

Bundessozialgericht
Urt. v. 21.09.2000, Az.: B 11 AL 7/00 R

Arbeitslosengeld: Nur bei unzumutbarer Belastung keine Erstattung

Arbeitgeber, die ältere Mitarbeiter unter Zahlung einer Abfindung entlassen, müssen der Arbeitsagentur das gezahlte Arbeitslosengeld erstatten — es sei denn, die Zahlung bedeute für sie eine unzumutbare Belastung, durch die „der Fortbestand des Unternehmens“ gefährdet würde.

Quelle: Wolfgang Büser

**Arbeitslosigkeit; Leistungen; Erstattung; Bundesanstalt für Arbeit; Sachaufklärung;
Verfassungswidrigkeit; Substanzgefährdung; Treuhand; Arbeitsplätze ; Amtsermittlungspflicht**

Gericht: BSG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 21.09.2000

Referenz: JurionRS 2000, 22530

Aktenzeichen: B 11 AL 7/00 R

ECLI: [keine Angabe]

Rechtsgrundlage:

§ 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG

Fundstellen:

BSGE 87, 132 - 143

AuS 2000, 61

FA 2001, 95

FAr 2001, 95

NZS 2001, 392

SGb 2000, 623

ZfS 2003, LIII Heft 7 (amtl. Leitsatz)

BSG, 21.09.2000 - B 11 AL 7/00 R

Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. November 1999 - L 3 AL 4215/97 - wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe

1 I.

Der Rechtsstreit betrifft die Erstattung von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit (einschließlich Versicherungsbeiträgen) in Höhe von insgesamt 52.998,48 DM, die der frühere Mitarbeiter der Klägerin F. vom 25. Oktober 1993 bis 30. Juni 1995 von der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) bezogen hat.

- 2 Die Klägerin stellt schwere Dieselmotoren für Schifffahrt, Eisenbahn, Schwerfahrzeuge und Energieversorgung her. Sie ist seit 1995 ein Tochterunternehmen der D. AG. Mit der M. München bestand seit Januar 1992 ein Ergebnisabführungsvertrag, die D. AG ist mit Wirkung vom 1. Januar 1995 dem Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag beigetreten.
- 3 Bei der Klägerin war von 1955 bis zum 31. Juli 1993 der am 18. Juni 1935 geborene, verheiratete F. zuletzt als Prüfstandsmonteur mit einem Entgelt von brutto 12.643,37 DM für Mai bis Juli 1993 bei 468 Arbeitsstunden und einer regelmäßigen tariflichen Wochenarbeitszeit von 36 Stunden beschäftigt. Das Beschäftigungsverhältnis endete durch Aufhebungsvertrag vom 30. März 1993 zum 31. Juli 1993 aus Gründen der Personalanpassung. F. erhielt eine Abfindung von 37.562,00 DM. Er meldete sich zum 1. August 1993 arbeitslos und bestätigte, das Merkblatt für 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, Übergangsgeld, Rente wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit beziehe oder beantragt habe, verneinte F.
- 4 Nach Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Alg) wegen einer Sperrzeit und der Abfindung bis zum 24. Oktober 1993 bewilligte die BA Alg ab 25. Oktober 1993 unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Die BA bemmaß das Alg nach einem wöchentlichen Arbeitsentgelt von brutto 970,00 DM, Leistungsgruppe C und dem allgemeinen Leistungssatz ab 25. Oktober 1993 mit wöchentlich 425,40 DM, ab 1. Januar 1994 (neue Leistungsverordnung) 398,40 DM, ab 3. August 1994 (Dynamisierung) 408,60 DM und ab 2. Januar 1995 (neue Leistungsverordnung) mit 402,60 DM. Seit dem 1. Juli 1995 bezieht F. Altersrente.
- 5 Die BA hörte die Klägerin zum Grund des Erstattungsanspruchs an und erließ am 28. Juli 1994 einen Grundlagenbescheid, mit dem sie die Klägerin zur Erstattung der für F. erbrachten Leistungen ab 25. Oktober 1993 für längstens 624 Tage verpflichtete. Sie führte aus, Umstände, die nach § 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 § 128 AFG geltend. Die BA habe auch geeignete Vorkehrungen für eine unverhältnismäßige Inanspruchnahme der Klägerin nicht getroffen. Ihre Sachaufklärung sei lückenhaft und unzureichend, so daß sie den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör 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 überwinden, nachkomme. Verfassungswidrig sei auch, daß § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG die Kündigung aus wichtigem Grund, nicht aber gleichliegende Aufhebungsverträge erfasse. Auch die Härteklausele des § 128 Abs 2 Nr 1 AFG sei verfassungswidrig zu eng gefaßt. Die BA wies den Rechtsbehelf durch Widerspruchsbescheid vom 6. September 1994 zurück.
- 6 Danach hat die BA Erstattungsbescheide vom 8. September 1994 (für die Zeit vom 25. Oktober 1993 bis 19. Juli 1994), vom 2. Dezember 1994 (für die Zeit vom 20. Juli bis 22. November 1994), vom 7. Juli 1995 (für die Zeit vom 23. November 1994 bis 6. Juni 1995) und vom 28. August 1995 (für die Zeit vom 7. bis 30. Juni 1995) gestützt auf den Grundlagenbescheid vom 28. Juli 1994 erlassen und die Erstattung von Leistungen in Höhe von insgesamt 52.998,48 DM geltend gemacht.
- 7 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 KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft AG - Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - vom 18. August 1995 vorgelegt. Diese Stellungnahme geht von folgenden Daten aus:
- 8 Umsatz 1992 1993 1994 1995 1996
- 9 in Mio DM 1.302 1.159 1.276 1.337 1.491

- 10 Veränderung zum Vorjahr (abs.) ./ 41 ./ 143 117 61 154
- 11 Veränderung zum Vorjahr (in %) ./ 3 % ./ 11 % 10 % 5% 12 %
- 12 Auftragsbestand
- 13 in Mio DM 949 1.218 1.244 1.219 1.210
- 14 Veränderung zum Vorjahr (abs.) ./ 122 269 26 ./ 25 ./ 9
- 15 Veränderung zum Vorjahr (in %) ./ 11 % 28 % 2 % ./ 2 % ./ 1 %
- 16 Auftragseingang
- 17 in Mio DM 1.180 1.428 1.302 1.328 1.482
- 18 Veränderung zum Vorjahr (abs.) ./ 33 248 ./ 126 26 154
- 19 Veränderung zum Vorjahr (in %) ./ 3 % 21 % ./ 9 % 2 % 12 %
- 20 Ergebnis (vor Ergebnisübernahme
- 21 durch M.
- 22 München GmbH; ab 1995
- 23 D. AG)
- 24 in Mio DM 20 40* 20 20 20
- 25 *: Hauptsächlich aus steuerlichen Gründen sei aus den vororganschaftlichen Gewinnrücklagen (Gewinnrücklagen aus der Zeit vor dem Abschluß des Ergebnisabführungsvertrages mit dem Mehrheitsgesellschafter) ein Betrag von 36,493 Mio DM zuzüglich damit verbundener Körperschaftsteuerminderung von 19,922 Mio DM als Bilanzgewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet worden.
- 26 Beschäftigte (31.12.) 5.655 5.437 5.091 4.932 4.841
- 27 Veränderung zum Vorjahr (abs.) ./ 359 ./ 218 ./ 346 ./ 159 ./ 91
- 28 Veränderung zum Vorjahr (in %) ./ 6 % ./ 4 % ./ 6 % ./ 3 % ./ 2 %
- 29 Im übrigen kommt die Stellungnahme zu dem Ergebnis, die Erstattung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit früherer 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 § 16 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG), einer finanziellen und wirtschaftlichen Gesamtwürdigung und des quantitativen Personalabbaus nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG aF.

- 30** 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 früherer Arbeitnehmer nur sein, wenn sie den erwarteten Gewinn im laufenden Geschäftsjahr ganz oder nahezu aufzehren. Die Gewinn- und Verlustrechnungen für die Geschäftsjahre 1993 und 1994 wiesen Jahresüberschüsse aus, die es erlaubten, die für diese Geschäftsjahre fälligen Erstattungsbelastungen ohne Gefährdung der Unternehmenssubstanz zu tragen. Allein durch die Erstattungsforderungen sei der Verlust weiterer Arbeitsplätze nicht zu befürchten gewesen.
- 31** Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen, auf die wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, ist ua ausgeführt, Anhaltspunkte für anderweitige Sozialleistungsansprüche von F. 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. Zwar sei eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung durch Erstattungsforderungen schon unterhalb einer Existenzgefährdung denkbar. Ein entsprechender Nachweis sei aber durch die Vorlage einer fachkundigen Stelle nicht erbracht. Das Gutachten der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft sei mangelhaft. Es berücksichtige die Umstände zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Klägerin nicht vollständig. Die Klägerin sei ein gesundes Unternehmen, welches jährlich beachtliche Erträge an beherrschende Unternehmen abzuführen imstande gewesen sei. Solange dies möglich sei, treffe die Klägerin eine besondere Verantwortung für die Arbeitslosigkeit langjähriger älterer Arbeitnehmer unabhängig davon, ob die zur Verfügung stehenden Gewinne aus anderen Quellen als dem operativen Geschäft stammten.
- 32** Im Berufungsverfahren hat die BA den F. wegen etwaiger Veränderungen seines Gesundheitszustandes seit der Arbeitslosmeldung angeschrieben und die Klägerin nochmals zu Grund und Höhe der Erstattung angehört. Sie hat die Erstattungsbescheide vom 8. September 1994, 2. Dezember 1994, 7. Juli 1995 und 28. August 1995 durch den Erstattungsbescheid vom 7. Oktober 1998 ersetzt, mit dem sie die Erstattung von 52.998,48 DM (Alg: 35.591,20 DM, Krankenversicherungsbeiträge: 8.797,78 DM und Rentenversicherungsbeiträge: 8.609,50 DM) verlangt hat. Dem Bescheid hat sie Berechnungsbögen, aus denen die Beträge sich im einzelnen ergeben, beigelegt.
- 33** Die Klägerin hat im Berufungsverfahren vorgetragen, maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung, ob eine unzumutbare Belastung vorliege, sei ausschließlich das Jahr des Ausscheidens des Arbeitnehmers, hier also 1993. Für dieses Jahr sei die Substanzgefährdung anhand des von der BA in ihrer Dienstanweisung angeführten § 16 BetrAVG und des Urteils des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 28. April 1992 eindeutig belegt. Es sei nicht Aufgabe einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die Frage nach der besonderen Verantwortung der Klägerin für den Eintritt der Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer zu beantworten. Sie habe eine betriebswirtschaftliche Prüfung vorzunehmen und diese habe sie auch vorgenommen. Als unabhängige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft habe sie ihre Stellungnahme unbefangen und unparteilich abgegeben. Der Gesetzgeber sei erkennbar davon ausgegangen, daß die Aussagen eines solchen Gutachtens als wahr zu unterstellen seien und an die Erschütterung ihrer Aussagen durch die Arbeitsverwaltung erhebliche Anforderungen zu stellen seien. Maßgebend für die Rentabilität eines Betriebes und damit den Erhalt von Arbeitsplätzen sei die Gewinn- und Verlustrechnung aus der operativen Tätigkeit des Unternehmens. Träten hier Verluste ein, müsse der Arbeitgeber zur Sanierung des verlustbringenden Bereichs Arbeitsplätze abbauen. Dies gelte jedenfalls, wenn anderweitige Kompensationsmöglichkeiten nicht zur Verfügung ständen. Der Ansicht des SG, sog unternehmerische Entscheidungen im betriebswirtschaftlichen Sinne ließen sich nicht rational ableiten, sei entgegenzutreten. Die im Gutachten dargestellte Notwendigkeit weiteren Personalabbaus aufgrund der Erstattungsverpflichtung entspreche betriebswirtschaftlichem Sachverstand. Wolle das Gericht davon abweichen, bedürfe es eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens. Gerade im Jahr 1993 sei kein Jahresüberschuß erwirtschaftet worden, sondern ein Verlust von 134,003 Mio DM aus dem operativen Geschäft zu verzeichnen

gewesen. Die Erstattungsforderungen der Klägerin im Jahre 1993 1,324 Mio DM, 1994 8,796 Mio DM und 1995 1,498 Mio DM hätten mithin nicht aus Jahresüberschüssen erbracht werden können. Der ausgewiesene Bilanzüberschuß habe sich lediglich aus der Berücksichtigung von Sondereinflüssen ergeben. Diese nicht wiederholbaren Gewinnerhöhungen hätten das Ergebnis um 94,320 Mio DM erhöht, hinzukomme die Auflösung einer nicht benötigten Rückstellung von Auftragsrisiken in Höhe von 124,479 Mio DM. Die Bilanzposition Eigenkapital sei 1993 um 36,5 Mio DM vermindert worden. Der Jahresfehlbetrag und der Rückgang des Eigenkapitals seien typische Fälle, in denen Erstattungsleistungen zu einer Gefährdung der nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze führe. Hinzukomme noch die ungünstige Absatzsituation, der Rückgang des Marktvolumens mit entsprechend rückläufigem Umsatz. Im übrigen fehle es an einer ausreichenden Amtsermittlung zu anderweitigen Sozialleistungen des F. Die BA habe nicht die "besonderen Vorkehrungen" getroffen, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 1990 als Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit von Erstattungen gefordert habe.

- 34** Die BA hat daran festgehalten, daß der Klägerin der Nachweis des geltend gemachten Befreiungstatbestandes nicht gelungen sei. Die angeblich singulären Ereignisse für das Firmenergebnis im Geschäftsjahr 1993 habe sie im übrigen gleichermaßen für die Geschäftsjahre 1992 und 1994 angeführt. Es sei nicht zutreffend, daß nur die Ergebnisse des operativen Geschäfts für die Beurteilung des Befreiungstatbestandes maßgebend seien. Vielmehr seien alle Ergebnisse zu berücksichtigen, die in die Gewinn- und Verlustrechnung Eingang fänden. Es bleibe auch unklar, inwiefern die singulären Ereignisse für das Geschäftsjahr 1993 außerhalb der Gesamtwürdigung bleiben sollten. Deshalb sei bei einer Erstattungssumme von 743.413,03 DM für 21 Erstattungsfälle im Geschäftsjahr 1993 der im Gutachten genannte Unternehmensgewinn nicht aufgezehrt worden. Die Unternehmenssubstanz werde demnach durch die Erstattungsforderung nicht beeinträchtigt.
- 35** 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 § 128 Abs 1 Satz 1 AFG festgestellt und weiter ausgeführt, Anhaltspunkte für gesundheitliche Einschränkungen der Leistungsfähigkeit von F., die Sozialleistungsansprüche iS des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG begründen könnten, seien nicht im Ansatz zu erkennen. Den Befreiungstatbestand des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG habe die Klägerin mit der Stellungnahme der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft nicht dargelegt und bewiesen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung sei die jeweilige Fälligkeit des Erstattungsanspruchs, der sich auf Vierteljahreszeiträume beziehe. Da die BA aber wegen der Darlegungslast der Klägerin den Befreiungstatbestand erst nach Vorlage der gesetzlich geforderten Stellungnahme einer fachkundigen Stelle beurteilen könne, bedeute dies im vorliegenden Falle, daß die Gefährdung von Arbeitsplätzen für den gesamten Erstattungszeitraum von Oktober 1993 bis Juni 1995 zu beurteilen sei. Im vorliegenden Zeitraum sei für die an sich anzustellende Prognose kein Raum, weil der Erstattungszeitraum bei Vorlage der fachkundigen Stellungnahme bereits abgelaufen gewesen sei. Die Klägerin habe mit der Stellungnahme der KPMG Deutschen Treuhand-Gesellschaft nicht nachgewiesen, daß gerade die Erstattungsforderung die Gefahr für den Abbau weiterer Arbeitsplätze begründet habe. Zwar möge jene Stellungnahme betriebswirtschaftlich eine Gefährdung der verbliebenen Arbeitsplätze belegen, für die Beurteilung des Befreiungstatbestandes nach § 128 Abs 2 Nr 2 AFG sei aber zu berücksichtigen, daß die Klägerin in den Jahren 1993 bis 1995 jeweils Gewinne abgeführt habe, die ein Vielfaches über den geltend gemachten Erstattungsforderungen gelegen hätten. Solange ein Gewinn von jährlich mindestens 20 Mio DM an das herrschende Unternehmen abgeführt werde, sei nicht zu begründen, daß eine Erstattungsforderung von 743.413,03 DM, wie die BA, oder von 932.683,84 DM oder 1,124 Mio DM für 1993, wie die Klägerin behaupte, für die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze verantwortlich zu machen seien. Hinter diesen Daten träten alle betriebswirtschaftlichen Argumentationen der Klägerin und der fachkundigen Stelle zurück. Dazu bedürfe das LSG keiner weiteren Sachverständigenhilfe. Im übrigen sei bei der Beurteilung zu berücksichtigen gewesen, daß die Klägerin die Erstattungsforderungen in den Vorjahren regelmäßig bezahlt habe.
- 36** Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG und die Verletzung der Amtsermittlungspflicht sowie die Behandlung des Bescheids vom 27.

September 1995, durch den die BA die Befreiung der Klägerin von der Erstattungspflicht abgelehnt hat. Die Klägerin trägt vor, 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. Das Jahresergebnis 1993 sei beispielsweise durch Kurzarbeit mit 24 Mio DM und Kürzung des Weihnachtsgeldes um 5 Mio DM entlastet worden. Für 1994 seien für laufende substanzerhaltende Maßnahmen lediglich 81 Mio DM aufgewendet worden, obwohl zur ordnungsgemäßen Erhaltung der Substanz 98 Mio DM erforderlich gewesen wären. Nach der Rechtsprechung des BAG zu § 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 F. nicht nachgegangen sei. Es habe sich mit dessen Angaben begnügt und sei damit den vom BVerfG geforderten Vorkehrungen nicht nachgekommen.

- 37 Die Klägerin beantragt,
- 38 das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. November 1999 - L 3 AL 4215/97 - und den Bescheid des Arbeitsamts Ravensburg vom 7. Oktober 1998 aufzuheben.
- 39 Die Beklagte beantragt,
- 40 die Revision zurückzuweisen.
- 41 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 bestätigend 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 F. habe das LSG keine Ermittlungen durchführen müssen, weil dazu kein Anhaltspunkt bestanden habe.
- 42 II.

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

- 43** 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 28. Juli 1994 und die Erstattungsbescheide vom 8. September 1994, 2. Dezember 1994, 7. Juli 1995 und 28. August 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 Anhörungspflicht rechtswidrigen Verwaltungsakts durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt während des Gerichtsverfahrens ist nicht zu beanstanden (BSGE 75, 159, 164 = SozR 3-1300 § 41 Nr 7). Die Revision verkennt im übrigen, daß die BA mit dem Erstattungsbescheid vom 7. Oktober 1998 notwendigerweise über eine Befreiung nach § 128 Abs 2 Nr 2 AFG entschieden hat. Nachdem die Klägerin erst Ende August 1995 - nach dem Erstattungszeitraum und nach dem Erlaß der Erstattungsbescheide - die gutachtliche Stellungnahme vorgelegt und damit formgerecht geltend gemacht hatte, die Erstattung bedeute für sie eine unzumutbare Belastung, weil sie die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährde, hatte die BA bei erneuter Regelung ihres Erstattungsanspruchs auch über dieses negative Merkmal des Erstattungsanspruchs zu befinden. Im Ergebnis zutreffend hat das LSG ausgeführt, für die gesonderte Bescheidung der Darlegung und des Nachweises der Gefährdung von Arbeitsplätzen gebe es keine Rechtsgrundlage. Im übrigen ist unerfindlich, inwiefern die Entscheidung des LSG auf dem von der Klägerin beanstandeten Verfahren beruhen soll. Das LSG hat sich nämlich mit dem Vorbringen der Klägerin und der fachkundigen Stelle zu § 128 Abs 2 Nr 2 AFG eingehend auseinandergesetzt.
- 44** 2. Zutreffend hat das LSG für den früheren Arbeitnehmer F. der Klägerin die Erstattungsvoraussetzungen nach dem Leistungsbezug vom 25. Oktober 1993 bis zum 30. Juni 1995 bejaht. Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur Änderung der Förderungsvoraussetzungen 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 § 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 18. Juni 1935 geborene F. hat seit 1955 bis zum 31. Juli 1993 durchgehend bei der Klägerin beitragspflichtig gearbeitet. Er hatte mithin zu Beginn des Erstattungszeitraums am 25. Oktober 1993 das 58. Lebensjahr vollendet und auch die geforderte Beschäftigungszeit bei der Klägerin zurückgelegt. Darüber besteht auch zwischen den Beteiligten kein Streit.
- 45** 3. Auch die negativen Erstattungsvoraussetzungen des § 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 § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Der 1935 geborene F. ist am 1. August 1993 arbeitslos geworden. Die auf den Angaben von F. beruhende tatsächliche Feststellung des LSG, ihm habe im Erstattungszeitraum vom 25. Oktober 1993 bis 30. Juni 1995 keine der in § 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 (§§ 163 , 170 Abs 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse durch die Tatsacheninstanz steuert die Amtsermittlung (Friederichs ZPP 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 (§ 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 (§ 103 SGG). Der Senat hat zu § 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 § 128 Nr 5). Die Klägerin zeigt keine Anhaltspunkte auf, die das LSG zu Ermittlungen über Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit von F. und entsprechenden anderweitigen Sozialleistungsansprüchen hätte veranlassen müssen. Der Senat hat aaO auch bereits klargestellt, daß allgemeine statistische Angaben als Erfahrungssätze über Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit älterer Menschen für die Sachaufklärung im Einzelfall unergiebig sind. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß krankheitsbedingte Einschränkungen der Leistungsfähigkeit Sozialleistungsansprüche erst auslösen, wenn sie den Versicherten daran hindern, seine zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit oder eine ähnlich geartete Tätigkeit nicht mehr oder nur auf die Gefahr hin auszuüben, den Zustand zu verschlimmern - Arbeitsunfähigkeit - (BSGE 61, 66, 70 = SozR 2200 § 182 Nr 104), wenn sie eine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit oder mehr als geringfügige Einkünfte ausschließen - Erwerbsunfähigkeit -, oder wenn sie die Erwerbsfähigkeit auf weniger als die Hälfte eines gesunden Versicherten mit gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten mindern - Berufsunfähigkeit -. Es ist wenig naheliegend, daß ein Arbeitsloser trotz der Belehrungen der BA über seine Obliegenheiten den Eintritt derart schwerwiegender Erkrankungen und darauf beruhender Einschränkungen seiner gesundheitlichen Leistungsfähigkeit nach Eintritt der Arbeitslosigkeit verschweigt. Über den Gesundheitszustand ihres früheren Arbeitnehmers bis zu dessen Ausscheiden am 31. Juli 1993 hätte auch die Klägerin aufgrund von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit am Arbeitsplatz oder Fehlzeiten Angaben machen können, die gegebenenfalls Anlaß für weitere Ermittlungen hätten geben können. Schon daraus wird deutlich, daß die stereotype Behauptung der Klägerin, als frühere Arbeitgeberin könne sie zur Aufklärung der Voraussetzungen von anderweitigen Sozialleistungsansprüchen iS des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG nicht beitragen, in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft. Der Senat hat danach keinen Anlaß, von der ständigen Rechtsprechung und Lehre abzuweichen, wonach die Grenze der amtlichen Sachaufklärungspflicht ihre Grenze an der Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten findet (BSGE 81, 259, 264 = SozR 3-4100 § 128 Nr 5 mwN). Bestätigt wird diese Ansicht durch die Regelung des § 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.

- 46 Im übrigen: Selbst eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht im Verwaltungsverfahren hätte nicht die Aufhebung des Erstattungsbescheids zur Folge. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, daß Mängel der Sachaufklärung im Verwaltungsverfahren nach § 42 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Zehntes Buch - (SGB X) von den Tatsacheninstanzen zu beheben wären (BSGE 81, 259, 263 = SozR 3-4100 § 128 Nr 5). Die Anfechtungsklage kann nur Erfolg haben, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines gebundenen Verwaltungsakts nicht erfüllt sind. Der Verwaltungsrechtsschutz ist insoweit nicht nur auf "Kassation", sondern auch auf "Reformation" bei verfahrensfehlerhaften Grundlagen des angefochtenen Verwaltungsakts gerichtet (vgl Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern, in: Staatsrecht - Verfahrensrecht - Zivilrecht, 1988, 737, 744 f).
- 47 4. Die erörterte Rechtslage steht mit der Verfassung, insbesondere dem Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 (BVerfGE 81, 156 ff = SozR 3-4100 § 128 Nr 1) im Einklang. Für die Anwendung des § 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 § 128 AFG gemünzt sind, die ein dem § 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 § 1395b Abs 1 Satz 1 Reichsversicherungsordnung mit der hier anzuwendenden

Fassung des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG gefolgt. Er hat der BA die Feststellung der Voraussetzungen anderweitiger Sozialleistungsansprüche im Rahmen der Amtsermittlung (§ 20 SGB X , § 103 SGG) auferlegt und damit "geeignete Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers" getroffen (vgl Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks 12/3211 S 26).

- 48 Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich dem Urteil des BVerfG nicht entnehmen, daß im Rahmen des § 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 § 128 Abs 8 Satz 2 AFG Rechnung getragen. Das Erstattungsverhältnis erweist sich verfahrensrechtlich als ein mehrpoliges Verwaltungsrechtsverhältnis, bei dessen Regelung der Gesetzgeber - anders als die Klägerin - nicht auf die Interessen eines Beteiligten fixiert sein darf. Verfassungsrechtlich muß das Verfahrensrecht einen "gerechten Ausgleich kollidierender Privatinteressen" (Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee - Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, 301 f uö) 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 § 128 Abs 1 Satz 2 (1. Alternative) AFG konkretisiert sind.
- 49 5. Die Klägerin hat - wie das LSG ausgeführt hat - 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 (§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG).
- 50 5.1 Auch im Rahmen dieses Befreiungstatbestandes liegt die Würdigung der Darlegungen und Nachweise im tatsächlichen Bereich, die den Tatsachengerichten vorbehalten ist. Das Revisionsgericht hat insoweit nur zu prüfen, ob das LSG von zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und die Denkgesetze gewahrt hat. Allerdings gilt hier nicht der Untersuchungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz. Gegenteiliges ist auch dem Urteil des Senats vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 61/97 - nicht zu entnehmen (BSGE 81, 259, 264 = SozR 3-4100 § 128 Nr 5). Soweit der 7. Senat des BSG in seinem Urteil vom 15. Juni 2000 - B 7 AL 78/99 R - (zur Veröffentlichung vorgesehen) die Rechtsansicht äußert, das Merkmal "darlegt und nachweist" mache nicht hinreichend deutlich, daß der Gesetzgeber den Amtsermittlungsgrundsatz zugunsten des Beibringungsgrundsatzes durchbrechen wolle, so daß die Vorschrift als bloße Modifizierung des Amtsermittlungsgrundsatzes aufzufassen sei, ist der Senat nicht gehindert, seiner Entscheidung eine abweichende Rechtsansicht zugrunde zu legen. Ausdrücklich hat der 7. Senat hervorgehoben, die angesprochene Frage könne für seine Entscheidung offen bleiben. Sie gehört damit nicht zu den tragenden Gründen des Urteils. Sachlich kann die Ansicht des 7. Senats nicht überzeugen, weil der Gesetzgeber mit den prozeßtechnischen Begriffen "darlegt und nachweist" - in § 128 Abs 1 Satz 2 AFG wie in § 128 Abs 2 AFG - mit aller Deutlichkeit die Durchbrechung des Amtsermittlungsgrundsatzes zugunsten des Beibringungsgrundsatzes zum Ausdruck bringt. Dies hat auch einen Grund in der Sache, denn es handelt sich bei den Tatbeständen des § 128 Abs 1 Satz 2 wie Abs 2 AFG um solche, die sich auf betriebsinterne Vorgänge beziehen, zu denen der Arbeitgeber allein Zugang hat. Es besteht auch kein Bedürfnis, seine prozessuale Last zur Darlegung und zum Nachweis durch amtliche Sachaufklärung zu ergänzen. Für den Fall der Unschlüssigkeit seines Vorbringens hat im Verwaltungsverfahren die BA den Arbeitgeber nach § 128 Abs 7 AFG zu beraten und im sozialgerichtlichen Verfahren hat das Gericht durch den Vorsitzenden nach § 106 Abs 1 SGG darauf hinzuwirken, ungenügende Angaben tatsächlicher Art zu ergänzen. Insoweit besteht zwischen Verfahren, die dem Untersuchungsgrundsatz und solchen, die dem Beibringungsgrundsatz folgen, kein Unterschied, wie § 139 Zivilprozeßordnung zeigt. Für über 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.

- 51** 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 für 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 tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu würdigen, soll sie nicht ersetzen. Sie ist daher nicht bindend. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß eine Vermutung für 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.
- 52** 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 § 128 AFG eine Ermächtigungsgrundlage für Teilentscheidungen iS von Grundlagen- oder Befreiungsbescheiden nicht zu entnehmen ist (aA Kreßel NZA 1994, 924, 930), Erstattungsbeträge nach § 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, § 128 RdNr 239; ders, Sozialgesetzbuch III, § 147a RdNr 220 - Stand Juli 1999), das heißt hier für Januar, April, Juli, Oktober 1994 und Januar, April und Juli 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, für 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. 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 bestätigende oder bekräftigende Berücksichtigung weiterer Entwicklungen nicht aus (vgl etwa: BSGE 70, 226, 228 = SozR 3-4100 § 45 Nr 2 mwN; BAGE 83, 1, 9 f [BAG 17.04.1996 - 3 AZR 56/95] = AP Nr 35 zu § 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 ausgelösten 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 Fälligkeitszeitpunkte der Erstattungen etwas anderes ergeben könnte.
- 53** 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 § 128 Abs 2 Nr 2 AFG geforderte Nachweis noch nicht erbracht. Entscheidend für den in § 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 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 für die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze sein sollten. Auch aus der Rechtsprechung des BAG zu § 16 BetrAVG läßt sich Gegenteiliges nicht herleiten. Dabei kann dahinstehen, ob die unterschiedlichen gesetzlichen Ausgangspunkte zwingende Schlüsse zulassen. Zwar hat das BAG ausgesprochen, eine übermäßige Belastung eines Unternehmens durch die Anpassung von Betriebsrenten sei anzunehmen, "wenn es dem Unternehmen mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird, den Teuerungsausgleich aus dem Wertzuwachs des Unternehmens und dessen Erträgen in der Zeit nach dem Anpassungsstichtag aufzubringen" (BAGE 70, 137, 145 = AP Nr 24 zu § 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 [BAG 17.04.1996 - 3 AZR 56/95] = AP Nr 35 zu § 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 [BAG 17.04.1996 - 3 AZR 56/95] = AP Nr 35 zu § 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 § 16 BetrAVG). Es hat eine Überlastung 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 iS des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG können solche Sondereinflüsse entgegen der Ansicht der Revision nicht unberücksichtigt bleiben. Es wäre mit der Lenkungsfunction des § 128 AFG (BVerfGE 81, 156, 189 = SozR 3-4100 § 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.

- 54** 6. Der Höhe nach ist die Erstattungsforderung nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des LSG nicht zu beanstanden.
- 55** Die Revision der Klägerin kann nach alledem keinen Erfolg haben.
- 56** Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG .