

## **B 7 AL 29/09 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Koblenz (RPF)  
Aktenzeichen  
S 9 AL 192/06

Datum  
08.10.2008  
2. Instanz  
LSG Rheinland-Pfalz  
Aktenzeichen  
L 1 AL 103/08

Datum  
25.08.2009  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 29/09 R

Datum  
14.09.2010  
Kategorie  
Urteil

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 25. August 2009 wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I

1

Im Streit ist die Zahlung von Transferkurzarbeitergeld (Transfer-Kug) für den Monat Dezember 2005 für zwölf Arbeitnehmer.

2

Wegen eines Umsatzrückgangs von 21,3 % vereinbarte die H GmbH & Co KG (H ) mit der Klägerin den Betrieb einer Transfergesellschaft zur Vermeidung von Kündigungen und zur besseren Vermittlung von Arbeitnehmern, die unter Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bei der H ein bis zum 14.1.2006 befristetes Arbeitsverhältnis bei der Klägerin eingingen und dabei einzelvertraglich "Kurzarbeit Null" vereinbarten. Einen Betriebsrat besitzt die Klägerin nicht. Am 20.1.2005 zeigte die Klägerin der Beklagten den Arbeitsausfall ua der zwölf betroffenen, in der Transfergesellschaft (betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (beE)) zusammengefassten Arbeitnehmer an. Die in der beE vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden sei durch Einzelarbeitsvertrag auf null Stunden herabgesetzt. Die Beklagte erkannte "die in [§ 216b](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) genannten Voraussetzungen für die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld" für den Zeitraum ab 1.1.2005 bis (längstens) 31.12.2005 an (bestandskräftiger Bescheid vom 18.4.2005). Das Kug wurde auf Grund monatlicher Auszahlungsanträge bis einschließlich November 2005 in der geltend gemachten Höhe durch gesonderten Bescheid bewilligt. Den Antrag auf Zahlung von Transfer-Kug für den Monat Dezember 2005 für die zwölf im Antrag näher bezeichnete Arbeitnehmer lehnte die Beklagte hingegen mit der Begründung ab, dass ein Anspruch auf Transfer-Kug ua nur dann bestehe, wenn der Arbeitnehmer von einem dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sei; für den Monat Dezember 2005 sei der Arbeitsausfall bei Gewährung des gesetzlichen Mindesturlaubs vermeidbar gewesen (Bescheid vom 5.5.2006; Widerspruchsbescheid vom 7.6.2006).

3

Klage und Berufung waren im Sinne eines Grundurteils erfolgreich (Urteil des Sozialgerichts (SG) Koblenz vom 8.10.2008; Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Rheinland-Pfalz vom 25.8.2009). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die betrieblichen und die persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Transfer-Kug lägen vor. Die zwölf im Antrag bezeichneten Arbeitnehmer seien im Monat Dezember 2005 von einem dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen. Es könne nicht angenommen werden, dass die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub den dauerhaften Arbeitsausfall vermeide. Transfer-Kug sei von seiner Struktur und seiner Zielsetzung nicht mit den übrigen Formen des Kug vergleichbar, mit denen vorübergehende Engpässe eines ansonsten funktions- und wettbewerbsfähigen Beschäftigungsverhältnisses überbrückt würden; dies gelte insbesondere bei der durch die Klägerin gewählten Form der "Kurzarbeit Null". Zudem setze die Gewährung von Erholungsurlaub zwingend eine Arbeitspflicht voraus, die bei "Kurzarbeit Null" gerade nicht bestehe.

4

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des [§ 216b SGB III](#). Im Dezember 2005 seien die Arbeitnehmer mit Rücksicht auf den ihnen zustehenden Anspruch auf Urlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) nicht von einem unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen. Jedenfalls sozialrechtlich sei der Arbeitgeber gehalten, die Arbeitnehmer während des genehmigten Urlaubs von der Kurzarbeit freizustellen.

5

Die Beklagte beantragt, die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

6

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Sie hält die Entscheidung des LSG für zutreffend.

II

8

Die Revision der Beklagten ist unbegründet ([§ 170 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)).

9

Gegenstand des Verfahrens, das die Klägerin als Prozessstandschafterin von zwölf ihrer Arbeitnehmer führt (vgl dazu [BSGE 22, 181](#), 183 = SozR Nr 26 zu [§ 144 SGG](#) Da 11; [BSGE 38, 94](#), 95 f = SozR 1500 § 75 Nr 4 S 3 f; BSG [SozR 4-4300 § 323 Nr 1](#) RdNr 11; [SozR 4-4300 § 175 Nr 1](#) RdNr 10), ohne dass deren Beiladung nach [§ 75 Abs 2 SGG](#) notwendig wäre (BSG [SozR 4-4300 § 323 Nr 1](#) RdNr 11; [SozR 4-4300 § 175 Nr 1](#) RdNr 10), ist der Bescheid vom 5.5.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.6.2006 ([§ 95 SGG](#)), mit dem die Beklagte die Zahlung von Transfer-Kug für Dezember 2005 abgelehnt hat. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm Abs 4, § 56 SGG).

10

Nach [§ 216b Abs 1 SGB III](#) (in der Fassung, die die Norm durch das Vierte Gesetz zur Änderung des SGB III und anderer Gesetze vom 19.11.2004 erhalten hat - BGBl I 2902) haben Arbeitnehmer zur Vermeidung von Entlassungen und zur Verbesserung ihrer Vermittlungsaussichten Anspruch auf Transfer-Kug zur Förderung der Eingliederung bei betrieblichen Restrukturierungen, wenn und solange sie von einem dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sind (Nr 1), die betrieblichen (Nr 2) sowie die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Nr 3) und der dauerhafte Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (Nr 4).

11

Es ist in der Sache nicht unzweifelhaft, ob die gewählte Form der Kurzarbeit ("Kurzarbeit Null") der Regelung des [§ 216b SGB III](#) unterfällt. Kurzarbeit ist die (idR vorübergehende) Verkürzung der betriebsüblichen regelmäßigen Arbeitszeit (BAG [AP Nr 170 zu § 611 BGB Gratifikation](#)) und setzt nach allgemeinem Begriffsverständnis eine "Restarbeitszeit" voraus, während bei "Kurzarbeit Null" überhaupt keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestehen soll ([BAGE 121, 257](#) ff), der Betrieb idR also vorübergehend vollständig geschlossen wird. Sinn und Zweck der Vorschriften über die Kurzarbeit (nur teilweise Übernahme des Arbeitgeberberrisikos auf die Solidargemeinschaft der Beitragszahler), ihre Struktur sowie die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen zeigen möglicherweise, dass sog "Kurzarbeit Null" nicht als zulässige Variante der Kurzarbeit im Sinne der Vorschriften über das Kug gewollt war, wenn man einmal die arbeitsrechtliche Zulässigkeit voraussetzt. Hieran ändert auch [§ 24 Abs 3 SGB III](#) nichts, wonach das Versicherungspflichtverhältnis während eines Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kug fortbesteht. Die Regelung setzt nicht zwingend die Zulässigkeit von "Kurzarbeit Null" voraus (zum Ganzen BSG, Urteil vom 14.9.2010 - [B 7 AL 21/09 R](#)).

12

Gegenüber dem konjunkturellen Kug zeichnet sich das Transfer-Kug allerdings in erster Linie dadurch aus, dass ein nicht nur vorübergehender ([§ 160 Nr 1, § 170 SGB III](#)), sondern ein dauerhafter Arbeitsausfall ([§ 216b Abs 1 Nr 1, Abs 2 SGB III](#)), also dass die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend entfallen ist, verlangt wird. Das "Entfallen" der Beschäftigungsmöglichkeit auf Dauer könnte dafür sprechen, dass die Arbeitszeit in den Fällen des [§ 216b SGB III](#) (auch) auf Null "reduziert" werden kann. Zwingend ist dies allerdings keineswegs. Zudem ist zu erwägen, ob nicht zumindest Bildungsmaßnahmen zur beruflichen Qualifizierung durchzuführen sind und ob diese auch mit einem völligen Entgeltausfall verbunden sein dürfen. So sieht [§ 216b Abs 6 Satz 3 SGB III](#) als Qualifizierungsmaßnahme sogar eine bis zu sechs Monate dauernde Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber vor, wobei allerdings streitig ist, ob für diese Beschäftigung ein Arbeitsentgelt bezogen werden darf (bejahend Estelmann in Eicher/Schlegel, SGB III, § 216b RdNr 130, Stand Juni 2007, und zum Struktur-Kug nach § 175 aF Bieback in Gagel, SGB II/SGB III, [§ 175 SGB III](#) RdNr 57, Stand Dezember 2006; verneinend Krodel in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl 2010, § 216b RdNr 27).

13

Die mit der "Kurzarbeit Null" verbundene Problematik ist von der Rechtsprechung bislang allerdings nicht erörtert worden (vgl BSG, Urteil vom 14.9.2010 - [B 7 AL 21/09 R](#)). Ihre Konstruktion ist - soweit ersichtlich - mehr oder minder hingenommen worden, sei es, weil "Kurzarbeit Null" als denkbare Form der Kurzarbeit insbesondere in der Zeit nach der Wiedervereinigung arbeitsmarkt- oder sozialpolitisch sinnvoll

erschien. Lediglich der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vom 10.3.1994 ([BSGE 74, 96](#), 99 = [SozR 3-4100 § 112 Nr 17](#) S 74) die Frage aufgeworfen, ob bei "Kurzarbeit Null" überhaupt noch ein Beschäftigungsverhältnis besteht, konnte diese im Ergebnis aber offen lassen.

14

Die Problematik wird vorliegend dadurch verschärft, dass die betroffenen Arbeitnehmer nicht in einer beE der H zusammengefasst wurden, sondern einer externen Transfergesellschaft - der Klägerin -, mit der sie einen Vertrag geschlossen haben. Einem solchen Wechsel in eine Transfergesellschaft wird gegenüber eigenen betrieblichen Modellen und dem damit verbundenen erheblichen Gründungsaufwand (Meyer, NZS 2002, 578, 579) aus wirtschaftlichen Gründen häufig der Vorzug gegeben. Zudem kann dadurch das Prozessrisiko einer betrieblichen Kündigung vermieden werden (Meyer, aaO, 579). Ungeklärt ist jedoch, welche Voraussetzungen bei einem Wechsel in eine externe Transfergesellschaft erfüllt sein müssen, zumal die Transfergesellschaft selbst kein Betrieb im Sinne der Vorschriften über das Transfer-Kug ist (Fleckler in GK-SGB III, § 216b RdNr 21, Stand Juni 2010). Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit noch Pflichten oder Bindungen des abgebenden Arbeitgebers bestehen müssen. So wird zum Teil verlangt, dass ein "Rest von Arbeitgeberpflichten" beim abgebenden Arbeitgeber etwa durch die Begründung eines Zweitarbeitsverhältnisses bei Ruhen des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses (Fleckler, aaO, RdNr 22) oder die Gewährung von Feiertags- und Urlaubsansprüchen bei dem Ursprungsbetrieb verbleibt (Petzold in Hauck/Noftz, SGB III, K § 216b, RdNr 8, Stand November 2009). Nach anderer Auffassung muss der abgebende Arbeitgeber zumindest eine "Garantiefunktion" über [§ 613a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) für die Erfüllung der Ansprüche der Arbeitnehmer übernehmen (Estelmann in Eicher/Schlegel, SGB III, § 216b RdNr 102, Stand Juni 2008) oder zumindest an der Bildung der beE durch eine vertragliche Regelung über die Übernahme seiner Arbeitnehmer (dreiseitiger Vertrag, vgl etwa [BAGE 90, 260](#) ff) mitgewirkt haben (Bachner/Schindele, NZA 1999, 130, 132 ff, die unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und des BAG die Anwendbarkeit von [§ 613a BGB](#) generell ablehnen; Mutschler in Wissing/Mutschler/Bartz/Schmidt-De Caluwe, Nomos-Kommentar SGB III (NK-SGB III), 2. Aufl 2004, § 175 RdNr 32). Nach einer weiteren Ansicht erfordern weder der Gesetzestext noch der Zweck des Transfer-Kug, dass ein Rest von Beziehungen zum alten Arbeitgeber bleibt (Meyer, aaO, 580, der den Abschluss zweier Verträge (Aufhebungsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber und gesonderter Berufsorientierungsvertrag mit der Transfergesellschaft) aus arbeitsrechtlicher Sicht einem dreiseitigen Vertrag vorzieht, weil der Arbeitgeber dann nicht nach den Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter gemäß [§ 328 Abs 2 BGB](#) in Anspruch genommen werden könne), zumal auch das Ausmaß einer solchen Bindung schwer festzulegen wäre (Bieback in Gagel, SGB II/SGB III, [§ 216b SGB III](#) RdNr 60, Stand Juli 2004).

15

Die zur "Kurzarbeit Null" und zur Transfergesellschaft aufgeworfenen Fragen müssen aber nicht beantwortet werden; denn die Beklagte hat mit Bescheid vom 18.4.2005 "die in [§ 216b](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) genannten Voraussetzungen für die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld" für den Zeitraum ab 1.1.2005 bis 31.12.2005 bindend ([§ 77 SGG](#)) anerkannt. Dies ergibt sich aus den Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens für die Gewährung von Transfer-Kug.

16

Dieses ist zweistufig ausgestaltet. Nach [§ 173 Abs 3 SGB III](#) (in der Fassung, die die Norm durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 - [BGBl I 2848](#) - erhalten hat), der nach [§ 216b Abs 5 Satz 1 SGB III](#) entsprechend gilt, erteilt die Agentur für Arbeit dem den Arbeitsausfall Anzeigenden (Arbeitgeber oder Betriebsvertretung) unverzüglich einen schriftlichen Bescheid (Anerkennungsbescheid) darüber, ob auf Grund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein dauerhafter unvermeidbarer Arbeitsausfall mit Entgeltausfall ([§ 216b Abs 1 Nr 1, Abs 2 SGB III](#)) vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen ([§ 216b Abs 1 Nr 2, Abs 3 SGB III](#)) erfüllt sind (BSG [SozR 4100 § 64 Nr 5](#) S 13 f). Dem Anerkennungsverfahren schließt sich üblicherweise erst das Leistungsverfahren an, in dem in der zweiten Stufe jeweils für Zeiträume, die durch den Leistungsantrag ([§ 323 Abs 2 SGB III](#)) bestimmt werden, das den Arbeitnehmern zustehende Kug bewilligt wird ([§ 216b Abs 10](#) iVm [§§ 177](#) ff SGB III; BSG [SozR 4-4300 § 175 Nr 1](#) RdNr 10 mwN). Vorliegend hat die Beklagte über die Regelung des [§ 173 Abs 3 SGB III](#) hinaus nicht nur den dauerhaften Arbeitsausfall sowie die betrieblichen Voraussetzungen, sondern auch (schon) die persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Transfer-Kug an die betroffenen Arbeitnehmer anerkannt, weil sie ausdrücklich auf die in [§ 216b SGB III](#) genannten Voraussetzungen Bezug genommen hat und damit bei einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont (vgl dazu grundlegend [BSGE 67, 104](#), 110 mwN = [SozR 3-1300 § 32 Nr 2](#) S 11 f) alle Voraussetzungen schon vorab bindend bejaht hat.

17

Eine gerichtliche Überprüfung dieser (also auch der persönlichen) mit Bescheid vom 18.4.2005 anerkannten Voraussetzungen ist ausgeschlossen. Als verselbständigter Teil einer Entscheidung, durch die Leistungen bewilligt werden, wird die Anerkennung wie Leistungsbescheide gemäß [§ 77 SGG](#) bindend mit der Folge, dass sich die Beklagte grundsätzlich an die im Anerkennungsbescheid getroffenen Regelungen halten muss; sie kann die Anerkennung nur ändern, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist. Die Beklagte hat den Anerkennungsbescheid aber weder zurückgenommen noch aufgehoben, was erforderlich gewesen wäre.

18

Dagegen spricht nicht die Entscheidung des Senats vom 21.1.1987 (SozR 4100 § 66 Nr 1 S 3 f). Hier hatte der Senat eine Bindung durch den Anerkennungsbescheid für betriebliche Voraussetzungen abgelehnt, soweit es sich um künftig eintretende Tatsachen handelt. Die im Anerkennungsbescheid liegende "Zusicherung" solle danach nur gelten, wenn die erwarteten Tatsachen auch eintreten. Geschehe das nicht und seien die betrieblichen Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben, sei Kug zu versagen, ohne dass es der ("vielfach tunlichen") Aufhebung des Anerkennungsbescheids bedürfe. Diese Rechtsprechung beruht auf der zutreffenden Überlegung, dass der Anerkennungsbescheid nach [§ 173 Abs 3 SGB III](#) (betreffend die betrieblichen Voraussetzungen und den Arbeitsausfall) nur auf Grund der "vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen" und möglichst schnell erteilt werden soll. Dementsprechend heißt es auch in der Gesetzesbegründung zu [§ 173 Abs 3 SGB III](#), dass die Grundlage des Bescheids entfalle, wenn sich im Nachhinein die Unrichtigkeit der vorgetragenen tatsächlichen Verhältnisse herausstelle ([BT-Drucks 13/4941 S 185](#)).

19

Ob die Rechtsprechung zur Bindungswirkung des Anerkennungsbescheids im Rahmen der Regelung des [§ 173 Abs 3 SGB III](#) in vollem Umfang aufrechterhalten werden kann, bedarf keiner Entscheidung. Treten die erwarteten Tatsachen entsprechend der Anzeige ein, kommt nämlich auch nach dieser Rechtsprechung eine Aufhebung oder Änderung des Bescheids allein nach den allgemeinen Regelungen über die Rücknahme oder Aufhebung eines Verwaltungsakts ([§§ 45 ff](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X)) in Betracht ([BSGE 67, 11, 18 f](#) = [SozR 3-4100 § 63 Nr 1 S 9](#)). Die Verfügung (Elementenfeststellung) hat jedenfalls dann Bestand, wenn die vom Anzeigenden aufgestellten Tatsachenbehauptungen zutreffen und sich nicht ändern, während Rechtsirrtümer zu Lasten der Beklagten gehen. Ist der Beklagten bei der Subsumtion also ein Fehler dergestalt unterlaufen, dass sie die Behauptung des Vorliegens der jeweiligen Tatbestandsmerkmale der [§§ 170, 171 SGB III](#) entgegen der wahren Rechtslage für schlüssig vorgetragen ansieht, kann sie den Anerkennungsbescheid nur unter den engeren Voraussetzungen der [§§ 45](#) und [48 SGB X](#) iVm [§ 330 SGB III](#) aufheben; die Grundlage des Anerkennungsbescheids (BT-Drucks aaO) entfällt dann nicht (BSG aaO; Estelmann, aaO, RdNr 75). So liegt der Fall hier, denn es sind keine der Anzeige widersprechenden Tatsachen eingetreten. Soweit es die persönlichen Voraussetzungen betrifft, gilt die Rechtsprechung des Senats ohnehin nicht.

20

Die Klägerin hatte bei der Beklagten einen dauerhaften Arbeitsausfall angezeigt, wahrheitsgemäße Angaben gemacht und Leistungen für das Jahr 2005 unter den Bedingungen beantragt, wie sie in der Folgezeit eingetreten sind. Ob ggf Urlaub nach dem BUrlG zu gewähren ist, hätte bereits im Zusammenhang mit der Anzeige über den Arbeitsausfall einer (rechtlichen) Beurteilung unterzogen werden können und müssen, sodass es keiner Auseinandersetzung mit den hierzu vorgetragenen unterschiedlichen Auffassungen bedarf.

21

Eine Umdeutung (Konversion) der Ablehnungsentscheidung in einen Rücknahme- bzw Aufhebungsbescheid nach [§§ 45, 48 SGB X](#) iVm [§ 330 SGB III](#) durch den Senat scheidet aus (BSG, Urteil vom 14.9.2010 - [B 7 AL 21/09 R](#)). Sind schließlich auch - wie dargelegt - die persönlichen Voraussetzungen für die Zahlung des Kug anerkannt, sind entsprechende Leistungen zu gewähren; mit der Höhe des Kug muss sich der Senat nicht auseinandersetzen, weil die Beklagte (nur) dem Grunde nach ([§ 130 Abs 1 Satz 1 SGG](#)) zur Leistung verurteilt wurde.

22

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 Abs 1 Satz 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-11-03