

## **B 7 AL 21/09 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Koblenz (RPF)  
Aktenzeichen  
S 11 AL 487/03

Datum  
04.05.2005  
2. Instanz  
LSG Rheinland-Pfalz

Aktenzeichen  
L 1 AL 158/05  
Datum  
15.11.2007

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 21/09 R

Datum  
14.09.2010  
Kategorie  
Urteil

Leitsätze

Zur Frage der Bindungswirkung eines Bescheids, mit dem die Bundesagentur für Arbeit einen erheblichen Arbeitsausfall für die spätere  
Gewährung von Kurzarbeitergeld im Voraus anerkannt hat.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. November 2007 aufgehoben. Die Sache  
wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Im Streit ist die Zahlung von Kurzarbeitergeld (Kug) für die Zeit vom 1.1.2003 bis zum 31.3.2003 für 63 Arbeitnehmer.

2

Die M AG in Gründung (iG) betrieb seit 1.12.2002 als Rechtsnachfolgerin der M GmbH, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren  
eröffnet worden war, ein Kaufhaus in B. Am 5.12.2002 schlossen die M AG iG und der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die  
vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit mit folgendem Wortlaut:

"Vereinbarung

1. In den Betriebsstätten H straße 83 und H straße 75 in B - wird mit Wirkung vom 1.01.2003 Kurzarbeit eingeführt. Die  
mitarbeiterindividuelle Arbeitszeit wird auf 0 Stunden zurückgeführt.

2. Die Mitarbeiter werden innerhalb der vertraglich vereinbarten individuellen Arbeitszeiten an Qualifizierungsmaßnahmen innerhalb der  
jeweiligen Betriebsstätte teilnehmen und währenddessen die Verkaufsbereitschaft der Betriebsstätten aufrecht erhalten.

3. Die Kurzarbeit wird beendet am 31.3.2003.

4. "

3

Am 11.12.2002 zeigte die M AG iG der Beklagten unter Vorlage der Betriebsvereinbarung einen Arbeitsausfall für den Zeitraum von Januar  
bis März 2003 an, der sämtliche 77 Mitarbeiter betreffe. Die regelmäßige Arbeitszeit sei auf 0 Stunden wöchentlich reduziert. Ergänzend  
erklärte sie, dass die nachhaltige Existenzsicherung des Unternehmens und die Erhaltung der Arbeitsplätze nur durch die Aufrechterhaltung  
der wirtschaftlich nicht tragfähigen Weiterbetreibung während der Übergangsphase von Januar bis März 2003 sicherzustellen sei. Die  
Beklagte erkannte die in [§§ 170](#) und [171](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) genannten Voraussetzungen für die  
Gewährung von Kug an. Kug werde deshalb den von dem Entgeltausfall betroffenen Arbeitnehmern ab 1.1.2003 für die Zeit des Vorliegens  
der Anspruchsvoraussetzungen bis 31.3.2003 bewilligt (bestandskräftiger Bescheid vom 30.12.2002). In der Zeit vom 1.1.2003 bis zum

31.3.2003 wurde der Geschäftsbetrieb des Kaufhauses aufrechterhalten. Es war montags bis freitags von 9 bis 19 Uhr und samstags von 9 bis 15 Uhr geöffnet. Die am 6.2.2003 und 15.4.2003 bei der Beklagten eingegangenen Anträge der M AG iG bzw der Klägerin, 63 (von 80) namentlich benannten Arbeitnehmern Kug zu zahlen, lehnte die Beklagte mit der Begründung ab, es habe im Zeitraum von Januar bis März 2003 kein erheblicher Arbeitsausfall vorgelegen. Von einer freiwilligen Arbeitsbereitschaft der im Antrag genannten Arbeitnehmer sei nicht auszugehen (Bescheid vom 11.6.2003; Widerspruchsbescheid vom 2.9.2003).

4

Während das Sozialgericht (SG) Koblenz die Klage abgewiesen hat (Urteil vom 4.5.2005), hat das Landessozialgericht (LSG) Rheinland-Pfalz das Urteil des SG sowie den Bescheid der Beklagten vom 11.6.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2.9.2003 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, "der Klägerin für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 31.3.2003 Kug in Höhe von 118 585,74 Euro zu gewähren" (Urteil vom 15.11.2007). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, die Beklagte habe den Anspruch der Klägerin bindend mit Bescheid vom 30.12.2002 dem Grunde nach anerkannt. Der Bescheid könne nur unter den Voraussetzungen der §§ 45, 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) zurückgenommen oder aufgehoben werden. Da weder eine Rücknahme noch eine Aufhebung erfolgt sei, müsse sich die Beklagte daran festhalten lassen, Kug ausgehend von den ihr bekannten und auch zutreffenden Tatsachen dem Grunde nach bewilligt zu haben. Es spreche zudem einiges dafür, dass die Arbeitnehmer, wie es aus der Anzeige über den Arbeitsausfall auch hervorgehe, im streitigen Zeitraum freiwillig für die Klägerin tätig gewesen seien, keinem Direktionsrecht unterlegen sowie die Fortführung des Betriebs in Eigenregie organisiert und hierdurch den Geschäftsbetrieb der Klägerin aufrechterhalten hätten, ohne einen Arbeitsentgeltanspruch zu erwerben.

5

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte ua eine Verletzung des § 173 Abs 3 SGB III und des § 169 Nr 1 SGB III. Der Anspruch auf Kug scheitere daran, dass kein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall (§ 169 Nr 1 SGB III) vorliege. Das Kug habe nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) auch ohne Aufhebung oder Rücknahme des Anerkennungsbescheids vom 30.12.2002 abgelehnt werden können (§ 173 Abs 3 SGB III).

6

Die Beklagte beantragt, das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

7

Die Klägerin und der Beigeladene beantragen, die Revision zurückzuweisen.

8

Sie halten die Entscheidung des LSG für zutreffend.

II

9

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidung des LSG und Zurückverweisung der Sache an dieses Gericht begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Es fehlen ausreichende tatsächliche Feststellungen (§ 163 SGG) zu den persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung sowie, falls diese vorliegen, zu der Höhe des für die Zeit vom 1.1.2003 bis 31.3.2003 für jeden einzelnen Arbeitnehmer zu zahlenden Kug.

10

Gegenstand des Verfahrens, das die Klägerin, Gesamtrechtsnachfolgerin der AG iG (vgl BGHZ 80, 129, 137 und 140), als Prozessstandschafterin von 63 ihrer Arbeitnehmer führt (vgl dazu BSGE 22, 181, 183 = SozR Nr 26 zu § 144 SGG Da 11; BSGE 38, 94, 95 f = SozR 1500 § 75 Nr 4 S 3 f; BSG SozR 4-4300 § 323 Nr 1 RdNr 11; SozR 4-4300 § 175 Nr 1 RdNr 10), ohne dass deren Beiladung nach § 75 Abs 2 SGG notwendig wäre (BSG SozR 4-4300 § 323 Nr 1 RdNr 11; SozR 4-4300 § 175 Nr 1 RdNr 10), ist der Bescheid vom 11.6.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2.9.2003 (§ 95 SGG), mit dem die Beklagte die Zahlung von Kug für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis 31.3.2003 abgelehnt hat. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG iVm Abs 4, § 56 SGG).

11

Nach § 169 SGB III (in der Fassung, die die Norm durch das Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (AFRG) vom 24.3.1997 - BGBl I 594 -, erhalten hat) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Kug, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (Nr 1), die betrieblichen (Nr 2) sowie die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Nr 3) und der Arbeitsausfall dem Arbeitsamt (heute: Agentur für Arbeit) angezeigt worden ist (Nr 4).

12

Es ist in der Sache zweifelhaft, ob bei der gewählten Form der Kurzarbeit ("Kurzarbeit Null") überhaupt ein erheblicher Arbeitsausfall (Nr 1) angenommen werden kann. Kurzarbeit ist die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen regelmäßigen Arbeitszeit (BAG AP Nr 170 zu § 611 BGB Gratifikation). Dies kann jedenfalls in der Weise geschehen, dass während des Kug-Zeitraums die tägliche Arbeitszeit reduziert wird oder der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum blockweise arbeitet, also in Teil-Zeiträumen nicht gearbeitet wird. Wird die betriebliche

regelmäßige Arbeitszeit allerdings in einer Weise "verkürzt", dass überhaupt keine Arbeit mehr zu leisten ist ("Kurzarbeit Null"), führt dies zum Wegfall der Arbeitsleistung für den gesamten Zeitraum (BAG [AP Nr 170 zu § 611 BGB Gratifikation](#)). Schon nach allgemeinem Begriffsverständnis wäre dies aber keine "Kurzarbeit" mehr, sondern eine "Nichtarbeit". Insoweit könnte uU nicht von einem "erheblichen" Arbeitsausfall gesprochen werden, weil auch der Begriff des erheblichen Arbeitsausfalls bei sachgerechter Auslegung von einer "Restarbeitszeit" ausgehen könnte, während bei sog "Kurzarbeit Null" überhaupt keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestehen soll ([BAGE 121, 257 ff](#)), der Betrieb in der Regel also vorübergehend vollständig geschlossen wird. Sinn und Zweck der Vorschriften über die Kurzarbeit (nur teilweise Übernahme des Arbeitgeberberrisikos auf die Solidargemeinschaft der Beitragszahler), ihre Struktur sowie die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen zeigen möglicherweise, dass sog "Kurzarbeit Null" - ob dies bei dem früheren Struktur-Kug ([§ 175 SGB III aF](#)) oder dem Transfer-Kug ([§ 216b SGB III](#)) anders zu sehen ist, bedürfte weiterer Überlegungen - nicht als zulässige Variante der Kurzarbeit im Sinne der Vorschriften über das Kug gewollt war, wenn man einmal die arbeitsrechtliche Zulässigkeit voraussetzt. Hieran ändert auch [§ 24 Abs 3 SGB III](#) nichts, wonach das Versicherungspflichtverhältnis während eines Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kug fortbesteht. Die Regelung setzt nicht zwingend die Zulässigkeit von "Kurzarbeit Null" voraus.

13

"Kurzarbeit Null" wurde insbesondere in den neuen Bundesländern nach der Währungsunion (bis 1992) in erheblichem Umfang eingesetzt, um soziale Härten in Betrieben zu überbrücken, die keine Aufträge mehr hatten, aber noch nicht geschlossen waren bzw noch nicht wieder produzieren konnten, obwohl vorab klar war, dass die Verringerung des Arbeitsbedarfs eines Unternehmens (in der Regel) nicht nur temporär war. Je nachdem, ob während dieser Zeit Arbeiten im Betrieb durchgeführt wurden, eine Fortbildung stattfand oder der Bezieher tatsächlich ohne Beschäftigung war, entsprach diese Sonderform der Kurzarbeit in ihrer erwarteten Wirkung mehr Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, Fortbildung und Umschulung oder Arbeitslosigkeit (Eichler/Lechner, Die aktive Arbeitsmarktpolitik in den neuen Bundesländern, S 5, [www.alexandria.unisg.ch/export/DL/15074.pdf](#)). Instrumente wie "Kurzarbeit Null" hatten dabei im Grunde keine arbeitsmarktpolitische Funktion, sondern dienten vorrangig der statistischen Verringerung der Arbeitslosenzahl und der sozialpolitischen Abfederung.

14

Die mit der "Kurzarbeit Null" verbundene Problematik ist von der Rechtsprechung bislang allerdings nicht erörtert worden. Ihre Konstruktion ist - soweit ersichtlich - mehr oder minder hingenommen worden, sei es, weil "Kurzarbeit Null" als denkbare Form der Kurzarbeit insbesondere in der Zeit nach der Wiedervereinigung arbeitsmarkt- oder sozialpolitisch sinnvoll erschien. Lediglich der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vom 10.3.1994 ([BSGE 74, 96, 99 = SozR 3-4100 § 112 Nr 17 S 74](#)) die Frage aufgeworfen, ob bei "Kurzarbeit Null" überhaupt noch ein Beschäftigungsverhältnis besteht, konnte diese im Ergebnis aber offen lassen.

15

Die Problematik wird vorliegend dadurch verschärft, dass bei Auslegung der Betriebsvereinbarung nach ihrem objektiven Inhalt (s dazu nur Kreitner in Küttner, Personalhandbuch 2010, Ordnungsnr 126 Betriebsvereinbarung, RdNr 8 mwN zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts) erheblicher Arbeitsausfall möglicherweise deshalb nicht vorliegt, weil die Arbeitnehmer verpflichtet waren, die Verkaufsbereitschaft der Betriebsstätten aufrechtzuerhalten, und dies auch geschehen ist, selbst wenn formal die Arbeitszeit auf "null Stunden" reduziert wurde. Zweifelhaft wird damit auch, ob die Arbeitnehmer rechtlich von einem Entgeltausfall von mehr als 10 % ihres Bruttoentgelts ([§ 170 Abs 1 Nr 4 SGB III](#) in der Normfassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des SGB III und anderer Gesetze vom 21.7.1999 - [BGBl I 1648](#)) betroffen waren. Insoweit wäre die Wirksamkeit der Vereinbarung eines völligen Entgeltausfalls trotz Arbeitsleistung zumindest nicht unproblematisch, weil die Betriebsvereinbarung im Ergebnis nur das Entfallen von Arbeitsentgelt bei fortbestehender Arbeitsleistung regeln sollte (offen bleibt insoweit nur, in welchem Umfang Arbeit noch zu leisten war).

16

Der Senat muss die Frage, ob ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall auch bei sog "Kurzarbeit Null" allgemein oder in der vorliegenden Form möglich ist, auch vorliegend nicht abschließend beantworten; denn die Beklagte hat neben den betrieblichen Voraussetzungen ([§ 169 Nr 2, § 171 SGB III](#) in der Normfassung des AFRG) einen erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall iS von [§ 169 Nr 1, § 170 SGB III](#) bindend ([§ 77 SGG](#)) durch den Bescheid vom 30.12.2002 anerkannt. Dies ergibt sich aus den Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens für die Gewährung von Kug. Dieses ist zweistufig ausgestaltet. Nach [§ 173 Abs 3 SGB III](#) (in der Normfassung des AFRG) erteilt die Agentur für Arbeit dem den Arbeitsausfall Anzeigenden (Arbeitgeber oder Betriebsvertretung) unverzüglich einen schriftlichen Bescheid (Anerkennungsbescheid) darüber, ob auf Grund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (BSG [SozR 4100 § 64 Nr 5 S 13 f](#)). Dieser Anerkennungsbescheid enthält neben der gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Elementenfeststellung (zur im Übrigen unzulässigen Elementenfeststellung vgl Eicher in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 40 RdNr 11 mwN) außerdem formal die "Zusicherung", dass bei Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen ([§ 172 SGB III](#)) und ordnungsgemäßer Antragstellung ([§§ 323, 325 SGB III](#)) Kug für die Dauer des Arbeitsausfalls bzw die Höchstdauer ([§ 177 SGB III](#)) gezahlt wird ([BSGE 67, 11, 18 = SozR 3-4100 § 63 Nr 1 S 8 mwN](#); Petzold in Hauck/Noftz, SGB III, K § 173 RdNr 16, Stand Dezember 2004). Dem Anerkennungsverfahren schließt sich dann erst das Leistungsverfahren an, in dem in der zweiten Stufe jeweils für Zeiträume, die durch den Leistungsantrag ([§ 323 Abs 2 SGB III](#)) bestimmt werden, das den Arbeitnehmern zustehende Kug bewilligt wird ([§§ 177 ff SGB III](#); BSG [SozR 4-4300 § 175 Nr 1 RdNr 10 mwN](#)).

17

Eine gerichtliche Überprüfung der mit Bescheid vom 30.12.2002 anerkannten Voraussetzungen ist ausgeschlossen. Als verselbständigter Teil einer Entscheidung, durch die Leistungen bewilligt werden, wird die Anerkennung wie Leistungsbescheide gemäß [§ 77 SGG](#) bindend mit der Folge, dass sich die Beklagte grundsätzlich an die im Anerkennungsbescheid getroffenen Regelungen halten muss; sie kann die Anerkennung nur ändern, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist. Die Beklagte hat den Anerkennungsbescheid aber weder zurückgenommen noch aufgehoben, was erforderlich gewesen wäre.

18

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

19

Ob die Rechtsprechung zur Bindungswirkung des Anerkennungsbescheids aufrechterhalten werden kann, bedarf keiner Entscheidung. Allerdings spricht gegen die vom Senat angenommene Zusicherung ([§ 34 SGB X](#)), dass die entsprechende Verfügung unter der konkludenten auflösenden Bedingung stünde, dass sich nachträglich die Unrichtigkeit der glaubhaft gemachten Tatsachen in einem Umfang herausstellt, der die Voraussetzungen des § 170 und/oder des [§ 171 SGB III](#) entfallen lässt (Estelmann in Eicher/Schlegel, SGB III, § 173 RdNr 73, Stand Dezember 2000). Insoweit würde es sich um eine reine Rechtsbedingung handeln, wofür auch der Wortlaut des Bescheids spricht, wonach Kug "für die Zeit des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen" geleistet werde. Eine solche (Rechts-)Bedingung ist jedenfalls keine Nebenbestimmung iS des [§ 32 Abs 2 Nr 2 iVm Abs 1 SGB X](#) (Engelmann in von Wulffen, SGB X, 7. Aufl 2010, § 32 RdNr 14; Estelmann aaO), weil sie nicht aufschiebend oder auflösend ein zukünftiges ungewisses Ereignis voraussetzt, dessen Eintritt die durch die Nebenbestimmung verfügte Rechtsfolge nach sich zieht; Erklärungen unter dieser Bedingung sind nach dem Empfängerhorizont (vgl dazu grundlegend [BSGE 67, 104](#), 110 mwN = [SozR 3-1300 § 32 Nr 2](#) S 11 f) dann gerade keine Zusicherung. Auf die Anerkennung der Voraussetzungen der [§§ 170, 171 SGB III](#) kann sie sich bei einer entsprechenden Auslegung jedoch nicht beziehen.

20

Im Ergebnis kann die Frage, ob die aufgezeigte Rechtsprechung zu modifizieren ist, aber dahingestellt bleiben. Treten die erwarteten Tatsachen entsprechend der Anzeige ein, kommt nämlich auch nach dieser Rechtsprechung eine Aufhebung oder Änderung des Bescheids allein nach den allgemeinen Regelungen über die Rücknahme oder Aufhebung eines Verwaltungsakts ([§§ 45 ff SGB X](#)) in Betracht ([BSGE 67, 11](#), 18 f = [SozR 3-4100 § 63 Nr 1](#) S 9). Die Verfügung (Elementenfeststellung) hat jedenfalls dann Bestand, wenn die vom Anzeigenden aufgestellten Tatsachenbehauptungen zutreffen und sich nicht ändern, während Rechtsirrtümer zu Lasten der Beklagten gehen. Ist der Beklagten bei der Subsumtion also ein Fehler dergestalt unterlaufen, dass sie die Behauptung des Vorliegens der jeweiligen Tatbestandsmerkmale der [§§ 170, 171 SGB III](#) entgegen der wahren Rechtslage für schlüssig vorgetragen ansieht, kann sie den Anerkennungsbescheid nur unter den engeren Voraussetzungen der [§§ 45](#) und [48 SGB X iVm § 330 SGB III](#) aufheben; die Grundlage des Anerkennungsbescheids (BT-Drucks aaO) entfällt dann nicht ([BSGE 67, 11](#), 18 f = [SozR 3-4100 § 63 Nr 1](#) S 9 f; Estelmann, aaO, RdNr 75). So liegt der Fall hier, denn es sind keine der Anzeige widersprechenden Tatsachen eingetreten. Die Klägerin hatte bei der Beklagten einen Arbeitsausfall angezeigt und in diesem Zusammenhang die Betriebsvereinbarung über die vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit für den Zeitraum von Januar bis März 2003 vorgelegt, aus der sich ergibt, dass die mitarbeiterindividuelle Arbeitszeit auf 0 Stunden zurückgeführt werde und die Mitarbeiter innerhalb der vertraglich vereinbarten individuellen Arbeitszeiten die Verkaufsbereitschaft der Betriebsstätten aufrechterhalten. Aus Ziffer 2 dieser Vereinbarung ergibt sich zudem, dass alle betroffenen Mitarbeiter während der vertraglich vereinbarten individuellen Arbeitszeiten im Kaufhaus (Betriebsstätte) tätig sind. Ob dies freiwillig geschah, ohne dass die betroffenen Arbeitnehmer dem Weisungsrecht der Klägerin unterworfen waren, wie dies das LSG annimmt, bedarf keiner Erörterung.

21

Eine Umdeutung (Konversion) der Ablehnungsentscheidung in einen Rücknahme- bzw Aufhebungsbescheid nach [§§ 45, 48 SGB X iVm § 330 SGB III](#) durch den Senat scheidet aus. Die Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsakts in einen anderen Verwaltungsakt setzt voraus, dass der Verwaltungsakt, in den umgedeutet wird, auf das gleiche Ziel gerichtet ist, in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig erlassen werden könnte und die Voraussetzungen für den Erlass dieses Verwaltungsakts erfüllt sind. Dabei sind die Grundsätze des [§ 43 SGB X](#) auch im gerichtlichen Verfahren anwendbar (BSG [SozR 3-1300 § 48 Nr 25](#) S 42 f; [SozR 3-3660 § 1 Nr 1](#) S 3).

22

Die Voraussetzung einer Konversion liegen uU schon deshalb nicht vor, weil nicht die rechtswidrige Ablehnung der Leistung (als Verwaltungsakt) für den Zeitraum Januar bis März 2003 in einen anderen Verwaltungsakt (Aufhebung oder Rücknahme des Anerkennungsbescheids) umgedeutet werden müsste, wie dies der Gesetzeswortlaut voraussetzt, sondern nur eine zusätzliche Verfügung (= Verwaltungsakt) erforderlich wäre: die Rücknahme nach [§ 45 SGB X](#) (wegen anfänglicher Rechtswidrigkeit) bzw Aufhebung nach [§ 48 SGB X](#) (wegen Änderung der Verhältnisse nach Erlass des Anerkennungsbescheids). Diese Konstellation wird von [§ 43 Abs 1 SGB X](#) möglicherweise nicht erfasst, weil der ergangene Bescheid gerade nicht umgedeutet, sondern aufrechterhalten bleiben soll und ihm nur ein legitimierender weiterer Verwaltungsakt hinzugefügt werden soll (Problem offen gelassen in BSG [SozR 1300 § 50 Nr 15](#) S 26 f).

23

Selbst wenn man von einer Zielgleichheit iS des [§ 43 Abs 1 SGB X](#) zwischen dem umzudeutenden Verwaltungsakt und demjenigen, in den umgedeutet werden soll, ausginge, wäre die Umdeutung nach [§ 43 Abs 2 SGB X](#) ausgeschlossen. Die Umdeutung in einen Rücknahmebescheid nach [§ 45 SGB X iVm § 330 SGB III](#) oder einen Aufhebungsbescheid nach [§ 48 SGB X iVm § 330 SGB III](#) mit Wirkung für die Vergangenheit scheidet nämlich schon deshalb aus, weil beide "Bösgläubigkeit" oder falsche Angaben voraussetzen, was hier nicht angenommen werden kann. Die von der Beklagten geäußerte Auffassung, die Klägerin habe zumindest grob fahrlässig der Beklagten gegenüber von Anfang an unrichtige Angaben gemacht bzw ihr eine später eingetretene Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht

mitgeteilt, verkennt zum einen, dass die Klägerin nach den Feststellungen des LSG gerade keine falschen Angaben gemacht hat und zum anderen, dass es nicht auf die Bösgläubigkeit der Klägerin, sondern auf die Bösgläubigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ankommt, weil die Klägerin lediglich als Verfahrensstandschafterin für die betroffenen Arbeitnehmer, deren Ansprüche auf Gewährung von Kug betroffen sind, tätig geworden ist (siehe oben). Diese müssen sich eine etwaige Bösgläubigkeit ihrer Arbeitgeberin nicht zurechnen lassen, weil sie keinen Einfluss auf ihr Verhalten haben; sie sind an dem eigentlichen Verwaltungsverfahren nicht beteiligt. Anders als bei einer Vertretung auf Grund einer Vollmacht wird ihnen die Prozessstandschaft durch den Arbeitgeber nach den gesetzlichen Regelungen über das Kug aufgezwungen. Dement-sprechend regelt [§ 181 Abs 2 SGB III](#) einen eigenen Schadensersatzanspruch der Bundesagentur für Arbeit gegen den Arbeitgeber, 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. Diese Regelung geht erkennbar davon aus, dass eine Rechtsgrundlage für einen Erstattungsbescheid gegenüber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern wegen der rechtswidrigen Zahlung von Kug regelmäßig ausscheidet (vgl zum Ganzen: [BSGE 82, 183](#), 195 = [SozR 3-4100 § 71 Nr 2](#) S 24 f; Mutschler in Mutschler/Bartz/Schmid-De Caluwe, SGB III, 3. Aufl 2008, § 181 RdNr 17).

24

Ist danach eine Umdeutung des angegriffenen Bescheids in einen Aufhebungs- und Rücknahmebescheid nicht möglich, bleibt nur noch zu prüfen, ob die persönlichen Voraussetzungen für die Zahlung des Kug gegeben und in welcher Höhe die Leistungen zu gewähren sind. Nach [§ 172 Abs 1 SGB III](#) (in der Normfassung des Gesetzes zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) vom 10.12.2001 - [BGBl I 3443](#)) sind die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt (Nr 1 Buchst a), aus zwingenden Gründen aufnimmt (Nr 1 Buchst b) oder im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt (Nr 1 Buchst c), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst ist (Nr 2) und der Arbeitnehmer nicht vom Kug-Bezug ausgeschlossen ist (Nr 3).

25

Dabei kann der Klägerin - wiederum wegen des bindenden Anerkennungsbescheids - nicht vorgehalten werden, die Arbeitnehmer hätten schon allein auf Grund einer möglicherweise freiwilligen Tätigkeit (Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs) nicht mehr in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden ([§ 172 Abs 1 Nr 1 Buchst a SGB III](#)). Hier greift vielmehr [§ 24 Abs 3 SGB III](#) mit seiner Regelung über das Fortbestehen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ein. Zwar wird man keine Tatbestandswirkung des Anerkennungsbescheids annehmen können (so auch Rixen in Eicher/Schlegel, SGB III, § 24 RdNr 53, Stand Juni 2006), und zwar schon deshalb, weil der Anerkennungsbescheid nicht den einzelnen Arbeitnehmer erfasst; gleichwohl darf die Rechtslage nicht anders beurteilt werden als im Anerkennungsbescheid, wollte man dessen Zweck nicht entwerten (im Ergebnis auch Rixen aaO). Die einzelnen Arbeitnehmer, die am Kug-Verfahren selbst nicht beteiligt sind, müssen sich ebenso wie der Arbeitgeber darauf verlassen können, dass die Umstände, die bereits bei den Voraussetzungen für einen erheblichen Arbeitsausfall zu prüfen waren, nicht bei der Beurteilung der persönlichen Voraussetzungen anders bewertet werden und damit die bindende Entscheidung konterkariert wird.

26

Bejaht man die persönlichen Voraussetzungen, fehlen gleichwohl Feststellungen zum eigentlichen Leistungsumfang, zu dem das LSG lediglich angibt, der Betrag von 118 585,74 Euro sei "rechnerisch zutreffend ermittelt". Nach [§ 178 SGB III](#) (in der Normfassung des AFRG) beträgt das Kug für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, 67 % (Nr 1), für die übrigen Arbeitnehmer 60 % (Nr 2) der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum. Die Nettoentgeltdifferenz regelt [§ 179 SGB III](#) (in der Normfassung des Gesetzes zur Einführung des Euro im Sozial- und Arbeitsrecht sowie zur Änderung anderer Vorschriften vom 21.12.2000 - [BGBl I 1983](#)). Nach dessen Abs 1 entspricht die Nettoentgeltdifferenz dem Unterschiedsbetrag zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Sollentgelt einerseits und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Istentgelt andererseits. Das Sollentgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall und vermindert um Entgelt für Mehrarbeit in dem Anspruchszeitraum erzielt hätte ([§ 179 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)). Das Istentgelt ist das in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielte Bruttoarbeitsentgelt der Arbeitnehmer zuzüglich aller ihm zustehenden Entgeltanteile ([§ 179 Abs 1 Satz 3 SGB III](#)). Auch hier darf der Klägerin - wie bei den persönlichen Voraussetzungen - nicht eine andere rechtliche Bewertung des Arbeitsentgeltausfalls entgegengehalten werden, weil sowohl sie als auch - und insbesondere - die Arbeitnehmer sich auf die bereits vorliegende bindende Verfügung verlassen können müssen.

27

Schließlich wird das LSG beachten müssen, dass das Kug für jeden einzelnen Arbeitnehmer, der die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, zu berechnen ist, sodass jeder anspruchsberechtigte Arbeitnehmer und das ihm zustehende Kug gesondert im Tenor der Entscheidung aufzunehmen sind. Gegebenenfalls wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2011-01-11