

---

-

## 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 4073/97
Datum	15.12.1999

### 3. Instanz

Datum	02.11.2000
-------	------------

Die Revision der KlÄgerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-WÄ¼rttemberg vom 15. Dezember 1999 â [L 3 AL 4073/97](#) 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 46.020,94 DM, die der frÄ¼here Mitarbeiter der KlÄgerin G. (G.) vom 24. Januar bis 31. Oktober 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.

---

Bei der KlÄgerin war von 1965 bis zum 31. Oktober 1994 der am 2. Januar 1935 geborene G. zuletzt als Referent mit einem Entgelt von brutto 10. 279,00 DM monatlich beschÄftigt. Das BeschÄftigungsverhÄltnis endete durch Aufhebungsvertrag vom 9. MÄrz 1994 zum 31. Oktober 1994 aus GrÄnden der Personalanpassung. G. erhielt eine Abfindung von 76.000,00 DM. Er meldete sich zum 1. November 1994 arbeitslos und bestÄtigte, das Merkblatt fÄr 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 G. â

Nach Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Alg) wegen einer Sperrzeit und der Abfindung bis zum 23. Januar 1995 bewilligte die BA Alg ab 24. Januar 1995 unter den erleichterten Voraussetzungen des Â§ 105c ArbeitsfÄrderungsgesetz (AFG). Die BA bemaÄ das Alg nach einem wÄhentlichen Arbeitsentgelt von brutto 1.820,00 DM, Leistungsgruppe C und dem erhÄhten Leistungssatz ab 24. Januar 1995 mit wÄhentlich 742,80 DM. Seit dem 1. November 1995 bezieht G. Altersrente.

Die BA hÄrte die KlÄgerin zum Grund des Erstattungsanspruchs an und erlieÄ am 26. Juni 1995 einen Grundlagenbescheid, mit dem sie die KlÄgerin zur Erstattung der fÄr G. erbrachten Leistungen ab 24. Januar 1995 fÄr 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 fÄr eine unverhÄltnismÄÄige Inanspruchnahme der KlÄgerin nicht getroffen. Ihre SachaufklÄrung sei lÄckenhaft und unzureichend, so daÄ sie den Anspruch der KlÄgerin auf rechtliches GehÄr verletze. Die Vorkehrungen der BA hÄtten sich insbesondere darauf zu erstrecken, daÄ der Arbeitslose seiner Mitwirkungspflicht bei der SachaufklÄrung und seiner Verpflichtung, die Arbeitslosigkeit zu Äberwinden, nachkomme. Verfassungswidrig sei auch, daÄ [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 gefaÄt. Die BA wies den Rechtsbehelf durch Widerspruchsbescheid vom 21. Juli 1995 zurÄck.

Im Klageverfahren hat die BA den Erstattungsbescheid vom 26. September 1995 gestÄtzt auf den Grundlagenbescheid vom 26. Juni 1995 erlassen und die Erstattung von Leistungen in HÄhe von insgesamt 46.459,56 DM geltend gemacht.

Die KlÄgerin hat am 28. August 1995 fÄr 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 â WirtschaftsprÄfungsgesellschaft â vom 18. August 1995 vorgelegt. Wegen 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 [Ã§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) unzumutbar, weil sie die verbliebenen ArbeitsplÃ¤tze gefÃ¤hrde. SondereinflÃsse (AuflÃsung 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 [Ã§ 16](#) des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG), einer finanziellen und wirtschaftlichen GesamtwÃ¼rdigung und des quantitativen Personalabbaus nach [Ã§ 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, SondereinflÃsse auÃer Betracht zu lassen. Auch sie beeinflÃ¼ten die LeistungsfÃhigkeit des Unternehmens und seien in die Gewinn- und Verlustrechnung einzubeziehen. SubstanzgefÃ¤hrend 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 JahresÃ¼berschÃsse 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 G. 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 G. nochmals wegen EinschrÃ¤nkungen seiner gesundheitlichen LeistungsfÃhigkeit seit der Arbeitslosigkeit angeschrieben und die KlÃ¤gerin zu Grund und HÃ¶he der Erstattung angehÃ¶rt. Sie hat den Erstattungsbescheid vom 26. September 1995 durch den Erstattungsbescheid vom 29. Oktober 1998 ersetzt, mit dem sie die Erstattung von 46.020,94 DM (Alg: 29.835,80 DM, KrankenversicherungsbeitrÃ¤ge: 5.307,30 DM und RentenversicherungsbeitrÃ¤ge: 10.877,84 DM) verlangt hat. Dem Bescheid hat sie BerechnungsbÃ¼lgen, aus denen die BetrÃ¤ge sich im einzelnen ergeben, beigefÃ¼gt.

Die KlÃ¤gerin hat im Berufungsverfahren ebenso vorgetragen wie in dem erwÃ¤hnten Parallelverfahren gleichen Rubrums [B 11 AL 7/00 R](#) -.

---

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Klage gegen den Bescheid des Arbeitsamts Konstanz vom 29. 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 G., die Sozialleistungsansprüche iS des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) begründen könnten, seien nicht zu erkennen. 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 gerade die Erstattungsforderungen für 1995 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 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 vermisst. 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 G. nicht nachgegangen sei. Es habe sich mit dessen Angaben begnügt und sei damit den vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geforderten Vorkehrungen nicht nachgekommen.

Die Klägerin beantragt (sinngemäß),

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. Dezember 1999 [â L 3 AL 4073/97 â](#) und den Bescheid des Arbeitsamts Konstanz vom 29. Oktober 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

---

die Revision zur<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ckzuweisen.

Sie f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrt aus, die Revision mache nicht deutlich, inwiefern der von ihr f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r ma<sup>1</sup>/<sub>4</sub>geblich gehaltene Zeitpunkt f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r die Prognose im vorliegenden Fall zu abweichenden Ergebnissen f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hre. Die wirtschaftliche Lage der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin in den Jahren 1992 bis 1996 weise keine Br<sup>1</sup>/<sub>4</sub>che auf. Die Darlegungen der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin machten nicht deutlich, inwiefern gerade die Erstattungsforderung zu einer Gef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xhrdung der verbleibenden Arbeitspl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tze gef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrt habe. Bei der Prognose k<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nnne auch die tats<sup>1</sup>/<sub>4</sub>chliche wirtschaftliche Entwicklung best<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tigend oder entkr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ftend herangezogen werden. Nur unvorhersehbare Ver<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nderungen der Rahmenbedingungen h<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tten au<sup>1</sup>/<sub>4</sub>er Betracht zu bleiben. Das LSG habe den Nachweis einer Gef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xhrdung nicht als gef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrt angesehen, weil die Stellungnahme nicht einmal die H<sup>1</sup>/<sub>4</sub>he der Erstattungsforderungen ausweise und im <sup>1</sup>/<sub>4</sub>brigen in den Jahren 1993 bis 1995 von der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin Gewinne abgef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrt worden seien, die um ein Vielfaches <sup>1</sup>/<sub>4</sub>ber den geltend gemachten <sup>1</sup>/<sub>4</sub> und im <sup>1</sup>/<sub>4</sub>brigen auch bezahlten <sup>1</sup>/<sub>4</sub> Erstattungsforderungen gelegen h<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tten. Bei der Beurteilung sei nicht auf das operative Ergebnis allein abzustellen, sondern auch au<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ergew<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hnliche Ertr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xge seien in die Beurteilung der Leistungsf<sup>1</sup>/<sub>4</sub>higkeit des Unternehmens einzubeziehen. <sup>1</sup>/<sub>4</sub>ber die Darlegungen und Nachweise der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin hinaus habe die BA zu [Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) eigenst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndige Ermittlungen nicht anzustellen. Auch zu den tats<sup>1</sup>/<sub>4</sub>chlichen Voraussetzungen anderweitiger Sozialleistungsanspr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>che von G. habe das LSG keine Ermittlungen durchf<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hren m<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ssen, weil dazu kein Anhaltspunkt bestanden habe.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne m<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndliche Verhandlung einverstanden erkl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rt.

II

Die Revision der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin ist nicht begr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndet; 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 29. Oktober 1998. Mit diesem Bescheid hat die BA nicht nur den rechtswidrigen Grundlagenbescheid vom 26. Juni 1995 und den Erstattungsbescheid vom 26. September 1995, sondern auch den Bescheid vom 27. September 1995 ersetzt. Die dagegen gerichteten formalen Einw<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nde der Revision k<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nnen nicht <sup>1</sup>/<sub>4</sub>berzeugen. Die Ersetzung eines wegen Verletzung der Anh<sup>1</sup>/<sub>4</sub>lungspflicht rechtswidrigen Verwaltungsakts durch einen rechtm<sup>1</sup>/<sub>4</sub>igen Verwaltungsakt w<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrend des Gerichtsverfahrens ist nicht zu beanstanden ([BSGE 75, 159](#), 164 = [SozR 3-1300 Â§ 41 Nr 7](#)).

2. Zutreffend hat das LSG f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r den fr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>heren Arbeitnehmer G. der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>xgerin die Erstattungs Voraussetzungen nach dem Leistungsbezug vom 24. Januar bis 31. Oktober 1995 bejaht. Nach [Â§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur <sup>1</sup>/<sub>4</sub>nderung der F<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rdungsvoraussetzungen 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 2. Januar 1935 geborene G. hat von 1965 an bis zum 31. Oktober 1994 durchgehend bei der Klägerin beitragspflichtig gearbeitet. Er hatte mithin zu Beginn des Erstattungszeitraums am 24. Januar 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 1935 geborene G. ist am 1. November 1994 arbeitslos geworden. Die auf den Angaben von G. beruhende tatsächliche Feststellung des LSG, ihm habe im Erstattungszeitraum vom 24. Januar bis 31. Oktober 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 über Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit von G. und entsprechenden anderweitigen Sozialleistungsansprüchen hätte veranlassen müssen. 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 knüpft, daß dem Arbeitsamt Umstände in der Person des Arbeitslosen bekannt sind, die für das Entstehen oder den Wegfall der Erstattungspflicht von Bedeutung sind.

---

Ausdrücklich schließt damit das Gesetz die Inanspruchnahme von Arbeitslosen für die Ermittlung von Tatsachen ins Blaue hinein aus. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Urteil des Senats vom 21. September 2000 [B 11 AL 7/00 R](#) [â](#) Bezug genommen.

4. Die erörterte 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. Für 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, daß die entsprechenden Ausführungen des BVerfG aaO 199 auf Vorgängerregelungen des [Â§ 128 AFG](#) gemäht sind, die in 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 früheren 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 Sozialleistungsansprüche im Rahmen der Amtsermittlung ([Â§ 20 SGB X](#), [Â§ 103 SGG](#)) auferlegt und damit "geeignete Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers" getroffen (vgl Begründung des Regierungsentwurfs [BT-Drucks 12/3211 S 26](#)).

Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich dem Urteil des BVerfG nicht entnehmen, daß im Rahmen des [Â§ 128 Abs 1 Satz 2 AFG](#) Voraussetzungen und Umfang der Sachaufklärungspflicht aus verfassungsrechtlichen Gründen anders zu bestimmen seien, als die ständige Rechtsprechung dies allgemein annimmt. Einer solchen Vorstellung stände gerade die Verfassung entgegen, weil auch frühere Arbeitnehmer bei der Mitwirkung zur Sachaufklärung wegen ihrer Verfassungsrechte ([Art 2 Abs 2 Satz 1 Grundgesetz](#)) nicht unverhältnismäßig in Anspruch genommen werden dürfen. 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 muß das Verfahrensrecht einen "gerechten Ausgleich kollidierender Privatinteressen" (Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee [â](#) Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, 301 f uÄ) sicherstellen, der verhindert, daß ein früherer Arbeitnehmer zum Objekt des Verfahrens wird. Auch dieser Gesichtspunkt steht einer weitergehenden Inanspruchnahme von Verfassungsrechten durch die Klägerin entgegen, als sie in [Â§ 128 Abs 1 Satz 2](#) (1. Alternative) AFG konkretisiert sind.

5. Die Klägerin hat [â](#) wie das LSG ausgeführt hat [â](#) auch nicht dargelegt und nachgewiesen, die Erstattung bedeute für sie eine unzumutbare Belastung, weil durch diese der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet seien ([Â§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#)).

---

5.1 Auch im Rahmen dieses Befreiungstatbestandes liegt die Wardigung der Darlegungen und Nachweise im tatsachlichen Bereich, die den Tatsachengerichten vorbehalten ist. Das Revisionsgericht hat insoweit nur zu prafen, ob das LSG von zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und die Denkgesetze gewahrt hat. Allerdings gilt hier nicht der Untersuchungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz. Fur uber die Beratungs- und Hinweispflicht hinausgehende Initiativen zur Sachaufklärung bestehen im Rahmen des [ 128 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 AFG](#) weder Anlaß noch eine hinreichende Rechtsgrundlage. Zur Beratung oder Hinweisen bestand nach dem Vorbringen der Klägerin im Verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren kein Anlaß.

5.2 Der Befreiungstatbestand des [ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) setzt die Gefährdung der verbleibenden Arbeitsplätze durch die Erstattung voraus. Es macht daher eine Prognose über solche mögliche Auswirkung der Inanspruchnahme des Arbeitgebers mit Erstattungsforderungen fur die verbleibenden Arbeitsplätze 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 tatsachlicher und rechtlicher Hinsicht zu würdigen, soll sie nicht ersetzen. Sie ist daher nicht bindend. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafur, daß eine Vermutung fur die Richtigkeit und Vollständigkeit der Stellungnahme 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 fur den Arbeitgeber Kalkulationsgrundlagen eröffnet, die fur 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 fur die Prognoseentscheidung wichtig. Da [ 128 AFG](#) eine Ermächtigungsgrundlage fur Teilentscheidungen iS von Grundlagen- oder Befreiungsbescheiden nicht zu entnehmen ist (aA Kreel NZA 1994, 924, 930), Erstattungsbeträge nach [ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) vierteljährlich fallig werden und allein die aktuelle Zahlungsverpflichtung eine Gefährdung verursachen kann, ist der Zeitpunkt fur die Prognose maßgeblich, in dem der jeweilige Erstattungsbetrag zu erheben ist (vgl Gagel, AFG,  128 RdNr 239; ders, Sozialgesetzbuch III,  147a RdNr 220 â Stand Juli 1999), das heißt April 1995, Juli 1995 und Oktober 1995. 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, fur eine Prognoseentscheidung sei im vorliegenden Fall kein Raum, weil die Klägerin den Befreiungstatbestand des [ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#) erst nach Ablauf des Erstattungszeitraums im Jahre 1995 geltend gemacht habe, trifft nicht zu. Fur 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; [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 Falligkeitszeitpunkte 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. 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 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