

---

-

## 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 3 AL 4227/97
Datum	24.11.1999

### 3. Instanz

Datum	08.02.2001
-------	------------

Die Revision der KlÄgerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-WÄ¼rttemberg vom 24. November 1999 â [L 3 AL 4227/97](#) â wird zurÄ¼ckgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

GrÄ¼nde:

I

Der Rechtsstreit betrifft im Revisionsverfahren die Erstattung von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit (einschlieÃ¼lich VersicherungsbeitrÄ¼gen) in HÄ¼he von insgesamt 57.058,88 DM, die der frÄ¼here Mitarbeiter der KlÄgerin P. N. (N.) in der Zeit vom 17. April 1995 bis 12. April 1997 von der beklagten Bundesanstalt fÄ¼r Arbeit (BA) bezogen hat.

Die KlÄgerin stellt schwere Dieselmotoren fÄ¼r Schifffahrt, Eisenbahn, Schwerfahrzeuge und Energieversorgung her. Sie ist seit 1995 ein Tochterunternehmen der D. AG. Mit der M. MÄ¼nchen bestand seit Januar 1992 ein ErgebnisabfÄ¼hrungsvertrag, die D. AG ist mit Wirkung vom 1. Januar 1995 dem Beherrschungs- und ErgebnisabfÄ¼hrungsvertrag beigetreten.

---

Bei der KlÄgerin war von 1969 bis zum 31. August 1994 der am 17. April 1937 geborene, verheiratete N. zuletzt als Dreher mit einem Entgelt von brutto 26.565,00 DM f¼r MÄrz bis August 1994 und einer regelmÄßigen tariflichen Wochenarbeitszeit von 36 Stunden beschÄftigt. Das BeschÄftigungsverhÄltnis endete durch Aufhebungsvertrag vom 6. September 1993 zum 31. August 1994 aus GrÄnden der Personalanpassung. N. erhielt eine Abfindung von 41.372,00 DM. Er meldete sich zum 1. September 1994 arbeitslos und bestÄtigte, das Merkblatt f¼r Arbeitslose erhalten und von seinem Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Die im Antragsvordruck enthaltenen Fragen, ob die letzte Arbeit zu schwer gewesen sei, sonstige EinschrÄnkungen der VermittlungsfÄhigkeit bestÄnden oder ob er Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld, Äbergangsgeld, Rente wegen Berufs- oder ErwerbsunFÄhigkeit beziehe oder beantragt habe, verneinte N.

Nach Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Alg) wegen einer Sperrzeit und der Abfindung bis zum 24. November 1994 bewilligte die BA Alg ab 25. November 1994, ab April 1995 unter den erleichterten Voraussetzungen des Â§ 105c ArbeitsFÄrderungsgesetz (AFG). Die BA bemaß das Alg nach einem wÄhentlichen Arbeitsentgelt von brutto 1.040,00 DM, Leistungsgruppe D und dem allgemeinen Leistungssatz ab 25. November 1994 mit wÄhentlich 294,00 DM, ab 2. Januar 1995 (neue Leistungsverordnung) 278,40 DM, ab 1. September 1995 (Dynamisierung) 281,40 DM, ab 1. Januar 1996 (neue Leistungsverordnung) 274,80 DM, ab 2. September 1996 (Dynamisierung) 281,40 DM und ab 1. Januar 1997 (neue Leistungsverordnung) 274,20 DM. Seit dem 1. Mai 1997 bezieht N. Altersrente.

Die BA hÄrte die KlÄgerin zum Grund des Erstattungsanspruchs an und erließ am 14. Juni 1995 einen Grundlagenbescheid, mit dem sie die KlÄgerin zur Erstattung der f¼r N. erbrachten Leistungen ab 17. April 1995 f¼r lÄngstens 624 Tage verpflichtete. Sie fÄhrte aus, UmstÄnde, die nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 1 bis 7](#) oder Abs 2 Nr 2 AFG der Erstattungspflicht entgegenstÄnden, seien nicht erkennbar. Mit dem Widerspruch machte die KlÄgerin die Verfassungswidrigkeit des [Â§ 128 AFG](#) geltend. Die BA habe auch geeignete Vorkehrungen f¼r eine unverhÄltnismÄßige Inanspruchnahme der KlÄgerin nicht getroffen. Ihre SachaufklÄrung sei lÄckenhaft und unzureichend, so daß sie den Anspruch der KlÄgerin auf rechtliches GehÄr verletze. Die Vorkehrungen der BA hÄtten sich insbesondere darauf zu erstrecken, daß der Arbeitslose seiner Mitwirkungspflicht bei der SachaufklÄrung und seiner Verpflichtung, die Arbeitslosigkeit zu Äberwinden, nachkomme. Verfassungswidrig sei auch, daß [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG](#) die KÄndigung aus wichtigem Grund, nicht aber gleichliegende AufhebungsvertrÄge erfasse. Auch die HÄrteklausel des [Â§ 128 Abs 2 Nr 1 AFG](#) sei verfassungswidrig zu eng gefaßt. Die BA forderte mit Bescheid vom 28. Juli 1995 die Erstattung von Leistungen f¼r die Zeit vom 17. April bis 13. Juni 1995 4.358,32 DM und wies den Rechtsbehelf durch Widerspruchsbescheid vom 9. Oktober 1995 zurÄck.

Im Klageverfahren hat die BA weitere Erstattungsbescheide vom 22. Dezember 1995 (f¼r die Zeit vom 14. Juni bis 31. Oktober 1995), 9. April 1996 (f¼r die Zeit vom 1. November 1995 bis 31. MÄrz 1996), 23. August 1996 (f¼r die Zeit vom 1.

---

April bis 30. Juni 1996), 23. Oktober 1996 (für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1996), 18. Februar 1997 (für die Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 1997) und 9. Mai 1997 (für die Zeit vom 1. Februar bis 29. April 1997) gestützt auf den Grundlagenbescheid vom 14. Juni 1995 erlassen und die Erstattung von Leistungen in Höhe von insgesamt 58.400,81 DM geltend gemacht.

Die Klägerin hat am 28. August 1995 für die Jahre 1993 bis 1995 einen "Antrag auf Befreiung von der Erstattungspflicht nach [§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#)" gestellt. Zu ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Lage hat sie eine Stellungnahme der Deutschen Treuhand-Gesellschaft AG – Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 18. August 1995 vorgelegt.

Die Befreiung hat die BA mit Bescheid vom 27. September 1995 abgelehnt. Sie hat die Ansicht vertreten, die Zumutbarkeit der Erstattung dürfe nicht nur auf das Ergebnis der operativen Geschäftstätigkeit abstellen. Es gehe nicht an, Sondereinflüsse außer Betracht zu lassen. Auch sie beeinflussten die Leistungsfähigkeit des Unternehmens und seien in die Gewinn- und Verlustrechnung einzubeziehen. Substanzgefährdend könnten Erstattungen von Leistungen bei Arbeitslosigkeit fürherer Arbeitnehmer nur sein, wenn sie den erwarteten Gewinn im laufenden Geschäftsjahr ganz oder nahezu aufzehrten. Die Gewinn- und Verlustrechnungen für die Geschäftsjahre 1993 und 1994 wiesen Jahresüberschüsse aus, die es erlaubten, die für diese Geschäftsjahre falligen Erstattungsbelastungen ohne Gefährdung der Unternehmenssubstanz zu tragen. Allein durch die Erstattungsforderungen sei der Verlust weiterer Arbeitsplätze nicht zu befürchten gewesen.

Das Sozialgericht hat die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen, auf die wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, ist ua ausgeführt, Anhaltspunkte für anderweitige Sozialleistungsansprüche von N. während des Erstattungszeitraums seien nicht gegeben. Die Klägerin habe auch nicht den Beweis geführt, daß die Erstattung der an ihn erbrachten Leistungen wegen Arbeitslosigkeit für die Klägerin unzumutbar sei.

Im Berufungsverfahren hat die BA N. nochmals über Einschränkungen seiner gesundheitlichen Leistungsfähigkeit seit der Arbeitslosigkeit geschrieben und die Klägerin zu Grund und Höhe der Erstattung angehört. Sie hat die ergangenen Bescheide durch den Erstattungsbescheid vom 7. Oktober 1998 ersetzt, mit dem sie die Erstattung von 58.400,81 DM (Alg: 29.508,80 DM, Krankenversicherungsbeiträge: 10.585,82 DM, Rentenversicherungsbeiträge: 17.441,35 DM und Pflegeversicherungsbeiträge: 863,84 DM) verlangt hat. Dem Bescheid hat sie Berechnungsbögen, aus denen die Beiträge sich im einzelnen ergeben, beigelegt.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren vorgetragen die Erstattung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit fürherer Arbeitnehmer sei der Klägerin iS des [§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) unzumutbar, weil sie die verbliebenen Arbeitsplätze gefährde. Sondereinflüsse (Auflösung von Rückstellungen für drohende Verluste, Schadensersatzverpflichtungen und Prozesse, unterlassene

---

Instandhaltungen, Auflösungen von Wertberichtigungen, Wegfall von Verbindlichkeiten aus vergangenen Jahren usw) könnten die negativen Ergebnisse der operativen Tätigkeit nicht kompensieren, so daß die Unternehmenssubstanz betroffen sei. Dies gelte für die drei Prüfkriterien: Substanzgefährdung iS des [Â§ 16](#) des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG), einer finanziellen und wirtschaftlichen Gesamtwürdigung und des quantitativen Personalabbaus nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG](#) aF.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Klage gegen den Bescheid vom 7. Oktober 1998 abgewiesen, die beklagte BA aber verurteilt, der Klägerin die Kosten des ersten Rechtszuges und ein Drittel der Kosten des Berufungsrechtszuges zu erstatten. Das LSG hat die Voraussetzungen der Erstattung nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) festgestellt und weiter ausgeführt, Anhaltspunkte für gesundheitliche Einschränkungen der Leistungsfähigkeit von N., die Sozialleistungsansprüche iS des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) begründen könnten, seien auch nach dessen erneuter Befragung 1998 nicht zu erkennen. Den Befreiungsstatbestand des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) habe die Klägerin mit der Stellungnahme der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft nicht dargelegt und bewiesen. Solange ein Gewinn von jährlich mindestens 20 Mio DM an das herrschende Unternehmen abgeführt werde, sei nicht zu begründen, daß gerade die Erstattungsforderungen für 1995 und die Folgejahre für die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze verantwortlich zu machen seien.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) und als Verfahrensfehler die Verletzung der Amtsermittlungspflicht sowie die Behandlung des Befreiungsbescheids vom 27. September 1995. Für die Beurteilung der Gefährdung verbleibender Arbeitsplätze durch die Erstattungsforderung habe das LSG nicht auf den maßgeblichen Zeitpunkt abgestellt. Unabhängig von der Vorlage einer Stellungnahme der fachkundigen Stelle sei für die Prognose der Auswirkungen auf die verbleibenden Arbeitsplätze auf den Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abzustellen. Aus der Würdigung der Stellungnahme durch das LSG gehe nicht hervor, welche Darlegungen das LSG zum Nachweis der Gefährdung von Arbeitsplätzen vermisste. Das LSG schätze diese Stellungnahme als Parteivortrag prozessual unzutreffend ein. Richtiger Ansicht nach handele es sich um ein Sachverständigen Gutachten, dessen Aussagen grundsätzlich als wahr zu unterstellen seien. Halte das LSG die Stellungnahme nicht für überzeugend, so habe es weitere Ermittlungen anzustellen. Das LSG habe auch die erforderliche Gesamtwürdigung aller betriebswirtschaftlichen Umstände unterlassen. Insbesondere habe es Sondereinflüsse und die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Klägerin fehlerhaft berücksichtigt. Die Ausschöpfung bilanzrechtlicher Möglichkeiten zur Ausweisung vermeintlicher Gewinne stelle sich lediglich als Rückgriff auf die Substanz des Unternehmens dar und gebe die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht wieder. Seine Amtsermittlungspflicht habe das LSG ferner dadurch verletzt, daß es den Voraussetzungen von anderweitigen Sozialleistungsansprüchen von N. nicht nachgegangen sei. Es habe sich mit dessen Angaben begnügt und sei damit den vom

---

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geforderten Vorkehrungen nicht nachgekommen. Mit Bescheid vom 8. Dezember 2000 hat die BA den Erstattungszeitraum auf die Zeit vom 17. April 1995 bis 12. April 1997 begrenzt und die Erstattungsforderung insgesamt auf 57.058,88 DM ermäßig.

Die Klägerin beantragt (sinngemäß),

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. November 1999 [L 3 AL 4227/97](#) und den Bescheid des Arbeitsamts Ravensburg vom 7. Oktober 1998 aufzuheben, soweit er durch den Bescheid vom 8. Dezember 2000 aufrechterhalten ist.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie führt aus, die Revision mache nicht deutlich, inwiefern der von ihr maßgeblich gehaltene Zeitpunkt die Prognose im vorliegenden Fall zu abweichenden Ergebnissen führe. Die wirtschaftliche Lage der Klägerin in den Jahren 1992 bis 1996 weise keine Brüche auf. Die Darlegungen der Klägerin machten nicht deutlich, inwiefern gerade die Erstattungsforderung zu einer Gefährdung der verbleibenden Arbeitsplätze führe. Bei der Prognose könne auch die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung bestützend oder entkräftend herangezogen werden. Nur unvorhersehbare Veränderungen der Rahmenbedingungen hätten außer Betracht zu bleiben. Das LSG habe den Nachweis einer Gefährdung nicht als geführt angesehen, weil die Stellungnahme nicht einmal die Höhe der Erstattungsforderungen ausweise und im Übrigen in den Jahren 1993 bis 1995 von der Klägerin Gewinne abgeführt worden seien, die um ein Vielfaches über den geltend gemachten und im Übrigen auch bezahlten Erstattungsforderungen gelegen hätten. Bei der Beurteilung sei nicht auf das operative Ergebnis allein abzustellen, sondern auch außergewöhnliche Ereignisse seien in die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unternehmens einzubeziehen. Über die Darlegungen und Nachweise der Klägerin hinaus habe die BA zu [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) eigenständige Ermittlungen nicht anzustellen. Auch zu den tatsächlichen Voraussetzungen anderweitiger Sozialleistungsansprüche von N. habe das LSG keine Ermittlungen durchgeführt, weil dazu kein Anhaltspunkt bestanden habe.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

II

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet; die Entscheidung des LSG beruht nicht auf einer Gesetzesverletzung.

1. Gegenstand des Verfahrens ist der kraft Klage vor dem LSG ([BSGE 18, 231](#), 234 = SozR Nr 17 zu [Â§ 96 SGG](#); [BSGE 59, 137](#), 139 = SozR 2200 [Â§ 368 Nr 14](#)) geltend

---

gemachte prozessuale Anspruch auf Aufhebung des Erstattungsbescheids vom 7. Oktober 1998. Mit diesem Bescheid hat die BA nicht nur den rechtswidrigen Grundlagenbescheid vom 14. Juni 1995 und die Erstattungsbescheide vom 28. Juli 1995, 22. Dezember 1995, 9. April 1996, 23. August 1996, 23. Oktober 1996, 8. Februar 1997 und 9. Mai 1997, sondern auch den Bescheid vom 27. September 1995 ersetzt. Die dagegen gerichteten formalen Einwände der Revision können nicht überzeugen. Die Ersetzung eines wegen Verletzung der Anrufungspflicht rechtswidrigen Verwaltungsakts durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt während des Gerichtsverfahrens ist nicht zu beanstanden ([BSGE 75, 159](#), 164 = [SozR 3-1300 Â§ 41 Nr 7](#)).

Der Bescheid vom 8. Dezember 2000, mit dem die BA den Erstattungszeitraum auf die Zeit vom 17. April 1995 bis zum 12. April 1997 begrenzt und die Erstattungsforderung von 58.400,81 DM auf 57.058,88 DM ermäßigt hat, ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens geworden. Der angefochtene Bescheid vom 7. Oktober 1998 wird durch diesen Bescheid nicht ersetzt. Eine Regelung iS des [Â§ 31 SGB X](#) enthält er nur hinsichtlich der vorerwähnten Punkte, während er es im übrigen bei der im Bescheid vom 7. Oktober 1998 getroffenen Erstattungsregelung belässt. Da die Klägerin durch den neuen Bescheid teilweise klaglos gestellt wird, gilt der Bescheid vom 8. Dezember 2000 auch nicht als mit der Klage beim SG angefochten ([Â§ 171 Abs 2 SGG](#)).

2. Zutreffend hat das LSG für den früheren Arbeitnehmer N. der Klägerin die Erstattungs Voraussetzungen nach dem Leistungsbezug vom 17. April 1995 bis 12. April 1997 bejaht. Nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur Änderung der Erfordervoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992 ([BGBl I 2044](#)) erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosmeldung, durch den nach [Â§ 104 AFG](#) die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der BA vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen längstens für 624 Tage. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn der am 17. April 1937 geborene N. hat von 1969 an bis zum 31. August 1994 durchgehend bei der Klägerin beitragspflichtig gearbeitet. Er hatte mithin zu Beginn des Erstattungszeitraums am 17. April 1995 das 58. Lebensjahr vollendet und auch die geforderte Beschäftigungszeit bei der Klägerin zurückgelegt. Darüber besteht auch zwischen den Beteiligten kein Streit.

3. Auch die negativen Erstattungs Voraussetzungen des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2](#) (1. Alternative) AFG schließen die Erstattung nicht aus. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist oder der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in [Â§ 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG](#) genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Der 1937 geborene N. ist am 1. September 1994 arbeitslos geworden. Die auf den Angaben von N. beruhende tatsächliche Feststellung des LSG, ihm habe im Erstattungszeitraum vom 17. April 1995 bis 12. April 1997 keine der in [Â§ 128 Abs 1](#)

---

[Satz 2 AFG](#) erwÄhnten anderweitigen Sozialleistungen zugestanden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nur insoweit unterliegt sie der PrÄ¼fung durch das Revisionsgericht, die sich nicht auf die tatsÄ¼chliche WÄ¼rdigung der VerhÄ¼ltnisse im Einzelfall erstreckt ([Ä§ 163, 170 Abs 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Die WÄ¼rdigung der tatsÄ¼chlichen VerhÄ¼ltnisse durch die Tatsacheninstanz steuert die Amtsermittlung (Friederichs ZP 83 (1970), 394, 401). Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, Beweisregeln als Voraussetzungen fÄ¼r die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen zu entwickeln. Solches wÄ¼re mit dem Grundsatz freier BeweiswÄ¼rdigung ([Ä§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#)) unvereinbar. Die Forderung der Revision, zB die gesundheitliche LeistungsfÄ¼higkeit des arbeitslosen LeistungsempfÄ¼ngers sei auch ohne konkreten AnlaÄ¼ regelmÄ¼sig zu Ä¼berprÄ¼fen, findet im geltenden Recht keine Grundlage. Entgegen der Ansicht der Revision beruht die Feststellung des LSG nicht auf einem fehlerhaften VerstÄ¼ndnis des Ermittlungsgrundsatzes ([Ä§ 103 SGG](#)). Der Senat hat zu [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) bereits ausgefÄ¼hrt, daÄ¼ auch in diesem Sachzusammenhang der allgemeine Grundsatz gilt, wonach sich die amtliche SachaufklÄ¼rungspflicht nicht auf Tatsachen erstreckt, fÄ¼r deren Bestehen die UmstÄ¼nde des Einzelfalls keine Anhaltspunkte bieten ([BSGE 81, 259, 262 f = SozR 3-4100 Ä§ 128 Nr 5](#)). Diese Rechtsprechung weicht entgegen der Ansicht der Revision nicht von verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG ab ([BVerfGE 81, 156, 203 = SozR 3-4100 Ä§ 128 Nr 1](#)). Die KlÄ¼gerin hat auch keine Anhaltspunkte aufgezeigt, die das LSG zu Ermittlungen Ä¼ber EinschrÄ¼nkungen der gesundheitlichen LeistungsfÄ¼higkeit von N. und entsprechenden anderweitigen SozialleistungsansprÄ¼chen hÄ¼tte veranlassen mÄ¼ssen. BestÄ¼tigt wird die Ansicht des Senats durch die Regelung des [Ä§ 128 Abs 8 Satz 2 AFG](#), der die Pflicht des Arbeitslosen sich Ä¼rztlichen oder psychologischen Untersuchungen zu unterziehen, an die Voraussetzung knÄ¼pft, daÄ¼ dem Arbeitsamt UmstÄ¼nde in der Person des Arbeitslosen bekannt sind, die fÄ¼r das Entstehen oder den Wegfall der Erstattungspflicht von Bedeutung sind. AusdrÄ¼cklich schlieÄ¼t damit das Gesetz die Inanspruchnahme von Arbeitslosen fÄ¼r die Ermittlung von Tatsachen ins Blaue hinein aus. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Urteil des Senats vom 21. September 2000 â [B 11 AL 7/00 R](#) â Bezug genommen.

4. Die erÄ¼rtete Rechtslage steht mit der Verfassung, insbesondere dem Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156 ff = SozR 3-4100 Ä§ 128 Nr 1](#)) im Einklang. FÄ¼r die Anwendung des [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) beruft sich die KlÄ¼gerin zu Unrecht darauf, das Gesetz enthalte "keine geeigneten Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers". Sie verkennt, daÄ¼ die entsprechenden AusfÄ¼hrungen des BVerfG aaO 199 auf VorgÄ¼ngerregelungen des [Ä§ 128 AFG](#) gemÄ¼nzt sind, die ein dem [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2](#) (1. Alternative) AFG idF vom 18. Dezember 1992 ([BGBl I 2044](#)) entsprechendes negatives Tatbestandsmerkmal nicht enthielten. Der Gesetzgeber ist dem beispielhaften Hinweis des BVerfG auf eine EinschrÄ¼nkung der frÄ¼heren Eingriffsnorm des [Ä§ 1395b Abs 1 Satz 1 Reichsversicherungsordnung](#) mit der hier anzuwendenden Fassung des [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) gefolgt. Er hat der BA die Feststellung der Voraussetzungen anderweitiger SozialleistungsansprÄ¼che im Rahmen der Amtsermittlung ([Ä§ 20 SGB X, Ä§ 103 SGG](#)) auferlegt und damit "geeignete Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des

---

Arbeitgebers" getroffen (vgl BegrÄ¼ndung des Regierungsentwurfs [BT-Drucks 12/3211 S 26](#)).

Entgegen der Ansicht der Revision lä¼ßt sich dem Urteil des BVerfG nicht entnehmen, daß im Rahmen des [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) Voraussetzungen und Umfang der amtlichen SachaufklÄ¼rungspflicht aus verfassungsrechtlichen GrÄ¼nden anders zu bestimmen seien, als die stÄ¼ndige Rechtsprechung dies allgemein annimmt. Vielmehr hat das BVerfG amtliche Ermittlungen zu gesundheitlichen EinschrÄ¼nkungen der LeistungsfÄ¼higkeit, die "auf absehbare Zeit nicht behebbar sind", "bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte" gefordert (vgl insbesondere BVerfG aaO 203). Einer abweichenden Vorstellung stÄ¼nde gerade die Verfassung entgegen, weil auch frÄ¼here Arbeitnehmer bei der Mitwirkung zur SachaufklÄ¼rung wegen ihrer Verfassungsrechte ([Art 2 Abs 2 Satz 1 Grundgesetz](#)) nicht unverhÄ¼ltnismÄ¼ßig in Anspruch genommen werden dÄ¼rfen. Dem hat der Gesetzgeber mit der Regelung des [Ä§ 128 Abs 8 Satz 2 AFG](#) Rechnung getragen. Das ErstattungsverhÄ¼ltnis erweist sich verfahrensrechtlich als ein mehrpoliges VerwaltungsrechtsverhÄ¼ltnis, bei dessen Regelung der Gesetzgeber â¼ anders als die KlÄ¼gerin â¼ nicht auf die Interessen eines Beteiligten fixiert sein darf. Verfassungsrechtlich mu¼ das Verfahrensrecht einen "gerechten Ausgleich kollidierender Privatinteressen" (Schmidt-AÄ¼mann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee â¼ Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, 301 f uÄ¼) sicherstellen, der verhindert, daß ein frÄ¼herer Arbeitnehmer zum Objekt des Verfahrens wird. Auch dieser Gesichtspunkt steht einer weitergehenden Inanspruchnahme von Verfassungsrechten durch die KlÄ¼gerin entgegen, als sie in [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2](#) (1. Alternative) AFG konkretisiert sind.

5. Die KlÄ¼gerin hat â¼ wie das LSG ausgefÄ¼hrt hat â¼ auch nicht dargelegt und nachgewiesen, die Erstattung bedeute fÄ¼r sie eine unzumutbare Belastung, weil durch diese der Fortbestand des Unternehmens oder die nach DurchfÄ¼hrung des Personalabbaus verbleibenden ArbeitsplÄ¼tze gefÄ¼hrt seien ([Ä§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#)).

5.1 Auch im Rahmen dieses Befreiungstatbestandes liegt die WÄ¼rdigung der Darlegungen und Nachweise im tatsÄ¼chlichen Bereich, die den Tatsachengerichten vorbehalten ist. Das Revisionsgericht hat insoweit nur zu prÄ¼fen, ob das LSG von zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und die Denkgesetze gewahrt hat. Allerdings gilt hier nicht der Untersuchungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz. FÄ¼r Ä¼ber die Beratungs- und Hinweispflicht hinausgehende Initiativen zur SachaufklÄ¼rung bestehen im Rahmen des [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 AFG](#) weder Anla¼ noch eine hinreichende Rechtsgrundlage. Zur Beratung oder zu Hinweisen bestand nach dem Vorbringen der KlÄ¼gerin im Verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren kein Anla¼.

5.2 Der Befreiungstatbestand des [Ä§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) setzt die GefÄ¼hrdung der verbleibenden ArbeitsplÄ¼tze durch die Erstattung voraus. Er macht daher eine Prognose Ä¼ber solche mÄ¼gliche Auswirkung der Inanspruchnahme des Arbeitgebers mit Erstattungsforderungen fÄ¼r die verbleibenden ArbeitsplÄ¼tze

---

notwendig. Das ist der Maßstab, nach welchem wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Arbeitgebern Rechnung zu tragen ist; der "Grad der Existenzgefährdung" wird nicht vorausgesetzt (Begründung des Regierungsentwurfs [BT-Drucks 12/3211 S 27](#)). Die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle soll die dem Arbeitgeber obliegende prozessuale Last zu "Darlegung und Nachweis" der gesetzlichen Befreiungsgründe stützen (BT-Drucks aaO). Die Aufgabe der BA, das Vorbringen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu wärdigen, soll sie nicht ersetzen. Die Stellungnahme ist daher nicht bindend. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß eine Vermutung für ihre Richtigkeit und Vollständigkeit sprechen könnte. Mit Recht hat das LSG deshalb die "Gutachterliche Stellungnahme" der Deutschen Treuhand-Gesellschaft vom 18. August 1995 als Sachvortrag der Klägerin gewürdigt.

Die Unsicherheit einer Prognoseentscheidung ist in Kauf zu nehmen, weil sie für den Arbeitgeber Kalkulationsgrundlagen eröffnet, die für seine unternehmerischen Entscheidungen bedeutsam sein können. Die Richtigkeit einer Prognose hängt grundsätzlich nicht davon ab, ob sie durch die weitere wirtschaftliche Entwicklung bestätigt wird. Aus diesem Grunde ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung wichtig. Da [Â§ 128 AFG](#) eine Ermäßigungsgrundlage für Teilentscheidungen in von Grundlagen- oder Befreiungsbescheiden nicht zu entnehmen ist (aA Kreitel NZA 1994, 924, 930), Erstattungsbeiträge nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) vierteljährlich fällig werden und allein die aktuelle Zahlungsverpflichtung eine Gefährdung verursachen kann, ist der Zeitpunkt für die Prognose maßgeblich, in dem der jeweilige Erstattungsbetrag zu erheben ist (vgl. Gagel, AFG, [Â§ 128 RdNr 239](#); ders., Sozialgesetzbuch III, [Â§ 147a RdNr 220](#) Stand Juli 1999), das heißt hier Juli 1995, Oktober 1995, Januar 1996, April 1996, Juli 1996, Oktober 1996, Januar 1997 und April 1997. Macht der Arbeitgeber erst später mit einer fachkundigen Stellungnahme geltend, die Erstattung gefährde die nach dem Personalabbau verbleibenden Arbeitsplätze, ist eine nachträgliche Prognose erforderlich. Die Ansicht des LSG, für eine Prognoseentscheidung sei im vorliegenden Fall kein Raum, weil die Klägerin den Befreiungsbestand des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) erst nach Ablauf des ersten Erstattungszeitraums im Jahre 1995 geltend gemacht habe, trifft nicht zu. Für die jeweilige Prognose sind die zu den maßgebenden Zeitpunkten verfügbaren Daten heranzuziehen, nach denen der wirtschaftliche Status eines Unternehmens und damit die Auswirkungen von Erstattungsforderungen zu beurteilen sind. Das schließt die bestmögliche oder bestmögliche Berücksichtigung weiterer Entwicklungen nicht aus (vgl. etwa: [BSGE 70, 226, 228 = SozR 3-4100 Â§ 45 Nr 2](#) mwN; vgl. auch: BSG [SozR 3-4100 Â§ 36 Nr 5](#); [BAGE 83, 1](#), 9 f = AP Nr 35 zu [Â§ 16 BetrAVG](#)). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, daß das LSG die Erfüllung der Erstattungsforderungen bei seiner Würdigung berücksichtigt hat; es hätte auch die spätere Entwicklung der Klägerin berücksichtigen können. Für die Beurteilung, ob durch die mit der Maßnahme zur Personalanpassung ausgelassenen Erstattungsforderungen weitere, von der Maßnahme nicht betroffene Arbeitsplätze gefährdet werden, ist darauf abzustellen, ob nach der wirtschaftlichen Entwicklung des Betriebs die Erstattungsforderungen in absehbarer Zeit den Verlust weiterer Arbeitsplätze verursachen. Nach dem Vorbringen der Klägerin, einschließlich der

---

gutachterlichen Stellungnahme der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft, deutet nichts darauf hin, daß die Würdigung dieses Vorbringens durch das LSG für die jeweils maßgeblichen Fälligkeitzeitpunkte der Erstattungen etwas anderes ergeben könnte.

5.3 Mit Recht hat das LSG von der Darlegung und dem Nachweis durch die fachkundige Stelle einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Erstattungsforderungen und der Gefährdung verbliebener Arbeitsplätze gefordert. Häufig wird ein solcher Nachweis bei einem negativen Betriebsergebnis und der Notwendigkeit, Erstattungsforderungen aus der Substanz des Unternehmens zu begleichen, gegeben sein. Allein durch den Umstand, daß die fachkundige Stelle ein positives operatives Ergebnis im maßgeblichen Geschäftsjahr, aus dem die Erstattungsforderungen zu begleichen sind, nicht aufzeigt, ist der in [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) geforderte Nachweis noch nicht erbracht. Entscheidend für den in [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) geforderten Nachweis sind nicht buchungstechnische Daten oder betriebswirtschaftliche Erwägungen, sondern die wirtschaftlich unzumutbare Belastung des Arbeitgebers mit Erstattungsforderungen, weil diese verbleibende Arbeitsplätze gefährden. Die tatsächliche Feststellung des LSG, wonach die Klägerin jährlich mindestens 20 Mio DM an das herrschende Unternehmen abgeföhrt hat, läßt nicht den Schluß zu, daß die behaupteten Erstattungsforderungen von 1,324 Mio DM (1993), 8,796 Mio DM (1994) und 1,498 Mio DM (1995) Ursache für die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze sein sollten. Für die Folgejahre 1996 und 1997 hat die Klägerin nichts vorgetragen, was zu einer abweichenden Beurteilung veranlassen könnte. Auch aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu [Â§ 16 BetrAVG](#) läßt sich Gegenteiliges nicht herleiten ([BAGE 70, 137](#), 145 = AP Nr 24 zu Â§ 16 BetrAVG). Im übrigen hat das BAG für die Zumutbarkeit der Anpassung von Betriebsrenten in Konzernunternehmen entschieden, die wirtschaftliche Lage des herrschenden Unternehmens sei in die Betrachtung einzubeziehen, wenn die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Art und Weise verursacht worden ist, mit der das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht ausgeöhbt hat ([BAGE 83, 1](#), 6 = AP Nr 35 zu Â§ 16 BetrAVG). Auch das BAG behandelt das "operative Ergebnis" eines Wirtschaftsjahres nur als Anhaltspunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Unternehmen ([BAGE 83, 1](#), 9 f = AP Nr 35 zu Â§ 16 BetrAVG). Aussagekräftig ist es nur, wenn es Schlüsse auf die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung zuläßt. Dementsprechend hat das BAG auf das zu berücksichtigende Betriebsergebnis nach dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers geschlossen ([BAGE 70, 137](#), 145 f = AP Nr 24 zu Â§ 16 BetrAVG). Es hat eine Überbelastung des Betriebes verneint, weil beträchtliche Gewinne ausgeschüttet und an die Muttergesellschaft abgeföhrt worden waren. Möglich war der Klägerin die Abföhrtung von Gewinnen in den Jahren 1993 bis 1995 nach ihrem eigenen Vorbringen ua wegen der Auflösung nicht benötigter Rückstellungen für Auftragsrisiken iHv 124,479 Mio DM. Bei der Beurteilung unzumutbarer Belastungen ist des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) können solche Sondereinflüsse entgegen der Ansicht der Revision nicht unberücksichtigt bleiben. Es wäre mit der Lenkungsfunktion des [Â§ 128 AFG](#) ([BVerfGE 81, 156](#), 189 = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1](#)) nicht vereinbar, wenn Arbeitgeber sanktionslos gleichzeitig Sanierungsmaßnahmen durch Freisetzung langjähriger Älterer

---

Arbeitnehmer auf Kosten der Solidargemeinschaft betreiben und aus der Auflösung von Rückstellungen Gewinne an ihre Eigentümer abführen könnten. Unter diesen Umständen werden die Erstattungsforderungen nicht aus der Substanz des Unternehmens, sondern aus Ergebnissen beglichen, die allerdings nicht im gleichen Wirtschaftsjahr erarbeitet sind, in dem die Erstattungsforderungen anfallen.

6. Der Höhe nach ist die Erstattungsforderung nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des LSG nicht zu beanstanden.

Die Revision der Klägerin kann nach alledem keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 193 SGG](#). Die geringfügige Ermäßigung der Erstattungsforderung im Revisionsverfahren gibt keinen Anlass, der Klägerin die außergerichtlichen Kosten anteilig zu erstatten ([Â§ 202 SGG](#), [Â§ 92 Abs 2](#) Zivilprozessordnung).

Erstellt am: 17.08.2003

Zuletzt verändert am: 20.12.2024