-

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	-

2. Instanz

Aktenzeichen	L 10 AL 193/97
Datum	02.03.2000

3. Instanz

Datum	03.05.2001

Auf die Revision der KlÃ¤gerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 2. MÃ¤rz 2000 â L 10 AL 193/97 â aufgehoben, soweit das Landessozialgericht die Klage abgewiesen hat, und insoweit die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÃ¼ckverwiesen.

GrÃ¼nde:

I

Der Rechtsstreit betrifft die Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) nebst BeitrÃ¤gen zur Sozialversicherung gemÃ¤Ã Â§ 128 ArbeitsfÃ¶rderungsgesetz (AFG).

Der KlÃ¤gerin obliegt als einer vom Land Berlin am 1. Januar 1994 errichteten rechtsfÃ¤higen Anstalt des Ã¶ffentlichen Rechts die DurchfÃ¼hrung von Ã¶ffentlichem Personennahverkehr unter BerÃ¼cksichtigung sozialer, umwelt- und strukturpolitischer GrundsÃ¤tze. Sie baut seit 1994 umfangreich Personal ab.

Die KlÃ¤gerin bzw ihre RechtsvorgÃ¤ngerin beschÃ¤ftigte seit 1962 den am 28. Juni 1937 geborenen B S (S), zuletzt als Hofarbeiter. Der zu diesem Zeitpunkt seitens

des Arbeitgebers nicht ordentlich kÃ¼ndbare S schied aufgrund eines AuflÃ¶sungsvertrages vom 27. Mai 1994 zum 30. November 1995 aus dem ArbeitsverhÃ¤ltnis aus. S erhielt eine einmalige Abfindung in HÃ¶he von 10.000 DM. AuÃerdem erhielt er vom Arbeitgeber fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 1995 bis zum 31. MÃ¤rz 1996 ein tarifliches Ãbergangsgeld in HÃ¶he von insgesamt 12.088,48 DM brutto sowie an Ãbergangsleistungen fÃ¼r die Zeit vom 1. April 1996 bis 30. Juni 1997 monatlich 993,26 DM. Auf seinen Antrag bewilligte die Beklagte S Alg ab 2. Dezember 1995 in HÃ¶he von 381 DM wÃ¶chentlich (ab 1. Januar 1996: 379,20 DM; ab 2. September 1996: 389,40 DM; ab 1. Januar 1997: 382,20 DM). Seit dem 1. Juli 1997 bezieht S eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit.

Im Rahmen einer AnhÃ¶rung zur Erstattungspflicht teilte die KlÃ¤gerin mit, aus gegenwÃ¤rtiger Sicht seien BefreiungstatbestÃ¤nde "nach Â§ 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG sowie nach Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 bis 7 AFG" nicht gegeben; wegen ihrer wirtschaftlichen Situation sei beabsichtigt, "den Wegfall der Erstattungspflicht nach Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG zu beantragen". Die Beklagte stellte zunÃ¤chst mit "Grundlagenbescheid" vom 18. Juli 1996 die Verpflichtung der KlÃ¤gerin fest, das S gezahlte Alg vom 2. Dezember 1995 an zu erstatten und errechnete mit Bescheid vom gleichen Tag fÃ¼r die Zeit vom 2. Dezember bis zum 13. Juli 1996 einen Erstattungsbetrag in HÃ¶he von 22.066,49 DM. Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 26. September 1996 zurÃ¼ck. WÃ¤hrend des Klagverfahrens ergingen weitere Abrechnungsbescheide.

WÃ¤hrend des Berufungsverfahrens fragte die Beklagte bei S an, ob er wÃ¤hrend des Leistungsbezuges Anspruch auf eine andere Sozialleistung gehabt habe. S teilte mit, daÃ sich sein Gesundheitszustand seit der Arbeitslosmeldung nicht geÃ¤ndert habe. Die Beklagte hÃ¶rte die KlÃ¤gerin zur beabsichtigten Erstattungsforderung an und verpflichtete die KlÃ¤gerin mit einem neuen Erstattungsbescheid vom 11. August 1998 zur Erstattung von 49.537,56 DM fÃ¼r den Erstattungszeitraum vom 27. Februar 1996 bis zum 30. Juni 1997.

Die KlÃ¤gerin hat im Laufe des Klage- und Berufungsverfahrens zur Darlegung der Unzumutbarkeit der Erstattung Gutachten der WirtschaftsprÃ¼fungsgesellschaft (WIBERA) Wirtschaftsberatung AG Ã¼ber die wirtschaftliche Lage der KlÃ¤gerin in den GeschÃ¤ftsjahren ab 1994 vorgelegt. Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 19. August 1997 die angefochtenen Bescheide insoweit aufgehoben, als die KlÃ¤gerin fÃ¼r den Zeitraum vom 2. Dezember 1995 bis 26. Februar 1996 herangezogen worden ist, und hat die Klage im Ã¼brigen abgewiesen.

Die KlÃ¤gerin hat im Berufungsverfahren zur Frage der HÃ¶he der Gesamterstattungsforderung, der GefÃ¤hrdung weiterer ArbeitsplÃ¤tze sowie zum VerhÃ¤ltnis zwischen der KlÃ¤gerin und dem Land Berlin BeweisantrÃ¤ge gestellt. Das Landessozialgericht (LSG) hat den Bescheid vom 11. August 1998 dahingehend geÃ¤ndert, daÃ die Erstattungsforderung 48.146 DM betrÃ¤gt und die weitergehende Klage abgewiesen (Urteil vom 2. MÃ¤rz 2000). Zur BegrÃ¼ndung hat das LSG ausgefÃ¼hrt: Der Hinweis der KlÃ¤gerin auf erhebliche Krankheitszeiten des S in den letzten Jahren vor Beendigung eines ArbeitsverhÃ¤ltnisses sowie auf gesundheitliche EinschrÃ¤nkungen reiche weder

aus, einen Anspruch auf Rente wegen Berufs- oder ErwerbsunfÃ¤higkeit zu begrÃ¼nden, noch gebe er Veranlassung zu weiteren Ermittlungen von Amts wegen. Denn der AuflÃ¶sungsvertrag sei nicht aus in der Person des S liegenden gesundheitlichen GrÃ¼nden, sondern im Hinblick auf dringende betriebliche Erfordernisse geschlossen worden. Ferner habe S im Alg-Antrag eine krankheits- oder gesundheitsbedingte EinschrÃ¤nkung seiner VerfÃ¼gbarkeit verneint und sei auch spÃ¤ter â auf ausdrÃ¼ckliches nochmaliges Befragen der Beklagten â von diesen Angaben nicht abgerÃ¼ckt. SchlieÃlich habe bei Beendigung des BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnisses ArbeitsfÃ¤higkeit bestanden. Die Erstattungspflicht entfalle auch nicht nach Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG. Die KlÃ¤gerin habe zwar eine Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorgelegt, jedoch folge daraus weder die GefÃ¤hrdung ihres Fortbestandes noch verbleibender ArbeitsplÃ¤tze nach DurchfÃ¼hrung des Personalabbaus. Die Existenzfrage der KlÃ¤gerin bzw ihres Personals sei sowohl betriebsgeschichtlich als auch von der Verantwortung des Landes her ein Politikum hohen Ranges. Von daher sei es denkbar unwahrscheinlich, daÃ das Land Berlin wegen auf etwaige Erstattungsforderungen zurÃ¼ckzufÃ¼hrender Wettbewerbsnachteile auf eine Stillegung der KlÃ¤gerin hinwirken und das Landesparlament letztlich eine entsprechende Ãnderung des Berliner Betriebegesetzes (BerlBG) beschlieÃen kÃ¶nnte. Die KlÃ¤gerin habe auch nicht dargelegt und nachgewiesen, daÃ durch die Erstattung die nach DurchfÃ¼hrung des Personalabbaus verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrdet wÃ¤ren. GefÃ¤hrdung der verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze bedeute entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, daÃ alle verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrdet sein mÃ¼Ãten. Es genÃ¼ge vielmehr die GefÃ¤hrdung weiterer ArbeitsplÃ¤tze in einem die StabilitÃ¤t des Unternehmens gefÃ¤hrdenden Umfang. Selbst wenn die KlÃ¤gerin insoweit Hinreichendes vorgetragen und unter Beweis gestellt hÃ¤tte, so fehle es doch an der UrsÃ¤chlichkeit der Erstattungspflicht fÃ¼r die GefÃ¤hrdung. Die Regelungen des BerlBG machten deutlich, daÃ "das letzte Wort" in allen fÃ¼r die KlÃ¤gerin wichtigen Fragen das Land Berlin habe. Dies folge aus der starken PrÃ¤senz von Mitgliedern des Berliner Senats in den Gremien der KlÃ¤gerin. Von daher erscheine es schon zweifelhaft, inwieweit das Land Berlin einem beschleunigten Personalabbau zugestimmt hÃ¤tte. Doch selbst wenn von der Durchsetzbarkeit des weiteren Personalabbaus ausgegangen werden kÃ¶nnte, so dÃ¼rfte sich dieser nicht wesentlich als Folge der Erstattungspflicht der KlÃ¤gerin, sondern als Folge einer politischen Entscheidung des Landes Berlin darstellen. An einer ursÃ¤chlich durch die Erstattung herbeigefÃ¼hrten GefÃ¤hrdung weiterer ArbeitsplÃ¤tze fehle es jedenfalls deshalb, weil das Land fÃ¼r die Kosten der Erstattung einzustehen habe. Insbesondere gewÃ¤hre es Ausgleich, soweit die KlÃ¤gerin zur ErfÃ¼llung ihrer Aufgaben aus eigener Kraft nicht in der Lage sei (Â§ 4 Abs 2 BerlBG). Der PersonalÃ¼berhang stamme noch aus der Zeit, als die KlÃ¤gerin Eigenbetrieb des Landes Berlin gewesen sei. Die "Ausgliederung" der KlÃ¤gerin ohne gleichzeitige Verpflichtung des Landes Berlin, Mindestvoraussetzungen fÃ¼r deren WettbewerbsfÃ¤higkeit zu schaffen, sei ein Widerspruch in sich und kÃ¶nne deshalb nicht gewollt sein. Durch den Unternehmensvertrag zwischen dem Land Berlin und der KlÃ¤gerin vom 30. August 1995 werde die Ãbernahme der Kosten des Personalabbaus nicht ausgeschlossen. Ein Verbot der Ãbernahme der streitigen Erstattungskosten ergebe sich auch nicht aus den Vorschriften des EuropÃ¤ischen Gemeinschaftsrechts. Es gehe nicht um die

GewÃ¤hrung von Beihilfen aus staatlichen Mitteln, die zur WettbewerbsverfÃ¤lschung fÃ¼hrten. DarÃ¼ber hinaus lasse sich sagen, daÃ das EuropÃ¤ische Gemeinschaftsrecht die finanzielle Verantwortung nicht nur nicht verbiete, sondern seinem Geist nach â wenn schon nicht fordere, so doch â erlaube. Die Erstattungspflicht entfalle auch nicht deshalb, weil die KlÃ¤gerin ein subventioniertes Unternehmen sei. Die Entstehungsgeschichte der Jetztfassung biete keinen Anhalt fÃ¼r die Annahme, die Eigenschaft als subventioniertes Unternehmen begrÃ¼nde den Tatbestand der unzumutbaren Belastung. Die Erstattungspflicht erscheine letztlich sogar als verfassungsrechtlich geboten. Werde die KlÃ¤gerin von der nach Bundesrecht bestehenden Erstattungspflicht befreit, obwohl das Land Berlin seiner Aufgabe, den Ã¶ffentlichen Personennahverkehr durchzufÃ¼hren, mangels WettbewerbsfÃ¤higkeit und RentabilitÃ¤t seiner "ErfÃ¼llungsgehilfin" nicht gerecht werde, so fÃ¼hre dies insoweit zu einer Finanzierung von Landesaufgaben durch den Bund. Die Klage sei hinsichtlich der HÃ¶he der Erstattungsforderung teilweise begrÃ¼ndet. S habe nur vom 8. MÃ¤rz 1996 einen Anspruch auf Alg in HÃ¶he von 376,80 DM wÃ¶chentlich (Bemessungsentgelt 1.100 DM) gehabt. Das S fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 1995 bis zum 31. MÃ¤rz 1996 nach Â§Â§ 65, 66 des Manteltarifvertrages der Arbeiter des Bundes und der LÃ¤nder gewÃ¤hrte tarifliche Ãbergangsgeld unterliege im Rahmen der Â§Â§ 117, 117a AFG nicht der Anrechnung, weil es sich um einen mit der Beendigung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses bereits erdienten Anspruch gehandelt habe.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rÃ¼gt die KlÃ¤gerin eine Verletzung des Â§ 128 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 Nr 2 AFG, der Â§Â§ 62, 128 Abs 2, 103, 106 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sowie der Art 103 und 12 Grundgesetz (GG):

Das LSG habe die Bedeutung und die Reichweite des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (1. Fall) AFG verkannt, weil es das Tatbestandsmerkmal der "unzumutbaren Belastung, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens gefÃ¤hrdet werde", zu eng ausgelegt habe. Die ExistenzgefÃ¤hrdung trete nicht erst durch eine Stillegung des Unternehmens ein, sondern bereits durch den Entzug von Linienkonzessionen durch die GenehmigungsbehÃ¶rde. Diese drohe, weil aufgrund der Erstattungsforderung die Gefahr bestehe, daÃ die bisherige Eigenwirtschaftlichkeit der KlÃ¤gerin in Frage gestellt wÃ¤re und die Verkehre als gemeinwirtschaftlich eingestuft werden mÃ¼Ãten. Aufgrund der Gesamterstattungsforderung in dreistelliger MillionenhÃ¶he bestehe die Gefahr, daÃ die KlÃ¤gerin im Vergabeverfahren fÃ¼r gemeinwirtschaftliche Betriebe nicht mehr erfolgreich teilnehmen kÃ¶nne. Das vorliegende Sanierungskonzept stehe nicht entgegen, denn gerade die Tatsache, daÃ ein Unternehmen in der Sanierungsphase sei, erlaube nur den SchluÃ auf die ExistenzgefÃ¤hrdung.

Da das LSG im Ergebnis wegen der Ã¶ffentlich-rechtlichen RechtspersÃ¶nlichkeit der KlÃ¤gerin eine ArbeitsplatzgefÃ¤hrdung ablehne, benachteilige es im Ergebnis Ã¶ffentlich-rechtliche Arbeitgeber gegenÃ¼ber privaten Arbeitgebern, ohne daÃ dafÃ¼r ein sachlicher Grund bestehe. Die vorgelegten Gutachten der WIBERA kÃ¤men zusammenfassend zu dem Ergebnis, daÃ die KlÃ¤gerin die Erstattung nicht aus dem Wertzuwachs des Unternehmens aufbringen kÃ¶nne, sondern daÃ

die Erstattung zu Lasten ihrer Unternehmenssubstanz gehe und die finanzielle LeistungsfÃ¤higkeit bei Zahlung der Erstattungsforderung weit Ã¼berschritten werde. Schon nach den GrundsÃ¤tzen des Â§ 16 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) scheide eine Anpassung aus, wenn das Unternehmen keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erziele. Die KlÃ¤gerin habe im Erstattungszeitraum sowie in den Folgejahren keine Gewinne erwirtschaftet, sondern Verluste erlitten, so daÃ die Erstattung zu Lasten ihrer Substanz gehe. Auf etwaige Erstattungspflichten des Landes Berlin gegenÃ¼ber der KlÃ¤gerin komme es nicht an. Die KlÃ¤gerin sei als eigenstÃ¤ndige juristische Person des Ã¶ffentlichen Rechts selbst Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten. Ferner scheide im UmkehrschluÃ aus der zu Konzernunternehmen in Â§ 128 Abs 5 AFG getroffenen Regelung eine BerÃ¼cksichtigung etwaiger Erstattungspflichten des Landes Berlin aus, da diese Regelung aufgrund einer bewuÃten EinschrÃ¤nkung des Gesetzgebers nur fÃ¼r die Ermittlung der BeschÃ¤ftigungszeiten gelte. Auch bei der AnpassungsprÃ¼fung nach Â§ 16 BetrAVG komme es nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur darauf an, ob das beherrschte Unternehmen selbst eine erhÃ¶hte Belastung tragen kÃ¶nne. Im Ã¼brigen sei weder ein Berechnungsdurchgriff nach den GrundsÃ¤tzen des Â§ 16 BetrAVG mÃ¶glich, noch bestÃ¼nden die vom LSG angenommenen AusgleichsansprÃ¼che der KlÃ¤gerin gegen das Land Berlin. Soweit das LSG ausfÃ¼hre, das Land Berlin habe Mindestvoraussetzungen fÃ¼r die WettbewerbsfÃ¤higkeit der KlÃ¤gerin schaffen mÃ¼ssen, habe es nicht festgestellt, daÃ das Land Berlin dem nicht nachgekommen sei. Die KlÃ¤gerin sei bei ihrer GrÃ¼ndung nicht unterkapitalisiert gewesen. Das LSG habe seine diesbezÃ¼glichen Feststellungen verfahrensfehlerhaft getroffen. Auf die UmstÃ¤nde bei der GrÃ¼ndung der KlÃ¤gerin komme es aber letztlich nicht an, denn sie hÃ¤tte sich auch als Eigenbetrieb auf die Unzumutbarkeit der Erstattung wegen GefÃ¤hrdung verbleibender ArbeitsplÃ¤tze berufen kÃ¶nnen. Angesichts seiner Auffassung habe das LSG auch die LeistungsfÃ¤higkeit des Landes Berlin ermitteln und bejahen mÃ¼ssen. Die vom LSG angenommene Ausgleichspflicht fÃ¼r die Kosten der Erstattung bestehe nicht. Das LSG habe verkannt, daÃ die Anstaltslast iS des Â§ 4 Abs 2 BerlBG erst eingreife, wenn die Schulden das VermÃ¶gen der Anstalt Ã¼berstiegen. UnrentabilitÃ¤t und fehlende WettbewerbsfÃ¤higkeit begrÃ¼ndeten keine Ausgleichspflicht nach dieser Vorschrift. Â§ 4 Abs 2 BerlBG sei revisibel, denn die Vorschrift stelle eine ausdrÃ¼ckliche gesetzliche Normierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Anstaltslast dar, der auch gewohnheitsrechtlich anerkannt sei. In anderen BundeslÃ¤ndern existierten inhaltlich Ã¼bereinstimmende Normen; die Ãbereinstimmung sei bewuÃt und gewollt. Auch die in Â§ 4 Abs 1 BerlBG normierte GewÃ¤hrtrÃ¤gerhaftung des Landes Berlin fÃ¼r seine Anstalten stehe der Unzumutbarkeit der Erstattungspflicht nicht entgegen. Die Ausfallgarantie sichere nur das Befriedigungsinteresse der GlÃ¤ubiger, nicht aber den Bestand einer konkreten Zahl von ArbeitsplÃ¤tzen oder die Existenz der Anstalt selbst. Auch Â§ 4 Abs 1 BerlBG sei jedenfalls deshalb revisibel, weil es in zahlreichen anderen LÃ¤ndern inhaltsgleiche Vorschriften gebe. SchlieÃlich wÃ¼rde eine Ausgleichsleistung des Landes Berlin in dem vom LSG angenommenen Umfang auch gegen das Verbot staatlicher Beihilfen in Art 87 Abs 1 des Vertrages zur GrÃ¼ndung der EuropÃ¤ischen Gemeinschaft (EGVtr) verstoÃen. Art 73 EGVtr lasse als Bereichsausnahme nur solche Beihilfen zu, die der Sache nach prÃ¤zise

errechnete Ausgleichsleistungen fÃ¼r den Mehraufwand bzw die Mindereinnahmen aufgrund bestimmter Verpflichtungen darstellten. Ein Ausgleich der Erstattungsforderung durch das Land Berlin wÃ¤re eine Beihilfe, fÃ¼r die das DurchfÃ¼hrungsverbot gemÃ¤Ã Art 88 Abs 3 Satz 3 EGVtr gelte.

Entgegen der Auffassung des LSG sei eine Erstattungspflicht auch nicht wegen des grundsÃ¤tzlichen verfassungsrechtlichen Verbotes der Finanzierung von Landesaufgaben durch den Bund geboten. Das Verbot der Finanzierung von Aufgaben der LÃ¤nder durch den Bund sei durch Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG nicht betroffen, denn die Erstattung falle nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich des Art 104a Abs 1 GG. Gleichviel, ob die Zahlung von Alg, dessen Erstattung und damit auch die Unzumutbarkeit der Erstattung ein Privatunternehmen oder ein Ã¶ffentliches Unternehmen betreffe, gehe es immer um die AufgabenzustÃ¤ndigkeit der Bundesanstalt fÃ¼r Arbeit (BA) und damit des Bundes. Dieses Ergebnis bestÃ¤tige auch die Ãberlegung, daÃ im Falle der Anwendbarkeit des Art 104a GG auf das VerhÃ¤ltnis zwischen der KlÃ¤gerin und der Beklagten umgekehrt die KlÃ¤gerin als Landesanstalt auch keine BeitrÃ¤ge an die Beklagte zahlen, zumindest aber keine Erstattungen leisten dÃ¼rfe.

Die vom LSG vertretene Auffassung, die Unzumutbarkeit der Erstattung setzte einen die StabilitÃ¤t des Unternehmens berÃ¼hrenden â nennenswerten â Umfang an gefÃ¤hrdeten ArbeitsplÃ¤tzen voraus, treffe nicht zu. Wie dargelegt, seien infolge der Erstattungspflicht fÃ¼r 1662 VorruhestÃ¤ndler 406 ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrdet. Das VerhÃ¤ltnis betrage auch Ã¼ber die Jahre des Erstattungszeitraums konstant rund 4:1, wie aus den Gutachten hervorgehe. Die Auslegung des LSG zwinge den Arbeitgeber dazu, eine mÃ¶glichst groÃe Anzahl von Arbeitnehmer Ã¼ber 56 Jahre zu entlassen, um dadurch eine erhebliche Anzahl an gefÃ¤hrdeten ArbeitsplÃ¤tzen dartun zu kÃ¶nnen. Soweit das LSG ausfÃ¼hre, es erscheine zweifelhaft, inwieweit das Land Berlin einem zusÃ¤tzlichen Personalabbau zugestimmt hÃ¤tte bzw zustimmen wÃ¼rde, mache es damit unrichtigerweise zur zusÃ¤tzlichen Voraussetzung, daÃ der Personalabbau politisch gegenÃ¼ber dem GewÃ¤hrtrÃ¤ger auch durchsetzbar sei. Das Gericht habe zu dieser Frage kein rechtliches GehÃ¶r gewÃ¤hrt. WÃ¤re rechtliches GehÃ¶r gewÃ¤hrt worden, so hÃ¤tte die KlÃ¤gerin vorgetragen, daÃ Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG nicht die konkrete Darlegung verlange, welche ArbeitsplÃ¤tze im einzelnen abgebaut werden sollten. Dann kÃ¶nne erst recht die (politische) Durchsetzbarkeit nicht Voraussetzung fÃ¼r die Unzumutbarkeit der Erstattung sein. Auf die starke PrÃ¤senz des Landes Berlin im Aufsichtsrat der KlÃ¤gerin komme es aber auch deshalb nicht an, weil dem Land Berlin kein Weisungsrecht gegenÃ¼ber den GeschÃ¤ftsfÃ¼hrungsorganen der KlÃ¤gerin zustehe. Das LSG habe zur Durchsetzbarkeit auch keinerlei Feststellungen getroffen. Die Zweifel des LSG verstieÃen auch gegen Denkgesetze, denn die KlÃ¤gerin habe seit dem Jahre 1994 im groÃem Umfang ArbeitsplÃ¤tze abgebaut. Es spreche nichts fÃ¼r die Annahme, daÃ entgegen allen bisherigen MaÃnahmen ausgerechnet der Abbau der genannten 705 ArbeitsplÃ¤tze nicht durchsetzbar sei, zumal es sich um nicht verkehrsnotwendige ArbeitsplÃ¤tze handele. Soweit das LSG schlieÃlich der Auffassung sei, der Personalabbau sei jedenfalls die Folge einer politischen Entscheidung und nicht eine Folge der Erstattungsforderung, verstoÃe es gegen

Denkgesetze. Es verkenne, daÃ durch eine Erstattungsforderung nicht automatisch Personal abgebaut werde, sondern es immer einer dazu fÃ¼hrenden Entscheidung des Unternehmens bedÃ¼rfe. Die KausalitÃ¤t werde auch nicht unterbrochen, wenn es der Entscheidung Dritter â zB des Aufsichtsrats â bedÃ¼rfe.

Das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit sei vom LSG auch insoweit falsch ausgelegt worden, als es angenommen habe, die Erstattungspflicht entfalle nicht schon deshalb, weil die KlÃ¤gerin ein subventioniertes Unternehmen sei. FÃ¼r die erste Fassung des Â§ 128 AFG habe das Bundessozialgericht (BSG) entschieden, daÃ eine in Staatseigentum befindliche Aktiengesellschaft von der Erstattungspflicht ausgenommen gewesen sei, da sie eine Ã¶ffentliche BÃ¼rgschaft zur FortfÃ¼hrung des Betriebes erhalten habe (SozR 4100 Â§ 128 Nr 2). Zwar sei die frÃ¼her geregelte Ausnahme nicht ausdrÃ¼cklich in Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG Ã¼bernommen worden, jedoch sei der AusschluÃgrund in der Generalklausel enthalten. Schon aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben habe der Gesetzgeber die HÃ¤rteklausel nicht enger bestimmen kÃ¶nnen als die VorgÃ¤ngerregelung.

Das LSG habe unter Verletzung von Verfahrensvorschriften festgestellt, daÃ der Arbeitslose nicht die Voraussetzungen fÃ¼r eine der in Â§ 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder fÃ¼r eine Rente wegen BerufsunfÃ¤higkeit erfÃ¼lle. Das LSG habe keinerlei AnlaÃ fÃ¼r weitere Ermittlungen gesehen, obwohl S nach dem vorliegenden Krankenblatt im Jahr 1993 107 Tage, 1994 105 Tage und im Jahr 1995 125 Tage arbeitsunfÃ¤hig krank gewesen sei. AuÃerdem habe eine Schwerbehinderung von 40 % vorgelegen. Auch die Beklagte habe vor ErlaÃ der ursprÃ¼nglichen Bescheide keine ausreichenden Ermittlungen getÃ¤tigt. Aus der Natur der AnsprÃ¼che auf alternative Sozialleistungen folge, daÃ ÃnderungenÃ nur durch zeitnahe Ermittlungen erfaÃt werden kÃ¶nnten. Im vorliegenden Fall habe zwischen Arbeitslosmeldung und schriftlicher Befragung des Arbeitslosen ein Zeitraum von fast drei Jahren gelegen. Die hieraus erlangten Erkenntnisse hÃ¤tten â wenn Ã¼berhaupt â nur noch verschwindenden Aussagewert. Die Beklagte habe gegen den Anspruch der KlÃ¤gerin auf rechtliches GehÃ¶r sowie die Amtsermittlungspflicht verstoÃen, da die KlÃ¤gerin vor ErlaÃ des Ersetzungsbescheides nur ein Standardblatt zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Â§ 128 AFG erhalten habe. Die Vorgehensweise der Beklagten bei der Ermittlung anderweitiger Sozialleistungen, insbesondere die nicht zeitnahe Ermittlung, fÃ¼hre zu einer Beweislastumkehr zu Lasten der KlÃ¤gerin und sei daher verfassungswidrig.

128 AFG sei verfassungswidrig. Zwar habe der erkennende Senat die VerfassungsmÃ¤Ãigkeit des Â§ 128 AFG bejaht, jedoch habe dabei weder der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 10. November 1998 (SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 9) noch die verÃ¤nderte Funktion der Erstattungsregelung berÃ¼cksichtigt werden kÃ¶nnen, wie sie sich aus der GesetzesbegrÃ¼ndung zu Â§ 147a Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) ergebe. Das BVerfG habe in der Entscheidung vom 23. Januar 1990 die Erstattungspflicht nur deshalb als verfassungsgemÃ¤Ã angesehen, weil die Lenkungsfunktion als Allgemeinwohlinteresse den Eingriff in die BerufsausÃ¼bungsfreiheit trage.

DemgegenÃ¼ber trete der Finanzierungseffekt nur als Folge einer Verfehlung des eigentlichen Lenkungszwecks in Erscheinung. Die WiedereinfÃ¼hrung der Erstattungsregelung im Jahre 1999 sei nur damit begrÃ¼ndet worden, daÃ eine Mehrbelastung der BA vermieden werden solle (BT-Drucks 14/394 S 7). Der Gesetzgeber habe damit selbst dokumentiert, daÃ er der Erstattungsregelung keine Lenkungsfunktion mehr zumesse. Die Finanzierungsfunktion vermÃ¶ge den Eingriff in die BerufsausÃ¼bungsfreiheit nicht zu tragen. Sie begrÃ¼nde im Ã¼brigen einen VerstoÃ gegen Art 14 Abs 1 GG und Art 3 GG, weil Â§ 128 AFG mit dieser Funktion eine verfassungswidrige Sonderabgabe darstelle. Weiterhin sei Â§ 128 AFG auch unverhÃltnismÃ¤Ãig. Die Aussage des BVerfG in dem Beschluss vom 10. November 1998, daÃ andere Vermittlungshindernisse, die sich aus der Lage des Arbeitsmarktes und der Person des Arbeitnehmers ergeben kÃ¶nnten, nicht im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers lÃ¤gen, finde sich in der Entscheidung vom 23. Januar 1990 noch nicht.

Die KlÃ¤gerin beantragt sinngemÃ¤Ã,

das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 2. MÃ¤rz 2000 â L 10 AL 193/97 -, soweit das Landessozialgericht die Klage abgewiesen hat, und den Bescheid der Beklagten vom 11. August 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurÃ¼ckzuweisen.

Sie ist der Auffassung, das LSG sei zu Recht davon ausgegangen, daÃ der ausgeschiedene Arbeitnehmer S die Voraussetzungen fÃ¼r eine der in Â§ 118 Abs 1 Satz 2 Nrn 2 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen oder Rente wegen BerufsunfÃ¤higkeit nicht erfÃ¼llt habe. Die Befreiung von der Erstattungspflicht nach Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG scheide grundsÃ¤tzlich aus, weil diese Vorschrift auf eine Anstalt des Ã¶ffentlichen Rechts nicht anwendbar sei. Die KlÃ¤gerin sei nicht konkursfÃ¤hig. Beide Alternativen des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG setzten eine Gefahr fÃ¼r den Bestand des Unternehmens voraus, der bei fehlender KonkursfÃ¤higkeit nicht eintreten kÃ¶nne. Jedoch auch dann, wenn Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG isoliert auf nicht insolvenzfÃ¤hige Ã¶ffentlich-rechtliche Arbeitgeber zu prÃ¼fen wÃ¤re, habe die KlÃ¤gerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dargelegt, daÃ die Erstattung fÃ¼r sie eine unzumutbare Belastung bedeute. Auch im Rahmen dieses Befreiungstatbestandes liege die WÃ¼rdigung der Darlegungen und Nachweise der KlÃ¤gerin zu den Voraussetzungen dieser Norm im tatsÃ¤chlichen Bereich, die den Tatsachengerichten vorbehalten sei. Der rechtliche Ausgangspunkt des LSG bedÃ¼rfe jedoch in zweifacher Hinsicht einer ErgÃ¤nzung. Es sei zu verlangen, daÃ der Arbeitgeber substantiiert vortrage und nachweise, welche ArbeitsplÃ¤tze durch die auferlegte Erstattungspflicht konkret gefÃ¤hrdet seien. Nicht ausreichend sei es, wenn hierfÃ¼r lediglich rechnerisch eine Zahl von Arbeitnehmern anhand des Gesamterstattungsbetrages und des jÃ¤hrlichen Personalaufwandes je Mitarbeiter errechnet werde. Eine unzumutbare Belastung kÃ¶nne im Ã¼brigen nur angenommen werden, wenn durch die Erstattungspflicht ein Personalabbau drohe, der im VerhÃ¤ltnis zur Gesamtzahl der BeschÃ¤ftigten

und im Hinblick auf die bisher erledigten Aufgaben ins Gewicht falle.

Die Beteiligten haben sich mit einem Urteil ohne mÃ¼ndliche Verhandlung einverstanden erklÃ¤rt.

II

Die Revision der KlÃ¤gerin ist im Sinne der Aufhebung und ZurÃ¼ckverweisung begrÃ¼ndet (Â§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). FÃ¼r eine abschlieÃende Entscheidung reichen die tatsÃ¤chlichen Feststellungen des LSG nicht aus.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 11. August 1998. Diesen Bescheid hat das LSG aufgehoben, soweit die Erstattungsforderung den Betrag in HÃ¶he von 48.146 DM Ã¼bersteigt. Rechtsgrundlage fÃ¼r den noch streitigen Anspruch der Beklagten ist Â§ 128 AFG (eingefÃ¼gt durch das Gesetz zur Ãnderung von FÃ¶rderungsvoraussetzungen und anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, BGBl I 2044, hier anwendbar in der durch das BeschÃ¤ftigungsfÃ¶rderungsgesetz 1994 vom 26. Juli 1994, BGBl I 1786, geÃ¤nderten Fassung). Diese Vorschrift ist zwar durch Art 11 des ArbeitsfÃ¶rderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. MÃ¤rz 1997 (BGBl I 594) aufgehoben worden. Auf Erstattungszeiten bis zum 31. MÃ¤rz 1997, um die es hier ausschlieÃlich geht, wirken sich die Aufhebung der Vorschrift und die mit der Aufhebung verbundenen Ãbergangsvorschriften (Â§ 242x Abs 6 AFG, Â§ 431 SGB III) aber nicht aus; denn die Aufhebungsvorschrift ist erst am 1. April 1997 in Kraft getreten (Art 83 Abs 3 AFRG).

1. Es kann aufgrund der Feststellungen des LSG nicht beurteilt werden, ob Â§ 128 AFG nach der gleichzeitig eingefÃ¼gten Ãbergangsregelung des Â§ 249d Nr 10a AFG im Falle des S Ã¼berhaupt anzuwenden ist. Die Ãbergangsregelung gehÃ¶rt nicht zu den Ausnahmen von der Erstattungspflicht, deren Voraussetzungen der Arbeitgeber darlegen und nachweisen muÃ, sondern die Frage der Anwendbarkeit der Erstattungsregelung ist von Amts wegen zu prÃ¼fen (Gagel, AFG, Â§ 128 Rz 92). Nach Â§ 249d Nr 10a AFG findet Â§ 128 AFG keine Anwendung, wenn Arbeitnehmer nach einer mindestens zweijÃ¤hrigen BeschÃ¤ftigung in einem Betrieb, der in einem in Art 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet gelegen ist, bis zum 31. Dezember 1995 aus dieser BeschÃ¤ftigung ausgeschieden sind.

Die Regelung sollte nach der GesetzesbegrÃ¼ndung im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation in den neuen BundeslÃ¤ndern, die weiterhin im VerhÃ¤ltnis zur Schaffung neuer ArbeitsplÃ¤tze einen stÃ¤rkeren Personalabbau bedinge, wÃ¤hrend einer dreijÃ¤hrigen Ãbergangszeit in den neuen BundeslÃ¤ndern einschlieÃlich Berlin (Ost) Arbeitgeber von der Erstattungspflicht freistellen (vgl fÃ¼r Freisetzungen nach dem 31. Dezember 1995 Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 idF des Gesetzes vom 15. Dezember 1995, BGBl I 1824, und BT-Drucks 13/2590 S 34). Dies sollte einerseits der Entlastung der Arbeitgeber von den sozialen Folgekosten der Beendigung eines ArbeitsverhÃ¤ltnisses mit einem Ã¤lteren, lÃ¤nger beschÃ¤ftigten Arbeitnehmer mit RÃ¼cksicht auf die wirtschaftliche Lage vieler Arbeitgeber im Beitrittsgebiet dienen und andererseits im Hinblick darauf, daÃ

vielfach Ausnahmen von der Erstattungspflicht anzuerkennen seien, der Verwaltungsvereinfachung (BT-Drucks 12/3211 S 31). Dieser Zweck der Regelung legt es nahe, bei der Auslegung des Â§ 249d Nr 10a AFG auf den Betriebsbegriff des AFG im tatsÃ¤chlichen Sinne zurÃ¼ckzugreifen, wie er auch in anderen Vorschriften (zB Â§Â§ 63 Abs 1, 72 Abs 1, 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 6 und 7 AFG) und im Arbeitsrecht (vgl KÃ¼ttner/Kreitner, Personalbuch 2001, Stichwort "Betrieb") herangezogen wird. Danach ist unter einem Betrieb eine organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb der ein Unternehmer mit Hilfe sÃ¤chlicher Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt (BSG, Urteil vom 14. Dezember 2000 â B 11 AL 19/00 R â mwN). Der auf die tatsÃ¤chlichen Gegebenheiten abstellende Betriebsbegriff gewÃ¤hrleistet, daÃ auch Arbeitgeber, die Betriebe in den neuen BundeslÃ¤ndern Ã¼bernommen hatten und als organisatorisch selbstÃ¤ndige Betriebe weiterfÃ¼hrten, unter die Ãbergangsregelung fallen.

An welchem Ort ein "Betrieb gelegen" ist, kann nur unter BerÃ¼cksichtigung der Eigenart des Betriebszwecks beantwortet werden. Bei einem Verkehrsunternehmen, wie der KlÃ¤gerin, kann â was keiner nÃ¤heren ErÃ¶rterung bedarf â jedenfalls nicht darauf abgestellt werden, in welchen Gebieten die Verkehrsmittel eingesetzt werden. Vielmehr dÃ¼rfte entscheidend sein, wo Betriebsverwaltung und BetriebsstÃ¤tten (zB der Betriebsbahnhof) angesiedelt sind. Ob S aus einem im Beitrittsgebiet gelegenen Betrieb ausgeschieden ist und deshalb Â§ 128 AFG nicht anzuwenden ist, kann ohne entsprechende Feststellungen des LSG nicht beurteilt werden. Aufgrund des betriebsgeschichtlichen Werdegangs der KlÃ¤gerin kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, daÃ diese im Jahre 1995 Betriebe im frÃ¼heren Ostsektor Berlins unterhielt.

2. Es kann aufgrund fehlender Feststellungen des LSG ebenfalls nicht entschieden werden, ob die KlÃ¤gerin sich auf eine Ausnahme von der Erstattungspflicht nach Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG berufen kann. Nach dieser Vorschrift entfÃ¤llt die Erstattungspflicht, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daÃ die Erstattung fÃ¼r ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten wÃ¼rde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens oder die nach DurchfÃ¼hrung des Personalabbaus verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrdet wÃ¤ren, wobei zum Nachweis die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich ist.

2.1 Zuzustimmen ist dem LSG, soweit es angenommen hat, die KlÃ¤gerin sei nicht allein im Hinblick darauf, daÃ sie zu den subventionierten Unternehmen gehÃ¶rt, von der Erstattungspflicht zu befreien.

Allerdings weist die Revision zutreffend darauf hin, daÃ bereits die erste Fassung des Â§ 128 AFG durch das ArbeitsfÃ¶rderungskonsolidierungsgesetz vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) in Abs 4 Satz 1 AFG eine Regelung enthalten hatte, die ein Entfallen der Erstattungspflicht vorsah, wenn der Arbeitgeber nachwies, daÃ die Erstattung fÃ¼r ihn eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung bedeuten wÃ¼rde. Eine solche Belastung lag nach Satz 2 der Vorschrift ua vor, wenn die Erstattung die Existenz des Betriebs hÃ¤tte gefÃ¤hrden kÃ¶nnen oder wenn zur FortfÃ¼hrung des Betriebs Ã¶ffentliche Kredite oder BÃ¼rgschaften geleistet oder

wegen grundlegender BetriebsÃ¤nderungen Ã¶ffentliche Anpassungshilfen gewÃ¤hrt wurden. Die Gleichstellung von ExistenzgefÃ¤hrdung und der Inanspruchnahme von Ã¶ffentlichen Krediten, BÃ¼rgschaften und Anpassungshilfen im Rahmen der HÃ¤rteklausel wurde durch Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 5 und 6 AFG idF des Gesetzes zur Anpassung des Rechts der ArbeitsfÃ¶rderung und der gesetzlichen Rentenversicherung an die EinfÃ¼hrung von Vorruhestandsleistungen vom 13. April 1984 (BGBl I 610) sinngemÃ¤Ã fortgefÃ¼hrt, denn nach dieser Vorschrift trat die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber nachwies, daÃ er zur Wiederherstellung der ErtragsfÃ¤higkeit des Betriebes, in dem der Arbeitslose zuletzt beschÃ¤ftigt war, Ã¶ffentliche ZuschÃ¼sse, Kredite oder BÃ¼rgschaften (Nr 5) oder wegen grundlegender BetriebsÃ¤nderungen Ã¶ffentliche Anpassungshilfen (Nr 6) erhielt.

Eine sinngemÃ¤Ãe Fortgeltung dieser Ausnahmen von der Erstattungspflicht fÃ¼r subventionierte Unternehmen ist unter der Geltung des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG idF des Gesetzes vom 18. Dezember 1992 (BGBl I 2044) gleichwohl zu verneinen. Obwohl das BVerfG in seinem Urteil vom 23. Januar 1990 (BVerfGE 81, 156, 203 ff = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1) unter dem Aspekt des ÃbermaÃverbotes eine weite Auslegung der in Â§ 128 AFG aF enthaltenen Ausnahmeregelungen fÃ¼r HÃ¤rtefÃ¤lle gefordert und zudem ausdrÃ¼cklich die Rechtsprechung des BSG (SozR 4100 Â§ 128 Nr 3) hervorgehoben hatte, wonach die HÃ¤rteregelung grundsÃ¤tzlich auch die BerÃ¼cksichtigung anderer UmstÃ¤nde als solcher finanzieller Art (zB Besonderheiten des Gewerbezweiges oder des einzelnen Unternehmens, Wiedereinstellungszusage) zulieÃ, hat der Gesetzgeber die frÃ¼heren Ausnahmeregelungen nur teilweise fortgefÃ¼hrt. Bereits der Wortlaut der beiden in Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG geregelten FÃ¤lle einer unzumutbaren Belastung enthÃ¤lt keine Hinweise darauf, daÃ eine Erstattung allein wegen der Inanspruchnahme von Ã¶ffentlichen ZuschÃ¼ssen, Krediten oder BÃ¼rgschaften entfallen soll.

Gegen eine sinngemÃ¤Ãe Fortgeltung der frÃ¼heren Ausnahmeregelung spricht auch die Entstehungsgeschichte der jetzigen HÃ¤rteklausel. Der Bundesrat hatte im Verlaufe des zur WiedereinfÃ¼hrung des Â§ 128 AFG fÃ¼hrenden Gesetzgebungsvorhabens vorgeschlagen, daÃ zusÃ¤tzliche BefreiungstatbestÃ¤nde auch fÃ¼r den Fall der GewÃ¤hrung von Ã¶ffentlichen Anpassungshilfen sowie von strukturellem Kurzarbeitergeld vorzusehen seien. Diese ErgÃ¤nzung des Â§ 128 AFG hatte der Bundesrat ausdrÃ¼cklich damit begrÃ¼ndet (vgl BT-Drucks 12/3327 S 11), daÃ bereits im alten Â§ 128 AFG ein Befreiungstatbestand "GewÃ¤hrung Ã¶ffentlicher Anpassungshilfen" enthalten und diese Regelung von der weiterhin zutreffenden Ãberlegung getragen gewesen sei, daÃ es widersprÃ¼chlich wÃ¤re, einem Unternehmen einerseits Ã¶ffentliche Beihilfe zu gewÃ¤hren und es andererseits mit einer Erstattungspflicht zu belasten. In ihrer GegenÃ¤uÃerung lehnte die Bundesregierung den Vorschlag gleichwohl ua mit der BegrÃ¼ndung ab, eine Befreiung von der Erstattung solle nur in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines unvermeidlichen Personalabbaus die arbeitsrechtlichen Kriterien der sozialen Auswahl beachte. Damit werde einer einzelfallorientierten Betrachtungsweise â wie sie vom BVerfG gefordert werde â Rechnung getragen. Der Entwurf verhindere im Ã¼brigen nicht einen

notwendigen Personalabbau in Unternehmen, denen Ã¶ffentliche Anpassungshilfen gewÃ¤hrt wÃ¼rden, soweit sie die Kriterien der sozialen Auswahl berÃ¼cksichtigten (BT-Drucks 12/3363 S 4 f). Eine zeitlich begrenzte Ausnahme von der Erstattungspflicht wurde lediglich fÃ¼r Betriebe geschaffen, denen Ã¶ffentliche Anpassungshilfen auf der Grundlage des Art 56 Â§ 2 des Vertrages Ã¼ber die GrÃ¼ndung der EuropÃ¤ischen Gemeinschaft fÃ¼r Kohle und Stahl gewÃ¤hrt wurden (Â§ 242m Abs 10 Nr 2 AFG).

Die Vorstellung des Gesetzgebers, die Ausnahmen von der Erstattungspflicht unter der Geltung des Â§ 128 AFG nF in stÃ¤rkerem MaÃe einzelfallorientiert unter dem Blickwinkel einer GefÃ¤hrdung weiterer ArbeitsplÃ¤tze zu beantworten, findet in Inhalt und der neuen Systematik der BefreiungstatbestÃ¤nde seine BestÃ¤tigung. Bereits im Regierungsentwurf (BT-Drucks 12/3211 S 26) wurde insoweit darauf hingewiesen, daÃ nach der neuen Fassung des Â§ 128 AFG erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten Ã¼ber die ursprÃ¼nglichen Fassungen des Â§ 128 AFG hinaus zur Geltung gebracht werden kÃ¶nnten, wenn der Arbeitgeber darlege und nachweise, er habe das ArbeitsverhÃ¤ltnis durch eine sozial gerechtfertigte (betriebsbedingte) KÃ¼ndigung beendet (Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG) oder es werde ein wichtiger Grund zur auÃerordentlichen KÃ¼ndigung begrÃ¼ndet (Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG). FÃ¼r die verbleibenden FÃ¤lle wurde die HÃ¤rteklausel derart gefaÃt, daÃ sie in Abs 2 Nr 2 (2. Fall) ohne das Erfordernis einer ExistenzgefÃ¤hrdung auf konkrete arbeitsfÃ¶rderungsrechtliche Belange (GefÃ¤hrdung verbleibender ArbeitsplÃ¤tze) RÃ¼cksicht nimmt (BT-Drucks 12/3211 S 26). Angesichts dieser neuen Konzeption der BefreiungstatbestÃ¤nde ist ein zwingendes Erfordernis einer sinngemÃ¤Ãen Fortgeltung der bisherigen Ausnahmen â auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten â nicht gegeben (Gagel, AFG, Â§ 128 Rz 268; Wissing NZA 1993, 396).

2.2 Ohne Rechtsfehler ist das LSG ferner davon ausgegangen, die KlÃ¤gerin habe nicht dargelegt und nachgewiesen, daÃ die Erstattung fÃ¼r sie eine unzumutbare HÃ¤rte bedeuten wÃ¼rde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens gefÃ¤hrdet wÃ¤re (Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (1. Fall) AFG). FÃ¼r die nicht nÃ¤her begrÃ¼ndete Auffassung der Revision, bereits der mÃ¶gliche Entzug von einzelnen "Linienkonzessionen" bei Verlust der Eigenwirtschaftlichkeit mÃ¼sse als GefÃ¤hrdung des Fortbestandes des Unternehmens angesehen werden, bietet schon der Wortlaut des Gesetzes keine Anhaltspunkte. Vielmehr wird dieser Tatbestand auch in der Literatur so verstanden, daÃ die Gefahr des "Untergangs" (Gagel, AFG, Â§ 128 Rz 259) bzw des Fortbestandes des Unternehmens "insgesamt" (Wissing in: Knigge/Ketelsen, AFG, Â§ 128 Rz 60) bestehen mÃ¼sse. DaÃ die Erstattungsforderung den weiteren Bestand der KlÃ¤gerin insgesamt gefÃ¤hrden kÃ¶nnte, wird auch von der Revision nicht behauptet, so daÃ es auf die von ihr in diesem Zusammenhang erhobene VerfahrensrÃ¼ge nicht ankommt.

2.3 Es kann jedoch aufgrund fehlender Feststellungen des LSG nicht entschieden werden, ob die Erstattungspflicht der KlÃ¤gerin nach Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG entfÃ¤llt.

2.3.1 Der Anwendung dieser Vorschrift steht nicht entgegen, daÃ die KlÃ¤gerin

nach Â§ 1 Abs 1 Nr 3 BerlBG vom Land Berlin zur Wahrnehmung Ã¶ffentlicher Aufgaben als eine rechtsfÃ¤hige Anstalt des Ã¶ffentlichen Rechts errichtet worden ist, Ã¼ber deren VermÃ¶gen ein Konkursverfahren nicht stattfinden kann (Berliner Gesetz Ã¼ber die KonkursunfÃ¤higkeit juristischer Personen des Ã¶ffentlichen Rechts vom 27. MÃ¤rz 1990, GVBl 682). Die Auffassung der Beklagten, die KlÃ¤gerin erfÃ¼lle zwar einerseits als Arbeitgeberin iS des Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG die Voraussetzungen fÃ¼r das Entstehen der Erstattungspflicht, kÃ¶nne sich jedoch andererseits von vornherein nicht als Arbeitgeberin iS des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG auf das Entfallen der Erstattungspflicht berufen, hÃ¤lt einer rechtlichen PrÃ¼fung nicht stand. Die hierfÃ¼r von der Beklagten abgegebene BegrÃ¼ndung, die AusfÃ¼hrungen in der GesetzesbegrÃ¼ndung (BT-Drucks 12/3211 S 26) setzten die Vorstellung des Gesetzgebers voraus, daÃ die Befreiung von der Erstattungspflicht nur bei Arbeitgebern eingreife, die von beiden Alternativen der HÃ¤rteregelung betroffen sein kÃ¶nnten, lÃ¤Ãt sich nicht nachvollziehen. Zudem hat die (angebliche) Vorstellung des Gesetzgebers weder einen Niederschlag im Wortlaut des Befreiungstatbestandes gefunden, noch wird eine einschrÃ¤nkende Auslegung vom Zweck der Norm, den Abbau weiterer ArbeitsplÃ¤tze zu verhindern, gefordert. Denn es wird bereits durch den von der KlÃ¤gerin in der Vergangenheit durchgefÃ¼hrten Personalabbau belegt, daÃ eine GefÃ¤hrdung von (weiteren) ArbeitsplÃ¤tzen nicht dadurch ausgeschlossen wird, daÃ es sich bei der KlÃ¤gerin um eine juristische Person des Ã¶ffentlichen Rechts handelt bzw ein Konkursverfahren ausgeschlossen ist. Die KonkursunfÃ¤higkeit steht deshalb einer Anwendung der HÃ¤rteklausel des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG nicht entgegen (ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Urteile vom 12. November 1998 â L 9 AL 3/97 â und vom 16. Dezember 1998 â L 12 AL 4/97 -). Da der Befreiungstatbestand â wie noch nÃ¤her ausgefÃ¼hrt wird â keine ExistenzgefÃ¤hrdung voraussetzt, bedarf auch keiner ErÃ¶rterung, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang das Land Berlin nach Â§ 4 BerlBG als GewÃ¤hrtrÃ¤ger (subsidiÃ¤r) fÃ¼r Verbindlichkeiten der KlÃ¤gerin einzustehen hat.

2.3.2 Der Senat folgt dem LSG hingegen nicht, soweit es seine ablehnende Entscheidung im Ergebnis darauf gestÃ¼tzt hat, daÃ es an der Darlegung und dem Nachweis der UrsÃ¤chlichkeit der Erstattungspflicht fÃ¼r die GefÃ¤hrdung von ArbeitsplÃ¤tzen durch die KlÃ¤gerin fehle. Das LSG hat in diesem Zusammenhang ausgefÃ¼hrt, es sei schon zweifelhaft, ob das Land Berlin, das in allen fÃ¼r die KlÃ¤gerin wichtigen Fragen das "letzte Wort" habe, einem beschleunigten Personalabbau zugestimmt hÃ¤tte. Jedenfalls wÃ¼rde sich ein solcher Personalabbau nicht wesentlich als Folge der Erstattungspflicht der KlÃ¤gerin, sondern als Folge einer politischen Entscheidung des Landes Berlin darstellen.

Hierbei braucht der Senat nicht dazu Stellung beziehen, ob die dem Urteil des LSG offenbar zugrundeliegende Vorstellung, "politische Entscheidungen" wÃ¼rden grundsÃ¤tzlich losgelÃ¶st von wirtschaftlichen ZwÃ¤ngen getroffen, zutrifft. Denn mit seinen ErwÃ¤gungen hat das LSG jedenfalls die MaÃstÃ¤be verkannt, die an die Beurteilung des ursÃ¤chlichen Zusammenhangs zwischen der Belastung des Unternehmens durch die Erstattungsforderung und der GefÃ¤hrdung der nach DurchfÃ¼hrung des Personalabbaus verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze anzulegen sind. Ausreichend fÃ¼r die Bejahung des ursÃ¤chlichen Zusammenhangs ist nÃ¤mlich,

daÃ die durch die Erstattungsforderung herbeigefÃ¼hrte wirtschaftliche Gesamtsituation des Unternehmens generell geeignet ist, auch den verbliebenen Bestand an ArbeitsplÃ¤tzen zu gefÃ¤hrden. Hingegen ergibt die im Rahmen der HÃ¤rteregelung erforderliche Bewertung des ursÃ¤chlichen Zusammenhangs, daÃ sonstige GrÃ¼nde, die auÃerhalb der wirtschaftlichen Situation des von der Erstattungsforderung betroffenen Unternehmens liegen, bei der Beurteilung auÃer Betracht zu bleiben haben.

FÃ¼r die im Wortlaut der Vorschrift angelegte BeschrÃ¤nkung der Beurteilung auf die durch die Erstattungsforderung herbeigefÃ¼hrte wirtschaftliche Situation und ihre Auswirkungen spricht zunÃ¤chst das von der Rechtsprechung des BSG bereits in anderem Zusammenhang betonte Erfordernis der PraktikabilitÃ¤t der Erstattungsregelung. So ist zur Auslegung der Befreiungsregelung der EigenkÃ¼ndigung (Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 3 AFG) und der sozial gerechtfertigten ArbeitgeberkÃ¼ndigung (Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG) entschieden worden, daÃ an die leicht feststellbare Ã¤uÃere Form der Beendigung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses auch deshalb anzuknÃ¼pfen ist, damit die Erstattungsregelung nicht praktisch entwertet wird (BSGE 84, 35, 78 f = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 6). Bei der Auslegung der HÃ¤rteregelung des Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG ist insoweit zu berÃ¼cksichtigen, daÃ bereits die Ermittlung und Bewertung der wirtschaftlichen Situation im Rahmen der von den ArbeitsÃ¤mtern anzustellenden Prognose ganz erhebliche tatsÃ¤chliche Schwierigkeiten aufwirft. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, daÃ der Arbeitgeber nach Satz 2 der Vorschrift eine Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorzulegen und den HÃ¤rtefall nachzuweisen hat. WÃ¼rde in die vom Arbeitsamt anzustellenden Ãberlegungen zusÃ¤tzlich einzustellen sein, ob noch andere Ursachen (zB politische Willensbildung, strategische Unternehmensentscheidungen im Konzern) EinfluÃ auf die Entscheidung Ã¼ber die WeiterbeschÃ¤ftigung nehmen wÃ¼rden, wÃ¤re die praktische Anwendbarkeit der Erstattungsregelung unangemessen erschwert. Denn es mÃ¼Ãte ggfs auch zu diesen hypothetischen Ursachen Beweise vorgelegt werden, um zu klÃ¤ren, ob die erwarteten Entscheidungen Ã¼ber den weiteren Personalabbau von den in Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG genannten wirtschaftlichen GrÃ¼nden getragen werden oder ob andere Ãberlegungen im Vordergrund stehen.

Die Begrenzung der im Rahmen der Prognoseentscheidung zu bewertenden Ursachen auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Unternehmens wird durch die in Â§ 128 Abs 2 Nr 2 Satz 2 AFG getroffene Regelung Ã¼ber den Nachweis der unzumutbaren Belastung bestÃ¤tigt. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber zur Darlegung und Nachweis der Voraussetzungen der HÃ¤rteregelungen ("insoweit") die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorzulegen. Die Stellungnahme soll die dem Arbeitgeber obliegende prozessuale Last zur "Darlegung und Nachweis" der gesetzlichen BefreiungsgrÃ¼nde stÃ¼tzen. Nach der BegrÃ¼ndung des Gesetzentwurfs hat sich die Stellungnahme zu der "schwierigen wirtschaftlichen Lage" zu Ã¤uÃern und muÃ durch einen Ã¶ffentlich bestellten und vereidigten SachverstÃ¤ndigen, zB einen WirtschaftsprÃ¼fer oder die Industrie- und Handelskammer, abgegeben werden (BT-Drucks 12/3211 S 26). Da die Stellungnahme nur schwerlich UmstÃ¤nde einbeziehen kann, die auÃerhalb der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens angesiedelt sind, bestÃ¤tigt dies, daÃ

allein darauf abzustellen ist, ob die wirtschaftliche Gesamtsituation des Unternehmens unter Einbeziehung von Erstattungszahlungen geeignet ist, den verbliebenen Bestand an ArbeitsplÃ¤tzen zu gefÃ¤hrden.

GrÃ¼nde, die auÃerhalb der wirtschaftlichen Situation des von der Erstattungsforderung betroffenen Arbeitgebers liegen, bleiben danach bei der dem Arbeitsamt obliegenden PrÃ¼fung, ob die Erstattung fÃ¼r den Arbeitgeber eine unzumutbare HÃ¤rte bedeuten wÃ¼rde, auÃer Betracht. Es kommt deshalb entgegen der Auffassung des LSG auch nicht darauf an, ob das Land Berlin die KlÃ¤gerin aufgrund der landesrechtlichen Regelung Ã¼ber die GewÃ¤hrtrÃ¤gerschaft (Â§ 4 BerlBG) oder aufgrund politischer ErwÃ¤gungen "letztlich mit der Erstattungsforderung allein gelassen hÃ¤tte". Denn es liegt auf der Hand, daÃ die Frage, ob eine Erstattungsforderung zu Recht besteht, nicht davon abhÃ¤ngen kann, ob das Land sie ausgleichen oder fÃ¼r sie haften wÃ¼rde, wenn sie besteht.

Dies schlieÃt es im Ã¼brigen nicht aus, den Ursachenzusammenhang zwischen Erstattungsforderung und der GefÃ¤hrdung der verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze zu verneinen, wenn nicht die Erstattungsforderung, sondern andere Ursachen wirtschaftlicher Art hierfÃ¼r als wesentlich angesehen werden mÃ¼ssen. Solche Tatsachen hat das LSG aber nicht festgestellt.

2.3.3 Der Senat folgt dem LSG auch insoweit nicht, als es sein Ergebnis zu Â§ 128 Abs 2 AFG zusÃ¤tzlich damit gerechtfertigt hat, daÃ die Erstattungspflicht der KlÃ¤gerin verfassungsrechtlich geboten sei, weil dies ansonsten zur Finanzierung von dem Land Ã¼bertragenen Aufgaben der Daseinsvorsorge durch den Bund fÃ¼hren wÃ¼rde. Entscheidungen der ArbeitsÃ¤mter, die eine Erstattungspflicht bei Entlassung bejahen oder verneinen, werfen nach der Rechtsprechung des BVerfG ebenso wie die gesetzliche Regelung des Erstattungsanspruchs nach Â§ 128 AFG selbst kompetenzrechtliche Probleme der Finanzverfassung nicht auf, weil sich der Bund auf seine Gesetzgebungskompetenz aus Art 74 Abs 1 Nr 12 GG, die auch die Finanzierung der Sozialversicherung umfaÃt, stÃ¼tzen konnte (BVerfGE 81, 156, 186 f = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1; vgl auch BVerfGE 99, 202, 212 = SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 9). Da die HÃ¶he des Erstattungsanspruchs mit der HÃ¶he der dem Arbeitslosen zustehenden Leistungen zuzÃ¼glich der darauf entfallenden SozialversicherungsbeitrÃ¤ge korrespondiert, geht es lediglich um die Frage, ob und in welchem Umfang das Risiko der Arbeitslosigkeit dem Arbeitgeber Ã¼berantwortet werden soll. Eine derartige Fragestellung ist allein unter BerÃ¼cksichtigung der in Â§ 128 AFG geregelten (arbeitsfÃ¶rderungsrechtlichen) MaÃstÃ¤be zu beantworten.

2.3.4 Das LSG hat â von seinem Rechtsstandpunkt aus zutreffend â ausdrÃ¼cklich offengelassen, ob die KlÃ¤gerin durch die Vorlage der WIBERA-Gutachten und ihren weiteren Vortrag die erforderlichen Darlegungen und Nachweise fÃ¼r eine GefÃ¤hrdung von nach DurchfÃ¼hrung des Personalabbaus verbleibenden ArbeitsplÃ¤tze erbracht hat. Der erforderliche Nachweis wird, worauf der Senat in seinem Urteil vom 21. September 2000 â B 11 AL 7/00 R â bereits hingewiesen hat, hÃ¤ufig erbracht sein, wenn ein negatives Betriebsergebnis

vorliegt und die Notwendigkeit besteht, Erstattungsforderungen aus der Substanz des Unternehmens zu begleichen. Die WÃ¼rdigung der vorliegenden Darlegungen und Nachweise liegt jedoch im tatsÃ¤chlichen Bereich und ist den Tatsachengerichten vorbehalten (BSG, Urteil vom 21. September 2000 â□□ B 11 AL 7/00 R -). Sie kann vom Revisionsgericht nicht nachgeholt werden.

3. Die Revision muÃ□ hiernach zur ZurÃ¼ckverweisung der Sache an das LSG fÃ¼hren; eine abschlieÃ□ende Entscheidung aus anderen GrÃ¼nden war dem Senat nicht mÃ¶glich.

3.1 Die Regelung des Â§ 128 AFG ist nicht als solche verfassungswidrig. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu dieser Frage vorliegende Rechtsprechung Bezug genommen (vgl eingehend BSGE 81, 259, 266 ff = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 5; Urteile vom 19. MÃ¤rz 1998 â□□ B 7 AL 20/97 R â□□ und vom 7. Mai 1998 â□□ B 11 AL 81/97 -).

Das Vorbringen der Revision gibt zu keiner anderen Beurteilung Veranlassung. Soweit sie sich auf die BegrÃ¼ndung des Gesetzentwurfes eines Gesetzes zur Ã□nderung der BerÃ¼cksichtigung von EntlassungsentschÃ¤digungen im ArbeitsfÃ¶rderungsrecht â□□ EEÃ□ndG â□□ (BT-Drucks 14/394 S 6 f) bezieht und dem Satz, es solle durch die WiedereinfÃ¼hrung der Erstattungsregelung eine Mehrbelastung der BA vermieden werden, entnimmt, der Gesetzgeber habe erkannt, daÃ□ die Lenkungsfunktion des Â§ 128 AFG verfehlt werde und die Norm nunmehr ausschlieÃ□lich Finanzierungsfunktion habe, kann dem nicht gefolgt werden. Denn bei einer derartigen Argumentation wird schon Ã¼bersehen, daÃ□ das BVerfG die Wirkungsweise der "Lenkungsfunktion" (verhaltenssteuernde Funktion) der Erstattungsregelung in der Weise umschrieben hat, die Arbeitgeber mÃ¶glichst zu veranlassen, ihre Ã¤lteren Arbeitnehmer grundsÃ¤tzlich bis zur maÃ□gebenden Altersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung zu beschÃ¤ftigen und sie nicht in die Arbeitslosigkeit mit anschlieÃ□ender FrÃ¼hverrentung zu entlassen (BVerfGE 81, 156, 189 f = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1). Da eine Entlastung des Haushalts der BA auch eintritt, wenn die verhaltenssteuernde Funktion greift und Ã¤ltere Arbeitnehmer keine Leistungen in Anspruch nehmen, Ã¼berzeugt schon deshalb die Folgerung, der Gesetzgeber messe der Vorschrift praktisch keine Lenkungsfunktion mehr zu, nicht. Zudem wird nicht beachtet, daÃ□ das BVerfG ausdrÃ¼cklich betont hatte, eine verfassungsrechtliche Beanstandung sei nur mÃ¶glich, wenn das eingesetzte Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks "objektiv ungeeignet" oder "schlechthin ungeeignet" sei. Schon die abstrakte MÃ¶glichkeit der Zweckerreichung begrÃ¼nde die Geeignetheit des gesetzgeberischen Mittels (BVerfGE 81, 156, 192 = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1 mwN). Es ist nicht ersichtlich, daÃ□ die objektive Eignung der Erstattungsregelung zur Erreichung des angestrebten Zwecks der WeiterbeschÃ¤ftigung Ã¤lterer Arbeitnehmer aufgrund Zeitablaufs entfallen wÃ¤re. SchlieÃ□lich ist darauf hinzuweisen, daÃ□ die von der Revision angefÃ¼hrte BegrÃ¼ndung des Gesetzentwurfs eines EEÃ□ndG aus dem Jahre 1999 stammt und deshalb nicht einmal in einen zeitlichen Zusammenhang zum hier streitigen Erstattungszeitraum gebracht werden kann.

Ebenfalls keine durchgreifenden Bedenken gegen die Vereinbarkeit des Â§ 128 AFG mit dem GG erwachsen aus dem Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG vom 10. November 1998 zu Â§ 128a AFG (BVerfGE 99, 202 = SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 9). Zwar hat das BVerfG in dieser Entscheidung ua daraus, daÃ andere Vermittlungshindernisse, die sich aus der Lage des Arbeitsmarktes und der Person des Arbeitnehmers ergeben kÃ¶nnten, nicht im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers lÃ¤gen, obwohl er auch in solchen FÃ¤llen zur vollen Erstattung herangezogen werde, gefolgert, die in Â§ 128a AFG getroffene Regelung sei nicht verhÃ¤ltnismÃ¤Ãig im engeren Sinne (BVerfGE 99, 202, 214 = SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 9). Diese AusfÃ¼hrungen sind aber in ihren Zusammenhang zu stellen, wonach die Regelung des Â§ 128a AFG nicht im erforderlichen MaÃe an eine besondere Verantwortung des Arbeitgebers fÃ¼r das Fortbestehen der Arbeitslosigkeit geknÃ¼pft sei, weil die Verantwortung des Arbeitgebers fÃ¼r die Aufwendungen der Arbeitslosenversicherung nach der Konzeption des Â§ 128a AFG allein im AbschluÃ der Wettbewerbsvereinbarung gesehen werde. Hierin liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der zur hier zu beurteilenden Erstattungspflicht nach Â§ 128 AFG. Denn nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift trÃ¤gt der Arbeitgeber eine besondere Verantwortung auch fÃ¼r den Fortbestand der Arbeitslosigkeit, weil an die Entlassung Ã¤lterer, langjÃ¤hrig beschÃ¤ftigter Arbeitnehmer angeknÃ¼pft wird, die auf dem Arbeitsmarkt eine besondere Problemgruppe darstellen und deren Arbeitslosigkeit meist die Vorstufe zum endgÃ¼ltigen Ausscheiden aus dem Arbeitsleben bildet (BVerfGE 81, 156 196 = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1). FÃ¼r ihre Behauptung, denjenigen Arbeitgeber, der Ã¤ltere Arbeitnehmer entlasse, treffe keine hÃ¶here Verantwortung an der mÃ¶glicherweise fortbestehenden Arbeitslosigkeit als Arbeitgeber, die jÃ¼ngere Arbeitnehmer entlieÃen, liefert die KlÃ¤gerin keinen Beleg.

3.2 Findet Â§ 128 AFG Anwendung, sind die Voraussetzungen fÃ¼r den Erstattungsanspruch nach Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG, was auch die KlÃ¤gerin nicht in Abrede stellt, erfÃ¼llt. Denn der am 28. Juni 1937 geborene S stand innerhalb der vierjÃ¤hrigen Rahmenfrist durchgehend in einem BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnis zur KlÃ¤gerin bzw zu deren RechtsvorgÃ¤ngerin. Die streitige Erstattungsforderung bezieht sich noch auf das S ab 8. MÃ¤rz 1996 gewÃ¤hrte Alg und damit ausschlieÃlich auf Zeiten nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen. Auch die HÃ¶chstdauer von 624 Tagen, fÃ¼r die eine Erstattung lÃ¤ngstens in Betracht kommt, ist nicht Ã¼berschritten.

Nach den Feststellungen des LSG erfÃ¼llte S nicht die Voraussetzungen fÃ¼r eine der in Â§ 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder fÃ¼r eine Rente wegen BerufsunfÃ¤higkeit, wie dies von Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG vorausgesetzt wird. Ob die KlÃ¤gerin die diesbezÃ¼glichen Feststellungen mit Erfolg beanstandet hat, bedarf hier keiner Entscheidung. Da die Sache ohnehin an das LSG zurÃ¼ckzuverweisen ist, hat die KlÃ¤gerin, der die VerhÃ¤ltnisse des S nicht unbekannt sein dÃ¼rften (vgl Â§ 65 Abs 2 Buchstabe i des Manteltarifvertrages fÃ¼r Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der LÃ¤nder) Gelegenheit, genaue Angaben Ã¼ber dessen Gesundheitszustand zu machen, und das LSG, seine bisherige Ãberzeugung zu Ã¼berprÃ¼fen.

Die Sache ist somit an das LSG, auch zur Entscheidung Ã¼ber die Kosten des Revisionsverfahrens, zurÃ¼ckzuverweisen.

4. FÃ¼r die erneute Verhandlung und Entscheidung besteht Veranlassung zu folgenden Hinweisen:

4.1 Entgegen der Auffassung der Beklagten (unter Berufung auf Gagel, AFG, Â§ 128 Rz 250) setzt Â§ 128 Abs 2 Nr 2 (2. Fall) AFG nicht voraus, daÃ die Gefahr des Verlustes nach Zahl und Art ArbeitsplÃ¤tze betreffen mÃ¼sse, deren Abbau die durch den vorangegangenen Personalabbau gerade erreichte StabilitÃ¤t des Unternehmens wieder in Frage stellen wÃ¼rde, so daÃ also immer auch eine GefÃ¤hrdung des Unternehmens im Spiel sein mÃ¼sse. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, weil bereits die Entstehungsgeschichte der HÃ¤rtefallregelung wegen ArbeitsplatzgefÃ¤hrdung belegt, daÃ ein Entfallen der Erstattungspflicht bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht erst dann eintreten sollte, wenn sie den Grad der ExistenzgefÃ¤hrdung erreichen (BT-Drucks 12/3211 S 26). Im Ã¼brigen spricht gegen die Forderung der Beklagten, der drohende Personalabbau mÃ¼sse "im VerhÃ¤ltnis zur Gesamtzahl der BeschÃ¤ftigten und im Hinblick auf die bisher erledigten Aufgaben ins Gewicht fallen", daÃ die FÃ¤lle der erheblichen Personalverminderung bereits in Â§ 128 Abs 1 Nrn 5 und 6 AFG ausdrÃ¼cklich geregelt sind. Es erscheint auch aus diesem Grunde wenig einsichtig, warum ohne ausdrÃ¼ckliche Bestimmung eine entsprechende Anforderung an den Umfang der Personalreduzierung im Rahmen der HÃ¤rtefallregelung zu stellen sein sollte. Eine "Bagatellgrenze" wird sich zwar bei der praktischen Umsetzung der Regelung daraus ergeben, daÃ sich bei einer entsprechend geringen Belastung durch die von der Beklagten geforderten ErstattungsbetrÃ¤ge der Nachweis der GefÃ¤hrdung weiterer ArbeitsplÃ¤tze nur schwer fÃ¼hren lassen wird, weil das Unternehmen der Kostenbelastung auf andere Weise ausweichen kann. Hiervon kann allerdings angesichts der von der KlÃ¤gerin angegebenen GrÃ¶Ãenordnungen von gefÃ¤hrdeten ArbeitsplÃ¤tzen keine Rede sein.

SchlieÃlich gehÃ¶rt es auch nicht zu den Voraussetzungen der HÃ¤rteregelung, daÃ der Arbeitgeber vortrÃ¤gt und nachweist, welche ArbeitsplÃ¤tze durch die auferlegte Erstattungspflicht konkret gefÃ¤hrdet werden. Die von der Beklagten insoweit geforderten Darlegungen und Nachweise gehen Ã¼ber die gesetzlichen Anforderungen der HÃ¤rteregelung hinaus. Denn mit den von der Beklagten geforderten Angaben wÃ¼rden dem Arbeitgeber Darlegungen und Nachweise zu hypothetischen Entscheidungen abverlangt, die durch die Anwendung der HÃ¤rteregelung gerade vermieden werden sollen. Zwar wird der Arbeitgeber nicht gehindert â wie die KlÃ¤gerin dies getan hat â anzugeben, in welchen Unternehmensbereichen eine Personalreduzierung voraussichtlich vorgenommen werden wÃ¼rde, um der Beklagten damit weitere Anhaltspunkte fÃ¼r die ihr obliegende WÃ¼rdigung der vorgelegten Nachweise zu liefern. Ein zwingendes Erfordernis, die voraussichtlich bedrohten ArbeitsplÃ¤tze konkret zu bezeichnen, ist der HÃ¤rteregelung hingegen nicht zu entnehmen.

4.2 Falls die KlÃ¤gerin erstattungspflichtig ist, sollte das LSG auch die HÃ¶he der Erstattungsforderung einer erneuten PrÃ¼fung unterziehen. Dies gilt insbesondere

fÃ¼r die Anwendung der Â§Â§ 117, 117a AFG auf das von der KlÃ¤gerin an S aufgrund der Â§Â§ 65 ff des Manteltarifvertrages gezahlte Ãbergangsgeld. Der Senat vermag den AusfÃ¼hrungen des LSG keine Anhaltspunkte dafÃ¼r zu entnehmen, daÃ es sich dabei nicht um Leistungen des Arbeitgebers gehandelt haben kÃ¶nnte, die S wegen der Beendigung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses iS des Â§ 117 Abs 2 Satz 1 AFG erhalten hat (vgl BSG SozR 4100 Â§ 118 Nr 13).

Erstellt am: 17.08.2003

Zuletzt verändert am: 20.12.2024