

---

-

## 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 4242/97
Datum	24.11.1999

### 3. Instanz

Datum	21.09.2000
-------	------------

Die Revision der KlÄgerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-WÄ¼rttemberg vom 24. November 1999 â [L 3 AL 4242/97](#) â wird zurÄ¼ckgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

GrÄ¼nde:

I

Der Rechtsstreit betrifft die Erstattung von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit (einschlieÃ¼lich VersicherungsbeitrÄ¼gen) in HÄ¼he von insgesamt 36.343,79 DM, die der frÄ¼here Mitarbeiter der KlÄgerin R. (R.) vom 6. Oktober 1994 bis 30. November 1995 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.

---

Der am 7. November 1935 geborene, seit 1975 geschiedene R. war bei der KlÄxgerin seit 1957 zuletzt als Elektroinstallateur mit einem Bruttoarbeitsentgelt von durchschnittlich 4.562,50 DM in den Monaten Januar bis Juni 1994 beschÄxftigt. Das BeschÄxftigungsverhÄxtnis endete durch Aufhebungsvertrag vom 6. April 1993 zum 30. Juni 1994 aus GrÄxnden der Personalanpassung. R. erhielt eine Abfindung von 49.751,00 DM. Er meldete sich mit Wirkung vom 1. Juli 1994 arbeitslos und bestÄxftigte, das Merkblatt fÄx¼r Arbeitslose erhalten und von seinem Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Die im Antragsvordruck enthaltenen Fragen, ob die letzte Arbeit zu schwer gewesen sei, sonstige EinschrÄxnkungen der VermittlungsfÄxhigkeit bestÄxnden oder ob er Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld, Ä¼bergangsgeld, Rente wegen Berufs- oder ErwerbsunfÄxhigkeit beziehe oder beantragt habe, verneinte R.

Nach Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Alg) wegen einer Sperrzeit und der Abfindung bis zum 5. Oktober 1994 bewilligte die BA Alg ab 6. Oktober 1994 unter den erleichterten Voraussetzungen des Ä§ 105c ArbeitsfÄxrderungsgesetz (AFG). Die BA bemaÄ¼ das Alg nach einem wÄxhentlichen Arbeitsentgelt von 1.050,00 DM, Leistungsgruppe A und dem allgemeinen Leistungssatz ab 6. Oktober 1994 mit wÄxhentlich 375,60 DM, ab 2. Januar 1995 (neue Leistungsverordnung) 365,40 DM, ab 1. Juli 1995 (Dynamisierung) 370,80 DM. Seit dem 1. Dezember 1995 bezieht R. Altersrente.

Die BA hÄxrtete die KlÄxgerin zum Grund des Erstattungsanspruchs an und erlieÄ¼ am 10. April 1995 einen Grundlagenbescheid, mit dem sie die KlÄxgerin zur Erstattung der fÄx¼r R. erbrachten Leistungen ab 6. Oktober 1994 fÄx¼r lÄxngstens 624 Tage verpflichtete. Sie fÄx¼rte aus, UmstÄxnde, die nach [Ä§ 128 Abs 1 Satz 2 Nrn 1 bis 7](#) oder Abs 2 Nr 2 AFG der Erstattungspflicht entgegenstÄxnden, seien nicht erkennbar. Mit dem Widerspruch machte die KlÄxgerin die Verfassungswidrigkeit des [Ä§ 128 AFG](#) geltend. Die BA habe auch geeignete Vorkehrungen fÄx¼r eine unverhÄxltnismÄxÄ¼ige Inanspruchnahme der KlÄxgerin nicht getroffen. Ihre SachaufklÄxrung sei lÄxckenhaft und unzureichend, so daÄ¼ sie den Anspruch der KlÄxgerin auf rechtliches GehÄx¼r verletze. Die Vorkehrungen der BA hÄxttten sich insbesondere darauf zu erstrecken, daÄ¼ der Arbeitslose seiner Mitwirkungspflicht bei der SachaufklÄxrung und seiner Verpflichtung, die Arbeitslosigkeit zu Ä¼berwinden, nachkomme. Mit Erstattungsbescheid vom 26. September 1995 forderte die BA gestÄx¼tzt auf den Grundlagenbescheid vom 10. April 1995 die Erstattung von Alg, Kranken- und RentenversicherungsbeitrÄxgen fÄx¼r die Zeit vom 6. Oktober 1994 bis 31. Juli 1995 (in HÄx¼he von insgesamt 25.450,67 DM). Die BA wies den Rechtsbehelf durch Widerspruchsbescheid vom 29. September 1995 zurÄ¼ck.

Danach hat die BA mit dem weiteren Erstattungsbescheid vom 30. November 1995 die Erstattung von Leistungen fÄx¼r die Zeit vom 1. August bis 30. November 1995 (in HÄx¼he von 10.893,12 DM) geltend gemacht. Die Erstattungsforderung fÄx¼r die Leistung von Alg sowie BeitrÄxgen zur Kranken- und Rentenversicherung fÄx¼r die Zeit vom 6. Oktober 1994 bis 30. November 1995 betrÄxgt mithin 36.343,79 DM.

Die KlÄxgerin hat am 28. August 1995 fÄx¼r die Jahre 1993 bis 1995 einen "Antrag

---

auf Befreiung von der Erstattungspflicht nach [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#)" gestellt. Zu ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Lage hat sie eine Stellungnahme der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft AG – Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 18. August 1995 vorgelegt. Wegen der Grundlagen und Einzelheiten der Stellungnahme wird auf das Urteil des Senats gleichen Rubrums vom 21. September 2000 – [B 11 AL 7/00 R](#) – Bezug genommen. Die Stellungnahme kommt zu dem Ergebnis, die Erstattung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit frÃ¼herer Arbeitnehmer sei der KlÃ¤gerin iS des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) unzumutbar, weil sie die verbliebenen ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrde. SondereinflÃ¼sse (AuflÃ¶sungen von RÃ¼ckstellungen fÃ¼r drohende Verluste, Schadensersatzverpflichtungen und Prozesse, unterlassene Instandhaltungen, AuflÃ¶sungen von Wertberichtigungen, Wegfall von Verbindlichkeiten aus vergangenen Jahren usw) kÃ¶nnten die negativen Ergebnisse der operativen TÃ¤tigkeit nicht kompensieren, so daÃ die Unternehmenssubstanz betroffen sei. Dies gelte fÃ¼r die drei PrÃ¼fkriterien: SubstanzgefÃ¤hrdung iS des [Â§ 16](#) des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG), einer finanziellen und wirtschaftlichen GesamtwÃ¼rdigung und des quantitativen Personalabbaus nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG](#) aF.

Die Befreiung hat die BA mit Bescheid vom 27. September 1995 abgelehnt. Sie hat die Ansicht vertreten, die Zumutbarkeit der Erstattung dÃ¼rfe nicht nur auf das Ergebnis der operativen GeschÃ¤ftstÃ¤tigkeit abstellen. Es gehe nicht an, SondereinflÃ¼sse auÃer Betracht zu lassen. Auch sie beeinflÃ¼ten die LeistungsfÃ¤higkeit des Unternehmens und seien in die Gewinn- und Verlustrechnung einzubeziehen. SubstanzgefÃ¤hrdend kÃ¶nnten Erstattungen von Leistungen bei Arbeitslosigkeit frÃ¼herer Arbeitnehmer nur sein, wenn sie den erwarteten Gewinn im laufenden GeschÃ¤ftsjahr ganz oder nahezu aufzehrten. Die Gewinn- und Verlustrechnungen fÃ¼r die GeschÃ¤ftsjahre 1993 und 1994 wiesen JahresÃ¼berschÃ¼sse aus, die es erlaubten, die fÃ¼r diese GeschÃ¤ftsjahre fÃ¤lligen Erstattungsbelastungen ohne GefÃ¤hrdung der Unternehmenssubstanz zu tragen. Allein durch die Erstattungsforderungen sei der Verlust weiterer ArbeitsplÃ¤tze nicht zu befÃ¼rchten gewesen.

Das Sozialgericht hat die Klage abgewiesen. In den EntscheidungsgrÃ¼nden, auf die wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, ist ua ausgefÃ¼hrt, Anhaltspunkte fÃ¼r anderweitige SozialleistungsansprÃ¼che von R. wÃ¤hrend des Erstattungszeitraums seien nicht gegeben. Die KlÃ¤gerin habe auch nicht den Beweis gefÃ¼hrt, daÃ die Erstattung der an ihn erbrachten Leistungen wegen Arbeitslosigkeit fÃ¼r die KlÃ¤gerin unzumutbar sei.

Im Berufungsverfahren hat die BA den R. wegen etwaiger Ãnderungen seines Gesundheitszustandes seit der Arbeitslosigkeit angeschrieben und die KlÃ¤gerin nochmals zu Grund und HÃ¶he der Erstattung angehÃ¶rt. Sie hat die Erstattungsbescheide vom 26. September und 30. November 1995 durch den Erstattungsbescheid vom 7. Oktober 1998 ersetzt und die Erstattung von Alg in HÃ¶he von 22.230,30 DM, von KrankenversicherungsbeitrÃ¤gen (5.779,51 DM) und RentenversicherungsbeitrÃ¤gen (8.333,98 DM), insgesamt 36.343,79 DM gefordert. Dem Bescheid hat sie BerechnungsbÃ¶lgen beigefÃ¼gt, aus denen sich die

---

Beträge im einzelnen ergeben.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren ebenso vorgetragen, wie in dem erwähnten Parallelprozeß gleichen Rubrums [B 11 AL 7/00 R](#) -.

Die BA hat daran festgehalten, daß der Klägerin der Nachweis des geltend gemachten Befreiungstatbestandes nicht gelungen sei.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Klage gegen den Bescheid vom 7. Oktober 1998 abgewiesen, die beklagte BA aber verurteilt, der Klägerin ein Drittel der Kosten des ersten Rechtszuges und ein Neuntel 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 R., die Sozialleistungsansprüche des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) begründen könnten, liegen nicht vor. Den Befreiungstatbestand 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 die Erstattungsforderungen 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 Sachverständigengutachten, 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. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu [Â§ 16 BetrAVG](#) sei es gerechtfertigt gewesen, Betriebsrenten nicht anzupassen, weil dies nicht aus dem operativen Ergebnis (Wertzuwachs des Unternehmens und dessen Erträgen) möglich gewesen wäre. 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 R. nicht nachgegangen sei. Es habe sich mit dessen Angaben begnügt und sei damit den vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geforderten Vorkehrungen nicht nachgekommen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. November 1999 [L 3 AL 4242/97](#) und den Bescheid des Arbeitsamts Ravensburg vom 7. Oktober 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie führt aus, die Revision mache nicht deutlich, inwiefern der von ihr für maßgeblich gehaltene Zeitpunkt für 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 geführt habe. 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 Erträge seien in die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unternehmens einzubeziehen. Über die Darlegungen und Nachweise der Klägerin hinaus habe die BA zu [§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) eigenständige Ermittlungen nicht anzustellen. Auch zu den tatsächlichen Voraussetzungen anderweitiger Sozialleistungsansprüche von R. habe das LSG keine Ermittlungen durchgeführt, weil dazu kein Anhaltspunkt bestanden habe.

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 [§ 96 SGG](#); [BSGE 59, 137](#), 139 = SozR 2200 [§ 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 10. April 1995 und die Erstattungsbescheide vom 26. September und 30. November 1995, 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](#)).

2. Zutreffend hat das LSG für den früheren Arbeitnehmer R. der Klägerin die Erstattungs Voraussetzungen nach dem Leistungsbezug vom 6. Oktober 1994 bis 30. November 1995 bejaht. Nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur Änderung der Erstattungs Voraussetzungen 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 7. November 1935 geborene R. hat seit 1957 durchgehend bei der Klägerin beitragspflichtig gearbeitet. Er hatte mithin zu Beginn des Erstattungszeitraums am 6. Oktober 1994 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 1935 geborene R. ist am 1. Juli 1994 arbeitslos geworden. Die auf den Angaben von R. beruhende tatsächliche Feststellung des LSG, ihm habe im Erstattungszeitraum vom 6. Oktober 1994 bis 30. November 1995 keine der in [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) erwähnten anderweitigen Sozialleistungen zugestanden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nur insoweit unterliegt sie der Prüfung durch das Revisionsgericht, die sich nicht auf die tatsächliche Würdigung der Verhältnisse im Einzelfall erstreckt ([Â§ 163, 170 Abs 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse durch die Tatsacheninstanz steuert die Amtsermittlung (Friederichs ZP 83 (1970), 394, 401). Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, Beweisregeln als Voraussetzungen für die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen zu entwickeln. Solches wäre mit dem Grundsatz freier Beweiswürdigung ([Â§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#)) unvereinbar. Die Forderung der Revision, zB die gesundheitliche Leistungsfähigkeit des arbeitslosen Leistungsempfängers sei auch ohne konkreten Anlaß regelmäßig zu überprüfen, findet im geltenden Recht keine Grundlagen. Entgegen der Ansicht der Revision beruht die Feststellung des LSG nicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Ermittlungsgrundsatzes ([Â§ 103 SGG](#)). Der Senat hat zu [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) bereits ausgeführt, daß auch in diesem Sachzusammenhang der allgemeine Grundsatz gilt, wonach sich die amtliche Sachaufklärungspflicht nicht auf Tatsachen erstreckt, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalls

---

keine Anhaltspunkte bieten ([BSGE 81, 259](#), 262 f = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 5](#)). Die KlÄgerin zeigt keine Anhaltspunkte auf, die das LSG zu Ermittlungen Äber EinschrÄnkungen der gesundheitlichen LeistungsfÄhigkeit von R. und entsprechenden anderweitigen SozialleistungsansprÄchen hÄtten veranlassen mÄssen. BestÄtigt wird diese Ansicht durch die Regelung des [Â§ 128 Abs 8 Satz 2 AFG](#), der die Pflicht des Arbeitslosen sich Ärztlichen oder psychologischen Untersuchungen zu unterziehen, an die Voraussetzung knÄpft, daÄ dem Arbeitsamt UmstÄnde in der Person des Arbeitslosen bekannt sind, die fÄr das Entstehen oder den Wegfall der Erstattungspflicht von Bedeutung sind. AusdrÄcklich schlieÄt damit das Gesetz die Inanspruchnahme von Arbeitslosen fÄr 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 erÄrterte Rechtslage steht mit der Verfassung, insbesondere dem Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156 ff](#) = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 1](#)) im Einklang. FÄr die Anwendung des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) beruft sich die KlÄgerin zu Unrecht darauf, das Gesetz enthalte "keine geeigneten Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers". Sie verkennt, daÄ die entsprechenden AusfÄhrungen des BVerfG aaO 199 auf VorgÄngerregelungen des [Â§ 128 AFG](#) gemÄnzt sind, die ein dem [Â§ 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 EinschrÄnkung der frÄheren Eingriffsnorm des [Â§ 1395b Abs 1 Satz 1 Reichsversicherungsordnung](#) mit der hier anzuwendenden Fassung des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) gefolgt. Er hat der BA die Feststellung der Voraussetzungen anderweitiger SozialleistungsansprÄche im Rahmen der Amtsermittlung ([Â§ 20 SGB X](#), [Â§ 103 SGG](#)) auferlegt und damit "geeignete Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers" getroffen (vgl BegrÄndung des Regierungsentwurfs [BT-Drucks 12/3211 S 26](#)).

Entgegen der Ansicht der Revision lÄÄt sich dem Urteil des BVerfG nicht entnehmen, daÄ im Rahmen des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) Voraussetzungen und Umfang der SachaufklÄrungspflicht aus verfassungsrechtlichen GrÄnden anders zu bestimmen seien, als die stÄndige Rechtsprechung dies allgemein annimmt. Einer solchen Vorstellung stÄnde gerade die Verfassung entgegen, weil auch frÄhere Arbeitnehmer bei der Mitwirkung zur SachaufklÄrung wegen ihrer Verfassungsrechte ([Art 2 Abs 2 Satz 1 Grundgesetz](#)) nicht unverhÄltnismÄÄig in Anspruch genommen werden dÄrfen. Dem hat der Gesetzgeber mit der Regelung des [Â§ 128 Abs 8 Satz 2 AFG](#) Rechnung getragen. Das ErstattungsverhÄltnis erweist sich verfahrensrechtlich als ein mehrpoliges VerwaltungsrechtsverhÄltnis, bei dessen Regelung der Gesetzgeber â anders als die KlÄgerin â nicht auf die Interessen eines Beteiligten fixiert sein darf. Verfassungsrechtlich muÄ das Verfahrensrecht einen "gerechten Ausgleich kollidierender Privatinteressen" (Schmidt-AÄmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee â Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, 301 f uÄ) sicherstellen, der verhindert, daÄ ein frÄherer 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 ä¼¼ wie das LSG ausgefÄ¼hrt hat ä¼¼ 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 gefÄ¼hrtet 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 AnlaÄ¼ noch eine hinreichende Rechtsgrundlage. Zur Beratung oder Hinweisen bestand nach dem Vorbringen der KlÄ¼gerin im Verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren kein AnlaÄ¼.

5.2 Der Befreiungstatbestand des [Ä§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) setzt die GefÄ¼hrdung der verbleibenden ArbeitsplÄ¼tze durch die Erstattung voraus. Es macht daher eine Prognose Ä¼ber solche mÄ¼gliche Auswirkung der Inanspruchnahme des Arbeitgebers mit Erstattungsforderungen fÄ¼r die verbleibenden ArbeitsplÄ¼tze notwendig. Das ist der MaÄ¼stab, nach welchem wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Arbeitgebern Rechnung zu tragen ist; der "Grad der ExistenzgefÄ¼hrdung" wird nicht vorausgesetzt (BegrÄ¼ndung 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 BefreiungsgrÄ¼nde stÄ¼tzen (BT-Drucks aaO). Die Aufgabe der BA, das Vorbringen in tatsÄ¼chlicher und rechtlicher Hinsicht zu wÄ¼rdigen, soll sie nicht ersetzen. Sie ist daher nicht bindend. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafÄ¼r, daÄ¼ eine Vermutung fÄ¼r die Richtigkeit und VollstÄ¼ndigkeit der Stellungnahme sprechen kÄ¼nnte. Mit Recht hat das LSG deshalb die "Gutachterliche Stellungnahme" der Deutschen Treuhand-Gesellschaft vom 18. August 1995 als Sachvortrag der KlÄ¼gerin gewÄ¼rdigt.

Die Unsicherheit einer Prognoseentscheidung ist in Kauf zu nehmen, weil sie fÄ¼r den Arbeitgeber Kalkulationsgrundlagen erÄ¼ffnet, die fÄ¼r seine unternehmerischen Entscheidungen bedeutsam sein kÄ¼nnen. Die Richtigkeit einer Prognose hÄ¼ngt grundsÄ¼tzlich nicht davon ab, ob sie durch die weitere wirtschaftliche Entwicklung bestÄ¼tigt wird. Aus diesem Grunde ist der maÄ¼gebliche Zeitpunkt fÄ¼r die Prognoseentscheidung wichtig. Da [Ä§ 128 AFG](#) eine ErmÄ¼chtigungsgrundlage fÄ¼r Teilentscheidungen iS von Grundlagen- oder Befreiungsbescheiden nicht zu entnehmen ist (aA KreÄ¼el NZA 1994, 924, 930), ErstattungsbetrÄ¼ge nach [Ä§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) vierteljÄ¼hrlich fÄ¼llig werden und allein die aktuelle Zahlungsverpflichtung eine GefÄ¼hrdung verursachen kann,



---

ist der Zeitpunkt f¼r 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 â Stand Juli 1999), das heißt hier f¼r Januar, April, Juli, Oktober 1995 und Januar 1996. Macht der Arbeitgeber erst später mit einer fachkundigen Stellungnahme geltend, die Erstattung geführt die nach dem Personalabbau verbleibenden Arbeitsplätze, ist eine nachträgliche Prognose erforderlich. Die Ansicht des LSG, f¼r eine Prognoseentscheidung sei im vorliegenden Fall kein Raum, weil die Klägerin den Befreiungstatbestand des [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) erst zum Ende des Erstattungszeitraums im Jahre 1995 geltend gemacht habe, trifft nicht zu. F¼r 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 schliet die bestätigende oder bekrtigende Berücksichtigung weiterer Entwicklungen nicht aus (vgl etwa: [BSGE 70, 226, 228 = SozR 3-4100 Â§ 45 Nr 2](#) mwN; [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. F¼r die Beurteilung, ob durch die mit der Maßnahme zur Personalanpassung ausgelösten Erstattungsforderungen weitere, von der Maßnahme nicht betroffene Arbeitsplätze geführt 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 f¼r die jeweils maßgeblichen Flligkeitszeitpunkte 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 f¼r 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 geführt. Die tatsächliche Feststellung des LSG, wonach die Klägerin jährlich mindestens 20 Mio DM an das herrschende Unternehmen abgeführt 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 f¼r die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze sein sollten. Auch aus der Rechtsprechung des 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 f¼r 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 ausgeübt 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 abgeführt worden waren. Möglich war der Klägerin die Abführung 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](#).

Erstellt am: 17.08.2003

Zuletzt verändert am: 20.12.2024