

Bundessozialgericht
- 7/12/7 RAr 92/76 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 21. März 1978
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 7. Oktober 1976 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

G r ü n d e :

I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger für seine Arbeiter hinsichtlich der Zeit vom 29. Januar bis 2. März 1973 Schlechtwettergeld (SWG) von der Beklagten zu erhalten hat.

Der Kläger ist Inhaber eines Fachbetriebes für Estrich-Verlegung. Seit Dezember 1972 führte er für die Firma "A - Wohnungsbau Heinz Z " auf einer Baustelle in E - Buckenhof Estrich-Verlegungs-Arbeiten aus, die er vom 29. Januar 1973 ab einstellte, da die Witterungsverhältnisse die Fortsetzung der Arbeiten nicht erlaubten.

Er beantragte für seine Arbeitnehmer SWG vom 29. Januar bis 2. März 1973, das ihm die Beklagte durch Bescheide vom 14. März und 18. April 1973 unter dem Vorbehalt auszahlte, daß diese Beträge zurückzuzahlen seien, wenn sich bei nachträglicher Überprüfung herausstellen sollte, daß die Voraussetzungen für die Gewährung des SWG dem Grunde oder der Höhe nach nicht vorgelegen hätten oder weggefallen seien.

Anläßlich späterer Überprüfung teilte die Baufirma "A " dem Arbeitsamt mit, daß der Auftrag über die Estrich- und Verlegearbeiten dem Kläger am 29. Januar 1973 mündlich gekündigt worden sei, weil er sie bei den damals herrschenden Außentemperaturen nicht habe ausführen wollen. Der Kläger brachte dagegen vor, daß er sich wegen der Witterungsverhältnisse dem Auftraggeber gegenüber nur unter der Bedingung seiner Entbindung von der Gewährleistungspflicht zur Durchführung der Arbeiten bereit erklärt habe, worauf der Bauleiter der Firma A aber nicht eingegangen sei. Er, der Kläger, habe daher die Arbeiten nach Abklingen der Frostperiode am 3. März 1973 wieder aufnehmen wollen, habe aber feststellen müssen, daß der Estrich inzwischen von

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

einer anderen Firma verlegt worden sei. Von der Firma A sei ihm aber der Auftrag weder schriftlich noch mündlich entzogen worden. Der Bauleiter der Firma A, S, entgegnete dem, daß er den Auftrag dem Kläger bereits am 25. oder 26. Februar 1973 telefonisch entzogen und an dem letzteren Tage einer anderen Firma erteilt habe.

Das Arbeitsamt hob die vorläufige Bewilligung des SWG auf und forderte das gezahlte SWG in Höhe von 4.712,70 DM zurück (Bescheid vom 9. November 1973; Widerspruchsbescheid vom 13. August 1974).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 3. Dezember 1975).

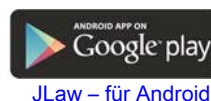
Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 7. Oktober 1976 die Berufung zurückgewiesen. Es hat ausgeführt: Die Berufung des Klägers sei zwar grundsätzlich nach § 144 Abs 1 Nr 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht zulässig, soweit die Bewilligung des den betreffenden Arbeitnehmern vom Kläger im voraus gezahlten SWG bzw deren Aufhebung durch die angefochtenen Bescheide streitig sei. Es handele sich jeweils um Zeiträume von weniger als 13 Wochen. Zu Recht habe aber der Kläger die Verfahrensrüge mangelnder Sachaufklärung (Verstoß gegen §§ 103, 117, 118 SGG) erhoben. Das SG habe lediglich ausgeführt, daß eine Voraussetzung für das SWG fehle, nämlich der "durch zwingende Witterungsgründe verursachte Arbeitsausfall". Es habe sich darauf gestützt, daß "die Firma A im Hinblick auf die Unstimmigkeiten dem Kläger hinsichtlich der zum 29. Januar 1973 verlangten Durchführung der Estrich-Arbeiten jedenfalls aus ihrer Sicht den Auftrag Ende Januar 1973 gekündigt habe und daß auch nach dem von dem Kläger unbestrittenen Vortrag der Beklagten eine andere Firma die fraglichen Arbeiten in der Zeit vom 29. Januar bis 2. März 1973 im Auftrag der Firma A durchgeführt und Wintergeld bezogen habe". Wenn das SG die angebliche Kündigung des dem Kläger er-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

teilten Auftrags durch die Firma A für entscheidungserheblich gehalten habe, wofür die Erwähnung in den Entscheidungsgründen spreche, so hätte es über diese vom Kläger bestrittene Tatsache Beweis erheben müssen. Weiter habe das SG sich darauf gestützt, daß nicht eine Firma wegen derselben Arbeiten SWG erhalten könne und eine andere gleichzeitig Wintergeld. Das SG habe aber nicht festgestellt, ob die andere Firma, deren Name aus dem Urteil nicht einmal ersichtlich sei, tatsächlich Wintergeld beansprucht und erhalten habe.

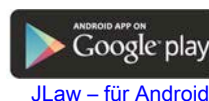
Die zulässige Berufung sei jedoch nicht begründet. Im vorliegenden Falle seien die durch das SWG begünstigten Arbeiten unstreitig nicht durch die Arbeitnehmer des Klägers, sondern durch die Arbeiter der inzwischen von der Bauleitung beauftragten anderen Firma ausgeführt worden. Die Leistungen aus der Produktiven Winterbauförderung (sei es Wintergeld, sei es SWG) für die fragliche Zeit könnten daher nur den Arbeitnehmern der anderen Firma zustehen, schlossen also entsprechende Leistungen für die Arbeitnehmer des Klägers insoweit aus.

Mit der zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung der §§ 74 ff, 80 ff, 83 ff des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) und führthierzu insbesondere aus: Das angefochtene Urteil habe in zutreffender Weise die mangelnde Sachaufklärung durch das SG gerügt. Dennoch habe auch das LSG, ohne die erforderliche Sachaufklärung nachzuholen, die Berufung zurückgewiesen und seine Entscheidung nicht auf festgestellte, sondern auf rein hypothetische Tatsachen gestützt. Die Zurückweisung der Berufung sei damit begründet worden, daß das System der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft es nicht zulasse, für die gleiche Tätigkeit Wintergeld und SWG nebeneinander zu gewähren. Das möge durchaus zutreffen. Es sei jedoch weder aus dem Tatbestand noch aus dem übrigen Akten-

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

inhalt ersichtlich, ob die andere Firma, deren Name nicht einmal genannt sei, tatsächlich Wintergeld beansprucht und erhalten habe. Auch sei nicht geklärt, ob bei der anderen Firma überhaupt die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Wintergeld oder SWG vorgelegen hätten.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil, das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 3. Dezember 1975 sowie die angefochtenen Rückforderungsbescheide der Beklagten aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger die für die Zeit vom 29. Januar bis 2. März 1975 an seine Arbeiter verauslagten SWG-Beträge in Höhe von 7.412,70 DM zu erstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt weiter vor:

Es könne dahingestellt bleiben, ob das Vertragsverhältnis des Klägers mit der Firma "A" überhaupt rechtswirksam gekündigt worden sei; denn die Beantwortung der Frage, ob der Kläger bei günstigen Witterungsverhältnissen am 29. Januar 1973 die Arbeit wieder hätte aufnehmen können, hänge allein von dem nach den Umständen zu erwartenden Verhalten der Firma "A" ab. Diese habe dem Kläger die Durchführung der Estrich-Arbeiten verweigert. Im übrigen hätte einer Arbeitsaufnahme der Umstand entgegengestanden, daß einige Tage nach dem 29. Januar 1973 die Firma R mit der Estrich-Verlegung begonnen und diese in dem streitigen Ausfallzeitraum auch zu Ende geführt habe. Da somit der Arbeitsausfall nicht ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht worden sei, sei der Anspruch auf SWG zu Recht abgelehnt und der überzahlte Betrag zurückgefordert worden.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 6 -

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II.

Die Revision ist zulässig. Sie ist in dem Sinne begründet, daß das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen ist. Das LSG hat zutreffend angenommen, daß die Berufung des Klägers zulässig war. Bei einer zulässigen Revision ist das angefochtene Urteil in vollem Umfange auf seine Richtigkeit zu prüfen. Dieser Grundsatz erleidet lediglich Ausnahmen hinsichtlich von in den Vorinstanzen unterlaufenen Verfahrensmängeln. Verfahrensmängel der Vorinstanzen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn es sich um in der Revisionsinstanz fortwirkende Verstöße gegen verfahrensrechtliche Grundsätze handelt, die im öffentlichen Interesse zu beachten sind und deren Befolgung dem Belieben der Beteiligten entzogen ist (BSG SozR Nr 33 zu § 162 SGG; Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung -ZPO-, § 559 Anm 2 C; Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO 19. Auflage, § 559 Anm IV 2a). Zu diesen von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen gehört auch die Zulässigkeit der Berufung (BSGE 1, 227, 228; Meyer-Ladewig, Kommentar zum SGG, § 162 Anm 11). Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG war zulässig. Nach § 144 Abs 1 Nr 2 SGG ist allerdings die Berufung nicht zulässig bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum bis zu 13 Wochen (3 Monaten). Um derartige Leistungen handelt es sich zwar hier, soweit die Beklagte die Bewilligungsbescheide vom Dezember 1973 aufgehoben hatte. In der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs ist auch regelmäßig gleichzeitig die entsprechende Rücknahme des bewilligenden Verwaltungsaktes zu sehen (BSGE 29, 6, 8). Der Ausspruch, daß die früheren Bescheide aufge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

hoben sind, und die Rückforderung des bewilligten Betrages sind jeweils besonders auf ihre Berufungsfähigkeit zu prüfen. Es ist allgemein anerkannt und ständige Rechtsprechung, daß bei der Geltendmachung mehrerer selbständiger prozessualer Ansprüche die Zulässigkeit des Rechtsmittels jeweils gesondert zu prüfen ist. BSGE 3, 135, 139; 5, 222, 225; 6, 11, 15; 10, 264, 266, 267; SozR 1500 § 144 Nr 4). Zwei selbständige prozessuale Ansprüche sind von der Rechtsprechung auch dann angenommen worden, wenn ein Bescheid aus einem Teil bestanden hat, der einen früheren Bescheid aufgehoben und einen weiteren Teil, der die aufgrund des aufgehobenen Bescheides gewährte Leistung zurückgefordert hat (BSGE 6, 11, 15). Der Kläger hat jedoch, wovon das LSG richtig ausgegangen ist, zu Recht eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch das SG gerügt. Entscheidend für den Umfang der Aufklärungspflicht des SG war seine eigene Rechtsauffassung (BSG SozR Nr 7 und Nr 40 zu § 103 SGG). Nach der Rechtsauffassung des SG kam es aber darauf an, ob und wann dem Kläger der Auftrag durch die Firma "A" gekündigt worden war und ob und wann eine andere Firma die Arbeiten ausgeführt hatte. Hinsichtlich dieser zwischen den Beteiligten streitigen Tatsachen hat das SG keine Feststellungen getroffen. Die Berufung ist damit wegen einer Verletzung des § 103 SGG nach § 150 Nr 2 SGG vom LSG zu Recht als unzulässig angesehen worden.

Die Revision ist allerdings nicht etwa schon deshalb begründet, weil der Betriebsrat des Klägers nicht beigelegt worden ist. Zwar ist das Unterlassen der notwendigen Beiladung nach § 75 Abs 2 SGG bei einer zulässigen Revision von Amts wegen als Verfahrensmangel zu beachten (BSG SozR 1500 § 75 Nr 1), und im Verfahren über die Gewährung von SWG ist die Betriebsvertretung notwendig beizuladen (BSG SozR 1500 § 75 Nr 10). Doch kann hier davon ausgegangen werden, daß im Betrieb des Klägers kein Betriebsrat bestand; denn weder in den Verwaltungsakten noch in den Gerichtsakten ist ein Betriebsrat erwähnt, obwohl nach den Antragsformularen der Beklagten die Unterschrift der

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 8 -

- 8 -

Betriebsvertretung vorgesehen ist.

Das angefochtene Urteil ist jedoch deshalb aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sich aus den vom LSG festgestellten Tatsachen nicht ergibt, inwieweit die Bewilligungsbescheide aufgehoben werden konnten, der Rückforderungsanspruch der Beklagten gegen den Kläger daher besteht.

Gemäß § 151 Abs 1 AFG können Entscheidungen, durch die Leistungen nach diesem Gesetz bewilligt worden sind, insoweit aufgehoben werden, als die Voraussetzungen für die Leistungen nicht vorgelegen haben oder weggefallen sind. Unter den weiteren Voraussetzungen des § 152 AFG können die zu Unrecht gewährten Leistungen zurückgefordert werden. Hat sich die Beklagte die Rückforderung vorbehalten, was dann zulässig ist, wenn lediglich durch den Vorbehalt sichergestellt wird, daß die rechtlichen Voraussetzungen des Inhalts des Verwaltungsakts erfüllt werden, etwa, wenn nur auf diese Weise künftigen, ungewissen Umständen Rechnung getragen werden kann, die für Fortbestand und Ausmaß einer Leistungszusage maßgebend sind (vgl BSG 37, 155, 159), so kann die Rückforderung auch auf den Vorbehalt gestützt werden.

Im vorliegenden Falle ist es bereits fraglich, ob die Beklagte zu Recht die Bewilligungsbescheide aufheben konnte.

Bei dem Anspruch auf SWG handelt es sich um eine Forderung der einzelnen Arbeitnehmer, die jedoch durch den Arbeitgeber wahrgenommen wird (BSG SozR Nr 1 zu AVAVG § 188; BSGE 33, 64, 67). Der Anspruch auf SWG wird von dem Arbeitgeber als Prozeßstandschafter wahrgenommen (vgl BSGE 38, 94 = SozR 1500 § 75 Nr 4). Der Anspruch auf SWG wird auch nicht dadurch zu einem eigenen Anspruch des Arbeitgebers, daß dieser vorweg das SWG an die Arbeitnehmer ausgezahlt hat (BSGE 22, 181, 183).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

Ob der Anspruch auf SWG besteht, hängt von einer Reihe von Voraussetzungen ab, die sich gliedern lassen in betriebliche Voraussetzungen (§ 83 AFG), persönliche Voraussetzungen (§ 85 AFG) und sachliche Voraussetzungen (§ 84 AFG). Eine rechtliche Prüfung hat das LSG nur hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen vorgenommen, indem es ausgeführt hat, daß die Arbeiten von einer anderen Firma als der des Klägers ausgeführt worden seien und damit die Voraussetzungen des § 84 Abs 1 Nr 1 AFG nicht vorlägen. Es hat sich auch darauf berufen, daß nicht den Arbeitern eines Betriebes ein Anspruch auf SWG, denen eines anderen Betriebes auf Wintergeld zustehen könne, und zwar wegen derselben Arbeiten gleichzeitig. Nach § 84 Abs 1 Nr 1 AFG wird SWG gewährt, wenn der Arbeitsausfall ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht ist. Das LSG hat für den vorliegenden Fall richtig erkannt, daß dann, wenn dem Bauunternehmer vom Auftraggeber verwehrt ist, die Bauarbeiten weiterzuführen, ein dadurch entstehender Arbeitsausfall nicht durch Witterungseinflüsse verursacht ist, auch wenn die Differenzen zwischen dem Unternehmer und dem Auftraggeber an der Frage der Witterungseinflüsse entstanden sind. In einem solchen Falle ist es den Arbeitnehmern nämlich unabhängig von Witterungseinflüssen nicht mehr möglich, die Arbeit zu erbringen. Auf die vertragliche Rechtslage, ob die Untersagung der Bauarbeiten zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist, kommt es nicht an. Dieses Verwehren der Fortführung der Arbeiten kann auf verschiedene Weise erfolgen: Zum einen durch die Bekanntgabe der Versagung der Erlaubnis zur Weiterarbeit, zB auch Baustellenverbot, ebenfalls "Kündigung" wenn der Auftraggeber die tatsächliche Herrschaft über die Baustelle hat, was in der Regel anzunehmen sein wird, aber auch durch das tatsächliche Ausführen der Arbeiten mit Hilfe einer anderen Firma, was auch ohne Wissen des zunächst beauftragten Unternehmens geschehen kann.

Die Frage, zu welchen zivilrechtlichen Folgen dies im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Auftraggeber führt,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

ist für den Anspruch der Arbeitnehmer auf SWG nicht entscheidend.

Bei dieser Rechtslage können in der Tat Ansprüche auf Wintergeld der Arbeitnehmer eines Betriebes nicht gleichzeitig bestehen neben Ansprüchen auf SWG der Arbeitnehmer einer anderen Firma. Auch ist es nicht möglich, daß wegen derselben Arbeiten die Arbeitnehmer zweier Betriebe gleichzeitig Wintergeld beziehen. Doch ist das eine Folge der Voraussetzungen beider Ansprüche und es bedarf keines rechtlichen Ausschlusses des einen Anspruchs durch den anderen.

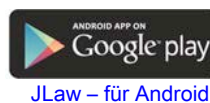
Der Arbeitsausfall ist aber erst von dem Zeitpunkt an durch das Verhalten des Auftraggebers mitverursacht, zu dem dieser in irgendeiner Weise die Möglichkeit des beauftragten Unternehmens, die Arbeiten auszuführen, eingeschränkt hat. Erst von diesem Zeitpunkt an ist also die Arbeitsunterbrechung nicht mehr "ausschließlich" durch Witterungseinflüsse iS des § 84 Abs 1 Nr 1 AFG verursacht. Diesen Zeitpunkt hat das LSG nicht festgestellt. Zwischen dem Kläger und der Firma "A" ist streitig gewesen, ob bereits am 29. Januar 1973 dem Kläger erklärt worden ist, daß er die Arbeiten nicht mehr ausführen dürfe. Auch ist nicht festgestellt, wann die andere Firma mit den Arbeiten begonnen hat, die zunächst von dem Kläger ausgeführt werden sollten. Da der Anspruch der Arbeitnehmer des Klägers auf SWG aber erst von dem Zeitpunkt an entfällt, zu dem die Firma des Klägers die Estrich-Arbeiten nicht mehr ausführen konnte, kann diese tatsächliche Frage nicht, wie das LSG meint, offengelassen werden. Da dem Revisionsgericht eigene Tatsachenfeststellungen verwehrt sind, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen. Das LSG wird die entsprechenden Feststellungen noch zu treffen und ferner zu prüfen haben, ob auch die sonstigen Voraussetzungen für das SWG vorgelegen haben. Es wird auch über die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 11 -

Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)