

## L 6 AL 992/02

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
6  
1. Instanz  
SG Marburg (HES)  
Aktenzeichen  
S 5 Ar 236/97  
Datum  
16.10.1997  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 6 AL 992/02  
Datum  
28.01.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11a/11 AL 15/04 R  
Datum  
25.05.2005  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Die für das Kurzarbeitergeld notwendige Anzeige des Arbeitsausfalles kann nur vom Arbeitgeber oder der Betriebsvertretung erstattet werden, § 72 Abs. 1 Satz 1 und 2 AFG. Der innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten zu stellende Antrag, vgl. § 72 Abs. 2 Satz 4 AFG, kann ebenfalls nur durch den Arbeitgeber oder die Betriebsvertretung wirksam gestellt werden, § 72 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 72 Abs. 1 Satz 1 und 2 AFG. Die Arbeitnehmer sind allenfalls indirekt durch die Betriebsvertretung beteiligt; eigene Handlungsmöglichkeiten in den genannten Bereichen sind für die Arbeitnehmer nicht vorgesehen. Die gesetzliche Prozessstandschaft des Arbeitgebers und der Betriebsvertretung im Bereich des Kurzarbeitergeldes schließt eine Prozessführungsbefugnis der Arbeitnehmer aus; der abweichenden Auffassung von Gagel, SGB III, § 169 Rdnr. 88 ff, wonach eine ergänzende Beteiligung des Arbeitnehmers für notwendig gehalten wird, wenn es um die individuellen Komponenten des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld gehe oder ausnahmsweise dem Arbeitnehmer sogar ein Antragsrecht zubilligt werde, wenn es etwa an einem Interesse des Arbeitgebers an der Antragstellung fehle, wird nicht gefolgt. Ohne die Anzeige des Arbeitsausfalles durch den Arbeitgeber oder den Betriebsrat fehlt es an einer erforderlichen Voraussetzung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Kurzarbeitergeld, § 64 Abs. 1 Nr. 4 AFG.

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichtes Marburg vom 16. Oktober 1997 wird zurückgewiesen. Die Klage hinsichtlich des begehrten Kurzarbeitergeldes für die Monate Februar bis Juni 1997 wird abgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Es ging zunächst im erstinstanzlichen Verfahren um höheres Kurzarbeitergeld (Kug) für Januar 1997 (DM 641,80) und in zweiter Instanz nunmehr auch für Februar bis Juni 1997.

Der 1959 geborene Kläger war seit 1990 und im streitbefangenen Zeitraum bei der Klinik-Verwaltungs-Gesellschaft M. mbH & Co. Klinik-Betriebs KG in B-Stadt als Arzt beschäftigt. Der Arbeitgeber war nicht tarifgebunden; die regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit betrug 38,5 Stunden pro Woche. Nach einer Betriebsvereinbarung vom 25. April 1994 über die Bezahlung der Ärzte im Nachtdienst wurde für jeden Bereitschaftsdienst eine Grundvergütung in Höhe von DM 250,- und ein pauschaler Lohnsteuer- und sozialversicherungsfreier Betrag in Höhe von DM 50,- gezahlt. Nach einer Betriebsvereinbarung vom 22. November 1996 wurde Einigung über die Einführung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1997 erzielt. In § 4 heißt es: "Berechnungsgrundlage ist eine in einer gesonderten Betriebsvereinbarung vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden während des Zeitraumes vom 01.12.1996 bis zum 30.06.97 (das Enddatum ist handschriftlich verbessert vom 31.05.1997 auf "30.06.97"). Nach § 11 sollten die Mitarbeiter, soweit der Betrieb zusätzliches Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistung, Weihnachtsgartifikation, Lebensversicherung bezahlte, so gestellt werden, als ob keine Kurzarbeit durchgeführt worden sei. Mit Formularschreiben zeigte der damalige Arbeitgeber des Klägers bei der Beklagten Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. Juni 1997 an wegen eines drastischen Rückgangs der Belegung durch Krankenkassen und Rentenversicherungsträger. Im ärztlichen Dienst wurde ein vor-aussichtlicher Ausfall von 44 % der Mitarbeiter und 26,24 % der Stunden angezeigt. Der Betrieb gehe von einem vorübergehenden Arbeitsausfall aus. Die Vielzahl der Fachabteilungen würden nach betrieblicher Überzeugung zur langfristigen Beschäftigungssicherung beitragen. Für den Kläger wurden für Januar 1997 168,5 Stunden bei einem Stundenlohn von DM 31,16 (A2) angegeben. Mit Bescheid vom 12.12.1996 bewilligte die Beklagte dem Grunde nach Kug für den begehrten Zeitraum. Nach Vorlage der Abrechnungslisten bewilligte die Beklagte mit Bescheid vom 27.2.1997 Kug für Januar 1997 in Höhe von DM 114.631,37 und wies darauf hin, dass die Ausfallstunden des Klägers nur 166,83 Stunden betrügen (38,5x13:3). Für den Kläger errechnete die Beklagte einen Betrag in

Höhe von DM 1.694,99 (166,83x10,16). Hiergegen hat der Kläger am 21. Februar 1997 Widerspruch eingelegt, mit dem er auf seine vertragliche Verpflichtung zur Ableistung von Nacht- und Wochenenddiensten neben der normalen Wochenarbeitszeit verwies. Mit Widerspruchsbescheid vom 2. April 1997 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Eine Berücksichtigung von Ausfallstunden, die über die tarifliche Arbeitszeit hinausreichten, sei nach § 68 Abs. 1 in Verbindung mit § 69 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG) ausgeschlossen. Bei maximal 166,83 Stunden im Januar ergebe sich ein Anspruch auf Kug in Höhe von DM 1.694,99. Der Einwand des Klägers, dass er auch für das Arbeitsentgelt, das ihm für die Ableistung von Arbeitsstunden über die tarifliche Arbeitszeit hinaus gezahlt worden sei, Beiträge entrichtet habe, sei für die Höhe des Anspruchs auf Kug ebenso wie beim Arbeitslosengeld unbeachtlich. Hiergegen hat der Kläger am 14. April 1997 Klage erhoben mit dem Ziel, ihm Kug auf der Grundlage von 230 Arbeitsstunden für den Monat Januar 1997 zu gewähren. Er hat vorgetragen, neben der vereinbarten wöchentlichen Grundarbeitszeit von 38,5 Stunden fielen zusätzlich durchschnittlich fünfmal pro Monat Nacht- und Wochenenddienste an, die einzeln vergütet würden und für die auch Beiträge - auch zur Beklagten - abgezogen würden. Überstunden würden grundsätzlich durch Freizeit ausgeglichen. In einem modernen Klinikbetrieb gehöre es zum Berufsbild eines Klinikarztes, dass auch zur Nachtzeit und an Wochenenden ein Arzt anwesend sei. Dabei handele es sich um Regelarbeitszeit. Es sei schließlich nur eine arbeitsvertragliche Gestaltungsfrage, ob bei höherem Grundgehalt diese Dienste mit abgegolten seien. Die Einzelabrechnung diene einer gerechten Bemessung von Leistung und Gegenleistung.

Mit Bescheid vom 8. April 1997 bewilligte die Beklagte Kug für Februar 1997 in Höhe von DM 138.644,97, wobei der Kläger in der von seinem Arbeitgeber gefertigten Einzelaufstellung der vom Arbeitsausfall betroffenen 14 (von 22) Ärzte nicht enthalten war und dementsprechend von der Beklagten für den Kläger kein Kug bewilligt wurde. Mit Bescheid vom 26. Juni 1997 bewilligte die Beklagte Kug für die Monate März bis Mai 1997 in Höhe von DM 253.821,42. Für den Kläger war für März 1997 der vom Arbeitgeber beantragte Betrag in Höhe von DM 1.498,60 (147,5 Stunden á DM 10,16) bewilligt worden und für Mai 1997 DM 1.320,80 (130 Stunden á DM 10,16). Für den Monat April war der Kläger in der von seinem Arbeitgeber gefertigten Einzelaufstellung der vom Arbeitsausfall betroffenen 11 (von 19) Ärzte nicht enthalten. Mit Bescheid vom 8. August 1997 bewilligte die Beklagte Kug für den Monat Juni 1997 in Höhe von DM 65.784,92. Für den Kläger war für diesen Monat der vom Arbeitgeber beantragte Betrag in Höhe von DM 1.107,44 (109 Stunden á DM 10,16) bewilligt worden. Den gegen diese Bescheide vom Kläger am 4. Januar 2002 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 14. Januar 2002 als unzulässig zurück, da der Arbeitnehmer keine Befugnis habe, seine Rechte im Klagewege vor dem Sozialgericht zu verfolgen. Diese Befugnis obliege allein dem Arbeitgeber bzw. der Betriebsvertretung.

Mit Urteil vom 16. Oktober 1997 hat das Sozialgericht die auf den Monat Januar 1997 bezogene Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klage sei unzulässig. Nur der Arbeitgeber und die Betriebsvertretung könnten bei dem Kug Subjekte des Verwaltungsverfahrens sein. Damit hätten die Anspruchsberechtigten keine Befugnis, ihre Rechte zu verfolgen und sowohl Arbeitgeber als auch Betriebsvertretung seien als Prozessstandschafter der Arbeitnehmer anzusehen (ständige Rechtsprechung [BSGE 38,98,99 m.w.N.](#)). Eine Klagebefugnis der Anspruchsberechtigten sei auch insoweit nicht anzuerkennen, als es sich um die "persönlichen Voraussetzungen" des Anspruchs auf Kug handele. Die Prozessführungsbefugnis könne sich nur auf den geltend gemachten Anspruch als Ganzes beziehen, nicht aber auf einzelne Elemente seiner Begründung. Ergänzend wies das Sozialgericht darauf hin, dass es keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot oder das Sozialstaatsgebot darstelle, dass sich die Bemessungsgrundlagen der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung nicht mit denen des Arbeitslosengeldes und damit des Kug deckten. So-wohl das BSG als auch das BVerfG gingen davon aus, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung zulässigerweise eine individuelle Äquivalenz in dem Sinne nicht bestehe, dass sich die Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach versicherungsmathematischen Grundsätzen aus den geleisteten Beiträgen herleiten ließen. Eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung enthielt das Urteil nicht. Die beigefügte formulärmäßige Rechtsmittelbelehrung wies auf die Zulässigkeit der Berufung hin.

Gegen das am 28. Oktober 1997 zugestellte Urteil hat der Kläger am 19. November 1997 Berufung eingelegt und u.a. vorgetragen, gehe es um die individuelle Höhe des Kug für den Arbeitnehmer, stoße die Prozessstandschaft des Arbeitgebers an ihre Grenzen. Es müsse dem Arbeitnehmer deshalb zumindest neben dem Arbeitgeber möglich sein, seine Ansprüche auf dem Rechtsweg zu verfolgen. Er habe den Arbeitgeber erfolglos gebeten, seinerseits gegen den angefochtenen Bescheid vorzugehen. Hierzu habe das Bundesarbeitsgericht (BAG v. 19.3.1992 - [8 AZR 301/91](#) = [NZA 1992, S. 1031](#)) entschieden, dass ein Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, im Interesse seines Arbeitnehmers Widerspruch und Klage gegen den Kug-Festsetzungsbescheid zu erheben, wenn er die Rechtsauffassung der Arbeitsverwaltung teile. Das BAG führe wörtlich aus: "Will der Arbeitnehmer eine günstigere Auslegung des AFG erreichen, habe er selbst den sozialgerichtlichen und gegebenenfalls verfassungsgerichtlichen Rechtsweg zu beschreiten." Wenn das Sozialgericht dem Arbeitnehmer keinen Rechtsschutz gewähre, gerate er zwischen die Fronten. Hierdurch sei das Recht auf effektiven Rechtsschutz nach [Artikel 19 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) verletzt. Es komme hinzu, dass sein Arbeitsverhältnis aufgrund der erfolgten Kündigung mit dem 31. Dezember 1997 ende und der Arbeitgeber zwischenzeitlich Konkurs angemeldet habe. Materiell gesehen sei die Entscheidung ebenfalls nicht richtig. Zum ärztlichen Berufsbild einer Klinik gehöre die Leistung von Nacht- und Wochenenddiensten, die konjunkturunabhängig in jeder Nacht und an jedem Wochenende anfielen. Die tägliche Arbeitszeit und die fünf Dienste pro Monat stellten seine normale Arbeitszeit dar. Die Vergütung für diese Dienste stelle einen erheblichen und unverzichtbaren Bestandteil des (Gesamt)Gehaltes dar, welches die Lebensgrundlage bilde und den Lebensstandard bestimme. Da beide Gehaltsbestandteile der Beitragspflicht unterlägen, müssten sie auch Ausgangsgröße für die Bemessung des Kug sein. Durch die Berechnung der Lohnersatzleistung dürfe die wirtschaftliche Situation des Versicherten nicht verzerrt werden (vgl. BVerfG 11.1.1995 - [1 BvR 892/88](#) = [NZZ 1995, S. 312](#)). Es verstoße gegen das grundgesetzliche Gleichbehandlungsgebot, wenn die gesamte Berufsgruppe der Klinikärzte bei der auf dem Gesamtgehalt beruhenden Höhe der Versicherungsbeiträge im Versicherungsfall geringere Leistungen erhalte als andere Versicherte mit gleich hoher Beitragsleistung, nur weil der ärztliche Dienst auch zu einer Zeit erbracht werden müsse, in der die anderen Versicherten Freizeit hätten. Er werde ferner in seinem grundgesetzlich garantierten Eigentumsrecht verletzt. Aufgrund der Zwangsmitgliedschaft habe er einen erheblichen Teil seines Arbeitslohnes abzuführen. Hierfür erwerbe er im Gegenzug eine Anwartschaft auf Lohnersatzleistungen im Versicherungsfall. Die Vergütung für Bereitschaftsdienste habe bei ihm durchschnittlich 1.500,- DM pro Monat betragen, was mehr als einem Fünftel (ca. 22,4 %) des Arbeitseinkommens entspreche. Hiervon seien Versicherungsbeiträge einbehalten worden, die sich in der Berechnung des Kug niederschlagen müssten. Die Beklagte hat vorgetragen, nach § 69 AFG sei Arbeitszeit die regelmäßige betriebliche wöchentliche Arbeitszeit, soweit sie die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit oder - wenn eine solche nicht bestehe - die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit gleicher oder ähnlicher Betriebe nicht überschreite. Als maßgeblicher Tarifvertrag sei der Bundes-Angestellten-Tarifvertrag (BAT) analog anzuwenden mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 38 ½ Stunden. Die Verpflichtung zur Leistung von Bereitschaftsdienst sei in § 15 Abs. 6a BAT geregelt, wobei der Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit zu leisten sei und deshalb nicht zu einer Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne von § 15 Abs. 2 BAT führen könne. Der Entscheidung des vom Kläger angeführten Urteils des BSG vom 20.2.1991 ([11](#)

[RAR 121/89](#) - SozR 3-4100 § 69 AFG Nr. 1) liege ein BRTV zugrunde, der über eine Öffnungsklausel unter bestimmten Voraussetzungen die Verlängerung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit vorsehe bzw. zulasse. Nach dem hier anzuwendenden BAT führe der ärztliche Bereitschaftsdienst nicht zu einer Verlängerung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Außerdem sehe auch die anzuwendende Betriebsvereinbarung eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden vor. Gegenstand des Verfahrens sei lediglich die Differenz zwischen dem tatsächlich gewährten Kug für die bereits anerkannten 166,83 Ausfallstunden und den vom Kläger insgesamt begehrten 230 Stunden. Diese multipliziert mit der Ausfallentschädigung von DM 10,16 ergebe den streitigen Betrag in Höhe von DM 641,80. Damit hätte die Berufung der Zulassung durch das Sozialgericht bedurft. Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Höhe des Kug in Übereinstimmung mit der anzuwendenden Rechtsverordnung richtig berechnet. Der Kläger hat ferner vorgetragen, er begehre nicht nur höheres Kug für Januar 1997, sondern auch für die Monate Februar bis Juni 1997.

Mit Urteil vom 15. Dezember 2000 hat das Landessozialgericht die Berufung zurückgewiesen und die Klage auf Gewährung höheren Kugs für die Monate Februar bis Juni 1997 abgewiesen. In der Begründung hat es ausgeführt, die Berufung sei nicht zulässig. Der Kläger habe in der ersten Instanz seinen Antrag auf den Monat Januar 1997 beschränkt. Die Berufung sei jedoch wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Die somit statthafte Berufung sei jedoch unbegründet. Arbeitgeber und die Betriebsvertretung seien Subjekt des Verwaltungsverfahrens unter Ausschluss der Anspruchsberechtigten mit der Folge, dass diese keine Befugnis hätten, ihre Rechte zu verfolgen. Damit seien Arbeitgeber und Betriebsvertretung Prozessstandschafter der Kurzarbeit leistenden Arbeitnehmer und hätten die Befugnis, anstelle der materiell-rechtlich Berechtigten auf Kug zu klagen. Eine Klagebefugnis der Anspruchsberechtigten sei auch nicht insoweit anzuerkennen, als es sich um die "persönlichen Voraussetzungen" des Anspruchs auf Kug handele. Die Prozessführungsbefugnis könne sich nur auf den geltend gemachten Anspruch als Ganzes beziehen, nicht aber auf einzelne Elemente seiner Begründung. Sie zähle nach herrschender Meinung zu den allgemeinen Prozessvoraussetzungen mit der Wirkung, dass in den Fällen ihres Fehlens die Klage als unzulässig abzuweisen sei. Der Senat folge der herrschenden Meinung, denn vom Umfang und der Art der Normierung stehe bei Kug die hoheitliche Indienstnahme des Arbeitgebers im Vordergrund. Diesem oblägen die Mitwirkungspflichten und die Abwicklung der Leistungsbeziehungen gemäß §§ 71 und 72 AFG, welche bei Pflichtverletzungen scharfe Sanktionen vorsähen. Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, das Kug als Treuhänder seiner Arbeitnehmer zu beantragen, sei jedenfalls auch eine mit dem Arbeitsverhältnis eng verbundene Pflicht des Arbeitgebers, welche im Hinblick auf seine Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsverhältnis auch in jedem Fall verfassungsrechtlich bedenkenfrei sei. Dem entspreche zugleich die bei Pflichtverletzungen des Arbeitgebers entstehende Schadensersatzpflicht gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern. Die Frage der Arbeitszeit im Sinne des § 69 AFG und damit die Frage der Ausfallstunden betreffe auch das privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und stehe deswegen der arbeitsgerichtlichen Klärung offen. Die Rechte des einzelnen Arbeitnehmers würden im Übrigen durch die privilegierte Beteiligung des Betriebsrates am Kug-Verfahren noch besonders geschützt. Dadurch erhalte der Arbeitnehmer neben der Klagemöglichkeit gegen den Arbeitgeber noch das Beschwerderecht gemäß § 84 f Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zur Verfügung, notfalls auch durch die Anrufung der Einigungsstelle. Da bei Einführung von Kurzarbeit typischerweise eine größere Zahl von Arbeitnehmern betroffen sei, würde die Einräumung eines individuellen Klagerechtes für die Arbeitnehmer gegenüber der Beklagten die Gefahr bergen, die gebotene zügige Abwicklung von Kurzarbeitsfällen zu erschweren. Auch dies spreche für die herrschende Meinung. Die Klage hinsichtlich der Leistungsansprüche für die Monate Februar bis Juni 1997 sei schon deshalb abzuweisen, da sie mangels Durchführung des erforderlichen Vorverfahrens unzulässig sei.

Hiergegen hat der Kläger die zugelassene Revision eingelegt, die mit Urteil des BSG vom 8. November 2001 ([B 11 AL 19/01 R](#)) mit der Maßgabe zurückgewiesen wurde, dass die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen wurde. In der Begründung hat des BSG ausgeführt, das LSG habe über die Berufung mangels Zulässigkeit nicht sachlich entscheiden dürfen, weil der erforderliche Wert des Beschwerdegegenstandes nicht erreicht und eine Zulassung nicht wirksam ausgesprochen worden sei. Auch die Klageerweiterung im Berufungsverfahren sei unzulässig, da bereits kein zulässiges Berufungsverfahren vorliege.

Die Verfassungsbeschwerde des Klägers wurde durch Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichtes vom 4. April 2002 ([1 BvR 60/02](#)) nicht zur Entscheidung angenommen. In der Begründung wird ausgeführt, es erscheine für den Beschwerdeführer nicht ausgeschlossen, das Rechtsmittel der Beschwerde nach [§ 145 SGG](#) wegen der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung auch jetzt noch zulässig einzulegen. Damit sei der Rechtsweg noch nicht erschöpft.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers vom 3. Januar 2002 gegen das Urteil des Sozialgerichtes A-Stadt vom 16. Oktober 1997 hat dieses mit Beschluss vom 10. September 2002 die Berufung zugelassen. Mit am 14. Oktober 2002 bei dem LSG eingegangenen Schreiben vom 11. Oktober 2002 hat sich der Kläger zu den Akten gemeldet und auf seinen bisherigen Vortrag Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichtes Marburg vom 16. Oktober 1997 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom 27. Februar 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. April 1997 sowie unter Änderung der Bescheide vom 8. April 1997, 26. Juni 1997 und 8. August 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Januar 2002 zu verurteilen, ihm Kurzarbeitergeld auf der Grundlage von monatlich 230 Ausfallstunden für die Monate Januar bis Juni 1997 in gesetzlichem Umfang und unter Berücksichtigung des bereits erhaltenen Kurzarbeitergeldes zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die weitergehende Klage abzuweisen.

Die Beklagte verweist auf das Urteil des 10. Senates vom 15. Dezember 2000 ([L 10 AL 1487/97](#)), sowie hinsichtlich der Monate Februar bis Juni 1997 auf den Widerspruchsbescheid vom 14. Januar 2002. Die Beklagte tritt weiterhin der Rechtsauffassung entgegen, dass die Bereitschaftsdienste Teil der Regelarbeitszeit sein könnten und damit in das Kug einzubeziehen seien.

Für den Fall der Annahme der Aktivlegitimation des Klägers zur Geltendmachung der Ansprüche auf Kurzarbeitergeld gehen Kläger und Beklagte übereinstimmend für den gesamten streitbefangenen Zeitraum von monatlich 230 Arbeitsstunden des Klägers und von einem sich daraus ergebenden streitbefangenen Differenzbetrag in Höhe von DM 641,80 aus, der dem Kläger zustehen würde.

Die Beigeladenen haben sich nicht zu den Akten gemeldet.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der beigezogenen Akten sowie der Gerichtsakten ergänzend Bezug genommen.

Das Gericht hat die Kurzarbeitergeldakten der Beklagten, ferner die Akten hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens des Klägers über Konkursausfallgeld, sowie die Akten des BSG - [B 11 AL 19/01 R](#) - beigezogen.

Entscheidungsgründe:

Durch den nachträglichen Zulassungsbeschluss des Sozialgerichtes Marburg vom 10. September 2002 ist das Beschwerdeverfahren über die Nichtzulassung der Berufung gemäß [§ 145 Abs. 5](#) Sozialgerichtsgesetz (in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung = a.F.) als Berufungsverfahren fortzusetzen, ohne dass es einer erneuten Berufungseinlegung bedurft hätte. Der erkennende Senat konnte auch in der mündlichen Verhandlung am 28. Januar 2004 verhandeln und entscheiden, obwohl die Beigeladenen zu 1) und 2) nicht erschienen waren. Denn beide sind ordnungsgemäß und rechtzeitig zur mündlichen Verhandlung geladen und dabei darauf hingewiesen worden, dass auch im Falle ihrer Abwesenheit verhandelt und entschieden werden könne.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage gegen den Bewilligungsbescheid der Beklagten vom 27. Februar 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. April 1997 zutreffend als unzulässig abgewiesen. Der Kläger ist zwar Inhaber des Anspruchs auf Kug (§ 63 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz – AFG), er ist jedoch nicht aktiv legitimiert, den Anspruch auf Kug gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren oder im sozialgerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Daran ändert sich nichts durch den streitbefangenen Widerspruchsbescheid vom 2. April 1997, mit dem die Beklagte den Kläger materiell beschieden hat. Insoweit ist dieser Widerspruchsbescheid unrichtig; richtigerweise hätte der Widerspruch des Klägers als unzulässig verworfen werden müssen, wie es die Beklagte dann mit dem Widerspruchsbescheid vom 14. Januar 2002 getan hat. Insbesondere durch die Regelungen des § 72 AFG wird deutlich, dass Subjekt des Verwaltungsverfahrens und dementsprechend auch eines gegebenenfalls nachfolgenden Gerichtsverfahrens nur der Arbeitgeber oder die Betriebsvertretung sein kann. Bereits die nach § 64 Abs. 1 Nr. 4 AFG gegenüber dem Arbeitsamt erforderliche Anzeige des Arbeitsausfalles kann nur vom Arbeitgeber oder der Betriebsvertretung erstattet werden, § 72 Abs. 1 Satz 1 und 2 AFG. Kug wird nur auf Antrag gewährt, § 72 Abs. 2 Satz 1 AFG. Der innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten zu stellende Antrag (§ 72 Abs. 2 Satz 4 AFG) kann ebenfalls nur durch den Arbeitgeber oder die Betriebsvertretung wirksam gestellt werden, § 72 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 72 Abs. 1 Satz 1 und 2 AFG. Schließlich hat der Arbeitgeber dem Arbeitsamt die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug nachzuweisen und die Leistungen kostenlos zu errechnen und auszuzahlen, § 72 Abs. 3 Satz 1 und 2 AFG. Die Arbeitnehmer sind allenfalls indirekt durch die Betriebsvertretung beteiligt; eigene Handlungsmöglichkeiten in den genannten Bereichen sind für die Arbeitnehmer nicht vorgesehen. Dementsprechend schließt die gesetzliche Prozessstandschaft des Arbeitgebers und der Betriebsvertretung im Bereich des Kug eine Prozessführungsbefugnis der Arbeitnehmer aus (so schon BSG im Urteil vom 29. August 1974 – RAr 17/72 = SozR 1500 § 75 Nr. 4). Soweit B. (in Gagel, Loseblattkommentar zum SGB III, Stand August 2001, § 169 RdNr. 88 ff) zwar den grundsätzlichen Ausschluss des Arbeitnehmers aus dem Verwaltungsverfahren akzeptiert, daneben jedoch eine ergänzende Beteiligung des Arbeitnehmers für notwendig hält, wenn es um die individuellen Komponenten des Kug-Anspruchs gehe (§ 169 RdNr. 88) oder ausnahmsweise dem Arbeitnehmer sogar ein Antragsrecht zubilligt, wenn es etwa an einem Interesse des Arbeitgebers an der Antragstellung fehle (§ 169 RdNr. 92), vermochte dies den erkennenden Senat nicht zu überzeugen. Ohne die Anzeige des Arbeitsausfalles durch Arbeitgeber oder Betriebsrat fehlt es an einer erforderlichen Voraussetzung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Kug, § 64 Abs. 1 Nr. 4 AFG. Die von B. vorgeschlagene spätere Beteiligungsmöglichkeit des Arbeitnehmers am Verwaltungsverfahren würde also nichts an der grundsätzlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer von den Verfahrenshandlungen des Arbeitgebers oder Betriebsrates ändern. Das Gesetz regelt ausdrücklich ein Antragsrecht lediglich für den Arbeitgeber und die Betriebsvertretung, § 72 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 72 Abs. 1 Satz 1 und 2 AFG. Ein ausnahmsweises Antragsrecht des einzelnen Arbeitnehmers (wenn alle Arbeitnehmer einen Antrag stellen wollen, kann dies unschwer durch die Betriebsvertretung erfolgen) würde dazu führen, dass ein Verwaltungsverfahren durchgeführt werden müsste, auch wenn etwa Arbeitgeber und Betriebsvertretung übereinstimmend der Auffassung sind, dass die Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AFG nicht vorliegen. Es ist nicht recht vorstellbar, wer in diesem Fall dem Arbeitsamt nachweist, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug vorliegen. Die Pflicht des Arbeitgebers nach § 72 Abs. 3 Satz 1 AFG dürfte in Fällen dieser Art kaum durchsetzbar sein. Aber auch dann, wenn die Anzeige des Arbeitsausfalles ordnungsgemäß erstattet und ein Antrag von Arbeitgeber oder Betriebsvertretung gestellt wird, ist der Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers zunächst von dem Inhalt des Antrages abhängig. Wenn Kug für einen Arbeitnehmer für eine bestimmte Zahl von Ausfallstunden mit einem bestimmten Betrag pro Stunde beantragt und dementsprechend bewilligt wird, fehlt es für eine Anfechtung des bewilligenden Bescheides insoweit an einer Beschwer, [§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGG](#). So liegt es im vorliegenden Fall mit einer geringen Abweichung hinsichtlich Januar 1997 mit 1,67 Stunden zu Ungunsten des Klägers. Es war aus den oben genannten Gründen nicht zu prüfen, ob der zu leistende und ausgefallene Bereitschaftsdienst materiell den Ausfallstunden hätte hinzugerechnet werden müssen.

Auch die in der Berufungsinstanz erstmals erhobene Klage hinsichtlich der Bescheide vom 8. April 1997, vom 26. Juni 1997 und vom 8. August 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Januar 2002 betreffend die Monate Februar bis Juni 1997 ist unzulässig und war deshalb abzuweisen. Hinsichtlich dieser Monate ist nach Aktenlage davon auszugehen, dass für den Kläger jeweils Kug in der beantragten Höhe gewährt wurde. Der Arbeitgeber des Klägers hat Kug nicht, wie vom Kläger im Verfahren begehrt, für 230 Stunden im Monat beantragt, sondern einen geringeren Stundenausfall angegeben. Nach der Rechtsauffassung des Senates konnte es wegen der fehlenden Prozessführungsbefugnis des Klägers nicht darauf ankommen, weshalb der Kläger entgegen seinem Vortrag im Februar 1997 bei den vom Arbeitsausfall betroffenen 14 Ärzten und im April 1997 bei den vom Arbeitsausfall betroffenen 11 Ärzten nicht aufgeführt ist und Leistungen im März 1997 für lediglich 147,5 Ausfallstunden, im Mai für 130 Ausfallstunden und im Juni für 109 Ausfallstunden beantragt und bewilligt worden sind. Es war auch hier nicht zu prüfen, ob der zu leistende Bereitschaftsdienst materiell den Ausfallstunden hätte hinzugerechnet werden müssen.

Der erkennende Senat sieht durch den Ausschluss der Aktivlegitimation des Arbeitnehmers im Kug-Verfahren entgegen der Auffassung des Klägers keinen Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz [Artikel 19 Abs. 4 GG](#). Denn der Arbeitnehmer erwirbt dann, wenn sein Arbeitgeber durch eine Verletzung der diesem gegenüber aus dem Arbeitsverhältnis bestehenden Pflichten einen Schaden (etwa durch ausfallendes Kug) verursacht, einen Schadensersatzanspruch gegen seinen Arbeitgeber. So hat das BSG einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitgeber es versäumt hatte, rechtzeitig einen Antrag auf Kug zu stellen, dem Arbeitnehmer einen entsprechenden Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zugebilligt, der den Anspruch auf Konkursausfallgeld erhöht hat (BSG vom 17.7.1979 – [12 RAr 4/79](#) = SozR 4100 § 141b AFG Nr. 12). Die demgegenüber vom Bundesarbeitsgericht (BAG) im Urteil vom 19.3.1992 ([8 AZR 301/91](#) =

[NZA 1992, 1031](#)) unter Hinweis auf Gagel-Bieback (AFG § 72 RdNr. 75) vertretene Auffassung, dass der Arbeitnehmer, dem kein Schadensersatzanspruch gegen seinen Arbeitgeber zustehe (weil der Arbeitgeber sich geweigert hat, ein sozialgerichtliches Verfahren gegen das Arbeitsamt zu führen, wenn dieses im Einklang mit den einschlägigen Richtlinien, der speziellen Auskunft des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit und der Rechtsauffassung des Arbeitgeberverbandes gehandelt hat), selbst den sozialgerichtlichen und gegebenenfalls verfassungsgerichtlichen Rechtsweg beschreiten möge, setzt sich nicht mit der Rechtsauffassung des BSG hinsichtlich der fehlenden Aktivlegitimation auseinander. Gleichwohl ist auch nach Auffassung des BAG dem Arbeitnehmer ein Rückgriff auf einen Schadensersatzanspruch gegen seinen Arbeitgeber nicht grundsätzlich verwehrt. So hatte das BAG im Urteil vom 19.3.1992 (s.o.) keine Veranlassung zu einer Entscheidung der Frage, ob ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers dann zu bejahen ist, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, Kurzarbeit anzuzeigen, (rechtzeitig) einen (weitergehenden) Antrag zu stellen oder die erforderlichen Voraussetzungen nachzuweisen. Darüber hinaus hält es das BAG für möglich, dass der Arbeitgeber in Ausnahmefällen aus Gründen der Fürsorgepflicht gehalten sein kann, ein sozialgerichtliches Verfahren einzuleiten, um weitergehende Ansprüche des Arbeitnehmers durchzusetzen (BAG 19.3.1992, s.o.). Durch die Verneinung der Aktivlegitimation des Arbeitnehmers im Kug-Verwaltungsverfahren und dem nachfolgenden sozialgerichtlichen Verfahren wird dem Arbeitnehmer damit nicht das Recht auf effektiven Rechtsschutz genommen, sondern nach Auffassung des BAG (s.o.) nur in den Fällen eingeschränkt, in denen der Arbeitnehmer "die Abänderung einer weitergehend anerkannten Verwaltungspraxis" begehrt. Diese Einschränkung erscheint nach Auffassung des erkennenden Senates unter Berücksichtigung der gesetzlich ausgeprägten Besonderheiten des Kug-Verfahrens und der Schwierigkeiten der Abwicklung von sog. Masseverfahren (insbesondere bei widerstreitenden Interessenlage) noch hinnehmbar zu sein.

An dem gewonnenen Ergebnis ändert sich nichts dadurch, dass der Kläger zum 31. Dezember 1997 das Arbeitsverhältnis beendet hat und zwischenzeitlich Konkurs über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet wurde. Evtl. Schadensersatzansprüche des Klägers gegen seinen früheren Arbeitgeber können auch gegen den Konkursverwalter geltend gemacht werden.

Entgegen der klägerischen Rechtsauffassung in der mündlichen Verhandlung, der Kläger müsse die Möglichkeit erlangen durch den (nach seiner Ansicht nach) unzureichenden Bewilligungsbescheid, wie ein erstmals betroffener Dritter, den Bescheid anzufechten, handelt es sich bei dem Kug bewilligenden Bescheid im Verhältnis zum Kläger nicht um einen Bescheid mit sog. Dritt-wirkung, wie etwa die Baugenehmigung in Bezug auf die Eigentümer der Nachbargrundstücke. Im Gegensatz zu den Eigentümern solcher Nachbargrundstücke, die erstmals durch die Baugenehmigung beschwert sein können, ist der betroffene Arbeitnehmer unmittelbarer Inhaber des Anspruchs auf Kug, allerdings - wie bereits ausgeführt - durch die gesetzliche Prozessstandschaft an der selbständigen Geltendmachung des Anspruchs gehindert.

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

Die Revision ist vom erkennenden Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden, [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-10-31