arbeitnehmer in grundsätzlich zulässiger Weise dem Arbeitgeber überantwortet. Die von der Bundesanstalt für Arbeit an Arbeitnehmer, die wegen eines Wettbewerbsverbots ohne Beschäftigung sind, erbrachten Leistungen stehen daher in dem erforderlichen Korrespondenzverhältnis zu der von § 128 a AFG geforderten Erstattung und entsprechen ihr auch der Höhe nach (vgl. BVerfGE 81, 156 <186 f.>).

b) Die mit der Erstattungsregelung verfolgten Ziele sind durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Es erscheint sachgerecht, die Arbeitgeber an den sozialen Folgekosten zu beteiligen, wenn sie frühere Mitarbeiter durch Wettbewerbsverbote in ihrer beruflichen Tätigkeit beschränken. Der Gesetzgeber kann die Gemeinschaft der Beitragszahler vom Risiko der Arbeitslosigkeit solcher Arbeitnehmer entlasten, die infolge der Wettbewerbsabrede nicht auf dem gesamten Arbeitsmarkt vermittelbar sind. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn er die Arbeitgeber nach dem Verursacherprinzip an den Kosten der Arbeitslosigkeit beteiligt, weil derartige Wettbewerbsabreden die Wiedereingliederung des Arbeitslosen im Interesse der Arbeitgeber erschweren. 37

c) Die in § 128 a AFG 1991 getroffene Regelung ist zwar geeignet und erforderlich, jedoch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Der durch sie bewirkte Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Beschwerdeführerin steht nicht mehr in angemessenem Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck (vgl. BVerfGE 7, 377 <405 f.>). 38

aa) Mit dem gewählten Mittel der vollen Kostenerstattung belastet der Gesetzgeber den Arbeitgeber mit allen Vermittlungsrisiken des Arbeitsmarktes. Er beschränkt sich nicht auf den Ausgleich der Folgekosten des besonderen Vermittlungshindernisses, das sich aus der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Unterlassung von Wettbewerb im Wirtschaftszweig des Arbeitgebers ergibt. Gemäß § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot nur insoweit verbindlich, als es dem Schutz der berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers dient. Die Unterlassungspflicht muß sich deshalb auf den Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers beziehen. Gibt es keine freien Arbeitsplätze in dem von der Klausel betroffenen Arbeitsmarktsegment, fehlt es überhaupt an einer besonderen Verantwortungsbeziehung zwischen dem früheren Arbeitgeber und dem von der Bundesanstalt für Arbeit zu zahlenden Arbeitslosengeld. 39

Weil es die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ausschließen, die Unterlassungspflicht auf den gesamten Arbeitsmarkt zu erstrecken, bleibt der karenpflichtige Arbeitnehmer vermittelbar, wenn auch nur im nicht geschützten Bereich des Arbeitsmarktes. Kann er hier nicht vermittelt werden, beruht die Arbeitslosigkeit nicht wesentlich auf dem Wettbewerbsverbot, sondern auf der allgemeinen Arbeitsmarktlage oder den persönlichen Eigenschaften des Arbeitslosen. Unter diesen Umständen läßt sich nicht generell sagen, daß Wettbewerbsabreden die typische Ursache für die Arbeitslosigkeit sind. Hat der Arbeitgeber aber nur abstrakt eine von mehreren mögli- 40

chen Ursachen für das Fortbestehen der Arbeitslosigkeit gesetzt, ist es nicht angemessen, ihm die vollen Kosten der Arbeitslosigkeit aufzuerlegen.

bb) Die Regelung des § 128 a AFG 1991 belastet die Arbeitgeber auch deshalb unverhältnismäßig, weil diese sich zur Hälfte an der Finanzierung der Versicherung ihrer Arbeitnehmer gegen Arbeitslosigkeit beteiligen (§ 167 Satz 2 AFG; § 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Der Versicherungsschutz der Arbeitnehmer beruht auch auf den Beiträgen der Arbeitgeber. Es verbietet sich deshalb, die Arbeitgeber zusätzlich in voller Höhe zur Refinanzierung der Versicherungsleistungen heranzuziehen (vgl. BVerfGE 81, 156 <197>).

41

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn das Gesetz die Erstattungspflicht an eine besondere Verantwortung des Arbeitgebers für das Fortbestehen der Arbeitslosigkeit angeknüpft hätte. § 128 a AFG nimmt indes keine Rücksicht darauf, ob diese Voraussetzung tatsächlich erfüllt ist. Die Verantwortung des Arbeitgebers für die Aufwendungen der Arbeitslosenversicherung wird nach der Konzeption des § 128 a AFG allein im Abschluß der Wettbewerbsvereinbarung gesehen. Andere Vermittlungshindernisse, die sich aus der Lage des Arbeitsmarktes oder der Person des Arbeitnehmers ergeben können, liegen aber nicht im Verantwortungsbereich des früheren Arbeitgebers. § 128 a AFG verpflichtet ihn jedoch auch in solchen Fällen zur Erstattung, in denen sich ein Risiko verwirklicht, das nicht durch die Konkurrenzklausel ausgelöst wird. Die Regelung sieht keinen Ausnahmetatbestand vor, der die Erstattungspflicht dem Grunde oder der Höhe nach von der erforderlichen Verantwortungsbeziehung abhängig macht.

42

cc) Die durch § 128 a AFG 1991 getroffene Regelung führt schließlich auch in ihrem Zusammenwirken mit den die Vorschriften des Handelsgesetzbuches (§§ 74 Abs. 2, 74 c Abs. 1) zu einem übermäßigen Eingriff. Die Zugehörigkeit der Vorschriften zu verschiedenen Rechtsgebieten rechtfertigt es nicht, die jeweils durch das Sozialrecht und das Arbeitsrecht ausgelöste Beschwer des Arbeitgebers isoliert zu betrachten. Beide Regelungen knüpfen an die Wettbewerbsabrede an und stehen durch die Anrechnungsvorschrift des § 128 a Abs. 1 Satz 3 AFG auch in rechtlichem Zusammenhang. Die Gesamtbelastung des Arbeitgebers addiert sich durch das Zusammenwirken der Regelungen auf bis zu 138 vom Hundert (110 vom Hundert für die Erstattung des Arbeitslosengeldes und für die Leistung der arbeitsrechtlichen Karenzentschädigung; etwa 28 vom Hundert für die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge) der letzten vertragsgemäßen Vergütung. Da die zu erstattenden Beiträge dem Arbeitnehmer nicht zufließen, kann insoweit eine Anrechnung auf die Karenzentschädigung nicht erfolgen; andererseits erhöht aber ihre Erstattung die Belastung des Arbeitgebers erheblich. Damit wird durch das Arbeitsförderungsrecht die in § 74 c Abs. 1 HGB statuierte Belastungsgrenze deutlich überschritten.

43

dd) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird nicht dadurch gewahrt, daß der Arbeitgeber auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichtet und sich dadurch von der sozialrechtlichen Erstattungspflicht befreien kann (so aber BSGE 69, 280 <282>;

44

stRspr). Er bleibt auch in diesem Fall zur Zahlung der Karenzentschädigung ohne die Gegenleistung der Wettbewerbsunterlassung verpflichtet. Unterschiede ergeben sich lediglich je nach dem Zeitpunkt der Verzichtserklärung beim Umfang der Belastung. Verzichtet der Arbeitgeber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so muß er von der Erklärung des Verzichts an für die Dauer eines Jahres die Entschädigung bezahlen (§ 75 a HGB), während der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Konkurrenztaätigkeit aufnehmen kann. Erklärt der Arbeitgeber den Verzicht nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so wird er zwar von der Erstattungspflicht nach § 128 a AFG frei, bleibt aber ohne Gegenleistung für die gesamte Dauer der Wettbewerbsabrede, also bis zu zwei Jahren (§ 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB), zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet. Der Arbeitgeber steht demnach vor der Wahl, entweder für die Wettbewerbsunterlassung etwa 138 vom Hundert der bisherigen vertragsgemäßen Vergütung aufzuwenden oder im Falle des Verzichts auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots die Karenzentschädigung bis zu zwei Jahre ohne eine entsprechende Gegenleistung zu bezahlen.

II.

Ist die Erstattungspflicht nach § 128 a AFG 1991 wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig, so bedarf es einer Prüfung der Vorschrift am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG wird durch die beanstandete Vorschrift nicht berührt (vgl. BVerfGE 95, 267 <301>). 45

D.

1. Der Verfassungsverstoß führt nicht zur Nichtigkeit der beanstandeten Norm, da der Gesetzgeber die Verfassungswidrigkeit auf verschiedene Weise beseitigen kann (vgl. BVerfGE 96, 260 <264>; stRspr). Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, bestehen hierfür mehrere Anknüpfungspunkte. Es ist daher nur die Unvereinbarkeit der verfassungswidrigen Regelung mit Art. 12 Abs. 1 GG festzustellen. In diese Feststellung ist in entsprechender Anwendung des § 78 Satz 2 BVerfGG die Nachfolgevorschrift des § 148 SGB III einzubeziehen (vgl. BVerfGE 94, 241 <265>). 46

2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die beanstandete Regelung bis zum 1. Januar 2001 durch eine verfassungsgemäße Regelung zu ersetzen. 47

3. Die auf der beanstandeten Vorschrift des § 128 a AFG 1991 beruhenden, mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen des Landessozialgerichts und des Sozialgerichts sind aufzuheben und die Sachen an das Sozialgericht zurückzuverweisen. Die Ausgangsverfahren sind auszusetzen, damit die Beschwerdeführerin die Möglichkeit erhält, aus der vom Gesetzgeber zu treffenden und für sie möglicherweise günstigen Neuregelung Nutzen zu ziehen (vgl. BVerfGE 94, 241 <267>). 48

4. Die Kosten sind gemäß § 34 a Abs. 2 BVerfGG der Bundesrepublik Deutschland aufzuerlegen, da die Gerichtsentscheidungen auf einer verfassungswidrigen Rechtsnorm des Bundes beruhen (vgl. BVerfGE 40, 1 <6>).

49

Papier

Grimm

Kühling

Jaeger

Haas

Hömig

Steiner

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 10. November 1998 -
1 BvR 2296/96**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. November 1998 -
1 BvR 2296/96 - Rn. (1 - 49), [http://www.bverfg.de/e/
rs19981110_1bvr229696.html](http://www.bverfg.de/e/rs19981110_1bvr229696.html)

ECLI ECLI:DE:BVerfG:1998:rs19981110.1bvr229696