

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
29. Oktober 1997

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 48/96

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....,

Prozeßbevollmächtigter:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
29. Oktober 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. W o l f f , die Richter
Dr. H e n k e und E i c h e r sowie die ehrenamtlichen Richter E n g e r t
und L a s a r
für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Beklagten werden das Urteil des Landessozialgerichts Bremen vom 18. Januar 1996 sowie das Urteil des Sozialgerichts Bremen vom 3. Dezember 1992 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind von der Beklagten nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

Das Verfahren betrifft die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) für die Zeit vom 18. Mai bis 5. Juli 1992.

Die Klägerin charterte ab 1991 das Schiff "E. " ohne Besatzung und bemannte es in der Folgezeit mit eigenen Arbeitnehmern. Auf einer Kreuzfahrt von Hongkong nach Alaska kam es am 29. April 1992 zu einer Kollision mit einem griechischen Containerschiff. Vom Seeamt B. wurde die Havarie darauf zurückgeführt, daß die Wachoffiziere auf beiden Schiffen einen nicht sicheren Passierabstand in Kauf genommen und nicht rechtzeitig Gegenmaßnahmen getroffen hatten, um den Nahbereich zu meiden, Folgerungen aus unzulänglichen Radarinformationen gezogen hatten, im Nahbereich nicht die Fahrt reduziert bzw gestoppt hatten und der Wachoffizier auf dem griechischen Containerschiff eine Kursänderung nach steuerbord eingeleitet hatte, obwohl keine Radarinformation mehr über die "E. " vorlag (Entscheidung vom 8. Dezember 1992). Zum Zeitpunkt der Havarie beschäftigte die Klägerin insgesamt 434 Arbeitnehmer auf See und 53 an Land. Die Kreuzfahrt wurde nach der Kollision nicht fortgesetzt; die "E. " wurde vielmehr bis 6. Juni 1992 in einer Werft in Singapur repariert, nachdem zuvor die Passagiere und ein Großteil der Besatzung von Bord gegangen waren. Ende Juni kehrte die "E. " nach Bremerhaven zurück und lief am 7. Juli 1992 wieder zu einer Kreuzfahrt aus.

Zuvor hatte die Klägerin im Mai 1992 mit dem Beigeladenen wegen der Havarie für die Zeit vom 18. Mai bis 5. Juli 1992 die Einführung von Kurzarbeit vereinbart und am 18. Mai 1992 für 348 Arbeitnehmer der "E. " Arbeitsausfall im Kurzarbeitszeitraum angezeigt. Das Arbeitsamt (ArbA) lehnte die Gewährung von Kug jedoch ab, weil der Arbeitsausfall auf einem Schiff eingetreten sei, das sich nicht in deutschen Hoheitsgewässern aufgehalten habe; insoweit stehe der Territorialitätsgrundsatz der Leistungsgewährung entgegen (Bescheid vom 16. Juni 1992; Widerspruchsbescheid vom 13. August 1992).



Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 16. Juni 1992 und des Widerspruchsbescheids vom 13. August 1992 verurteilt, Kug für die Zeit vom 18. Mai bis 5. Juli 1992 in gesetzlicher Höhe zu zahlen (Urteil vom 3. Dezember 1992). Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG dahin abgeändert, daß die Beklagte (nur) verurteilt werde, die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug an die Klägerin für die Zeit vom 18. Mai bis 5. Juli 1992 anzuerkennen (Urteil vom 18. Januar 1996). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die Berufung der Beklagten sei gemäß §§ 144 Abs 1 Nr 2, 150 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in der bis zum 28. Februar 1993 geltenden Fassung (aF) statthaft, weil das SG die Beiladung des Seebetriebsrats unterlassen und die Beklagte dies auch gerügt habe. Streitgegenstand sei indes (noch) nicht die Gewährung von Kug, sondern ausschließlich die Anerkennung der Voraussetzungen der §§ 63, 64 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Dem Kug-Anspruch stehe nicht entgegen, daß sich die "E. " außerhalb der deutschen Hoheitsgewässer befunden habe. Zum inländischen Territorium gehörten nämlich auch Seeschiffe, die - wie die "E. " - die Bundesflagge führten; sie seien als schwimmender Gebietsteil des Heimatlandes anzusehen. Demnach könne bei einem Arbeitsausfall auf unter deutscher Flagge fahrenden Seeschiffen das Territorialitätsprinzip nicht zum Ausschluß des Kug-Anspruchs führen. Auch die sonstigen Voraussetzungen der §§ 63, 64 AFG lägen vor. Insbesondere beruhe der Arbeitsausfall auf einem unabwendbaren Ereignis iS von § 64 Abs 1 Nr 1 AFG, obwohl aus der Entscheidung des Seeamtes B. folge, daß sich der Wachoffizier auf der "E. " ebenso wie der Wachgänger auf dem griechischen Containerschiff fehlerhaft verhalten habe und auf dieses Verhalten der Unfall zurückzuführen sei. Der Klägerin selbst sei jedenfalls - auch nach den deliktischen Zurechnungskriterien des § 831 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) - nichts vorzuwerfen.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung der §§ 63, 64 AFG. Sie ist der Ansicht, entgegen der Auffassung des LSG beschränke das Territorialitätsprinzip den Wirkungsbereich sozialversicherungsrechtlicher Normen auf das inländische Staatsgebiet. Die "E. " als - für das Kug maßgebliche - Betriebsabteilung der Klägerin habe sich jedoch während der Kreuzfahrt außerhalb deutscher Hoheitsgewässer aufgehalten. Außerdem habe das LSG zu Unrecht ein unabwendbares Ereignis als Ursache des Arbeitsausfalls bejaht. Die Havarie sei vielmehr auf das Fehlverhalten des für die Nautik zuständigen Wachoffiziers der "E. " zurückzuführen. Kug sei auch deshalb nicht zu gewähren, weil ein havariebedingter Arbeitsausfall für ein Unternehmen der Schifffahrt betriebs- bzw branchenüblich sei (§ 64 Abs 3 AFG).

Die Beklagte beantragt,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,



die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Berufung der Beklagten gegen die Entscheidung des SG sei nach den §§ 143 ff SGG aF unzulässig. Dem Gesetzeswortlaut der §§ 63 ff AFG lasse sich im übrigen eine den Kug-Anspruch beschränkende Wirkung des Territorialitätsprinzips nicht entnehmen. Außerdem habe sie (die Klägerin) ihren Betriebssitz in B., und Seeschiffe, die die Bundesflagge führten, gehörten zum inländischen Territorium. Der Arbeitsausfall auf der "E. " beruhe schließlich auf einem unabwendbaren Ereignis iS von § 64 Abs 1 Nr 1 AFG. Das LSG habe zu Recht ausschließlich darauf abgestellt, daß ihr (der Klägerin) nichts - auch kein sog Auswahlverschulden beim Einsatz des Wachoffiziers - vorzuwerfen sei. Sollte es gleichwohl auf eine Unabwendbarkeit der Havarie aus Sicht des Wachoffiziers ankommen, ergebe sich nichts anderes, weil es zur Kollision nur dadurch gekommen sei, daß das griechische Containerschiff zu einem Zeitpunkt, als es nur noch 1,5 Seemeilen von der "E. " entfernt gewesen sei, auf diese zugedreht habe, ohne mit der "E. " Kontakt aufgenommen zu haben. Dies sei die letzte und eigentliche Ursache für den Zusammenstoß gewesen. Überraschenderweise habe das LSG die Entscheidung des Seeamtes als präjudizierend angesehen und seiner Entscheidung zugrunde gelegt, ohne eigene tatsächliche Feststellungen getroffen und mit ihr (der Klägerin) über den Inhalt der Seeamtsakten verhandelt zu haben. Hierdurch habe das LSG auch den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (§ 62 SGG iVm Art 103 Abs 1 Grundgesetz <GG>).

Der Beigeladene schließt sich dem Antrag und den Ausführungen der Klägerin an.

II

Die Revision der Beklagten ist begründet (§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG). Das Urteil des LSG beruht auf einer Verletzung des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG (hier idF, die § 64 durch das Gesetz zur Ergänzung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und zum Schutz der Solidargemeinschaft vor Leistungsmißbrauch vom 14. Dezember 1987 - BGBl I 2602 - erhalten hat).

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 16. Juni 1992 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. August 1992 (§ 95 SGG), mit dem es die Beklagte abgelehnt hat, die allgemeinen und betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug anzuerkennen - sog negativer Anerkennungsbescheid (BSGE 65, 238, 240 = SozR 4100 § 72 Nr 11). Hiergegen wehrt sich die Klägerin, wie sich aus ihrem erst- und zweitinstanzlichen Antrag ergibt, mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 und 4 SGG). Denn ihr Begehren ist entgegen der Ansicht des LSG nicht nur auf die Anerkennung der allgemeinen und betrieblichen Voraussetzungen



für die Gewährung von Kug gerichtet (§ 72 Abs 1 Satz 4 AFG iVm §§ 63, 64 Abs 1 AFG einschließlich Abs 2 und uU Abs 3 als näherer Bestimmung zur Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls - vgl nunmehr § 170 Abs 4 Satz 2 Nr 1 Sozialgesetzbuch-Arbeitsförderung - <SGB III>), sondern auf Zahlung von Kug für den Zeitraum vom 18. Mai bis 5. Juli 1992; insoweit ist die Klägerin gesetzliche Prozeßstandschafterin der betroffenen Arbeitnehmer (BSGE 67, 11, 13 mwN = SozR 3-4100 § 63 Nr 1; BSG SozR 3-4100 § 65 Nr 2), denen das Kug materiell zusteht (BSG SozR 4100 § 68 Nr 3; vgl auch BSG SozR 3-4100 § 85 Nr 1).

Nur diese Auslegung des Klageantrags entspricht vernünftigerweise dem von der Klägerin Gewollten; an den Wortlaut des Antrags ist der Senat nicht gebunden (§ 123 SGG). Lehnt das ArbA schon auf die Anzeige des Arbeitsausfalls trotz des üblichen zweistufigen Verwaltungsverfahrens (1. Stufe: Entscheidung über die allgemeinen und betrieblichen Voraussetzungen; 2. Stufe: Entscheidung über den Leistungsantrag) die Leistung gänzlich ab, ist die Erhebung einer Anfechtungs- und Leistungsklage möglich (BSGE 65, 238, 240 = SozR 4100 § 72 Nr 11; BSG SozR 3-4100 § 64 Nr 2; Bundessozialgericht <BSG>, Urteil vom 15. Februar 1990 - 7 RAr 22/89 -, DBIR Nr 3679a zu § 54 SGG); im Widerspruch gegen den negativen Anerkennungsbescheid ist der nach § 72 AFG erforderliche Leistungsantrag zu sehen (BSGE 65, 238, 240 f = SozR 4100 § 72 Nr 11; BSG SozR 3-4100 § 64 Nr 2). Ob der Senat wegen des sog Verböserungsverbots - abweichend vom LSG - über eine Verpflichtung zur Leistung entscheiden dürfte, ist eine andere Frage, die im vorliegenden Fall keiner Beantwortung bedarf. Gegenstand der Revision sind jedoch nicht die - von der Höhe des Kug insgesamt abhängigen - Ansprüche der Klägerin auf Zuschüsse zu ihren Aufwendungen für die gesetzliche Rentenversicherung (§ 166 Abs 3 Satz 2 AFG in der bis 31. Dezember 1993 geltenden Fassung). Hierüber haben LSG und SG (mangels entsprechenden Antrags der Klägerin) nicht entschieden.

Verfahrenshindernisse, die bei zulässiger Revision von Amts wegen zu beachten sind, stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen. Insbesondere war die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG ungeachtet des in § 144 Abs 1 Nr 2 SGG aF geregelten Berufungsausschlusses (Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer auf wiederkehrende Leistungen bis zu 13 Wochen bzw drei Monaten) gemäß § 150 Nr 2 SGG aF zulässig; denn die Beklagte hat mit ihrem Vorbringen beim LSG, das SG hätte den Betriebsrat der Klägerin beiladen müssen, einen wesentlichen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt, und dieser Mangel lag auch tatsächlich vor. Im Hinblick auf sein Mitbestimmungsrecht war der bei der Klägerin gebildete Betriebsrat notwendig beizuladen (vgl nur BSG SozR 1500 § 144 Nr 33 mwN). Dies kann ein durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwerter Berufungskläger mit Erfolg selbst dann rügen, wenn ihn das Unterlassen der Beiladung nicht belasten sollte (BSG aaO), weil der Beizuladende ohnedies dem Antrag des Berufungsbeklagten beigetreten wäre. Ob die Entscheidung des SG auf der fehlenden Beiladung beruhen kann, ist damit ohne Bedeutung (BSG aaO).



Dies widerspricht nicht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und des BSG zum Verzicht auf eine Zurückverweisung der Sache an das Tatsachengericht bei fehlender notwendiger, im Revisionsverfahren nicht nachholbarer Beiladung (vgl: BVerwGE 74, 19, 21 ff; 80, 228, 230 ff; BSGE 66, 144, 146 f = SozR 3-5795 § 6 Nr 1; BSGE 67, 143, 152 f = SozR 3-1200 § 52 Nr 1; BSGE 67, 251, 253 = SozR 3-2500 § 92 Nr 2; BSG SozR 3-2500 § 106 Nr 6; SozR 3-2200 § 368c Nr 1; BSG, Urteil vom 13. Mai 1987 - 9a RVi 1/85 -, USK 8789; Urteil vom 19. August 1992 - 6 RKa 35/90 -, USK 92205; Urteil vom 12. Dezember 1990 - 11 RAr 21/90 -, DBIR Nr 3792a zu § 75 SGG; Urteil vom 29. Oktober 1991 - 13/5 RJ 22/89 -, unveröffentlicht). Mit ihr soll nur eine prozeßunökonomische Verzögerung des Verfahrens vermieden werden, wenn das Urteil des Tatsachengerichts ohnedies nicht auf der fehlenden Beiladung beruht; sie besagt aber nicht, daß die fehlende notwendige Beiladung keinen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt. Insoweit entspricht § 150 Nr 2 SGG aF (wesentlicher Verfahrensmangel) inhaltlich nicht § 160 Abs 2 Nr 3 SGG (Beruhenkönnen der Entscheidung auf einem Verfahrensmangel), wie der Senat bereits entschieden hat (BSG SozR 1500 § 150 Nr 6).

Schließlich ist die Klagefrist eingehalten (§ 87 Abs 2 SGG iVm § 91 SGG), und der Zulässigkeit der erhobenen Klage steht nicht entgegen, daß über den im Widerspruch der Klägerin zu sehenden Leistungsantrag nicht ausdrücklich durch Bescheid bzw Widerspruchsbescheid befunden worden ist (BSGE 65, 238, 240 f = SozR 4100 § 72 Nr 11). Ob eine Klage, die ausschließlich auf Anerkennung der allgemeinen und betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug gerichtet wäre, zulässig ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil der Kläger sein Begehren entgegen der Ansicht des LSG hierauf nicht beschränkt hat (vgl zu dieser Problematik allerdings: BSGE 65, 238, 240 = SozR 4100 § 72 Nr 11; BSG SozR 3-4100 § 64 Nr 2; BSG, Urteil vom 15. Februar 1990 - 7 RAr 22/89 -, DBIR Nr 3679a zu § 54 SGG).

Die Klägerin kann jedoch Zahlung von Kug nicht verlangen, weil es an den Voraussetzungen des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG fehlt. Danach wird in einem Betrieb Kug (nur) gewährt, wenn ein Arbeitsausfall eintritt, der auf wirtschaftlichen Ursachen einschließlich betrieblicher Strukturveränderungen oder auf einem unabwendbaren Ereignis beruht.

Der bei der Klägerin eingetretene Arbeitsausfall beruht nicht auf wirtschaftlichen Ursachen einschließlich betrieblicher Strukturveränderungen. Insoweit bedarf es weder einer abschließenden Definition des Oberbegriffs der wirtschaftlichen Ursache noch des Begriffs der betrieblichen Strukturveränderungen, weil sie die vorliegende Schiffskollision unter keinem denkbaren Gesichtspunkt erfassen. Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung des in den §§ 63 ff AFG nicht näher umschriebenen und im Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vor Inkrafttreten des AFG nicht enthaltenen Begriffes der wirtschaftlichen Ursache existiert nicht. In den Gesetzesmaterialien



(BT-Drucks V/2291 S 70 zu § 59 Abs 1 Nr 1) heißt es lediglich, Arbeitsmangel, der auf konjunkturellen Ursachen beruhe, sei bisher der typische Fall für die Gewährung von Kug gewesen; künftig würden auch betriebliche Strukturveränderungen erfaßt, die durch eine allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt seien.

In der Literatur wird zur Erläuterung des Begriffes der wirtschaftlichen Ursache teilweise auf eine Definition ganz verzichtet (Röder in Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, Rz 2 f zu § 64; Schelter, AFG, Stand Juni 1997, Rz 6 ff zu § 64) oder unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien (Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Stand Mai 1992, Rz 1 zu § 64; Ketelsen in Knigge/Schmidt/Marschall/Wissing, Komm zum AFG, 3. Aufl, Anm 7 zu § 64, Stand 6. Ergänzungslieferung 1995) mit unterschiedlichen Definitionen gearbeitet. So wird formuliert, es würden alle Ursachen erfaßt, die sich aus Störungen des Wirtschaftskreislaufs ergäben - allgemeine Wirtschaftslage und/oder besondere Verhältnisse des Betriebs - (Fleckler in GemeinschaftsKomm zum AFG, Stand Juli 1997, Rz 8 zu § 64, und in GemeinschaftsKomm zum Arbeitsförderungsrecht, Rz 15 zu § 170 SGB III; ähnlich Henke in Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, April 1997, Rz 4 zu § 64; Ketelsen, aaO), oder, der Begriff umfasse alle Arbeitsausfälle, die sich aus der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Betriebs und der Teilnahme am Wirtschaftsleben ergäben (Breunig in Schönefelder/Kranz/Wanka, AFG, 2. Aufl, Stand September 1996, Rz 7 zu § 64); an anderer Stelle wird versucht, den Inhalt des Begriffs wegen seiner Unschärfe durch Bildung von Fallgruppen näher zu umreißen (Bieback in Gagel, AFG, Stand Januar 1996, Rz 6 ff und 13 ff zu § 64). Im Ergebnis werden übereinstimmend aber immer nur die konjunkturell verursachten oder auf Strukturwandel beruhenden Arbeitsausfälle und Arbeitszeitverkürzungen sowie sonstige allgemeine mit der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zusammenhängenden Ausfälle erfaßt (vgl Bartels, Soziale Sicherung bei Kurzarbeit in der Marktwirtschaft, Diss 1978, S 90 und 116; vgl auch Holzmayer, Kug und Schlechtwettergeld, Diss 1989, S 79).

Um nicht die vom Gesetzgeber normierte zusätzliche Ursache des unabwendbaren Ereignisses für einen Arbeitsausfall im Ergebnis leerlaufen zu lassen, kann jedenfalls eine außerwirtschaftliche Ursache nicht genügen (Bartels, aaO, S 209 ff). Der Zusammenstoß der "E. " mit dem griechischen Containerschiff kann unter dieser Prämisse nicht zur wirtschaftlichen Ursache werden, selbst wenn sich der Zusammenstoß letztlich bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben ereignet und wirtschaftlich ausgewirkt hat. Die daraus resultierten Arbeitsausfälle waren weder konjunkturbedingt, noch beruhten sie auf Strukturänderungen oder sonstigen mit der Wirtschafts- oder Arbeitsmarktlage zusammenhängenden Umständen individueller betrieblicher Art.

Ausgehend von dem vom LSG festgestellten und in tatsächlicher Hinsicht für den Senat verbindlichen Unfallhergang (§ 163 SGG), stellt sich die Havarie mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG, seine Systematik und historische Entwicklung sowie



die der Funktion des Kug nicht als unabwendbares Ereignis iS des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG dar.

Auch dieser Begriff wird in den §§ 63 ff AFG nicht näher definiert; unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (BT-Drucks V/2291 S 70 zu § 79 Abs 1 Nr 1) hat der Senat allerdings als unabwendbares Ereignis jedes objektiv feststellbare Ereignis angesehen, das selbst durch äußerste, nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt nicht abzuwenden war (Urteil vom 21. Februar 1991 - 7 RAr 20/90 -, DBIR Nr 3827 zu § 64 AFG). Diese Umschreibung (iS eines objektiven, nicht subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes) deckt sich weitgehend mit der Literaturmeinung (vgl: Feckler in GemeinschaftsKomm zum AFG, Rz 13 zu § 64, sowie in GemeinschaftsKomm zum Arbeitsförderungsrecht, Rz 19 zu § 170 SGB III; Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rz 17 zu § 64, und Breunig in Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, 2. Aufl, Rz 20 zu § 64; Ketelsen in Knigge/Schmidt/Marschall/Wissing, aaO, Rz 13 ff zu § 64; Röder in Niesel, aaO, Rz 9 zu § 64; Schelter, aaO, Rz 12 zu § 64; Specke/Picard, AFG, 5. Aufl, Stand Dezember 1996, Rz 9.31 zu § 64; Holzmayer, aaO, S 79 f). Ein unbesehener Rückgriff auf andere Rechtsbereiche, wie etwa auf § 7 Straßenverkehrsgesetz (StVG), ist dabei trotz ggf terminologischer Gleichheit (vgl BGHZ 117, 337, 340 f mwN) unangebracht (vgl Bieback in Gagel, aaO, Rz 22 zu § 64; Ketelsen in Knigge/Schmidt/Marschall/Wissing, aaO, Rz 14 zu § 64; Bartels, aaO, S 63 und 210 f), weil § 64 Abs 1 Nr 1 AFG Ziele verfolgt, die nicht mit denjenigen anderer Normen übereinstimmen müssen.

Die Beschränkung auf die Außerwirtschaftlichkeit und Unabwendbarkeit bei äußerster, nach den Umständen des Falles gebotener Sorgfalt (einschränkend Bartels, aaO, S 211: "Aufbietung branchenüblicher sowie technisch und wirtschaftlich zumutbarer Anstrengungen") beantwortet indes noch nicht die Frage, ob das Kriterium der Unabwendbarkeit allein aus der Sicht des Arbeitgebers zu beurteilen ist (vgl Feckler in GemeinschaftsKomm zum Arbeitsförderungsrecht, Rz 19 zu § 170 SGB III: Unanwendbarkeit für den Betrieb). Der Wortlaut des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG ist nicht eindeutig; der in § 64 Abs 2 Satz 1 AFG geregelte Fall einer behördlichen oder behördlich anerkannten Maßnahme, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat, zeigt jedoch, daß der Gesetzgeber durchaus die Möglichkeit einer Abwendbarkeit nicht nur aus der Sicht des Arbeitgebers vor Augen hatte. § 64 Abs 2 Satz 1 AFG legt somit den Schluß nahe, daß Unabwendbarkeit iS des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG in den von § 64 Abs 2 Satz 1 AFG nicht erfaßten Fällen umfassender verstanden werden muß, also auch das Verhalten anderer Betriebsangehöriger - wie etwa der Arbeitnehmer - in die Prüfung eingeschlossen werden muß.

Zur Bestätigung dieses Ergebnisses kann zwar aus historischer Sicht nicht unmittelbar auf die Regelungen des AVAVG zurückgegriffen werden, weil dieses den Begriff des unabwendbaren Ereignisses jedenfalls im Gesetzestext nicht kannte, sondern in § 117 Abs 1 auf einen unvermeidbaren Arbeitsmangel abstellte. Gleichwohl zeigt sich, daß das



AFG die Rechtslage zum Kug nach dem AVAVG in § 64 fortgeschrieben hat (vgl hierzu Bartels, aaO, S 59 ff). Zum einen sollten Arbeitsausfälle erfaßt werden, die durch behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen verursacht und vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind (§ 64 Abs 2 Satz 1 AFG); insoweit wollte der Gesetzgeber die Fälle der früher in §§ 125 ff AVAVG vorgesehenen Stilllegungsvergütung regeln (BT-Drucks V/2291 S 70 zu § 59; Bartels, aaO, S 61). Zum anderen ergibt sich im Umkehrschluß aus § 64 Abs 2 Satz 2 AFG, daß jedenfalls solche Arbeitsausfälle als unabwendbares Ereignis anzusehen sein sollten, die durch ungewöhnliche, nicht dem üblichen Wetterverlauf entsprechende witterungsbedingte Gründe verursacht sind (Bartels, aaO, S 59).

Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 21. Februar 1991 - 7 RAr 20/90 - (DBIR Nr 3827 zu § 64 AFG) ausgeführt hat, können unter den Begriff des unabwendbaren Ereignisses aber auch solche Vorkommnisse fallen, die auf menschlicher Tätigkeit beruhen oder mitberuhen (vgl hierzu den Kug-Sammelerlaß der Beklagten, Stand Februar 1989, Rz 9.31 zu § 64), selbst wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen sein sollte, daß es sich bei dem unabwendbaren Ereignis in der Regel um einen allgemeinen Notstand handelt (Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rz 19 zu § 64). Da aber mit den Regelungen des Kug den Betrieben nicht die Verantwortung dafür abgenommen werden sollte, vor und während des Arbeitsausfalls alles in ihrer Kraft Stehende zu unternehmen, den Arbeitsausfall zu vermeiden oder zu beheben, und nicht das gesamte Betriebs- und Wirtschaftsrisiko von der Solidargemeinschaft übernommen werden sollte (BT-Drucks V/2291 S 70 f zu § 59; BSG SozR 3-4100 § 64 Nr 2), müssen bei der Auslegung des Begriffes des unabwendbaren Ereignisses die vom Gesetzgeber übernommenen Risiken von denjenigen abgegrenzt werden, die beim Arbeitgeber verblieben sind. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, daß die Gewährung von Kug subventionsähnliche und damit sozialpolitisch problematische wettbewerbsverzerrende Wirkungen haben kann (Bartels, aaO, S 162 f mwN; Holzmayer, aaO, S 81 f; Ketelsen in Knigge/Schmidt/Marschall/Wissing, aaO, Anm 6 Vorbemerkungen zu §§ 63 bis 99 und Anm 14 zu § 64; Breunig in Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, 2. Aufl, Rz 8 zu § 63; Henke in Henning/Kühl/Heuer/Henke, aaO, Rz 5 zu Vorbemerkung §§ 63 bis 73; Bieback in Gagel, aaO, Rz 131 Vor § 63 mwN und Rz 32 zu § 64).

Dem kann bei den wirtschaftlichen Ursachen mit dem Begriff der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls (§ 64 Abs 1 Nr 2 AFG) in vollem Umfang Rechnung getragen werden, der eine Schadensverhinderungs- und Schadensminderungsobliegenheit nicht nur für den Arbeitgeber, sondern für den gesamten Betrieb, also Arbeitgeber, Arbeitnehmer und sogar die Betriebsvertretung, normiert (Feckler in GemeinschaftsKomm zum AFG, aaO, Rz 28 und 31 f zu § 64; Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rz 24 zu § 64; Breunig in Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, 2. Aufl, Rz 29 zu § 64; Ketelsen in Knigge/Schmidt/Marschall/Wissing, aaO, Rz 27 zu § 64; Bieback in Gagel, aaO, Rz 67 zu § 64; Holzmayer, aaO, S 81; Bartels, aaO, S 191 ff, insbes 194). Soll mithin bei wirtschaft-



licher Ursache der Kurzarbeit dem Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko - auch auf die Gefahr, daß Arbeitnehmern gekündigt wird - nur abgenommen werden, wenn der Betrieb insgesamt alles ihm Zumutbare getan hat, den Arbeitsausfall zu vermeiden, muß diese Verpflichtung bereits bei der begrifflichen Bestimmung des unabwendbaren Ereignisses in gleicher Weise berücksichtigt werden, um einen Wertungswiderspruch zwischen den beiden Alternativursachen für Kurzarbeit zu vermeiden. Dies hat zur Folge, daß es auf die Unabwendbarkeit des Ereignisses aus der Sicht des gesamten Betriebs ankommt.

Um Mißbräuche und Mitnahmeeffekte zu verhindern (vgl hierzu insbesondere: Holzmayr, aaO, S 81 f; Bartels, aaO, S 214), müssen von Arbeitgeber, Betriebsvertretung und Arbeitnehmer nicht nur Anstrengungen verlangt werden, den Arbeitsausfall einzuschränken, sondern auch, ihn bereits abzuwenden (Holzmayr, aaO, S 81; Bartels, aaO, S 191 ff; Kug-Sammelrunderlaß der Beklagten, Rz 9.31 zu § 64; vgl auch Bieback in Gagel, aaO, Rz 67 zu § 64), und zwar sowohl zur Verhinderung des Arbeitsausfalls selbst als auch des ihm vorgelagerten außerwirtschaftlichen Ereignisses. Auf diese Weise kann einer allgemeinen Kollektivierung unternehmerischer Haftung durch Kug begegnet und die Gefahr gemindert werden, unternehmerische Risiken auf die Versichertengemeinschaft zu verlagern und uU Unternehmen zu subventionieren, die nicht ausreichend Vorsorge treffen (vgl Bartels, aaO, S 130 mwN). Arbeitsrechtlich trägt nämlich der Arbeitgeber auch das (Betriebs-)Risiko, bei schuldhafter, in innerem Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehender Schadensverursachung durch den Arbeitnehmer den Schaden unter Berücksichtigung des Einzelfalles - auch der evtl Notwendigkeit zum Abschluß einer entsprechenden Versicherung - voll oder teilweise zu übernehmen (vgl BAGE 70, 337, 342; BGH NJW 1994, 856; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 8. Aufl 1996, S 356 ff, insbesondere S 358 f mwN; Künzel in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd 1, 1997, S 1041, Rz 246 f mwN).

Fehlverhalten von Arbeitnehmern muß deshalb bei der Bewertung der Unabwendbarkeit zumindest dann berücksichtigt werden, wenn es um das Verhalten des für die Sicherheit des Betriebs oder Betriebsteils zuständigen Arbeitnehmers - wie hier des Wachoffiziers der Klägerin - geht. Denn dieser hatte gerade die Verantwortung dafür, daß der vorliegend eingetretene Unfall sich nicht ereignen solle. Wenn der Arbeitgeber selbst in jedem Fall dafür Sorge zu tragen hat, daß der Betrieb bzw ein Betriebsteil nicht durch ein äußeres Geschehen so beeinträchtigt wird, daß der Betriebsablauf nachhaltig gestört wird, so muß dies in gleicher Weise für denjenigen gelten, der - wie der Wachoffizier der Klägerin - die Funktion übernommen hat, die Sicherheit des Schiffes durch ua das Verhindern von Kollisionen zu gewährleisten. Dies muß um so mehr gelten, als diese Funktion bei juristischen Personen wie der Klägerin immer von einer hiermit betrauten natürlichen Person wahrgenommen werden muß.



Ausgehend hiervon hat das LSG zu Unrecht ein unabwendbares Ereignis bejaht. Dem Vortrag der Klägerin in der Revisionsinstanz, der Wachoffizier des griechischen Containerschiffes habe durch eine entsprechende Richtungsänderung die Havarie verursacht, kann nicht gefolgt werden. Soweit darin die Wertung zu sehen sein sollte, daß das Fehlverhalten des Wachoffiziers der "I. G." als letzte Ursache gravierender als das ihres eigenen Wachoffiziers, also "wesentliche Ursache", war, ist dies für die rechtliche Subsumtion unerheblich. Denn maßgeblich ist für § 64 AFG allein, ob der Unfall für den Wachoffizier der Klägerin auch bei äußerster, nach den Umständen des Falles gebotener Sorgfalt nicht abzuwenden gewesen wäre. Soweit dem Vortrag der Klägerin zu entnehmen sein sollte, nur das Verhalten des Wachoffiziers der "I. G." sei im wissenschaftlichen Sinne ursächlich für die Havarie (sog *conditio sine qua non*), bzw, nur der Wachoffizier der "I. G." habe nicht die nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt walten lassen, widerspricht dies den den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG (§ 163 SGG), die in den Ausführungen zu sehen sind, aus der Entscheidung des Seeamtes B. folge, daß sich der Wachoffizier der "E." ebenso wie der Wachoffizier auf der "I. G." fehlerhaft verhalten habe und daß der Unfall auf das Verhalten der beiden Wachoffiziere zurückzuführen sei.

Dabei ist die Entscheidung des LSG nicht bereits deshalb zu bestätigen, weil der Senat rechtlich an die auf der Grundlage des Seeunfalluntersuchungsgesetzes (SeeUG) vom 6. Dezember 1985 (BGBl I 2146) ergangene Entscheidung des Seeamtes gebunden wäre. Vielmehr hat der Ausspruch des Seeamtes nur die Funktion eines Gutachtens (BVerwGE 32, 21 ff; BVerwG Buchholz 310 § 88 Nr 22 mwN; Buchholz 11 Art 87 Nr 3 S 7), das von einer in besonderer Weise sachkundigen Behörde gemäß § 3 SeeUG nach entsprechender Untersuchung die Vorwerfbarkeit des Verhaltens der an der Havarie Beteiligten und die Ursächlichkeit dieses fehlerhaften Verhaltens beurteilt (vgl BVerwG Buchholz 11 Art 87 Nr 3 S 7). Die Entscheidung des LSG enthält ebensowenig wie die Gerichtsakte Hinweise darauf, daß sich das LSG rechtlich an die Entscheidung des Seeamtes gebunden gesehen hat; ein in der Revisionsinstanz überprüfbarer Rechtsanwendungsfehler liegt somit in diesem Punkt nicht vor. Die Formulierungen im Urteil machen vielmehr deutlich, daß sich das Berufungsgericht das Ergebnis der Untersuchungen des Seeamtes B. zu eigen gemacht und damit folgende inhaltliche Feststellungen getroffen hat:

- Der Wachoffizier der Klägerin hat nicht den notwendigen sicheren Passierabstand eingehalten und keine Gegenmaßnahmen getroffen, um den Nahbereich der beiden Schiffe zu meiden.
- Er hat Radarinformationen fehlerhaft verwertet.
- Er hat im Nahbereich die Fahrt nicht reduziert bzw nicht gestoppt.
- Er hat dadurch den Unfall mitverursacht.



Diese Ausführungen enthalten ausreichende tatsächliche Feststellungen, um dem Senat die rechtliche Subsumtion zu ermöglichen, daß der Wachoffizier der "E. " nicht die "äußerste nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt" (is eines objektiven, nicht eines subjektiven Maßstabes) hat walten lassen und die Havarie darauf zurückzuführen ist.

Tatsachenfeststellungen als Bestandteil der vom Gericht vorzunehmenden Subsumtion unter Rechtssätze sind alle Feststellungen zum Vorhandensein, zum Fehlen und zur gegenseitigen Abhängigkeit von vergangenen, gegenwärtigen, zukünftigen oder hypothetischen Geschehnissen, die entweder zum Zeitpunkt des Geschehens selbst mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sind bzw wären - äußere Tatsachen - oder zumindest dadurch erfahrbare sind bzw wären, daß auf ihr Vorhandensein oder ihr Fehlen aus wahrnehmbaren Geschehnissen geschlossen werden kann bzw könnte - innere Tatsachen - (vgl zum ganzen: May, Die Revision, 1995, S 416 ff, Rz 322 bis 334). Ob und welche Tatsachenfeststellungen vorliegen, ist indes deshalb häufig schwierig zu beurteilen, weil Sprache als Kommunikationsmittel nicht in der Lage ist, wahrnehmbare bzw erfahrbare Geschehnisse exakt zu umschreiben. Der Gebrauch eines Begriffs als eines Elementes der Sprache verlangt nämlich immer einen Verständniskonsens zwischen Anwender und Adressaten (Hörer, Leser). Bei einem Verständnisdissens müssen demgemäß die zu gebrauchenden Begriffe erst definitorisch verfeinert und - theoretisch unbeschränkt - zergliedert werden; bei der Definition eines Begriffes bewegt man sich dann aber auf einer oberhalb der konkreten Ebene der Tatsachenfeststellung liegenden abstrakten Ebene der Rechtsanwendung, die vom Revisionsgericht überprüfbar ist (vgl: May, aaO, S 418 Rz 327; Nierwetberg, JZ 1983, 237, 240).

Das bedeutet für eine Entscheidung über die Frage, ob die Ausführungen im Urteil eines Instanzgerichts Tatsachenfeststellungen enthalten, daß die gebrauchten Begriffe darauf untersucht werden müssen, welchen Inhalt an wahrnehmbaren und erfahrbaren Vorgängen sie aufgrund eines begrifflichen Vorverständnisses, also unterhalb der Definitionsebene, umschreiben. Läßt sich ein solcher Inhalt nicht ermitteln, weil zweifelhaft ist, von welchem Begriffsverständnis das Vordergericht ausgegangen ist, fehlt es an für die Revisionsinstanz verbindlichen Tatsachenfeststellungen (Gottwald, Die Tatfrage, 1966, S 177); ist die Definition selbst Gegenstand der Revision, handelt es sich um eine vom Revisionsgericht zu entscheidende Rechtsfrage.

Vorliegend bedarf es keiner Entscheidung, inwieweit die Formulierung, der Wachoffizier der Klägerin habe "nicht den notwendigen sicheren Passierabstand" eingehalten und keine Gegenmaßnahmen getroffen, den "Nahbereich" der beiden Schiffe zu vermeiden, eine hinreichende Klarheit - wenigstens unter Rückgriff auf die Entscheidungsgründe des Seeamtes - vermittelt. Der tatsächliche Gehalt der übrigen Ausführungen des LSG er-



möglichst jedenfalls den rechtlichen Schluß darauf, daß der Wachoffizier der Klägerin nicht die äußerste Sorgfalt hat walten lassen und die Havarie für ihn nicht unabwendbar war, sich diese also bei dem erforderlichen sorgfältigen Verhalten nicht ereignet hätte. Nach den sonstigen tatsächlichen Feststellungen des LSG hat er Radarinformationen fehlerhaft, also unrichtig, verwertet und die Fahrt nicht gestoppt bzw die Geschwindigkeit nicht reduziert und dadurch den Unfall mitverursacht. Dieses Verhalten entsprach nicht den rechtlichen Anforderungen an die "äußerste Sorgfalt".

Gemeint ist ein sachgemäßes, geistesgegenwärtiges Handeln, das erheblich über dem allgemeinen Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anzusiedeln ist, also zwar keine absolute Unvermeidbarkeit, aber gewissermaßen ein Idealverhalten einer für die Sicherheit des Betriebs zuständigen Person (vgl die ähnlichen Überlegungen des BGH zu § 7 StVG: BGHZ 117, 337, 340 f mwN). Eine solche gedachte Idealperson hat sich so zu verhalten, daß Gefahrenquellen für den Betriebsablauf ausgeschaltet bzw minimiert werden, und zwar schon im Vorfeld des konkreten Geschehens. Diesen Anforderungen genügt das vom LSG festgestellte Verhalten des Wachoffiziers der Klägerin gerade nicht. Hierbei bedarf es keiner Entscheidung über die Einhaltung der Regeln der Seefahrt, denn diese sind nicht Bezugsobjekt der Prüfung des § 64 Abs 1 Nr 1 AFG.

Auch die für die Bejahung der Unabwendbarkeit erforderliche Kausalität ist zu bejahen; denn nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG kann das vom LSG festgestellte, vom Seeamt als pflichtwidrig bezeichnete Verhalten des Wachoffiziers der Klägerin nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg (die Havarie) entfielen (sog *conditio sine qua non*). Mit anderen Worten: Hätte sich der Wachoffizier der Klägerin der Situation gemäß verhalten, also zumindest die Fahrgeschwindigkeit reduziert bzw sogar die Fahrt gestoppt, wäre es zum Unfall nicht gekommen (hypothetische Tatsache). Daß das LSG insoweit den Rechtsbegriff der Ursache nicht näher umschrieben hat, ändert nichts daran, daß sein Gebrauch jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht die bezeichnete Mindestfeststellung umfaßt. Allen denkbaren Kausalitätstheorien ist nämlich diese Voraussetzung als Bedingung im naturwissenschaftlichen Sinne gemeinsam.

Die Bindung des Senats an die tatsächlichen Feststellungen des LSG entfällt nicht etwa deshalb, weil die tatsächlichen Feststellungen für dessen Entscheidung möglicherweise nicht entscheidungserheblich waren (vgl: BSGE 73, 195, 196 = SozR 4100 § 249e Nr 3; Rudisile, DVBI 1988, 1135, 1138 f; BVerwG DVBI 1963, 521; Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl, Rz 2 zu § 163). Abgesehen davon liegt die gegenteilige Annahme nahe; denn die Art des Fehlverhaltens des Wachoffiziers ist durchaus für die vom LSG diskutierte Verschuldenszurechnung nach § 831 BGB und die Exkulpationsmöglichkeit bedeutsam. Dementsprechend hat das LSG auch ausgeführt, der Wachoffizier der Klägerin sei zuvor nie in ähnlicher Weise in Erscheinung getreten.



Eine Bindung ist schließlich nicht mit Rücksicht auf die grundsätzlich bis zur Schließung der mündlichen Verhandlung mögliche sog "Gegenrüge" der Klägerin zu verneinen (vgl zur Möglichkeit des Revisionsbeklagten, eine Verfahrensrüge zu erheben: BSG SozR 1500 § 164 Nr 24 mwN; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 1. Aufl 1991, IX. Kap, Rz 342; Meyer-Ladewig, aaO, Rz 4 zu § 170; Rudisile, aaO, S 1140 mwN). Über den bereits als unzutreffend bezeichneten Vorwurf hinaus, das LSG habe sich rechtlich an die Entscheidung des Seeamtes gebunden gefühlt und insoweit keine eigenen Feststellungen getroffen, rügt die Klägerin, sie sei in diesem Punkt durch die Entscheidung des LSG überrascht worden (§ 202 SGG iVm § 278 Abs 3 Zivilprozeßordnung <ZPO>), das LSG habe sich allein auf die Entscheidung des Seeamtes und die dazu beigezogenen Akten gestützt, nicht über den Inhalt dieser Akten im einzelnen verhandelt und durch sein gesamtes Verhalten gegen § 62 SGG iVm Art 103 Abs 1 GG (rechtliches Gehör) verstoßen. Die formalen Anforderungen an eine Verfahrensrüge sind indes nicht erfüllt. Die Klägerin hätte die angeblichen Verfahrensmängel unter Bezeichnung der genauen Umstände so darlegen müssen, daß der Senat in die Lage versetzt worden wäre, sich allein nach der Begründung ein Urteil darüber zu bilden, ob der behauptete Verfahrensmangel vorliegt und die angegriffene Entscheidung - außer bei absoluten Revisionsgründen des § 551 ZPO - auf dem Verfahrensmangel beruht (vgl nur: BSG SozR 1500 § 164 Nrn 3 und 31; BSG SozR Nr 64 zu § 162); diese formalen Anforderungen gelten nicht nur für die Verfahrensrüge des Revisionsklägers, sondern in gleicher Weise für die Revisionsgegenrüge des Revisionsbeklagten.

Soweit es die behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs und einer Überraschungsentscheidung betrifft, fehlt es bereits gänzlich an einer Darlegung, welches Vorbringen durch das beanstandete Verfahren verhindert worden ist (vgl nur BSGE 69, 280, 284 mwN = SozR 3-4100 § 128a Nr 5). Der Vorwurf, das LSG habe über den Akteninhalt nicht im einzelnen verhandelt, stellt in der Sache - wie der der Überraschungsentscheidung - nur eine Konkretisierung der Rüge eines Verstoßes gegen § 62 SGG iVm Art 103 Abs 2 GG dar. Trotz ausdrücklicher Befragung in der mündlichen Verhandlung, was denn geschehen wäre, wenn sich das LSG anders verhalten hätte, ob insbesondere weitere Beweise angeboten oder etwas Zusätzliches vorgetragen worden wäre, hat sich die Klägerin hierzu nicht weiter geäußert. Jedenfalls genügt nicht die unspezifische Aussage, es wäre weiterer Vortrag erfolgt (BVerfGE 72, 122, 132).

Im übrigen liegen die gerügten Verfahrensfehler nicht vor. Die Gerichte sind nämlich bei der Gewährung rechtlichen Gehörs nicht verpflichtet, auf alle in Betracht kommenden Gesichtspunkte hinzuweisen. Es genügt, daß die Beteiligten Gelegenheit haben, zu den entscheidenden Rechtsfragen Stellung zu nehmen (BVerwGE 36, 264, 267; BVerfG SozR 1500 § 62 Nr 19; BSG SozR 3-4100 § 141b Nr 1); eine allgemeine Aufklärungspflicht des Gerichts besteht nicht (BVerfGE 66, 116, 147; 67, 90, 96; BSG SozR 3-4100 § 141b Nr 1). Die Möglichkeit zur Stellungnahme bestand für die Klägerin sogar noch in der



mündlichen Verhandlung vor dem LSG, die nach der Sitzungsniederschrift die Akten des Seeamtes zum Gegenstand hatte. Darüber hinaus haben bereits im Vorfeld der mündlichen Verhandlung alle Beteiligten zur Wertung des Unfallhergangs und zum Beleg der unterschiedlichen Ansichten über die Kausalität auf diese Akten verwiesen, die im übrigen dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom LSG übersandt worden waren.

Soweit der Vortrag der Klägerin darüber hinaus den Vorwurf enthalten sollte, daß das LSG weitere, über die Beiziehung und Verwertung der Akten des Seeamtes hinausgehende Ermittlungen zum Hergang der Havarie hätte durchführen müssen (§ 103 SGG), würde es ebenfalls an einer ausreichenden Darlegung des behaupteten Verfahrensmanagements fehlen; dies gilt selbst für den Fall, daß die diesbezüglichen Feststellungen des LSG nicht entscheidungserheblich gewesen sein sollten. Wären sie es, so hätte dargelegt werden müssen, wieso das LSG sich von seinem Standpunkt aus hätte gedrängt fühlen müssen, weitere Beweise zu erheben (vgl nur: BSG SozR 1500 § 103 Nr 25; BSG, Urteil vom 9. Februar 1995 - 7 RAr 56/94 -, unveröffentlicht). Hierzu fehlt jeglicher Vortrag. Selbst wenn für das LSG die Ausführungen zum Hergang der Havarie nicht entscheidungserheblich gewesen sein sollten (vgl zu diesem Problem bei der Gegenrüge: Rudisile, DVBl 1988, 1135, 1140), wäre zumindest Vortrag zur Frage der Entscheidungserheblichkeit erforderlich gewesen; denn erst wenn Entscheidungserheblichkeit zu verneinen wäre, könnte uU eine von den üblichen Anforderungen abweichende Behandlung einer sog Gegenrüge in Betracht kommen (vgl zu den Anforderungen: Rudisile, aaO).

Ohnedies wäre vorliegend auch ein Verstoß gegen die Pflicht zur Amtsermittlung nicht zu bejahen, weil zwischen den Beteiligten im Berufungsverfahren ausschließlich die Kausalität des Verhaltens des Wachoffiziers der Klägerin im Hinblick auf die Kursänderung des Wachoffiziers der "I. G. " streitig erörtert worden ist und selbst die Klägerin zum Beleg ihrer Argumentation auf die Akten des Seeamtes verwiesen hat. Bei dieser Sachlage mußte sich das LSG keineswegs gedrängt fühlen, weitere Beweise zu erheben; das gilt um so mehr, als das Seeamt gerade eine besonders sachkundige Stelle ist, um die Unfallursache zu ermitteln (vgl BVerwG Buchholz 11 Art 87 Nr 3 S 7).

Einen Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 117 SGG) hat die Klägerin andererseits mit ihrem Vortrag nicht gerügt; denn sie macht gerade nicht geltend, die Akten des Seeamtes hätten nicht verwertet werden dürfen. Außerdem verbietet jener Grundsatz nicht generell die Verwertung von Zeugenaussagen und Gutachten im Wege des Urkundenbeweises (vgl Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl 1993, Rz 5 und 6 zu § 117 mwN), und die Klägerin hätte überdies ihr Rügerecht bereits verloren (§ 202 SGG iVm § 295 ZPO) bzw verwirkt (vgl nur: Meyer-Ladewig, aaO, Rz 7 zu § 117 mwN; BSG, Urteil vom 17. Dezember 1970 - 7/2 RU 168/68 -, unveröffentlicht; Urteil vom 16. Oktober 1986 - 5b RJ 56/85 -, unveröffentlicht; Beschluß vom 9. Februar 1989 - 12 BK 57/88 -, unveröffentlicht).



War mithin die Havarie für den Wachoffizier der Klägerin nicht unabwendbar und kam es vorliegend auf die Unabwendbarkeit aus der Sicht dieses Wachoffiziers an, weil gerade er die Aufgabe hatte, eine Havarie zu verhindern, so kann offenbleiben, ob jedes in innerem Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehende Verhalten eines Arbeitnehmers oder jede vertragliche Pflichtverletzung genügen würde. Ebenfalls bedarf bei dieser Sachlage keine Entscheidung, ob die weiteren betrieblichen Voraussetzungen des § 64 AFG - insbesondere des Abs 3 - vorliegend erfüllt sind; das gleiche gilt für die allgemeinen (§ 63 AFG) und persönlichen Voraussetzungen (§ 65 AFG) und für die Frage nach der möglichen Begrenzung des Kug-Anspruchs aufgrund des "Territorialitätsgrundsatzes" (vgl etwa zum Wintergeld <WG> BSGE 43, 255 ff = SozR 4100 § 80 Nr 1 und zum Schlechtwettergeld BSG SozR 4100 § 83 Nr 2 sowie zum Kug BT-Drucks 8/2914 S 43 zu Art 1 Nr 18; vgl auch zum WG BT-Drucks 8/857 S 8 zu Art 1 Nr 3 und BT-Drucks 13/2742 zu § 79 in der ab 1. Januar 1996 geltenden Fassung), und zwar unter Berücksichtigung des Flaggenprinzips (BSGE 57, 96, 97 mwN = SozR 2400 § 8 Nr 1 und BSG SozR 2100 § 5 Nr 3: schwimmender Gebietsbestandteil; Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 4. Aufl 1990, S 389, Seidl/Hohenveldern, Völkerrecht, 7. Aufl 1992, Rz 126, und Bokeloh, SGB 1997, 154 f mwN: kein schwimmender Gebietsbestandteil) und des Umstandes, daß es sich bei der "E." wohl um eine Betriebsabteilung der Klägerin iS des § 63 Abs 3 AFG gehandelt hat (vgl hierzu BSGE 34, 120 ff = SozR Nr 1 zu § 129 AVAVG). Schließlich ist auch keine Entscheidung darüber erforderlich, ob § 30 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - als den persönlichen Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuchs einschränkende einseitige Kollisionsregelung eingreift (vgl etwa BSGE 73, 293, 294 mwN = SozR 3-5750 Art 2 § 62 Nr 10), ob der Territorialitätsgrundsatz nicht ohnedies nur eine Leistung von Kug bis zur Rückkehr der "E." in deutsche Hoheitsgewässer verhindern kann und vom Senat ggf Art 100 Abs 2 GG iVm Art 25 GG zu beachten wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG (zur Situation des Beigeladenen bei der Kostenentscheidung vgl BSGE 68, 67, 85 mwN = SozR 3-4100 § 71 Nr 1); unberührt durch die Entscheidung zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch bleibt § 40 Abs 1 Betriebsverfassungsgesetz.

