

L 2 AL 51/07

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
2
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen
S 13 AL 593/02

Datum
04.06.2007

2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen

L 2 AL 51/07
Datum

06.04.2011

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 4. Juni 2007 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird auf 34.837,36 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren noch um die Rechtmäßigkeit eines durch Bescheid geltend gemachten Anspruchs der Beklagten gegenüber der Klägerin auf Ersatz von Kurzarbeitergeld (KUG) in Höhe von 68.135,95 DM (= 34.837,36 Euro) für die Zeit vom 4. September 1996 bis 28. Februar 1997.

Die Klägerin, die sich in eine Fernmelde- und eine Elektroabteilung untergliederte, errichtete und wartete mit den Mitarbeitern der Elektroabteilung elektrische Anlagen der Bahnstrecken und Bahnhöfe der H. AG (H.).

Mit Anzeigen über Arbeitsausfall vom 4. September 1996 (formlos) und vom 30. September 1996 (förmlich) zeigte sie der Beklagten an, dass die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche (je 8 Stunden von Montag bis Freitag) in der Betriebsabteilung Elektro vom 4. September 1996 bis voraussichtlich 28. Februar 1997 auf 8 Stunden pro Woche herabgesetzt worden sei. Die Kurzarbeit sei durch Vereinbarung mit den Arbeitnehmern eingeführt worden. Betroffen seien sämtliche 9 Arbeiter und 2 Angestellte der Abteilung. Die verkürzte Arbeitszeit verteile sich auf je 1,6 Stunden von Montag bis Freitag. Der Arbeitsausfall beruhe auf einem vorläufigen Baustopp bzw. einer Bauverzögerung bei zwei Projekten, die die Klägerin für die H. durchführe. Auf der "Anlage zur Anzeige über Arbeitsausfall" unterzeichnete der frühere Geschäftsführer der Klägerin am 30. September 1996 den Hinweis, dass für alle von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer Arbeitszeitznachweise zu führen seien.

Am 10. Oktober 1996 nahm ein Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge B., bei der Klägerin eine Prüfung der Voraussetzungen für das KUG vor. Anschließend wurde mit Bescheid vom 14. Oktober 1996 den vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmern der Klägerin KUG vom 4. September 1996 bis zum 28. Februar 1997 bewilligt. Der Bescheid erging unter der Maßgabe, dass gem. § 69 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) KUG nur bis zur Höhe der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit, oder, wenn eine solche nicht bestehe, bis zur Höhe der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit ähnlicher Betriebe gewährt werden könne; im vorliegenden Fall müsse der Tarifvertrag für das Hamburger Elektrohandwerk mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden pro Woche zugrunde gelegt werden.

Mit den hierfür vorgesehenen Antragsformularen (Abrechnungslisten) beantragte die Klägerin am 13. Dezember 1996, 3. Februar 1997 und 2. April 1997 für ihre von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer die Auszahlung von KUG für den Gewährungszeitraum 4. September bis 31. Oktober 1996 in Höhe von 23.923,95 DM, für den Gewährungszeitraum 1. November bis 31. Dezember 1996 in Höhe von 22.322,80 DM und für den Gewährungszeitraum 1. Januar bis 28. Februar 1997 in Höhe von 21.889,20 DM (68.135,95 DM insgesamt). Den Anträgen (Abrechnungslisten) fügte die Klägerin Monatsübersichten über geleistete und ausgefallene Arbeitsstunden für jeden Arbeitnehmer bei; anhand der Zahl der ausgefallenen Arbeitsstunden, des jeweiligen Stundenlohnes und des maßgeblichen Kurzarbeitergeldsatzes je Ausfallstunde errechnete sie die beantragten Summen. Aus den Monatsübersichten ging hervor, dass die Arbeitnehmer zwischen September 1996 und Februar 1997, soweit sie überhaupt zum Einsatz gekommen waren, jeweils nur eine Stunde am Tag gearbeitet hatten. Laut Monatsübersichten hatten sieben Monteure der Klägerin im September 112 Arbeitsstunden, im Oktober 120 Arbeitsstunden, im November 94 Arbeitsstunden und im Dezember 74 Arbeitsstunden erbracht; im Januar und Februar 1997 hatten laut Monatsübersichten sechs Monteure 58 bzw. 70 Arbeitsstunden erbracht. Die Klägerin stellte die Anträge mit der Maßgabe, dass die Leistung nach Möglichkeit schon gewährt werden sollte, bevor die Listen von der Beklagten anhand der Arbeitszeit- und Lohnunterlagen geprüft worden seien; sie bestätigte zudem, darüber unterrichtet worden zu sein, dass das KUG in diesem Fall unter dem Vorbehalt der rückwirkenden Aufhebung des

Bewilligungsbescheides und der Rückforderung gezahlt werde. Ferner erklärte sie sich damit einverstanden, dass der Bewilligungsbescheid rückwirkend aufgehoben werde und zuviel erhaltenes KUG von ihr zu erstatten sei, wenn und soweit die Prüfung der Abrechnungslisten anhand der Arbeitszeit- und Lohnunterlagen ergebe, dass KUG zu Unrecht gewährt worden sei. Sie erklärte zudem, dass die Angaben in den Listen nach bestem Wissen, sorgfältiger Prüfung und unter Beachtung der Hinweise zum Antragsverfahren gemacht worden seien.

Am 15. Januar 1997 nahm ein Mitarbeiter der Beklagten eine stichprobenweise Überprüfung der Abrechnungslisten für die Zeit vom 4. September bis 31. Oktober 1996 anhand der Angaben in den Lohn- und Arbeitszeitunterlagen der Klägerin vor. Er vermerkte, dass keine Abweichungen zwischen der angegebenen Zahl der Ausfallstunden und den Eintragungen in den Arbeitszeitznachweisen bestünden, der Geschäftsführer der Klägerin aber darauf hingewiesen worden sei, dass ab November die Abrechnungslisten übersichtlich und nachvollziehbar einzureichen seien.

Mit Bescheid vom 11. Februar 1997 bewilligte die Beklagte KUG für die Zeit vom 4. September bis 31. Dezember 1996 und mit Bescheid vom 7. April 1997 für die Zeit vom 1. Januar bis 28. Februar 1997 in beantragter Höhe von 46.246,75 DM und 21.889,20 DM (insgesamt 68.135,95 DM). Beide Bescheide enthielten den Zusatz: "Die Abrechnungslisten für den/die oben angegebenen Abrechnungszeitraum(-räume) ist/sind mit den Arbeitszeit- und Lohnunterlagen Ihres Betriebes noch nicht verglichen worden. Die Leistung(en) wird/werden daher nur unter dem Vorbehalt gezahlt, dass etwa zu Unrecht gezahlte Beträge an das Arbeitsamt zurückzuzahlen sind, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung dem Grunde oder der Höhe nach nicht vorgelegen haben oder weggefallen sind. In diesen Fällen wird der Bewilligungsbescheid rückwirkend aufgehoben. Auf Ihre Verpflichtungserklärung nehme ich Bezug".

Nachdem ehemalige Mitarbeiter der Klägerin bei der Beklagten angezeigt hatten, dass sich die Klägerin KUG in betrügerischer Weise erschlichen habe, nahm die Beklagte ab 9. Oktober 1997 eine Betriebsprüfung bei der Klägerin vor. Hierbei teilte der frühere Geschäftsführer der Klägerin mit, dass die Arbeitnehmer nur für geleistete Arbeit, messbar per Aufmaß, bezahlt würden; es würden nicht die Stunden der gesamten Schicht vergütet; soweit ein Arbeitnehmer nur für eine Stunde messbare Arbeit erbringe, könne auch nur eine Stunde vergütet werden. Die Beklagte nahm zudem Einsicht in Aufmaßbögen und ein Bautagebuch der H.; die Aufmaßbögen weisen neben dem Datum des Einsatzes den aufsichtsführenden Meister der H. sowie die zum Einsatz gekommenen Mitarbeiter der Klägerin aus. Die Beklagte leitete aus den Aufmaßbögen und dem Bautagebuch ab, dass mehrere Arbeitnehmer der Klägerin während der Kurzarbeit auf dem Gelände der H. in deutlich größerem Umfang gearbeitet hatten, als angegeben. Ferner stellte sie fest, dass das KUG für verschiedene Mitarbeiter deutlich aufgestockt wurde.

Mit Bescheid vom 28. Januar 1998 hob die Beklagte den Bescheid vom 14. Oktober 1996 sowie die Leistungsbescheide vom 11. Februar 1997 und 7. April 1997 auf und verlangte Erstattung des gezahlten KUG in Höhe von 68.135,95 DM. Eine Überprüfung der Aufzeichnungen beim Auftraggeber H. habe ergeben, dass Mitarbeiter der Klägerin während der Kurzarbeit gearbeitet hätten. Auch Nachtschichten und Samstagsarbeit sei neben den normalen Tagesschichten keine Seltenheit gewesen. Zudem seien Arbeitnehmer während der Kurzarbeit auf anderen Baustellen eingesetzt worden; auch die Büroarbeit sei ohne Kurzarbeit fortgesetzt worden. Die genannten Bescheide seien durch Täuschung und in wesentlicher Beziehung unrichtige Angaben herbeigeführt worden. Da wegen der falschen Arbeitszeitznachweise nicht festgestellt werden könne, ob überhaupt ein erheblicher Arbeitsausfall vorliege, und da die Kurzarbeit nicht glaubhaft zu beurteilen sei, müsse das KUG insgesamt zurückgefordert werden.

Der hiergegen eingelegte Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 11. Mai 1998).

Am 5. Juni 1998 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat bestritten, die Bescheide durch Täuschung oder unrichtige Angaben herbeigeführt zu haben. Allerdings hat sie eingeräumt, dass die Rückrechnung der durch ihre Mitarbeiter erbrachten Leistungen auf die dafür aufgewendete Zeit kompliziert sei. Die Leistungen der Klägerin seien nicht nach Stunden, sondern nach Mengen bzw. Positionen aus dem Leistungsverzeichnis abgerechnet worden. Die Zeit, innerhalb derer eine bestimmte Leistung erbracht werde, sei weder im Verhältnis zu den Mitarbeitern noch im Verhältnis zur Auftraggeberin, der H., von Interesse; gezahlt werde für einen bestimmten Arbeitserfolg. Da aber für die Prüfung des Anspruchs auf KUG Zeitangaben erforderlich seien, hätten die in Rechnung gestellten Leistungen auf die dafür erforderliche Zeit umgerechnet werden müssen. Diese Umrechnung habe die Klägerin bei Beantragung des KUG anhand der Aufmaßbögen ordnungsgemäß vorgenommen.

Über jeden einzelnen Arbeitseinsatz sei ein Aufmaßbogen erstellt worden. Hierin finde sich die Menge der erbrachten Leistung; auch seien die ausführenden Monteure genannt. In den Aufmaßbögen sei nicht vermerkt, von wann bis wann die Mitarbeiter auf der Baustelle gewesen seien, um die ausgeführten Arbeiten durchzuführen; letztlich sei es im Nachhinein überhaupt nicht mehr möglich, dies sicher festzustellen. Die Arbeitszeit könne nur unter Zuhilfenahme der Positionszusammenfassung zurückgerechnet werden; diese interne Aufstellung der Klägerin enthalte unter anderem Zeitvorgaben für die einzelnen Leistungen, also Sollzeiten; diese könnten unter- aber auch überschritten werden. Da die tägliche Arbeitszeit stark geschwankt habe, habe der Geschäftsführer der Klägerin die insgesamt aufgewendete Zeit innerhalb eines Monats gleichmäßig auf die Tage umgerechnet, um die Abrechnung zu erleichtern. Hierbei sei die Arbeitszeit noch zu hoch angesetzt worden. Da es sich bei den eingesetzten Zeiten nämlich um Sollzeiten handele, die Mitarbeiter aber nach Akkord bezahlt worden und so darauf bedacht gewesen seien, schneller zu arbeiten, stellten die Zeiten aus dem Positionsverzeichnis Höchstzeiten dar; die tatsächlichen Arbeitszeiten seien daher noch geringer, die Ausfallzeiten noch höher als angegeben gewesen. Zudem habe der frühere Geschäftsführer der Klägerin die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden aufgerundet. Die Bautagebücher gäben nicht die Arbeitszeiten der Mitarbeiter der Klägerin, sondern die der Mitarbeiter der H. wieder; anders sei die Differenz zu den erbrachten Leistungen der Klägerin nicht zu erklären. Soweit Mitarbeiter längere Arbeitszeiten behauptet hätten, widersprächen ihre Behauptungen den von ihnen unterzeichneten Aufmaßbögen, Stundenprotokollen und Einverständniserklärungen zur Kurzarbeit. Teilweise hätten persönliche Motive zu bewussten Fehlangaben geführt. Die Länge des abgelaufenen Zeitraums zwischen Kurzarbeit und der späteren Prüfung habe überdies zu Unstimmigkeiten geführt und schließlich hätten drei Mitarbeiter die Richtigkeit der Angaben bestätigt. Man müsse sich folglich an die durch Rückrechnung vom Aufmaß auf die tatsächliche Arbeitszeit belegten Tatsachen halten. Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass KUG nur insoweit zurückzuzahlen sei, als nachgewiesen werde, dass die Arbeitnehmer voll gearbeitet hätten. Entgegen der Annahme der Beklagten sei in der streitigen Zeit sehr wohl, nämlich im Kalendarium (Anlage K6), auf entsprechende Meldung der Arbeitnehmer festgestellt, erfasst und bestätigt worden, wie viele Stunden jeder Mitarbeiter gearbeitet habe. Ferner sei dies über die in den Aufmaßbögen erfassten Leistungen zu kontrollieren. Das Verfahren, das die Klägerin zur Erfassung der Arbeitszeit angewendet habe, sei auch von der Beklagten im

Wesentlichen nicht beanstandet worden, auch nicht, nachdem den Mitarbeitern der Beklagten am 10. Oktober 1996 und 15. Januar 1997 Arbeitszeitznachweise und Aufmaßbögen zur Verfügung gestellt worden seien. Das Merkblatt "Hinweise zum Antragsverfahren bei Kurzarbeitergeld" habe keine hiervon abweichenden Hinweise enthalten. Auch zusätzliche Zahlungen an einzelne Mitarbeiter belegten nicht, dass keine Kurzarbeit geleistet worden sei. Es habe sich hierbei um freiwillige Zulagen, Zuschüsse, Aufwendungsersatz und Abfindungen gehandelt.

Die Klägerin hat im Wesentlichen folgende Unterlagen vorgelegt: sämtliche Aufmaßbögen der betroffenen Zeit sowie die Positionszusammenfassung mit Sollzeitangaben und Einheitspreisen für die einzelnen Maße, ferner Beispielaufmaße und -berechnungen, Vergleichsübersichten für Juli und August 1998 und ein Stundenkalendarium.

In der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts vom 18. September 2001 hat der frühere Geschäftsführer der Klägerin mitgeteilt, dass in der Elektroabteilung die Arbeitszeiten nicht erfasst worden seien; die Lohnabrechnungen seien allein anhand der Aufmaßbögen durchgeführt worden; auch die Stunden der Kurzarbeit seien allein aus den Aufmaßen hergeleitet worden.

Das Sozialgericht hat sich zwei Bautagebücher der H. und die Aufmaßbögen über die Arbeiten der Klägerin für die H. in dem Neubauvorhaben der Strecke N. -O. sowie aufgrund des laufenden Jahresvertrages vorlegen lassen und anschließend ein Sachverständigengutachten zu folgender Frage eingeholt: Wie viele Stunden haben bei Auswertung der vorliegenden Aufmaßbögen und Bautagebücher die Arbeitnehmer der Klägerin in der Zeit vom 4. September 1996 bis 28. Februar 1997 täglich bzw. wöchentlich tatsächlich gearbeitet? Der Sachverständige ist bei Auswertung der Bautagebücher und Aufmaßblätter sowie des Positionsverzeichnisses in seinen Gutachten vom 26. Februar 2003 und 26. April 2004 zu dem Ergebnis gekommen, dass die Mitarbeiter der Klägerin von September 1996 bis Februar 1997 zum Teil in wesentlich höherem Umfang Arbeitsstunden erbracht haben, als von der Klägerin angegeben. Insgesamt seien im September 490 Arbeitsstunden, im Oktober 1.250 Arbeitsstunden, im November 1.020 Arbeitsstunden, im Dezember 673, im Januar 509,20 Arbeitsstunden und im Februar 1997 983,50 Arbeitsstunden erbracht worden. Der Sachverständige hat zur Ermittlung der Arbeitsstunden die einzelnen Maße (die erbrachte Arbeit) mit den von der Klägerin hierfür veranschlagten Einheitspreisen multipliziert und so die Kosten für die geleistete Arbeit errechnet; dann hat er die Kosten durch den von der Klägerin zugrunde gelegten durchschnittlichen Stundensatz eines Monteurs von 69,- DM in der Tages- bzw. 79,- DM in der Nachtschicht geteilt und die so errechnete Menge an Arbeitsstunden auf die beteiligten Monteure aufgeteilt. Die Klägerin hat diese Methode kritisiert und behauptet, sie führe zu abwegigen Ergebnissen, wie dem, dass manche Arbeiter an manchen Tagen 21 Stunden oder sogar 39,9 Stunden gearbeitet haben. Richtig wäre es gewesen, die für den Akkordlohn vorgegebenen Sollbauzeiten anzusetzen und mit den Mengen der erbrachten Arbeit zu multiplizieren.

Das Sozialgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 4. Juni 2007 den Zeugen B. zu seiner Betriebsprüfung vernommen und sich vom Sachverständigen das Gutachten erläutern lassen. Der Zeuge hat angegeben, am 10. Oktober 1996 anlässlich der Einführung der Kurzarbeit im Betrieb der Klägerin gewesen zu sein und hier dem Geschäftsführer das Anzeige- und Antragsverfahren erläutert zu haben. Einblick in konkrete Geschäftsunterlagen habe er nicht genommen, er habe aber ausführliche Tipps zur Ausfüllung der Anträge gegeben. Die Anträge habe er in der Regel bei seinen Betriebsbesuchen immer dabei und bespreche dann den Ablauf des Antragsverfahrens. Dabei weise er üblicherweise darauf hin, dass Arbeitszeitznachweise zu führen seien, schließlich gehe es beim KUG darum, einen Arbeitszeitausfall nachzuweisen. Diese Arbeitszeitznachweise seien im Betrieb anhand von Wochenzetteln zu führen und in der Regel von den Arbeitnehmern zu unterschreiben. Auch wenn ein Betrieb seine Arbeitnehmer nach Leistungslohn bezahle, müsse ein Arbeitszeitznachweis im Sinne eines konkreten Stundenaufschriebs geführt werden. Der Sachverständige hat den Umstand, dass nach seinen Berechnungen an manchen Tagen einzelne Arbeiter der Klägerin 20 oder mehr Stunden pro Tag gearbeitet haben, damit erklärt, dass an diesen Tagen eine bestimmte Arbeitsleistung in einer Zeit erbracht worden sei, für die ansonsten wesentlich mehr Zeit hätte aufgewendet werden müssen. Dies könne sich beispielsweise dadurch erklären, dass bereits an Vortagen vorbereitende Arbeiten erbracht worden seien, sodass die eigentliche Arbeit am Ausführungstag relativ zügig von der Hand gegangen sei. Im Übrigen stellten die von ihm errechneten Stundenzahlen eine rein kalkulatorische Größe dar und gäben nicht die tatsächlich gearbeiteten Stunden wieder. Die Berechnungsmethode der Klägerin sei aus seiner Sicht deshalb problematisch, weil sie die von der Klägerin selbst angesetzten Sollzeiten zugrunde lege.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 4. Juni 2007 den Bescheid vom 28. Januar 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 1998 aufgehoben, soweit darin eine Aufhebung der Bewilligungsbescheide über KUG vom 14. Oktober 1996, 11. Februar 1997 und 7. April 1997 erfolgt ist, hat jedoch im Übrigen, also hinsichtlich des ebenfalls im streitigen Bescheid geltend gemachten Ersatzes des KUG die Klage abgewiesen. Der Ersatzanspruch der Beklagten sei auf der Grundlage des [§ 181 Abs. 3 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) gerechtfertigt. Denn es sei davon auszugehen, dass die Gewährung des KUG zu Unrecht erfolgt sei. Zwar habe nicht aufgeklärt werden können, ob und in welchem Umfang tatsächlich die Voraussetzungen der §§ 63 ff Arbeitsförderungsrecht (AFG in der bis zum 31. Dezember 1997 gültigen Fassung) vorlagen. Diese Ungewissheit müsse jedoch im Rahmen einer Umkehr der objektiven Beweislast zu Lasten der Klägerin gehen. Die Klägerin sei im Rahmen der im KUG-Verfahren erfolgenden Indienstnahme durch die Beklagte einer erhöhten Mitwirkungspflicht ausgesetzt und daher zur Führung von Arbeitszeitznachweisen verpflichtet gewesen. Hierauf sei sie auch hingewiesen worden. Dennoch habe sie schuldhaft keine Arbeitszeitznachweise geführt und in Ermangelung anderweitiger Erkenntnismöglichkeiten damit die Ermittlung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen vereitelt. Dem Geschäftsführer der Klägerin sei dies auch bewusst gewesen und er habe daher die KUG-Gewährung auf arglistige Weise im Sinne des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) erschlichen.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 18. Juli 2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 20. August 2007, einem Montag, Berufung eingelegt, mit der sie im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt. Es stehe fest, dass im Betrieb der Klägerin Kurzarbeit angefallen sei, weil nachweislich ein entscheidender Entgeltausfall eingetreten sei. Auch ergebe sich aus den Aufmaßbögen, dass die verrichtete Arbeit im streitigen Zeitraum geringer gewesen sei als zuvor. Dies ergebe sich auch aus dem vom Gericht eingeholten Gutachten. Die Klägerin habe sich das KUG auch nicht arglistig erschlichen. Sie habe nicht erkennen können, dass ihr Vorgehen bei dem Ausfüllen der eingereichten Unterlagen nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Sie sei von der Beklagten nicht darauf hingewiesen worden, dass ihr Vorgehen unzulässig sei. Auch bei den zwei Prüfungen durch die Beklagte, bei denen alle Unterlagen vorgelegen hätten, die nun auch im gerichtlichen Verfahren vorliegen würden, seien keinerlei Beanstandungen vorgenommen worden. Es sei nochmals darauf hinzuweisen, dass bei der Klägerin nicht die Anwesenheit, sondern nur die Leistung bezahlt werde, weshalb die Arbeitszeit keine Rolle spiele. Es seien extra für die KUG-Listen Arbeitszeitznachweise in Form von Monatskalendarien erstellt worden, die von den Mitarbeitern unterzeichnet worden seien. Diese seien der Beklagten bei den Prüfungen vorgelegt worden. Es sei daher nicht erkennbar,

dass die Klägerin gegen irgendwelche Pflichten arglistig verstoßen habe. Daher komme auch eine Umkehr der Beweislast nicht in Betracht.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 4. Juni 2007 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 28. Januar 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 1998 vollständig aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Mit Verfügung vom 18. November 2010 hat das Gericht die Klägerin aufgefordert, für die Monate Juni bis August 1996 Gehaltsabrechnungen und ein Stundenkalendarium vorzulegen sowie Erläuterungen zu der Arbeitsorganisation und der regelmäßigen Arbeitszeit im Betrieb der Klägerin zu machen. Mit Verfügung vom 20. Januar 2011 ist der Klägerin zur Erledigung der vorgenannten Verfügung nach [§§ 153 Abs. 1, 106a Abs. 3](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) eine Frist bis zum 3. Februar 2011 gesetzt worden. Mit Schreiben vom 27. Januar 2011, bei Gericht eingegangen am 31. Januar 2011, hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin mitgeteilt, dass er mit dieser nicht in Kontakt stehe. Durch eine Vertretung der Klägerin sei mitgeteilt worden, dass diese zur Zeit keiner geschäftlichen Tätigkeit nachgehe und sich melden würde, sobald diese wieder aufgenommen werden würde. Nach Erhalt der Ladung zum Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. April 2011 hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 23. März 2011 dem Gericht mitgeteilt, dass er das Mandat niederlege, da die Klägerin seit geraumer Zeit keinen Kontakt mehr zu ihm halte. Außerdem sei die Klägerin am 8. März 2011 wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht worden, was durch die Übersendung eines Auszugs aus dem Handelsregister belegt wurde. Mit Verfügung vom 31. März 2011 hat das Gericht dem Prozessbevollmächtigten mitgeteilt, dass es weiterhin von einer wirksamen Bevollmächtigung durch die Klägerin ausgehe, da der Nachweis einer wirksamen Kündigung des Vollmachtsvertrages nicht erbracht worden sei. Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte mit Schreiben vom 31. März 2011, eingegangen bei Gericht per Fax am 4. April 2011, mitgeteilt, dass er das Mandat gegenüber der Klägerin niedergelegt habe und daher den Termin zur mündlichen Verhandlung nicht wahrnehmen werde. Ebenfalls per Fax vom 4. April 2011 hat sich Frau E. T. im Auftrag der Klägerin gemeldet und Verfahrensaussetzung bzw. Ruhen des Verfahrens, hilfsweise Verhandlungsunterbrechung bzw. Verlegung des Termins in das Jahr 2012 beantragt.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakte (5 Bände), der Leistungsakte der Beklagten und der weiteren im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2011 genannten Unterlagen Bezug genommen. Diese haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Senats gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte trotz des Ausbleibens der Klägerin und ihres Prozessbevollmächtigten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. April 2011 entscheiden, da der Prozessbevollmächtigte der Klägerin ordnungsgemäß geladen und dabei darauf hingewiesen worden ist, dass auch im Falle seines Ausbleibens verhandelt und entschieden werden kann ([§ 110 Abs. 1 Satz 2 SGG](#)). Die Prozessvollmacht ist auch nicht wegen Niederlegung des Mandats erloschen; der Senat verweist hierzu auf die nachfolgenden Ausführungen.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig (dazu unter 1.), jedoch nicht begründet (dazu unter 2.).

1. Die Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben.

Der Zulässigkeit der Berufung steht nicht entgegen, dass die Klägerin am 8. März 2011 wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen aus dem Handelsregister gelöscht worden ist. Dies führt insbesondere weder zum Entfallen der Beteiligtenfähigkeit noch – da sie weiterhin wirksam durch ihren Prozessbevollmächtigten vertreten ist – zur Prozessunfähigkeit der Klägerin.

Die Löschung der Klägerin im Handelsregister hat keine Auswirkung auf ihre Beteiligtenfähigkeit. Denn die Löschung hat keine rechtsgestaltende, sondern nur deklaratorische Wirkung. Steuerrechtlich wird eine gelöschte GmbH in jedem Falle als fortbestehend angesehen, solange sie noch steuerrechtliche Pflichten zu erfüllen hat und gegen sie ergangene Steuerbescheide oder Haftungsbescheide angreift (st. Rspr. des BFH, vgl. Urteil vom 18.3.1986 – [VII R 146/81](#), [BFHE 146, 492](#) und Urteil vom 27.4.2000 – [I R 65/98](#), [BFHE 191, 494](#)). So entspricht es auch der Rechtsprechung des BGH, dass eine gelöschte GmbH als parteifähig anzusehen ist, wenn sie sich – wie vorliegend – gegen Ansprüche wehrt, die ihrer Ansicht nach nicht entstanden sind (vgl. BGH, Urteil vom 18.1.1994 – [XI ZR 95/93](#), [NJW-RR 1994, 542](#) m.w.N.). Nach Ansicht des Senates kann für Forderungen der Sozialleistungsträger nichts anderes gelten. Auch wenn man mit der Lehre vom so genannten Doppeltatbestand davon ausgeht, dass eine Vollbeendigung und damit die Beteiligtenunfähigkeit einer GmbH nur bei dem Vorliegen der Löschung im Handelsregister und dem Fehlen jeglicher Vermögenswerte eintritt (vgl. hierzu Müther, in: Bork/ Jacoby/ Schwab, FamFG, Kommentar, [§ 394 FamFG](#) Rn. 7 mwN), ist weiterhin von der Beteiligtenfähigkeit der Klägerin auszugehen. Denn der Annahme einer vollständigen Vermögenslosigkeit der Klägerin in diesem Verfahren steht schon entgegen, dass sie bei erfolgreichem Ausgang einen Kostenerstattungsanspruch erhalten hätte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21.10.1985 – [II ZR 82/85](#), [NJW-RR 1986, 394](#)).

Die Löschung der Klägerin aus dem Handelsregister hat aber zur Folge, dass der bisherige gesetzliche Vertreter (Geschäftsführer) seine Vertretungsbefugnis verliert und die GmbH mangels eines vertretungsberechtigten Organs prozessunfähig wird. Das gerichtliche Verfahren wird deshalb in der Regel bis zur Bestellung eines Liquidators bzw. Nachtragsliquidators gemäß [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 241 Abs. 1](#) Zivilprozessordnung (ZPO) unterbrochen. Allerdings tritt gemäß [§ 246 ZPO](#) die Rechtsfolge der Unterbrechung des Verfahrens dann nicht ein, wenn die Gesellschaft durch Prozessbevollmächtigte vertreten war. Im Streitfall wird die Klägerin seit Klageerhebung durch ihre Prozessbevollmächtigten vertreten. Die diesem von der Klägerin erteilte Prozessvollmacht dauert über den Zeitpunkt der Löschung der Klägerin und des Verlusts der gesetzlichen Vertretungsmacht ihres Geschäftsführers fort ([§ 73 Abs. 6 Satz 6 SGG](#) i.V.m. [§ 86 ZPO](#)).

Die Fortführung des Verfahrens bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass es auch mit einem Sachurteil beendet werden kann. Die Vorschrift des [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 246 Abs. 1 ZPO](#) lässt vielmehr die gegenteilige Interpretation zu, wonach unberührt von der Fortführung des Verfahrens wegen Fehlens der gesetzlichen Vertretung lediglich ein Prozessurteil ergehen kann. Diese Auslegung ist allerdings nicht

zwingend, sie wird vom Gesetzeswortlaut auch nicht gefordert. Nach der Rechtsprechung verschiedener oberster Gerichtshöfe des Bundes (vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. Februar 1993 - [II ZR 62/92](#), [BGHZ 121, 263](#); BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - [XI ZR 95/93](#), [NJW-RR 1994, 542](#); BFH, Urteil vom 27.4.2000 - [I R 65/98](#), [BFHE 191, 494](#)) ist es vielmehr zulässig, in den Fällen des [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 246 Abs. 1 ZPO](#) von der Fortsetzung der bestehenden Prozesslage auszugehen, wonach das Verfahren durch Prozess- oder Sachurteil beendet werden kann. Für diese Ansicht spricht vor allem die Regelung des [§ 73 Abs. 6 Satz 6 SGG](#) i.V.m. [§ 86 ZPO](#), wonach der Wegfall der gesetzlichen Vertretung einer Partei nicht zur Aufhebung der zuvor erteilten Bevollmächtigung eines Prozessvertreters zur (Fort-)Führung eines Rechtsstreits führt. Da die GmbH nach wie vor beteiligtenfähig ist, kommt ihr die Fähigkeit zu, Subjekt eines (fortgeführten) finanzgerichtlichen Prozessrechtsverhältnisses zu sein. Die (unveränderte) Fortführung des Verfahrens scheidet auch nicht am Mangel der Prozessfähigkeit der Klägerin. "Prozessfähigkeit", d.h. die Fähigkeit zur Vornahme von Prozesshandlungen i.S. des [§ 71 SGG](#), kommt einer GmbH als solcher nicht zu. Für sie handeln gemäß [§ 71 Abs. 3 SGG](#) die nach dem bürgerlichen Recht dazu befugten Personen. Zwar verfügt die gelöschte GmbH nicht mehr über einen gesetzlichen Vertreter i.S. des [§ 35 Abs. 1](#) des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Im laufenden Verfahren ist die Klägerin aber durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, der zu ihrer Vertretung befugt geblieben ist. Diese Vertretung ist im Prozessrechtsverhältnis als Sachurteilsvoraussetzung ausreichend. Sie ermächtigt den Prozessbevollmächtigten ohne Einschränkungen zur Vornahme aller Prozesshandlungen.

Unbeachtlich ist dabei, dass der Bevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 23. und 31. März 2011 mitgeteilt hat, dass er die Vertretung mit sofortiger Wirkung niedergelegt habe. Denn die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht bewirkt allein nicht das Erlöschen. Voraussetzung ist außerdem die wirksame Kündigung des Vollmachtvertrags (st. Rspr. verschiedener Bundesgerichte, vgl. nur BVerwG, Urte. v. 26.6.1984 - [9 CB 1092/81](#), [NVwZ 1985, 337](#); BFH, Urte. v. 28.4.2010 - [VIII R 8/08](#), juris; mwN; BGH, Beschl. v. 24. 11. 1976 VI ZB 20/76, [HFR 1977, 455](#); BAG, Urte. v. 19.3.2002 - [9 AZR 752/00](#), [BAGE 100, 369](#)). Die Wirksamkeit der Kündigung hängt u.a. davon ab, dass sie dem gesetzlichen Vertreter der Klägerin vor deren Löschung im Handelsregister zugegangen ist. Denn mit der Löschung endet, wie bereits ausgeführt, die Vertretung der Klägerin durch ihren bisherigen Geschäftsführer. Mangels Vorhandenseins eines gesetzlichen Vertreters kann eine erst nach der Löschung im Handelsregister erklärte Kündigung des Mandatsverhältnisses als empfangsbedürftige Willenserklärung keine Wirksamkeit mehr erlangen. Der Bevollmächtigte der Klägerin hat eine wirksame Kündigung des Vollmachtvertrages vor Löschung der Klägerin im Handelsregister nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen. In seinem Schreiben vom 23. März 2011 hat er mitgeteilt, dass das Mandat niedergelegt werde, weil seit geraumer Zeit kein Kontakt mehr zu der Klägerin bestehe. Dementsprechend konnte auch keine wirksame Kündigung erfolgt sein. Soweit der Prozessbevollmächtigte in seinem Schreiben vom 31. März 2011 "nochmals" mitteilt, dass das "Mandat gegenüber der E1 GmbH niedergelegt" worden sei, widerspricht er damit zum einen seiner eigenen vorherigen Aussage. Zum anderen konnte zu diesem Zeitpunkt der Vollmachtvertrag mit der Klägerin nicht mehr wirksam gekündigt werden, da diese bereits aus dem Handelsregister gelöscht war und daher nach vorstehenden Ausführungen eine wirksame Kündigung rechtlich unmöglich war.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Fax vom 4. April 2011, welches gekennzeichnet ist durch eine offensichtlich eingescannte Unterschrift mit dem Zusatz "I.A. für die Klägerin E. T.", keinerlei rechtliche Relevanz besitzt, da - wie bereits ausgeführt - allein der Prozessbevollmächtigte die Klägerin vertreten hat und auch nur er daher prozesswirksame Erklärungen abgeben konnte.

2. Die Berufung ist nicht begründet.

Da nur die Klägerin Berufung eingelegt hat, ist Streitgegenstand des Berufungsverfahrens allein der mit dem streitigen Bescheid geforderte Ersatz des in Höhe von 68.135,95 DM (= 34.837,36 Euro) geleisteten KUG.

Diese Ersatzforderung ist - wie das Sozialgericht zu Recht entschieden hat - auf der Grundlage des [§ 181 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) bzw. des wortgleichen [§ 71 Abs. 1 AFG](#) gerechtfertigt. Danach ist der zu Unrecht geleistete Betrag vom Arbeitgeber zu ersetzen, wenn er oder eine von ihm bestellte Person durch eine der in [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) bezeichneten Handlungen bewirkt, dass KUG zu Unrecht geleistet worden ist. Vorliegend ist das KUG in voller Höhe zu Unrecht geleistet worden (dazu unter a.) und der frühere Geschäftsführer der Klägerin, dessen Verhalten sich die Klägerin gemäß [§§ 6, 35 GmbHG](#) zurechnen lassen muss, hat diese Leistung insbesondere durch vorsätzlich, mindestens aber grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig gemachte Angaben ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#)) bewirkt (dazu unter b.).

a. Zur Überzeugung des Senats wurde das KUG in voller Höhe zu Unrecht geleistet. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Regelungen über das KUG in der hier anzuwendenden Fassung des AFG im Falle der Klägerin grundsätzlich nicht anwendbar waren (dazu unter aa.). Selbst wenn sie anwendbar wären, müsste davon ausgegangen werden, dass in dem hier streitigen Zeitraum die Voraussetzungen für die Gewährung von KUG nicht erfüllt waren (dazu unter bb.).

aa. Das KUG wurde in voller Höhe schon deswegen zu Unrecht geleistet, weil der Anwendungsbereich der [§§ 63 ff AFG](#) in der hier maßgeblichen bis 31. Dezember 1997 gültigen Fassung nicht eröffnet war.

Die gesamte Struktur der Regelungen zum KUG nach dem AFG stellt - anders als die derzeitige Regelung des Kurzarbeitergeldes in [§ 179 SGB III](#) - nicht auf einen Ausfall des Entgeltes, sondern auf einen Ausfall an Arbeitszeit ab, die hierfür speziell in [§ 69 AFG](#) definiert wird. Bereits dies verkennt die Klägerin, wenn sie auf Seite 2 ihrer Berufungsbegründung auf einen Ausfall von Arbeitsgelt abstellt. Die Anknüpfung an die tatsächliche Arbeitszeit ergibt sich schon aus den Eingangsvoraussetzung des [§ 63 Abs. 2 AFG](#), demzufolge die Gewährung von Kurzarbeitergeld bei Betrieben ohne regelmäßige Arbeitszeit ausgeschlossen ist, und des [§ 64 Abs. 1 Nr. 3 AFG](#), der einen 10%igen Ausfall der Arbeitszeit fordert. Bei den weiteren personenbezogenen Voraussetzungen setzt sich diese Struktur konsequent fort: So ist Kurzarbeitergeld für Personen ohne regelmäßige Arbeitszeit nach [§ 65 Abs. 2 AFG](#) ausgeschlossen. Nach [§ 68 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) wird Kurzarbeitergeld für die Ausfallstunde gewährt. Es bemisst sich nach Satz 2 der Norm nach dem Arbeitsentgelt, dass der Arbeitnehmer ohne Arbeitsausfall in der Arbeitsstunde erzielt hätte (so genannter Lohnfaktor), und nach der Zahl der Arbeitsstunden, die der Arbeitnehmer am Ausfalltag innerhalb der Arbeitszeit i.S.d. [§ 69 AFG](#) abzüglich der Stunden geleistet hätte, für die ein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht oder für die Arbeitsentgelt gezahlt wird (so genannter Zeitfaktor, vgl. BSG, Urteil vom 31.10.1996 - 11 Rar 41/96, [BSGE 79, 197](#)).

Vereinfacht ausgedrückt richtet sich die konkrete Berechnung des Kurzarbeitergeldes damit nach der Formel:

Stundenlohn ohne Ausfall x ausgefallene Stunden.

Das Gesetz berücksichtigt dabei in § 68 Abs. 2 AFG zwar auch eine Form des Leistungslohnes. Jedoch erfolgt die Berücksichtigung nur bei der Berechnung des Stundenlohnes, also bei dem Lohn-, nicht jedoch bei dem Zeitfaktor. Nach den Vorgaben des Gesetzes ist daher auch in diesen Fällen die Ermittlung der ausgefallenen Stunden unumgänglich.

Nach den eindeutigen und mehrfach wiederholten Angaben der Klägerin (vgl. Bl. 37 ff, 272, 326, 533, 544, 828 f. der Prozessakte) spielte die tatsächliche Arbeitszeit jedoch in dem Betrieb der Klägerin keine Rolle und wurde daher auch nicht erfasst. Soweit die Klägerin u.a. in ihrem Schriftsatz vom 28. September 1999 ausführt, es seien sehr wohl die tatsächlichen Arbeitsstunden erfasst worden, und dabei auf die Stundenprotokolle in Anlage K6 verweist, vermag dies nicht zu überzeugen. Denn mit dieser Aussage widerspricht sich die Klägerin selbst. Auf Seite 5-6 der Klagbegründung vom 6. Mai 1999 (vgl. Bl. 40-41 der Prozessakte) führt die Klägerin zu den Listen, die den Anträgen auf KUG als Nachweis für die gearbeiteten bzw. ausgefallenen Stunden beigefügt waren, aus, dass es sich bei diesen Werten um Durchschnittswerte der Arbeitszeit handelt, die aufgrund der Rückrechnung von der Arbeitsleistung auf die Arbeitszeit ermittelt wurden. Bei den Werten handelt es sich also auch nach Angabe der Klägerin nicht um die tatsächlich gearbeiteten Stunden. Die Listen der Anlage K6 entsprechen jedoch im Wesentlichen diesen den KUG-Anträgen beigefügten Listen und können daher auch nach dem Vortrag der Klägerin nicht die tatsächlich gearbeiteten Stunden dokumentieren. Zudem hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 6. März 2003 und vom 24. April 2003 ausdrücklich formuliert, dass die tatsächlich aufgewandte Arbeitszeit nicht erfasst wurde. Dies wird durch die Angaben der Arbeitnehmer S. (Bl. 375 der Prozessakte), S1 (Bl. 404 der Prozessakte) und L. (Bl. 428 der Prozessakte) bestätigt. Zudem ist auch nicht erklärlich, warum eine solche Aufstellung der tatsächlich gearbeiteten Stunden erfolgt sein sollte, wenn doch diese Stunden für die Klägerin nicht von Interesse waren. So räumt die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung auch ein, dass die Stundenprotokolle nur für die KUG-Listen erstellt wurden. Wenn damit extra für die Zeit des Bezugs von KUG Listen über die tatsächliche Arbeitszeit erstellt worden wären, ist nicht erklärbar, warum zusätzlich noch die selbst nach Worten der Klägerin komplizierte Umrechnung der Arbeitsleistung in einen fiktiv hierfür notwendigen Zeitaufwand erfolgt ist. Der hierin liegende Widerspruch zeigt sich auch anschaulich an dem von der Klägerin selbst angeführten Beispiel der Zeitberechnung für den 9. Dezember 1996 (Bl. 40 der Prozessakte). An diesem Tag waren nach dem entsprechenden Aufmaßbogen (Bl. 105 der Prozessakte) die Angestellten S1, W., W1 und L. tätig. Diese sollen nach der Berechnung der Klägerin 2,5 Stunden tätig gewesen sein. In den Stundenaufstellungen finden sich für S1, W. und L. für den 9. Dezember 1996 Angaben von jeweils 1 Stunde (Bl. 244, 212, 221 der Prozessakte), für den Angestellten W1 findet sich kein Stundennachweis. Dies passt nicht recht zusammen und bestätigt den Senat in seiner Überzeugung, dass weder die Listen der Anlage K6 noch irgendwelche sonstigen Unterlagen die tatsächlich gearbeiteten Stunden dokumentieren.

Wenn jedoch die tatsächliche Arbeitszeit in dem Betrieb der Klägerin keine Rolle spielte und daher auch nicht erfasst wurde, fehlt der nach der gesetzgeberischen Konstruktion für die Gewährung von KUG entscheidende Anknüpfungspunkt. So ist insbesondere die Ermittlung der Differenz zwischen der üblichen und während der angeblichen Kurzarbeit tatsächlich gearbeiteten Stunden, also die Ermittlung des so genannten Zeitfaktors, nicht möglich.

Ist der Anwendungsbereich der Regelungen über das KUG schon aus diesem Grund nicht eröffnet, so kommt hinzu, dass zudem die Ausschlussstatbestände des § 63 Abs. 2 (Betrieb ohne regelmäßige Arbeitszeit) und § 65 Abs. 2 AFG (Arbeitnehmer ohne regelmäßige Arbeitszeit) erfüllt sind, da nach der Überzeugung des Senats in dem Betrieb der Klägerin keine regelmäßige Arbeitszeit bestand. Entscheidend hierfür ist, ob die Arbeitnehmer nach ihrem Arbeitsvertrag verpflichtet sind, eine bestimmte Arbeitsdauer einzuhalten, wobei die Lage dieser Arbeitsdauer am Arbeitstag (z.B. bei Gleitzeit) nicht entscheidend ist (vgl. Knigge/Ketelsen/Marschall/Wissing, AFG-Kommentar, 6. Erg.lfg. 1995, § 65 Rn. 21; Feckler, in: GK-AFG, Sept. 1997, § 65 Rn. 25; Henke, in: Henning/Kühl /Heuer/Henke, AFG, 102. Erg.lfg. Juli 1998, AFG § 65 Rn. 19; Geffers/Schwarz, AFG, Okt. 1976, § 65 Rn. 5). Aus den vorgelegten Arbeitsverträgen (vgl. Bl. 670 ff der Prozessakte) ergibt sich durchgehend, dass keine bestimmte regelmäßige Arbeitszeit vereinbart wurde. Es finden sich vielmehr nur die Vereinbarung eines Stundenlohnes, die Angabe einer monatlichen Höchststundenzahl sowie der Hinweis, dass sich die Arbeitszeit und der Jahresurlaub nach den jeweils geltenden betrieblichen Richtlinien unter Wahrung der gesetzlichen Bestimmungen richten. Die Durchführung und Einhaltung einer regelmäßigen Arbeitszeit wäre auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin, dass die tatsächliche Arbeitszeit keinerlei Rolle spielte und daher auch nicht erfasst worden sei, gar nicht realisierbar. Das gilt selbst dann, wenn man den Vortrag der Klägerin trotz seiner Widersprüchlichkeiten als zutreffend ansieht. Denn selbst nach diesen Angaben wurde die tatsächliche Arbeitszeit nur für die Zeit des Bezugs von KUG erfasst. Gab es damit unbestritten für die Zeit davor keinerlei Erfassung der tatsächlichen Arbeit, so kann denklogisch eine regelmäßige tatsächliche Arbeitszeit nicht realisiert worden sein. So gesteht die Klägerin auch selbst zu (vgl. Bl. 40 der Prozessakte), dass die Arbeitszeit erheblich geschwankt hat.

Der Grund für den Ausschluss von Tätigkeiten ohne regelmäßige Arbeitszeit von der Gewährung von KUG liegt darin, dass nach Ansicht des Gesetzgebers in diesen Fällen die Prüfung, ob ein Arbeitsausfall vorliegt, nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohem Verwaltungsaufwand möglich ist (vgl. [BT-Drs. V/2291 S. 72](#) zu § 60 Abs. 2). Der vorliegende Fall zeigt eindrucksvoll, wie zutreffend diese Einschätzung des Gesetzgebers ist. Zweifel an der Verhältnismäßigkeit und damit an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung sind vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

bb. Doch selbst wenn man grundsätzlich die §§ 63 ff AFG auch im vorliegenden Fall für anwendbar halten wollte, müsste als Ergebnis einer Beweislastentscheidung dennoch davon ausgegangen werden, dass das KUG zu Unrecht geleistet worden ist.

Das Sozialgericht hat in seiner Entscheidung überzeugend dargelegt, dass ohne die hier fehlenden Nachweise der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden eine Prüfung, ob und ggf. in welcher Höhe die Voraussetzungen für die Bewilligung von KUG vorliegen, nicht möglich ist und dass die daraus resultierende Ungewissheit im Rahmen einer Umkehr der objektiven Beweislast sich zu Lasten der Klägerin auswirkt. Der Senat nimmt auf diese Ausführungen Bezug und ergänzt diese wie folgt:

Das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ist im Hinblick auf die Gewährung von KUG geprägt von der öffentlich-rechtlichen Indienstnahme der Klägerin durch die Beklagte, wie sie insbesondere in § 72 AFG zum Ausdruck kommt (vgl. Bieback, in: Gagel, AFG, § 72 Rn. 9 ff). In diesem Zusammenhang verlangt die Regelung des § 72 Abs. 3 Satz 1 AFG, dass der Arbeitgeber die Voraussetzungen für die Gewährung von KUG nachweist. Diese Darlegungspflicht bezieht sich vor allem auf die Vorlage der Unterlagen für die Lohnabrechnung (vgl. Bieback, a.a.O., § 72 Rn. 160). Das BSG hat bereits entschieden, dass in Fällen der Indienstnahme des Arbeitgebers eine Umkehr der

Beweislast in Betracht kommt. Voraussetzung ist dabei, dass die Aufklärung des Sachverhaltes absichtlich oder schuldhaft (also auch bloß fahrlässig) vereitelt worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 29.4.1976 - [12/3 RK 66/75](#), [BSGE 41, 297](#) mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BSG, Urteil vom 28.4.1977 - [12 RK 25/76](#), juris; BSG, Urteil vom 25.6.1998 - [B 7 AL 126/95 R](#), [BSGE 82, 183](#)). Dies ist vorliegend der Fall.

Die Klägerin hätte erkennen können und müssen, dass für die Gewährung von KUG die Führung von Arbeitszeitznachweisen, aus denen sich die tatsächlich gearbeiteten Stunden ergeben, unerlässlich war. Soweit sie in der Berufungsbegründung ausführt, sie sei zwar darauf hingewiesen worden, Arbeitszeitznachweise führen zu müssen, nicht jedoch darauf, dass dabei die tatsächliche Arbeitszeit zu erfassen sei, kann dem schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Die Klägerin ist insbesondere durch die von dem früheren Geschäftsführer unterschriebene Erklärung vom 30. September 1996 (vgl. Bl. 6 der Verwaltungsakte) darauf hingewiesen worden, dass sie für jeden Arbeitnehmer, für den KUG begehrt wird, Arbeitszeitznachweise zu führen hat. Die Klägerin meint, sie habe dieses Erfordernis so verstehen dürfen, dass die Auflistung der aufgrund der Arbeitsleistung errechneten fiktiven Arbeitszeit einen derartigen Arbeitszeitznachweis darstellt. Wer das Erfordernis eines Arbeitszeitznachweises derart interpretiert, setzt sich zumindest dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit aus. Denn unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt erschließt sich jedermann - und damit erst recht dem früheren Geschäftsführer der Klägerin als Arbeitgeber - unmittelbar, dass ein Nachweis dazu dient, einen tatsächlich erfolgten Vorgang zu dokumentieren. Dies ergibt sich schon unzweideutig aus dem Wortlaut. In diesem Sinne wird auch der Arbeitszeitznachweis im allgemeinen Sprachgebrauch verstanden. Das "Führen" des Arbeitszeitznachweises bringt dabei zum Ausdruck, dass hier über einen bestimmten Zeitraum kontinuierlich Eintragungen vorzunehmen sind. So soll in dem Nachweis Tag für Tag die tatsächlich verrichtete Arbeit dokumentiert werden. Dass dies gerade Sinn und Zweck des Arbeitszeitznachweises für den Bezug von KUG ist, ergibt sich auch anschaulich aus den "Hinweisen zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (KUG)" (vgl. Bl. 281 ff der Prozessakte), aus dem die oben dargestellte gesetzgeberische Systematik, die an die tatsächliche Arbeitszeit anknüpft, deutlich wird. Gleich auf Seite 1 der Hinweise unter Punkt 3.1 wird hervorgehoben, dass die Abrechnungslisten insbesondere aufgrund der Arbeitszeit- und Lohnunterlagen des Betriebes auszufüllen sind. Weiter wird beispielsweise unter Punkt 10.1 ausdrücklich definiert, dass sich die in das Antragsformular einzutragenden Ausfallstunde aus den betriebsüblichen Arbeitsstunden abzüglich der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit errechnet. Auch aus den Angaben zur abweichenden Arbeitszeit einzelner Arbeitnehmer unter Punkt 10.2 wird deutlich, dass die konkrete, individuelle Arbeitszeit zu erfassen ist. Die Berechnung der Klägerin stellt jedoch in keiner Weise einen Nachweis in diesem Sinne dar. Denn sie dokumentiert kein tatsächliches Geschehen, sondern ist das Ergebnis eines mathematischen Vorgangs. Daher kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die Berechnungslisten der Klägerin "geführt" wurden, also das Ergebnis einer über einen bestimmten Zeitraum andauernden kontinuierlichen Aufzeichnung sind. Vielmehr wurden sie zu einem beliebigen Zeitpunkt einfach nur errechnet.

Unter Berücksichtigung der in dem Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bisher angestellten umfangreichen Ermittlungen kann dabei kein Zweifel daran bestehen, dass hinsichtlich der Arbeitszeiten keine anderweitigen Ermittlungsmöglichkeiten ersichtlich sind, die der Annahme einer Beweislastumkehr entgegenstehen könnten. Das Gericht hat die Möglichkeiten der Beweiserhebung durch Zeugenbefragung und Einholung eines Sachverständigengutachtens ausgeschöpft, ohne dass dadurch die tatsächlichen Arbeitszeiten im Betrieb der Klägerin hätten abschließend ermittelt werden können.

b. Auch die weitere Voraussetzung des [§ 181 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) bzw. § 71 Abs. 1 AFG, dass nämlich die unrechtmäßige Leistung des KUG durch die Klägerin entsprechend [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) bewirkt sein muss, ist erfüllt. Denn die Klägerin hat zum einen im Sinne des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#) zumindest grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige bzw. unvollständige Angaben gemacht, auf denen die Bewilligung von KUG beruhte (dazu unter aa.). Zum anderen hat die Klägerin zumindest grob fahrlässig die Rechtswidrigkeit der Bewilligung von KUG im Sinne des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) verkannt (dazu unter bb.).

aa. Die Klägerin hat sowohl in der Anzeige über Arbeitsausfall als auch in den Anträgen auf Gewährung von KUG insoweit unrichtige Angaben gemacht, als bei den Angaben zur Arbeitszeit nicht auf die tatsächlichen Arbeitsstunden, sondern auf von ihr errechnete oder gar frei erfundene Werte abgestellt wurde. Sie hat damit den nicht der Realität entsprechenden Eindruck vermittelt, dass in dem Betrieb der Klägerin eine regelmäßige und sehr gleichförmige tägliche Arbeitszeit besteht, in deren Rahmen eine ebenso gleichmäßige Verkürzung der tatsächlichen Arbeitszeit stattgefunden hat. Diese Angaben waren die wesentliche Grundlage für die Berechnung und Bewilligung des KUG durch die Beklagte.

Im Einzelnen ist dazu Folgendes festzustellen:

Sowohl in der Anzeige über Arbeitsausfall als auch in den Antragsunterlagen zum KUG wird die Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit abgefragt. Gerade im Hinblick auf möglicher Weise bestehende Unregelmäßigkeiten in der Verteilung wird dabei eine Eintragung für jeden einzelnen Tag über einen Zeitraum von 2 Wochen ermöglicht. Die Klägerin hat in der Anzeige über Arbeitsausfall vom 30. September 1996 (vgl. Bl. 4 der Verwaltungsakte) für jeden Werktag dieses 2-Wochen-Zeitraums "8 Std." eingetragen. In den Anträgen auf KUG (vgl. Bl. 26, 37, 47 der Verwaltungsakte) findet sich nur für die Werktage der ersten Woche des 2-Wochen-Zeitraums die Eintragung "7,7"; daneben ist notiert "38,5". Diese Angaben sind unrichtig. Dies ergibt sich schon daraus, dass eine derart gleichförmige tatsächliche Arbeitszeit bei der von der Klägerin beschriebenen Vorgehensweise des Arbeitseinsatzes unmöglich ist. Zudem konnte die Klägerin keine Angaben zu der regelmäßigen betriebsüblichen Arbeitszeit machen, da sie die tatsächliche Arbeitszeit der Angestellten nach ihren eigenen Angaben nicht interessiert hat und sie somit eine regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit ihrer Angestellten gar nicht ermitteln konnte. Wie dargestellt wurden die angeblichen Aufzeichnungen zur tatsächlichen Arbeitszeit selbst nach dem Vortrag der Klägerin nur für die Zeit des Bezugs von KUG getätigt. Für die Zeit davor gab es also auch nach ihrem Vortrag keinerlei Anknüpfungspunkt für die Realisierung und Überprüfung einer regelmäßigen Arbeitszeit. Da damit in keiner Weise ersichtlich ist, auf welchen Grundlagen die Angaben zur regelmäßigen Arbeitszeit gemacht wurden, muss davon ausgegangen werden, dass diese Werte schlicht in Anlehnung an die 38,5- bzw. 40-Stunden-Woche erfunden wurden. Denn selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass diese Werte auch auf einer Rückrechnung der Arbeitsleistung auf die Arbeitszeit beruhen, wäre nicht zu erklären, warum nun gerade eine 38,5- bzw. 40-Stunden-Woche mit einer gleichmäßigen Verteilung auf 8 Stunden pro Tag das Ergebnis dieser Rechnung ist. Das würde nämlich bedeuten, dass zufällig die Umrechnung des jeden Tag bzw. Monat von dem einzelnen Angestellten erzielten Arbeitserfolges zu einer Arbeitszeit von exakt 8 Stunden bzw. 38,5/40 Std. führt. Dies ist bei der von der Klägerin dargestellten Art und Weise des Einsatzes der Arbeitnehmer unmöglich.

In den Anträgen zum KUG hat die Klägerin dann für die Auflistung der gearbeiteten bzw. ausgefallenen Arbeitsstunden auf die Tabellen ihres so genannten Kalendariums verwiesen. In diesem wurde entsprechend den Listen der Anlage K6 die angeblich gearbeiteten und die

angeblich ausgefallenen Stunden festgehalten. Hier finden sich durchgängig für die einzelnen Arbeitnehmer für die einzelnen Tage nur 3 Zahlenwerte: Entweder es sind 7,7 Std. Ausfallstunden vermerkt oder es wurden 6,7 Std. Ausfallstunden und 1 Std. geleistete Arbeit notiert. Auch diese Zahlen können nicht die tatsächlich ausgefallenen bzw. gearbeiteten Stunden darstellen und sind daher ebenfalls unrichtig. Insoweit wird auf die Ausführungen zu den entsprechenden Listen der Anlage K6 verwiesen (vgl. unter 2.a.aa.). Die Klägerin räumt auf Seite 5-6 der Klagebegründung vom 6. Mai 1999 (vgl. Bl. 40-41 der Prozessakte) auch selbst ein, dass es sich bei diesen Werten um Durchschnittswerte der Arbeitszeit handelt, die aufgrund der Rückrechnung von der Arbeitsleistung auf die Arbeitszeit ermittelt wurden.

Die Klägerin hat diese Angaben auch zumindest grob fahrlässig unrichtig gemacht.

Grobe Fahrlässigkeit liegt nach der Legaldefinition des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Hierbei ist ein subjektiver Maßstab zu Grunde zu legen (vgl. Urteil des Senates vom 10.12.2009, [L 5 AL 16/06](#), in juris). Die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt danach, wer schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht anstellt und daher nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss (vgl. Schütze, in: von Wulffen, SGB X, 7. Aufl. 2010, § 45 Rn. 52).

Hinsichtlich der regelmäßigen Arbeitszeit hat die Klägerin nach Ansicht des Senates sogar vorsätzlich unrichtige Angaben gemacht. Wie bereits dargestellt, kann es sich hierbei nur um erfundene Werte handeln. Wer derartige Werte in ein Formular einträgt, kann dies nur vorsätzlich tun. Diesbezüglich kann auch der Vortrag der Klägerin, sie habe die Beklagte über ihr Vorgehen aufgeklärt, auch in keiner Weise erfolgreich sein. Denn die Klägerin hat nicht behauptet und auch nicht unter Beweis gestellt, dass sie die Beklagte darüber informiert habe, dass die Angaben zur regelmäßigen Arbeitszeit aus der Luft gegriffen waren.

Unabhängig hiervon hätte sich dem früheren Geschäftsführer der Klägerin im Sinne der groben Fahrlässigkeit aufdrängen müssen, dass bei dem Ausfüllen der genannten Formulare nicht von einer errechneten, sondern von der tatsächlichen Arbeitszeit auszugehen war. Wie bereits ausgeführt, hätte die Klägerin erkennen können und müssen, dass sie die tatsächliche Arbeitszeit zu dokumentieren hatte. Berücksichtigt man weiter die beschriebene Gestaltung der von ihr ausgefüllten Formulare, die exakt nach der Arbeitszeit für einzelne Tage differenzierten und auch bei der Angabe der regelmäßigen Arbeitszeit auf die individuelle Verteilung abstellten, musste die Klägerin schon ihre Augen vor dem Naheliegensten verschließen, um zu dem Schluss kommen zu können, die Formulare auf der Grundlage der von ihr "zurückgerechneten" Arbeitszeiten ausfüllen zu dürfen. Dies gilt umso mehr, als es sich bei dem früheren Geschäftsführer der Klägerin um einen langjährigen Arbeitgeber handelt, von dem zu erwarten ist, dass ihm Begriffe wie Arbeitszeitzachweise und regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit vertraut sind.

Soweit die Klägerin sich in diesem Zusammenhang darauf beruft, die Beklagte habe sie darauf hinweisen müssen, dass die "Rückrechnung" der Arbeitsleistung auf die Arbeitszeit keinen Arbeitsnachweis im geforderten Sinn darstelle und sie daher die dadurch gewonnenen Zahlenwerte nicht der Bearbeitung der Formulare zugrunde legen dürfe, verkehrt sie die Verteilung der Aufklärungspflichten in ihr Gegenteil. Es war Aufgabe der Klägerin, die Beklagte darüber aufzuklären, dass in ihrem Betrieb die tatsächliche Arbeitszeit keinerlei Rolle spielte und es sich daher bei den Angaben zur Arbeitszeit nicht um Angaben der tatsächlichen Arbeitszeit, sondern um errechnete Werte handelte. Denn dieses Beschäftigungsmodell weicht maßgeblich von dem üblichen Bild einer Beschäftigung mit regelmäßiger Arbeitszeit und an die Arbeitszeit geknüpfte Entlohnung ab. Da das von der Klägerin verfolgte Beschäftigungsmodell offensichtlich nur schwer mit den Antragsunterlagen in Einklang zu bringen war und die Klägerin dies - wie sich an der Vornahme der komplizierten Umrechnungsmaßnahmen zeigt - auch erkannte, musste sie sich gezwungen sehen, unter vollständiger und eindeutiger Darlegung der tatsächlichen Sachlage und der Betriebspraxis die Beklagte von der Problemlage in Kenntnis zu setzen, um diese entscheiden zu lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen dennoch eine Gewährung von KUG in Betracht kommen könnte. Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass die Klägerin dies nicht getan hat.

Weder bei der Anzeige über Arbeitsausfall noch bei den Antragsunterlagen zum KUG findet sich in der Verwaltungsakte irgendeine Erklärung der Klägerin, die die in diesen Formularen gemachten Angaben bzw. deren Zustandekommen erläutern. Vielmehr erwecken die Angaben und Aussagen den Eindruck eines Betriebes mit regelmäßiger Arbeitszeit, in dem diese Arbeitszeit sich gleichmäßig durch Kurzarbeit verkürzt hat. Eindrucksvoll wird dies deutlich, wenn schon ganz zu Beginn des Verwaltungsverfahrens die Klägerin in ihrem formlosen Antrag auf KUG vom 4. September 1996 (vgl. Bl. 2 der Verwaltungsakte) ausdrücklich ausführt, es werde "80% der Arbeitszeit gekürzt". Der dann folgenden Anzeige über Arbeitsausfall vom 30. September 1996, die wie dargestellt den Eindruck einer absolut gleichbleibenden Verteilung einer 40-Stunden-Woche auf 8 Stunden pro Tag vermittelte, war ein Anschreiben beigefügt (vgl. Bl. 3 der Verwaltungsakte), in dem sich diesbezügliche geradezu aufdrängende Erläuterungen nicht zu finden sind.

Es folgte dann am 10. Oktober 1996 die Prüfung der Voraussetzungen für das KUG durch den Zeugen B ... In der hierzu angefertigten Niederschrift (vgl. Bl. 19 der Verwaltungsakte) findet sich kein Anhaltspunkt für die Behauptung der Klägerin, dass sie den Zeugen B. über das Zustandekommen der Stundenwerte aufgeklärt habe. Der frühere Geschäftsführer der Klägerin hat hierzu in der mündlichen Verhandlung bei der Vernehmung des Zeugen B. eingeworfen, er habe ihm gesagt, dass die Klägerin Stücklohn zahle und man sei dann so verblieben, dass dann eben nach dem Merkblatt umgerechnet werden müsse. Der Zeuge B. hat dem entgegengehalten, dass er eine solche Aussage nicht getroffen habe, und dass auch bei Leistungslohn ein Arbeitszeitzachweis zu führen sei. Der Senat hält es für durchaus wahrscheinlich, dass am 10. Oktober 1996 über Leistungslohn gesprochen wurde. Denn dieser kann auch bei der Gewährung von KUG eine Rolle spielen. Allerdings ist dies - wie bereits dargestellt - nur im Rahmen des Lohnfaktors (vgl. § 68 Abs. 2 AFG) bedeutsam und ändert nichts daran, dass für den Zeitfaktor die Ermittlung der tatsächlichen Arbeitszeit unerlässlich ist. So findet sich in dem Protokoll der Prüfung vom 10. Oktober 1996 auch der Vermerk (vgl. Bl. 22 der Verwaltungsakte), dass als Berechnungsgrundlage für das KUG die Akkordbemessung aus dem Monat Juli 1996 zugrunde zu legen ist. Hierüber mag am 10. Oktober 1996 gesprochen worden sein. Dies betrifft aber nur den Lohnfaktor, und daraus lässt sich in keiner Weise ableiten, dass die Klägerin - was für den Zeitfaktor entscheidend ist - darauf hingewiesen hat, dass sie die tatsächliche Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter nicht interessiere und die Zeitangaben daher nur Ergebnisse einer Rückrechnung von der Arbeitsleistung auf die dafür regelmäßig benötigte Arbeitszeit sind. Dies scheint der frühere Geschäftsführer mit seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung auch nicht gemeint zu haben. Denn eine solche "Rückrechnung" ergibt sich in keiner Weise aus dem von ihm in Bezug genommenen Merkblatt; in diesem finden sich vielmehr Angaben zur Berechnung des Lohnfaktors bei Leistungslohn (vgl. Punkt 12.4 des Hinweisblattes, Bl. 286 der Prozessakte). Der Senat ist unabhängig davon auch überzeugt, dass sich der Zeuge B. nicht auf die von der Klägerin beschrittene Vorgehensweise der Stundenberechnung eingelassen hätte. Dies ergibt sich aus seiner

Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht sowie anschaulich und gut nachvollziehbar aus seiner Stellungnahme vom 29. Juli 1999 (vgl. Bl. 775 der Prozessakte), auf die hier Bezug genommen wird.

Soweit die Klägerin schließlich in der Berufungsbegründung vorträgt, dass sie auch aufgrund der zwei folgenden Betriebsprüfungen darauf vertrauen durfte, dass alle Angaben von ihr zutreffend gemacht worden seien, weil zu diesem Zeitpunkt alle Unterlagen vorgelegen hätten, die nun auch in diesem Gerichtsverfahren vorliegen, kann auch dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Denn selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte die Klägerin damit bei weitem nicht in ausreichendem Maße auf ihr aufklärungsbedürftiges Vorgehen hingewiesen. Aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich nämlich das Vorgehen der Klägerin gerade nicht. Vielmehr wird es sogar durch die Vorlage von angeblich die tatsächliche Arbeitszeit abbildenden Kalendarien und nicht erklärbaren Angaben zur regelmäßigen Arbeitszeit verschleiert. Erst durch den schriftsätzlichen Vortrag in diesem Verfahren trat das Vorgehen der Klägerin in seinen Grundzügen in Erscheinung.

Da die Angaben zur Arbeitszeit – insbesondere zur regelmäßigen Arbeitszeit – entscheidend für die Berechnung des KUG sind, hat die Klägerin dabei auch unzweifelhaft in wesentlicher Beziehung unrichtige Angaben gemacht, die kausal für die unrechtmäßige Bewilligung des KUG waren.

bb. Zudem hat die Klägerin auch zumindest grob fahrlässig die Rechtswidrigkeit der KUG-Gewährung nicht erkannt. Denn es musste sich ihr aufdrängen, dass eine KUG-Gewährung, die auf der Grundlage der von ihr unrichtig gemachten Angaben erfolgte, nicht rechtmäßig sein konnte.

c. Da hinsichtlich der Höhe der Erstattungsforderung Fehler der Beklagten weder vorgetragen noch ersichtlich sind, kann die Berufung der Klägerin keinen Erfolg haben.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Anders als das Verfahren in erster Instanz ist das Berufungsverfahren nicht kostenprivilegiert. Denn die Klägerin fällt nicht in den Anwendungsbereich des [§ 183 SGG](#) in der hier zu berücksichtigenden, ab 2. Januar 2002 gültigen Fassung (n.F.). Diese ist hier maßgebend, da die Berufung nach dem Inkrafttreten des [§ 183 SGG](#) n.F. eingelegt wurde (vgl. hierzu Leitherer, in: Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl. 2008, Vor § 183 Rn. 12). Die Klägerin tritt in diesem Verfahren nicht als Leistungsempfänger im Sinne des [§ 183 SGG](#) n.F. auf. Dies gilt unabhängig davon, dass der Arbeitgeber als vom Anwendungsbereich des [§ 183 SGG](#) n.F. erfasst angesehen wird, wenn er KUG geltend macht (vgl. in diesem Sinne: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 2.2.2006 – [L 9 AL 76/05](#), juris; Leitherer, a.a.O., § 183 Rn. 6b). Denn vorliegend geht es um einen Ersatzanspruch nach [§ 181 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) bzw. § 71 Abs. 1 AFG. Bei diesem handelt es sich nicht um die Erstattung von an die Arbeitnehmer geleistetes KUG im Sinne von [§ 50 SGB X](#). Vielmehr richtete sich dieser Ersatzanspruch eigener Natur unmittelbar gegen den Arbeitgeber, der hierbei in keinerlei Weise in Prozessstandschaft oder ähnlichem für die Arbeitgeber auftritt. Damit fehlt es an jedem Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des [§ 183 SGG](#) n.F., sodass sich die Kostenentscheidung nach [§ 197a SGG](#) zu richten hat.

Der Streitwert war gemäß [§§ 52 Abs. 3, 63 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz entsprechend der Höhe der Ersatzforderung festzusetzen.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2](#) SGG nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2011-07-11