

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,
Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 17. April 1986
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landes-
sozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Ju-
ni 1984 aufgehoben, soweit das Landessozialgericht die Klage
auf Auszahlung eines Mehrkostenzuschusses abgewiesen hat. In
diesem Umfange wird die Sache zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e

I

Streitig ist ein Mehrkostenzuschuß (MKZ).

Die Klägerin, die Rohrleitungstiefbau betreibt, beantragte unter dem 12. Dezember 1975 die Anerkennung der Voraussetzungen für die Gewährung eines MKZ für Bauarbeiten auf der Baustelle K , Bernhard- und Tacitusstraße. Sie gab im Antrag an, dort im Rahmen von Erschließungsarbeiten Versorgungsleitungen herzustellen und ab 5. Januar 1976 für die Versorgung mit Gas bestimmte Stahlleitungen im Erdreich zu verlegen. Mit Bescheid vom 5. März 1976 erkannte die Beklagte die Voraussetzungen eines MKZ für die Arbeiten an der Baustelle unter den Bedingungen an, daß die Angaben und die Bestätigung zuträfen, die Schutzvorkehrungen während der gesamten Dauer der Förderung ausreichend seien und für jeden Arbeitstag während der Dauer der beantragten Förderungen Aufzeichnungen über die auf der Baustelle von jedem Arbeiter geleisteten Arbeitsstunden geführt und bei unterschiedlichen Förderungssätzen die jeweils ausgeführten Arbeiten vermerkt würden. Die Förderung sollte am 5. Januar 1976 beginnen, der Förderungssatz je geleistete Arbeitsstunde 2,-- DM für sonstige Arbeiten betragen. Auf der Rückseite des Bescheides machte die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam, daß dem Leistungsantrag nur entsprochen werden könne, wenn die Arbeitszeitunterlagen eindeutig die Arbeitsvorgänge, insbesondere eine deutliche Trennung der Arbeiten, für die ausreichende Schutzvorkehrungen anerkannt worden seien, gegenüber



denen, die nicht förderungsfähig seien, auswiesen. Mit Bescheid vom 8. März 1976 beschied die Beklagte die Klägerin dagegen dahin, daß dem gleichen Antrage teilweise nicht entsprochen werde, weil es hinsichtlich der Erdarbeiten an den Förderungsvoraussetzungen fehle.

Im Mai 1976 beantragte die Klägerin die Auszahlung des MKZ. Dabei gab sie die Namen der in der Zeit vom 6. Januar bis 15. März 1976 auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer und die an den einzelnen Arbeitstagen von ihnen erbrachten Arbeitsstunden an, insgesamt 3.009 an der Zahl, für die sie einen Förderungssatz von 3,60 DM je Stunde geltend machte. Eine Aufgliederung nach Erdarbeiten und sonstigen Arbeiten nahm die Klägerin auch nach Aufforderung nicht vor. Entsprechende nach Arbeitsstunden für Erdarbeiten und sonstige Arbeiten unterscheidende Aufzeichnungen hatte sie während der Bauarbeiten nicht angefertigt.

Mit Bescheid vom 27. April 1977 hob die Beklagte den Anerkennungsbescheid vom 5. März 1976 auf, weil die Klägerin die Bedingung, Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden getrennt nach nicht zu fördernden Erdarbeiten und Arbeiten, für die ausreichende Schutzvorkehrungen anerkannt worden seien, nicht erfüllt habe (Aufhebungsbescheid). Mit einem weiteren Bescheid vom 27. April 1977 lehnte die Beklagte den Auszahlungsantrag ab, weil die Klägerin den Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen nicht erbracht habe (Ablehnungsbescheid). "Gegen die Aufhebung des Anerkennungsbescheides vom 9. März 1976" legte die Klägerin mit Schreiben vom 4. Mai 1977 Widerspruch ein. Diesen Widerspruch



wies die Beklagte zurück (Widerspruchsbescheid vom 16. Mai 1977).

Die Klägerin erhob Klage mit dem Begehren, unter Aufhebung des Bescheides vom 27. April 1977 und des Widerspruchsbescheides vom 16. Mai 1977 die Beklagte zur Zahlung von 10.832,40 DM (nämlich 3,60 DM für 3.009 Arbeitsstunden), hilfsweise von 6.018,-- DM (= 2,-- DM für 3.009 Arbeitsstunden) zu verpflichten. Sie begründete ihre Klage damit, Erd- und Rohrverlegungsarbeiten stünden in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang, der eine Trennung nicht erlaube. Auch die Erdarbeiten erforderten besondere Schutzvorkehrungen. Jedenfalls könne bei unstreitig durchgeführten zuschlußpflichtigen Arbeiten ein MKZ nicht allein deshalb verweigert werden, weil der Arbeitgeber Erd- und sonstige Arbeiten unterscheidende Aufzeichnungen nicht geführt habe. Solche Aufzeichnungen seien nicht möglich bzw nicht zumutbar; bei ihren Arbeitern werde nämlich nicht zwischen Erd- und Rohrverlegungsarbeiten unterschieden. Es genüge auch, daß sich der Anteil der Arbeiten, die förderbar seien, von der Beklagten anhand von kalkulatorischen Überlegungen schätzen lasse. In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht (SG) beschränkte die Klägerin ihr Klagebegehren schließlich und beantragte nunmehr lediglich, den Bescheid vom 27. April 1977 idF des Widerspruchsbescheides vom 16. Mai 1977 aufzuheben. Diesem Klageantrag hat das SG durch Urteil vom 16. März 1982 entsprochen. Es hat einen Rechtsgrund für die Aufhebung des Anerkennungsbescheides verneint; eine Auflage oder Bedingung des Inhalts, daß die Klägerin Aufzeichnungen über die Zahl der Arbeitsstunden sowie die Art der



verrichteten Arbeiten anfertigen und vorlegen müsse, enthalte der Anerkennungsbescheid nicht. Die Berufung hat das SG nicht zugelassen; es hat jedoch in dem Urteil eine Rechtsmittelbelehrung erteilt, derzufolge das Urteil uneingeschränkt mit der Berufung angefochten werden könne.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt und geltend gemacht, die reine Anfechtungsklage sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Klägerin hätte an der Verpflichtungsklage festhalten müssen, weil sich mit einer Anfechtungsklage die Bewilligung von MKZ nicht erreichen lasse. Dem ist die Klägerin schriftsätzlich entgegengetreten, ua mit dem Hinweis, daß die Bewilligung des MKZ einen Anerkennungsbescheid voraussetze und es ihr nach Rechtskraft eines die Aufhebung des Anerkennungsbescheides beseitigenden Urteils unbenommen sei, erneut einen Antrag auf Leistung zu stellen. Im übrigen sei die Änderung des Antrags auf Hinweis des SG erfolgt, und es werde daher gebeten, eine Klageänderung in der ursprünglichen Form zuzulassen, wenn das Landessozialgericht (LSG) anderer Auffassung sei. Auf den Hinweis des LSG, daß der Widerspruch der Klägerin sich auch gegen den Ablehnungsbescheid richte, hierüber aber noch nicht entschieden sei, wies der Terminsvertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 30. Juni 1983 diesen Widerspruch mit der Begründung zurück, die Klägerin habe die förderbaren Arbeitsstunden nicht nachgewiesen und keine Aufzeichnungen nach § 81 Abs 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geführt. Auf weiteren Hinweis des LSG hat die Klägerin Fotokopien von Rechnungsdurchschriften dem LSG vorgelegt und geltend gemacht, aus diesen an



die Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke der Stadt K ergangen. Die Rechnungen über durchgeführte Tiefbauarbeiten über 108.774,05 DM und Rohrverlegungsarbeiten über 39.657,21 DM (Gesamtbetrag 148.431,26 DM) errechnen sich ein Anteil von 26,7 % für Rohrbauarbeiten. Entsprechend entfielen von der Gesamtzahl der 3.009 Arbeitsstunden 803,4 (= 26,7 %) auf Rohrbauarbeiten, so daß bei einem Stundensatz von 3,60 DM ein MKZ von 2.890,80 DM zu zahlen sei. In der mündlichen Verhandlung vor dem LSG vom 28. Juni 1984 hob die Beklagte dann den Aufhebungsbescheid vom 27. April 1977 idF des Widerspruchsbescheides vom 16. Mai 1977 auf, durch den der Anerkennungsbescheid vom 5. März 1976 aufgehoben worden war.

Durch Urteil vom 28. Juni 1984 hat das LSG auf die Berufung der Beklagten das Urteil des SG abgeändert und die Klage abgewiesen, wie dies die Beklagte beantragt hatte. Zur Begründung dieser Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die Berufung der Beklagten sei zulässig und begründet. Es sei nur noch über den Ablehnungsbescheid (vom 27. April 1977 idF des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 1983) zu entscheiden, nachdem die Beklagte den Aufhebungsbescheid selbst aufgehoben habe. Der den Leistungsantrag ablehnende Bescheid sei in die Entscheidung des Senats gestellt, weil sich das Begehren der Klägerin von Anfang an im wesentlichen auf die Auszahlung des MKZ gerichtet habe. Zwar habe die Klägerin ihre zunächst erhobene kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem SG auf eine reine Anfechtungsklage beschränkt; entsprechend habe das SG nur hierüber entschieden; jedoch habe die Klägerin ihr Begehren



während des Berufungsverfahrens erweitert. Das sei gemäß §§ 153, 99 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig, weil die Erweiterung sachdienlich sei, die Beklagte der Änderung nicht widersprochen habe und dies den wesentlichen Teil des Streitgegenstandes darstelle. Indessen könne die Klägerin die Auszahlung des MKZ nicht verlangen, da nicht erwiesen sei, wieviele förderungsfähige Arbeitsstunden geleistet worden seien. Daß die Klägerin keine Aufzeichnungen über die Anzahl der förderungsfähigen Stunden iS des § 81 Abs 4 AFG angefertigt habe, führe zwar noch nicht zum Verlust des Anspruchs, denn die Anfertigung solcher Aufzeichnungen sei keine materiellrechtliche Voraussetzung des Anspruchs. Der Nachweis der Anzahl der zu fördernden Stunden könne auch durch andere Unterlagen geführt werden, jedoch müßten diese Unterlagen den gleichen Beweiswert haben. Diesen Anforderungen sei nicht genügt. Die Angaben der Klägerin in ihrem Antrage differenzierten nicht zwischen Arbeitsstunden für förderungsfähige Arbeiten und Arbeitsstunden, deren Förderungsfähigkeit die Beklagte abgelehnt habe. Die von der Klägerin vorgelegten zwölf Rechnungen unterschieden zwar die an sich förderbaren Rohrbauarbeiten von den nicht förderungsfähigen Tiefbauarbeiten. Den Rechnungen lasse sich jedoch nicht entnehmen, daß eine spezielle Arbeit im Förderungszeitraum, der bereits am 15. März 1976 geendet habe, ausgeführt worden sei. Die Rechnungsdaten reichten nämlich bis Juni 1976. Wenn die Klägerin angebe, die Rohrleitungsbauarbeiten seien Ende März 1976 beendet gewesen, so führe das nicht weiter; es lasse sich nämlich nicht ausschließen, daß Rohrbauarbeiten auch außerhalb des Förderungszeitraumes ausgeführt seien. Hinzu komme, daß die Rechnungen auch Positionen wie "Beton", "Schweißer mit



Maschine" und "Pumpe mit Aggregat" enthielten, die - wie die Klägerin einräume - abzusetzen seien. Da bereits wegen des oben genannten Umstandes feststehe, daß durch die Rechnungen die Anspruchsvoraussetzungen nicht mit der gleichen Sicherheit nachgewiesen werden könnten, wie dies durch die in § 81 Abs 4 AFG geforderten Unterlagen der Fall sei, könne dahinstehen, ob auch andere Positionen wie "Saugrohr", "Stutzen" und "Hydranten" nicht in die Berechnung einfließen dürften. Andere Unterlagen habe die Klägerin nicht beigebracht und seien offensichtlich nicht vorhanden. Ob die Klägerin nach § 81 Abs 4 AFG eine Nachweispflicht habe, lasse der Senat dahingestellt. Jedenfalls ergebe sich aus dieser Vorschrift eine Aufzeichnungspflicht im Sinne einer besonderen Mitwirkungspflicht. Da die Klägerin dieser Mitwirkungspflicht nicht entsprochen habe, habe die Beklagte die beantragten Leistungen ohne weitere Ermittlungen gemäß § 66 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB 1) versagen dürfen. Es gebe auch keine anderen Möglichkeiten, den Sachverhalt in erforderlichem Maße weiter aufzuklären. Die Folgen der Nichterweislichkeit der Voraussetzungen des Anspruches müsse die Klägerin tragen.

Mit der Revision rügt die Klägerin, das angefochtene Urteil verletze § 103 SGG, §§ 78, 79, 81 Abs 4 AFG und bringt hierzu insbesondere vor: Das LSG sei wiederholt darauf hingewiesen worden, daß aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen eine Trennung von Rohrverlegungsarbeiten und Tiefbauarbeiten nicht möglich sei. Das Unternehmen der Klägerin bilde eine Tarifeinheit. Alle Arbeiten würden durch das von den Tarifparteien entwickelte Berufsbild des Rohrleitungstiefbaues abgedeckt. Die rechtlich einheitliche Tä-



tigkeit könne daher auch in ihrer Förderungswürdigkeit nur einheitlich beurteilt werden; dennoch habe das Berufungsgericht es unterlassen, eine diesbezügliche Auskunft des zuständigen Berufsfachverbandes einzuholen. Die Klägerin habe ferner wiederholt darauf hingewiesen, daß eine getrennte Aufzeichnung über die Tätigkeit des Rohrleitungsbaues und des Tiefbaues aus praktischen Gründen überhaupt nicht durchführbar sei. Auch diesbezüglich habe das LSG es unterlassen, ein Gutachten einzuholen. Wenn ein Gutachten nämlich bestätige, daß eine Trennung zB wirtschaftlich unmöglich oder unzumutbar sei, wäre erwiesen, daß die Förderung der Beklagten praktisch förderungsfähige Arbeiten von der Förderung ausnehme. Hieraus folge, daß alle 3.009 Arbeitsstunden einheitlich mit dem Mindestsatz von 2,-- DM je Stunde zu bezuschussen seien. Selbst wenn man dem nicht folge, habe das LSG § 81 Abs 4 AFG verkannt. Es sei unstreitig, daß die Klägerin in dem Förderungszeitraum förderungsfähige Rohrbauarbeiten durchgeführt habe. Deren Dauer lasse sich anhand der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen schätzungsweise ermitteln. Das müsse ausreichen, zumindest für einen Zuschuß in Höhe des untersten Bereichs der Toleranz einer Schätzung. Danach ergebe sich für den Rohrbau eine Stundenzahl von 803,4, die mit 3,60 DM je Stunde zu bezuschussen sei, insgesamt also 2.890,80 DM.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG und den Bescheid vom 27. April 1977 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 1983 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die



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



Klägerin 6.018,-- DM, hilfsweise 2.890,80 DM zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verweist auf das Urteil des LSG, das sie für zutreffend hält.

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

II

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das LSG.

Die Revision ist zulässig. Dem Revisionsbegehren, die Beklagte zur Zahlung eines MKZ von 6.018,-- DM, jedenfalls aber von 2.890,80 DM zu verurteilen, steht die Vorschrift des § 168 SGG, wonach Klageänderungen im Revisionsverfahren unzulässig sind, nicht entgegen.

Das angefochtene Urteil erweckt zwar nach den im Tatbestand wiedergegebenen Berufungsanträgen der Beteiligten und nach seinem Entscheidungssatz, demzufolge auf die Berufung der Beklagten das Urteil des SG abgeändert und die Klage abgewiesen worden ist, den Eindruck, als ob die Klägerin vor dem Berufungsgericht wie zu-



letzt vor dem SG die Anfechtung des Aufhebungsbescheides verfolgt hatte und mit diesem Begehren vom LSG abgewiesen worden ist. Das ist jedoch nicht der Fall gewesen, wie die Prozeßgeschichte und insbesondere die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils klar ausweisen. Danach ging schon vor dem LSG das Begehren der Klägerin dahin, unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides (in Gestalt des vor dem LSG von der Beklagten erlassenen Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 1983) die Verurteilung der Beklagten zur Auszahlung (Leistung) eines MKZ zu erreichen. Die Anfechtung des Aufhebungsbescheides hat die Klägerin dagegen zuletzt vor dem LSG nicht mehr verfolgt, nachdem die Beklagte diesen Bescheid aufgehoben hatte. Wie sich aus dem in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem LSG vom 28. Juni 1984 festgehaltenen, nach der Rücknahme des Aufhebungsbescheides durch die Beklagte gestellten Antrag der Klägerin ergibt, der Beklagten die Kosten auch insoweit aufzuerlegen, als durch die Aufhebung des ursprünglich angefochtenen Bescheides die Hauptsache erledigt sei, hat die Klägerin - zu Recht - die Anfechtungsklage als gegenstandslos und den Rechtsstreit insoweit als beendet angesehen. Der ausweislich der Niederschrift gestellte Antrag der Klägerin, das Urteil des SG aufrechtzuerhalten (!) und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, gibt zwar das nunmehrige Begehren nicht wieder; denn es erweckt im Gegenteil den Eindruck, als ob es immer noch um die Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides gehe, über die das von der Beklagten mit der Berufung bekämpfte Urteil des SG antragsgemäß allein entschieden hatte. Zwar hätte das LSG bzw sein Vorsitzender gemäß §§ 153 Abs 1, 106 Abs 1 SGG auf eine zutreffende Fassung des Antrags der Klägerin und auf sachdienli-



che, die Auswirkungen der Beseitigung des Aufhebungsbescheides durch die Beklagte auf die von ihr eingelegte Berufung berücksichtigende Erklärungen bzw Anträge der Beteiligten hinwirken müssen. Da das Klagebegehren der Klägerin jedoch klar und eindeutig ist, ist ihr verunglückter Berufungsantrag unschädlich; denn das Gericht entscheidet über die in Wahrheit erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein (§ 123 SGG). Wenn die Klägerin im Revisionsverfahren die Verurteilung der Beklagten zur Leistung des MKZ verfolgt, hat sie gegenüber dem Berufungsverfahren ihre Klage daher nicht geändert.

Dem Revisionsbegehren steht das Verbot der Klageänderung im Revisionsverfahren auch insoweit nicht entgegen, als die Klägerin nun in erster Linie ausdrücklich einen aus einem Stundensatz von 2,-- DM und 3.009 Arbeitsstunden errechneten MKZ von 6.018,-- DM fordert, obwohl sie im Verfahren vor dem LSG den Zuschuß mit 2.890,80 DM (Stundensatz 3,60 DM, 803 Arbeitsstunden) beziffert hatte. Das folgt allerdings nicht schon aus dem Umstand, daß es nach § 99 Abs 3 Nrn 1 und 2 SGG als eine Änderung der Klage nicht anzusehen ist, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die rechtlichen Ausführungen berichtigt werden oder der Klageantrag in der Hauptsache erweitert wird, wie das hier geschehen ist; denn auch wenn § 99 SGG zu den gemeinsamen Verfahrensvorschriften gehört, die grundsätzlich im Revisionsverfahren anzuwenden sind, bedarf diese Vorschrift angesichts der mit dem Verbot der Klageänderung im Revisionsverfahren verfolgten Zwecke doch einer Einschränkung. Dieses Verbot bringt zum Ausdruck, daß der Rechtsstreit in der Gestalt in die Revisionsinstanz übergeht, die er nach den Fest-



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



stellungen im angefochtenen Urteil in der Vorinstanz zuletzt erlangt hatte, und daß dieser Prozeßstoff in der Revisionsinstanz keine Veränderung mehr erfahren darf. Ihm liegt die Erwägung zugrunde, daß das Revisionsgericht nur zu prüfen hat, ob die angefochtene Entscheidung auf der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung bestimmter gesetzlicher Vorschriften beruht. Eine Änderung des Klagebegehrens in der Revisionsinstanz darf daher nicht zur Folge haben, daß das Revisionsgericht einen Sachverhalt zu würdigen hat, der der Beurteilung durch den Tatsachenrichter nicht unterlag. In einem solchen Falle würde sich nämlich die Rechtskontrolle nicht mehr auf die Entscheidung der Vorinstanz beschränken. Das Bundessozialgericht (BSG) hat daher eine Änderung des Klagebegehrens im Revisionsverfahren nicht zugelassen, und zwar auch bei unverändertem Klagegrund, wenn das geänderte Klagebegehren sich auf einen Sachverhalt stützte, der der Vorinstanz zur Beurteilung nicht oblag, also bisher nicht entscheidungserheblich war und nach dem bisherigen Begehren mit Recht einer Prüfung nicht unterzogen worden ist (BSGE 18, 12, 14 f; BSG Breithaupt 1980, 233, 236; BSG SozR 2200 § 729 Nr 4; vgl BGH NJW 1961, 1467; BVerwG Buchholz 237.4 § 35 hmbBG Nr 1). So liegt der Fall hier indessen nicht. Wenn die Revision meint, der Klägerin stehe ein MKZ von 6.018,-- DM zu, weil alle 3.009 Arbeitsstunden, die nach den Arbeitsnachweisen in der Förderungszeit auf der Baustelle erbracht worden sind, beim MKZ zu berücksichtigen seien, stützt sie sich nämlich auf keinen anderen Sachverhalt als den, der schon dem LSG zur Beurteilung oblag. Die Revision beruft sich lediglich auf eine andere rechtliche Würdigung des Sachverhalts, eine Sicht, mit der sich das LSG nicht, jedenfalls aber

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

nicht ausdrücklich in seinem Urteil auseinandergesetzt hat.

Schließlich steht der Erweiterung des Klageantrags nicht entgegen, daß sie erst mit der Revisionsbegründung vorgenommen worden ist. Erst die Revisionsbegründung muß einen bestimmten Antrag enthalten (§ 164 Abs 2 Satz 3 SGG), so daß jedenfalls mit der fristgerecht vorgelegten Revisionsbegründung ein mit der Revisionseinlegung gestellter Antrag erweitert werden kann (vgl Meyer-Ladewig, Komm zum SGG, 2. Aufl, § 164 Rz 10 mwN).

Die demnach in vollem Umfange zulässige Revision ist begründet.

Im Ergebnis zu Recht hat das LSG die Zulässigkeit des von der Klägerin in der Berufungsinanz geltend gemachten Klagebegehrens bejaht, was der Senat von Amts wegen zu prüfen hat, soweit in der Revisionsinstanz fortwirkende Verstöße gegen verfahrensrechtliche Grundsätze in Betracht kommen, deren Befolgung dem Belieben der Beteiligten entzogen ist.

Allerdings folgt die Zulässigkeit des erweiterten Klagebegehrens nicht schon daraus, daß es gemäß §§ 153 Abs 1, 99 SGG sachdienlich ist, die Beklagte der Änderung nicht widersprochen hat und die Leistung des MKZ den wesentlichen Teil des Streitgegenstandes darstellt, wie das LSG angenommen hat. Nach Maßgabe des § 99 SGG können im Berufungsrechtszug zwar ggfs zulässig Ansprüche zur Entscheidung gestellt werden, über die die Vorinstanz nicht befunden hat (vgl BSGE 24, 247; insoweit nicht veröffentlichtes Urteil des Senats vom 17. Mai 1983 - 7 RAr 13/82 -, das den



Übergang von einer Verpflichtungsklage zur Anerkennung der Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld zur Leistungsklage betraf); jedoch damit, daß einem veränderten Antrag § 99 SGG nicht entgegensteht, sind ipso jure nicht andere Sachurteilsvoraussetzungen gegeben; insbesondere können einer Sachentscheidung über den geänderten Antrag ua Rechtskraft, Bestandskraft oder mangelndes Vorverfahren entgegenstehen (vgl Peters/Sautter/Wolff, Komm zum SGG, Stand April 1985, § 99 Anm 2 S II/61 -31-; Meyer-Ladewig, aaO, § 99 Rz 13; Hennig/Danckwerts/König, Komm zum SGG, Stand Juli 1985, § 99 Anm 8; vgl BSG SozR 1750 § 521 Nr 3; BVerwGE 40, 25, 32 f). Geht der Berufungsbeklagte über die Verteidigung gegen die Berufung hinaus und stellt er, wie hier die Klägerin, im Berufungsverfahren einen neuen Klageantrag, ist zu beachten, daß die Voraussetzungen für eine unselbständige Anschlußberufung gegeben sein müssen; denn ist ein Kläger nicht Berufungskläger, kann eine Klageänderung nur im Wege der auch im sozialgerichtlichen Verfahren zulässigen Anschlußberufung erfolgen (BSG SozR Nr 11 zu § 521 ZPO; Peters/Sautter/Wolff, aaO, § 151 Anm 10 S III/73 -37-), also durch einen angriffsweise wirkenden Antrag des Berufungsbeklagten innerhalb der Berufung des Gegners, wobei das Rechtsmittel selbst nicht verändert wird (BSGE 2, 229, 232; 19, 265, 266). Die Voraussetzungen einer Anschlußberufung sind hier zwar nicht schon deshalb zu verneinen, weil die Klägerin nicht, wie dies § 522a Abs 1 Zivilprozeßordnung (ZPO) vorsieht, eine "Berufungsanschließungsschrift" vorgelegt hat; denn die dem Wesen des sozialgerichtlichen Verfahrens fremde Formvorschrift des § 522a Abs 1 ZPO findet gemäß § 202 SGG vor den Sozialgerichten keine Anwendung (BSGE 28, 31 = SozR Nr 4 zu § 522a ZPO;



anders noch BSGE 2, 229; BSG SozR Nr 3 zu § 522a ZPO und AP Nr 3 zu § 522a ZPO). Es genügt insoweit jede Erklärung, die ihrem Sinne nach eine Anschlußberufung enthält, und zwar selbst dann, wenn das geänderte Klagebegehren – wie hier – in dem in der Niederschrift festgehaltenen Antrag nicht zum Ausdruck gekommen ist, sich aber zweifelsfrei aus der Prozeßgeschichte ergibt. An den Voraussetzungen für eine unselbständige Anschlußberufung fehlt es indessen, wenn das geänderte Klagebegehren sich auf einen prozessualen Anspruch bezieht, hinsichtlich dessen keine Hauptberufung vorliegt (BSG SozR Nr 12 zu § 521 ZPO) oder diese ihre Wirkung verloren hat (vgl BSG SozR 1750 § 522 Nr 1). Letzteres zumindest könnte einer Anschlußberufung der Klägerin entgegengestanden haben, wenn die Beklagte durch die Rücknahme des angefochtenen Aufhebungsbescheides inhaltlich ihre Berufung zurückgenommen hätte oder die Beteiligten auf die Bescheidrücknahme die Hauptsache in Ansehung des allein von der Berufung der Beklagten getroffenen Anfechtungsstreits für erledigt erklärt hätten. Eine Anschließung verliert nämlich nach § 522 Abs 1 ZPO ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen wird. Gleiches soll – anders als im Zivilprozeß (BGH NJW 1964, 108) – in der Sozialgerichtsbarkeit gelten, wenn die Hauptsache von beiden Beteiligten für erledigt erklärt wird (vgl Meyer-Ladewig, aaO, § 143 Rz 5).

Indessen bedürfen die damit angesprochenen Fragen keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hatte über eine gegen den Ablehnungsbescheid gerichtete sog verbundene Anfechtungs- und Leistungsklage schon deshalb zu entscheiden, weil der Ablehnungsbescheid infolge des während des Berufungsverfahrens erlassenen



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



Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 1983 in entsprechender Anwendung des § 96 SGG Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist.

Nach § 96 Abs 1 SGG wird ein neuer Verwaltungsakt Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens, wenn nach Klageerhebung der ursprüngliche Verwaltungsakt durch einen neuen abgeändert oder ersetzt wird. Das gilt auch, wenn der neue Verwaltungsakt, wie hier der Widerspruchsbescheid, während des Berufungsverfahrens ergeht (§ 153 Abs 1 SGG). Die durch den Widerspruchsbescheid bestätigte Ablehnung der MKZ-Auszahlung hat die im Zeitpunkt seines Erlasses unter den Beteiligten noch streitige Aufhebung des Anerkennungsbescheides iS des § 96 SGG ersetzt. Die Ablehnung der Auszahlung ist nämlich eine zwingende Folge der in der Aufhebung des Anerkennungsbescheides liegenden Ablehnung des Anerkennungsantrages.

Ist der Auszahlung einer Leistung die Anerkennung der Voraussetzungen für den Anspruch vorgeschaltet, wie das beim MKZ der Fall ist (§ 81 Abs 2 AFG), so erkennt die Behörde durch den Anerkennungsbescheid verselbständigt dem Grunde nach den entsprechenden Anspruch an (Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Oktober 1985, § 81 Anm 7). Die Anerkennung gibt, wie der Senat zum ähnlich gelagerten Verfahren beim Kurzarbeitergeld entschieden hat, den Betroffenen die Zusicherung der Leistungsgewährung (BSG SozR 4100 § 64 Nr 5). Anerkennungsbescheide waren daher als verselbständigte Teile einer Entscheidung, durch die Leistungen gewährt werden, nach § 151 Abs 1 AFG (in der bis zum 31. Dezember 1980 geltenden Fassung) anzusehen, auch wenn allein aufgrund der An-



erkenntnis noch keine Leistungen zu zahlen sind (BSG SozR aaO; BSG SozR 4100 § 78 Nr 3; Urteil vom 11. November 1982 - 7 RAR 16/82 -, nicht veröffentlicht). Mit der Anerkennung der Voraussetzungen für einen MKZ, dessen Höhe sich nach der Zahl der in der Förderungszeit von den Arbeitern geleisteten Arbeitsstunden und dem Förderungssatz richtet (§ 79 Abs 2 AFG), erhält der Arbeitgeber also die Zusicherung, daß er nach Maßgabe der erbrachten Arbeitsstunden und, falls die Beklagte die angezeigten Arbeiten - wie hier - schon im Anerkennungsbescheid klassifiziert hat, nach Maßgabe des zugesagten Förderungssatzes den Zuschuß erhält, wenn er während der Förderungszeit die beabsichtigten Bauarbeiten ausführen läßt, entsprechend seinen Angaben im Anerkennungsantrag die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien gegen Witterungseinflüsse schützt (§ 78 Abs 2 AFG) und die Auszahlung des MKZ innerhalb der gesetzlichen Ausschlußfrist (§ 81 Abs 2 Satz 2 AFG) beantragt. Die Aufhebung der Anerkennung entzieht dem Arbeitgeber nicht nur die Zusicherung, sondern verneint die Voraussetzungen des Anspruchs auf einen MKZ und damit diesen selbst. Nach erfolgter Aufhebung des Anerkennungsbescheides muß die auf einen Auszahlungsantrag ergehende Entscheidung immer auf Ablehnung lauten. Sie bestätigt damit das Ergebnis des Anerkennungsverfahrens, daß ein Anspruch nicht besteht, selbst dann, wenn die Ablehnung der Auszahlung auf Gründe gestützt wird, die im Anerkennungsverfahren keine Rolle gespielt haben, was hier allerdings nicht der Fall war.

Dementsprechend hat der Senat es nicht als Geltendmachung eines anderen Klagegrundes angesehen, wenn der Arbeitgeber in Fällen



vergleichbarer Art von der Verpflichtungsklage auf Anerkennung der Voraussetzungen eines Anspruchs zur Klage auf Leistung übergeht (vgl das schon genannte, insoweit nicht veröffentlichte Urteil vom 17. Mai 1983 - 7 RAr 13/82 -). Ist aber die Aufhebung der Anerkennung für die Ablehnung der Auszahlung vorgreiflich, rechtfertigt dies die Anwendung des § 96 SGG (vgl Hennig/Danckwerts/König, aaO, § 96 Anm 6.3).

Ob das auch dann zu gelten hätte, wenn die Auszahlung nicht mangels der Anspruchsvoraussetzungen abgelehnt, sondern gemäß § 66 SGB 1 versagt worden wäre, bedarf hier keiner Entscheidung; denn mit dem Ablehnungsbescheid hat die Beklagte einen Anspruch der Klägerin auf Auszahlung eines MKZ mangels der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen verneint und nicht etwa den MKZ bzw dessen Auszahlung an die Klägerin iS des § 66 SGB 1 versagt, was angesichts der Ausführungen des LSG, denen zufolge die Beklagte berechtigt gewesen sei, die beantragten Leistungen ohne weitere Ermittlungen gemäß § 66 SGB 1 zu versagen, zu betonen ist. Es ist hier nicht darüber zu befinden, in welchem Umfange § 66 SGB 1 für den durch das AFG geregelten Aufgabenbereich der Beklagten gilt, insbesondere also nicht, welche Bedeutung § 37 SGB 1 hat. Jedenfalls ist zwischen Entscheidungen, die mangels der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen den Anspruch auf eine Sozialleistung verneinen, und solchen, die wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten eine Sozialleistung nach § 66 SGB 1 versagen, scharf zu unterscheiden. Beide Entscheidungen haben unterschiedliche Voraussetzungen und unterschiedliche Rechtsfolgen. Über die Voraussetzungen des Anspruchs auf die Sozialleistung wird durch die



Versagung nach § 66 SGB 1 nicht entschieden, die Anwendung dieser Vorschrift setzt gerade voraus, daß wegen der fehlenden Mitwirkung eine sachgerechte Entscheidung über die Sozialleistung nicht getroffen werden kann (Hauck/Haines, Komm zum SGB I, Stand Juli 1984, § 66 Rz 20). In § 66 SGB 1 ist vielmehr ein eigenständiger Versagungsgrund normiert. An diesem Versagungsgrund fehlt es zwar, wenn die Anspruchsvoraussetzungen der Sozialleistung nachgewiesen sind, andererseits ist es für die Anwendung des § 66 SGB 1 nicht erforderlich, daß diese Anspruchsvoraussetzungen zweifellos nicht erfüllt sind; maßgebend ist allein, ob die in § 66 SGB 1 geregelten besonderen Voraussetzungen für das Versagen des Leistungsanspruchs gegeben sind (BVerwG DVBl 1985, 1068). Der Unterschied zwischen der Versagung nach § 66 SGB 1 und der Ablehnung einer Sozialleistung mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen wird auch daran deutlich, daß die Versagung grundsätzlich dem Ermessen des Sozialleistungsträgers obliegt, was bei der Ablehnung von Sozialleistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, gerade nicht der Fall ist. Die Rechtmäßigkeit eines Versagungsbescheides ist daher nach § 66 SGB 1 zu beurteilen, die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der beantragten Sozialleistung dagegen danach, ob die Anspruchsvoraussetzungen der Sozialleistung gegeben sind (BVerwG aaO). Auch die Rechtsfolgen sind andere (vgl. § 77 SGG, § 67 SGB 1 einerseits, § 77 SGG, § 44 SGB 10 andererseits), unabhängig davon, ob man die Versagung als endgültige oder als vorläufige Entscheidung ansieht (im ersten Sinne Freitag im Bochumer Komm zum SGB - Allgemeiner Teil -, § 66 Rz 12; BVerwG aaO; im letzteren Sinne Hauck/Haines aaO). Hier jedenfalls hat die Beklagte von § 66 SGB 1, auf den sie sich



weder im Verwaltungsverfahren noch im Prozeß ausdrücklich berufen hat, keinen Gebrauch gemacht, sondern den MKZ mangels der Anspruchsvoraussetzungen abgelehnt, wobei sie offenbar den Nachweis der förderbaren Arbeitsstunden durch den Arbeitgeber bzw das Führen von Aufzeichnungen über die auf der Baustelle geleisteten förderbaren Arbeitsstunden als Anspruchsvoraussetzungen des MKZ angesehen hat.

Gegenstand des Verfahrens wird der während eines Berufungsverfahrens ergehende Verwaltungsakt unabhängig davon, ob die eingelegte Berufung statthaft war, und bleibt es unabhängig vom Schicksal des Rechtsmittels (BSGE 4, 24, 26; 5, 158, 162; 18, 84, 85; vgl BSG SozR Nr 8 zu § 96 SGG). Es ist daher ohne Belang, ob die Berufung der Beklagten, die letztlich einen Anspruch auf eine einmalige Leistung iS des § 144 Abs 1 Nr 1 SGG betraf, zulässig war und welches prozessuale Schicksal das Rechtsmittel dadurch hatte, daß die Beklagte den Aufhebungsbescheid zurückgenommen hat. Die Ablehnung der Auszahlung ist daher kraft Gesetzes Gegenstand des Verfahrens vor dem LSG mit der Maßgabe geworden, daß das LSG insoweit unmittelbar über eine Klage zu befinden hatte (vgl BSGE 18, 231, 234).

Ob die Klage begründet ist, läßt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden.

Nach § 78 AFG werden Arbeitgebern des Baugewerbes Zuschüsse zu den sonstigen witterungsbedingten Mehrkosten gewährt, die sie in der Förderungszeit - das war 1975/76 noch die Zeit vom 16. De-



zember bis 15. März (§ 75 Abs 2 Nr 1 AFG in der bis zum 19. Renten Anpassungsgesetz vom 3. Juni 1976, BGBl I 1373, geltenden Fassung) - durchgeführt haben. Gefördert werden die auf der Baustelle verrichteten Bauarbeiten, sofern die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien durch Voll-, Teil- oder Einzelschutz gegen Witterungseinflüsse ausreichend geschützt sind, so daß die Bauarbeiten in der Förderungszeit auch bei ungünstiger Witterung durchgeführt werden können (§ 78 Abs 2 AFG). Der MKZ bemißt sich, wie schon erwähnt, nach der Zahl der in der Förderungszeit von den Arbeitern geleisteten Arbeitsstunden und dem Förderungssatz (§ 79 Abs 2 AFG). Der Förderungssatz betrug im Winter 1975/76 im Hochbau 2,50 DM bzw 1,-- DM, im Tiefbau je nach Bauarbeit 3,60 DM, 3,20 DM, 2,-- DM und 1,-- DM und für sonstige Arbeiten 2,-- DM (§ 1 der Förderungssätzeverordnung -FöSatzV- vom 16. Juli 1973, BGBl I 841).

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 5. März 1976 die Voraussetzungen eines MKZ nach dem Förderungssatz für sonstige Arbeiten von 2,-- DM für die Arbeiten auf der Baustelle anerkannt, mit Bescheid vom 8. März 1976 die Klägerin dagegen dahin beschieden, daß ihren Anträgen teilweise nicht entsprochen werde, weil es hinsichtlich der Erdarbeiten an den Förderungsvoraussetzungen fehle. Sie hat damit die Anerkennung aller Bauarbeiten teilweise wieder aufgehoben (§ 151 Abs 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1980 geltenden Fassung). Die Klägerin hat gegen die Bescheide vom 5. und 8. März 1976 keinen Widerspruch eingelegt, so daß die durch diese Bescheide getroffene Regelung für die Beteiligten gemäß § 77 SGG bindend ist. Die Regelung besteht darin, daß alle



Bauarbeiten während der Förderungszeit an der Baustelle, die nicht den Erdarbeiten zuzurechnen sind, gefördert werden, und zwar nach dem für sonstige Arbeiten vorgesehenen Förderungssatz von 2,-- DM je erbrachter Arbeitsstunde, sofern die Klägerin die Schutzvorkehrungen für die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien wie geplant getroffen hat. Die Beklagte hat die Anerkennung zwar durch den Bescheid vom 27. April 1977 aufgehoben, diese Aufhebung aber wieder rückgängig gemacht. Es stellt sich daher im Leistungsverfahren nicht die Frage, ob die Beklagte von Rechts wegen insgesamt die Anerkennung hätte versagen müssen, etwa weil wegen der Abhängigkeit der anderen Arbeiten von den nicht gegen ungünstige Witterungseinflüsse ausreichend geschützten Erdarbeiten nicht gewährleistet war, daß die anderen Arbeiten an der Baustelle kontinuierlich fortgesetzt werden konnten (vgl BSG SozR 4100 § 78 Nrn 1 und 3; Urteil vom 11. November 1982 - 7 RAr 16/83 -). Während sich die Bindungswirkung des Anerkennungsbescheides insoweit ggfs zugunsten der Klägerin auswirkt, ist diese andererseits, solange der Anerkennungsbescheid unverändert Bestand hat, daran gebunden, daß die Erdarbeiten nicht als förderungsfähig anerkannt worden sind und die verbleibenden förderungsfähigen Arbeiten den sonstigen Arbeiten iS des § 1 der FöSatzV zugeordnet worden sind, für die ein Förderungssatz von 2,-- DM für die Arbeitsstunde gilt. Es stellt sich daher im vorliegenden Verfahren nicht die Frage, ob die Beklagte die Voraussetzungen für den MKZ für alle Arbeiten, also auch für die Erdarbeiten hätte anerkennen müssen. Letzteres wäre in Betracht gekommen, wenn der kontinuierliche Einsatz der Bauarbeiter auf der Baustelle etwa dadurch gesichert war, daß dann,



wenn wegen ungünstiger Witterung Erdarbeiten nicht ausführbar waren, die dafür vorgesehenen Bauarbeiter mit der Ausführung anderer geschützter oder keines Schutzes bedürftiger Arbeiten betraut werden konnten und daher für alle Arbeiten auf der Baustelle, und nicht nur für andere Arbeiten als Erdarbeiten die Förderungsvoraussetzungen gegeben waren (vgl zur Frage des sog kombinierten Schutzes BSG SozR 4100 § 78 Nr 2). Wegen der Bindungswirkung braucht sich der Senat schließlich nicht mit der Revision auseinanderzusetzen, soweit diese aus einem von den Tarifvertragsparteien geschaffenen Berufsbild des Rohrleitungstiefbaus ableitet, daß Arbeitgebern des Rohrleitungstiefbaus der MKZ abweichend von § 78 Abs 2 AFG unter Einschluß solcher Arbeiten zu gewähren ist, für die die erforderlichen ausreichenden Schutzvorkehrungen gegen Witterungseinflüsse nicht geschaffen worden sind. Ebenso ist im Leistungsverfahren nicht zu prüfen, ob die auf der Baustelle während der Förderungszeit förderungsfähigen Arbeiten zu Recht den sonstigen Arbeiten iS des § 1 Nr 3 FöSatzV zugeordnet worden sind und nicht den Arbeiten für die Herstellung von Versorgungsleitungen im Rahmen von Erschließungsarbeiten im Straßenbau (§ 1 Nr 2 Buchst a FöSatzV), für die der Förderungssatz von 3,60 DM vorgesehen ist.

Die Klägerin hat daher, sofern sie die Schutzvorkehrungen getroffen hat, einen Anspruch auf einen MKZ, wenn auf der Baustelle zumindest eine Arbeitsstunde in der Förderungszeit erbracht worden ist, während der ein Arbeiter andere als Erdarbeiten geleistet hat. Der Zuschuß beträgt dann 2,-- DM und erhöht sich um je 2,-- DM für jede weitere mit anderen als Erdarbeiten erbrachte



Arbeitsstunde. Diesem Anspruch steht nicht entgegen, wenn die Klägerin ihrer gesetzlichen Pflicht nicht nachgekommen sein sollte, für jeden Arbeitstag während der Dauer der beantragten Förderung Aufzeichnungen über die auf der Baustelle geleisteten Arbeiten zu führen (§ 81 Abs 4 AFG), wie die Beklagte ihr vorwirft. Der Arbeitgeber setzt sich zwar der Gefahr aus, selbst wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belangt zu werden (§ 230 Abs 1 Nr 3 AFG) und ggfs den Nachteil zu tragen, der sich für den Anspruch auf MKZ dadurch ergibt, daß die Anzahl der mit förderungsfähigen Arbeiten verbrachten Arbeitsstunden entsprechenden Aufzeichnungen nicht entnommen werden kann. Indessen entfällt der Anspruch auf MKZ nicht schon dann, wenn die Aufzeichnungen nicht oder, worauf sich hier der Vorwurf der Beklagten wohl zu beschränken hat, nicht so geführt worden sind, daß ihnen unmittelbar die Anzahl der auf der Baustelle erbrachten Arbeitsstunden für diejenigen Arbeiten entnommen werden kann, die nach der gut eine Woche vor dem Ende der Förderungszeit am 15. März 1976 verfügten bindend gewordenen Entscheidung der Beklagten allein förderungsfähig sind. Die Erfüllung der Aufzeichnungspflicht des § 81 Abs 4 AFG ist nämlich keine materielle Voraussetzung des Anspruchs auf den MKZ. Der Senat hat schon zu der Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 79 Abs 3 AFG (in der bis zum 30. April 1972 geltenden Fassung) und § 7 der inzwischen außer Kraft getretenen Schlechtwettergeld-Anordnung vom 9. September 1969 (ANBA 734), wegen der Schlechtwettergeldansprüche der Arbeitnehmer während der Schlechtwetterzeit Aufzeichnungen über die an den einzelnen Tagen geleisteten Arbeitsstunden zu führen, entschieden, daß diese Aufzeichnungen keine materiell-rechtlichen



Voraussetzungen für den Anspruch auf Schlechtwettergeld darstellen, sondern lediglich die Funktion haben, die Überprüfung von Leistungsvoraussetzungen zu ermöglichen oder zu erleichtern (BSGE 40, 23, 26 = SozR 4100 § 79 Nr 2 mwN). Für die Vorschrift des § 81 Abs 4 AFG, die im Zusammenhang mit der Neuregelung der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft durch das Zweite Gesetz zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 (BGBl I 791), der sog Winterbaunovelle, geschaffen worden ist, gilt nichts anderes (Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, § 81 Rz 12). Sie ist der vorgenannten Regelung, die die Winterbaunovelle in § 88 Abs 3 AFG übernommen hat, nachgebildet worden und dient ebenfalls dem Zweck, der Bundesanstalt für Arbeit die Überprüfung der Leistungsvoraussetzungen zu erleichtern (Knigge/Ketelsen/Marschall/ Wittrock aaO; Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, § 81 Rz 22, Lfg August 1972; Krebs, Komm zum AFG, Stand April 1985, § 81 Rz 18).

Ob und in welcher Höhe der Klägerin ein MKZ zusteht, ist daher unter der Voraussetzung, daß die versprochenen Schutzvorkehrungen getroffen worden sind, allein von der Anzahl der auf der Baustelle in der Förderungszeit erbrachten Arbeitsstunden abhängig, in denen andere Arbeiten als Erdarbeiten verrichtet worden sind. Das LSG hat gemeint, die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil die Zahl dieser Arbeitsstunden nicht erwiesen sei, der Sachverhalt sich nicht weiter aufklären lasse und die Klägerin den Nachteil der Beweislosigkeit trage. Das ist indes so nicht richtig.



Beizupflichten ist dem LSG allerdings insoweit, als Klagen in Fällen vorliegender Art abzuweisen sind, soweit sich förderbare Arbeitsstunden nicht feststellen lassen, soweit sich also ein "non liquet" ergibt; denn da der Arbeitgeber aus jeder zu berücksichtigenden Arbeitsstunde eine für ihn günstige Rechtsfolge ableitet, liegt nach den anerkannten Grundsätzen über die objektive Beweislast (vgl. ua BSGE 6, 70, 72; 15, 112, 114; 19, 52, 53; 30, 121, 123; 37, 114, 117) auf der Hand, daß er den Nachteil zu tragen hat, soweit sich mit förderbaren Arbeiten verfahren Arbeitsstunden nicht feststellen lassen. Dagegen wendet sich auch die Revision nicht.

Hieraus folgt indessen nicht, daß in Fällen der vorliegenden Art Klagen schon dann in vollem Umfange als unbegründet abzuweisen wären, wenn die genaue Anzahl der förderungsfähigen Arbeitsstunden nicht bekannt ist, wie dies das LSG angenommen hat. Das LSG hat übersehen, daß der Arbeitgeber schon dann einen Anspruch auf einen MKZ, wenn auch nur in Höhe des jeweiligen Förderungssatzes (hier: 2,-- DM), erworben hat, wenn nur e i n e förderbare Arbeitsstunde erbracht worden ist. In vollem Umfange durfte das LSG die Klage daher nur dann abweisen, wenn entweder erwiesen ist, daß keine oder weniger als eine Arbeitsstunde mit förderbaren Arbeiten erbracht worden ist, oder wenn sich nach Erschöpfung der Beweismöglichkeiten nicht feststellen läßt, daß auch nur eine förderbare Arbeitsstunde erbracht worden ist. Solche Feststellungen hat das LSG indessen nicht getroffen und nach der Aktenlage nicht treffen können; denn ausweislich des Berichts über die Überprüfung der Baustelle vom 23. Februar 1976 wurden seinerzeit



Stahlrohre eingesetzt.

Schon weil das LSG nur darauf abgestellt hat, ob sich die genaue Anzahl der förderbaren Arbeitsstunden feststellen läßt, kann das Urteil keinen Bestand haben. Im übrigen rügt die Klägerin zu Recht, daß das LSG nicht geprüft hat, ob sich mit Hilfe eigener ergänzender Ermittlungen anhand der vorhandenen Unterlagen Gewißheit über eine Mindestanzahl jedenfalls mit anderen als Erdarbeiten verfahrenen Arbeitsstunden verschaffen läßt.

Wie den Ausführungen des LSG über den Beweiswert der von § 81 Abs 4 AFG dem Arbeitgeber auferlegten Aufzeichnungen und die Beweiskraft, die an Unterlagen gestellt werden müßten, mit denen der Arbeitgeber anstelle der Arbeitsnachweise der Beklagten die Überprüfung der Leistungsvoraussetzungen ermöglichen dürfe, zu entnehmen ist, ist das LSG davon ausgegangen, daß nur durch bestimmte Unterlagen die für die Höhe des MKZ maßgebenden förderbaren Arbeitsstunden dargetan werden könnten. Das hätte zur Folge, daß es der Beklagten und im Falle eines Rechtsstreits dem Gericht verwehrt wäre, sich auf andere Weise davon zu überzeugen, wie viele förderbaren Arbeitsstunden erbracht worden sind. Das ist unzutreffend.

Was das Verfahren der Beklagten angeht, so gilt für es grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Nach diesem Grundsatz ermittelt die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen (§ 20 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren -, SGB 10). Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen (§ 20 Abs 1 Satz 2



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



SGB 10), bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält (§ 21 Abs 1 Satz 1 SGB 10) und ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden (§ 20 Abs 1 Satz 2 SGB 10). Die genannten Vorschriften des SGB 10 sind zwar erst am 1. Januar 1981 in Kraft getreten, sie geben indes nur das wieder, was schon bis zum 31. Dezember 1980 rechtens war. Danach hat die Behörde die Ermittlungsmöglichkeiten, die vernünftigerweise zur Verfügung stehen, auszuschöpfen, sofern sie von dem ihr ggfs gegebenen besonderen Versagungsgrund wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten nach § 66 SGB 1 keinen Gebrauch gemacht hat.

Die für die Höhe des MKZ maßgebende Anzahl von Arbeitsstunden könnte demnach nur dann ausschließlich mit Arbeitsstundennachweisen nach § 81 Abs 4 AFG oder anderen schriftlichen, vom Arbeitgeber vorzulegenden Unterlagen bestimmter Art belegt werden, wenn dies besonders vorgeschrieben wäre. Das ist jedoch nicht geschehen. Der Senat hat schon in dem vom LSG genannten Urteil BSGE 40, 23, 27 = SozR 4100 § 79 Nr 2, das den den Arbeitgebern auferlegten Nachweis der Voraussetzungen für Schlechtwettergeld betraf, zum Ausdruck gebracht, daß die Verpflichtung der Arbeitgeber, Arbeitsstundennachweise zu führen, nicht den Charakter einer absoluten Beweiseinschränkung hat. Der Senat hat daher nicht nur die Heranziehung anderer Unterlagen des Betriebes, zB von Lohnlisten und ähnlichen Unterlagen, denen die für das Schlechtwettergeld erforderlichen Daten zu entnehmen sind, für zulässig gehalten, sondern auch die Heranziehung anderer Beweismittel einschließlich der von Zeugenaussagen, sofern sie nur



entsprechend beweiskräftig sind. Maßgebend ist dabei nicht, ob die Unterlagen ihrer Art nach, also abstrakt, in gleicher Weise wie Arbeitszeitznachweise geeignet sind, die Anspruchsvoraussetzungen darzutun; entscheidend ist vielmehr, ob die Beweismittel im Einzelfalle beweiskräftig sind, dh die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs mit dem Grad der Gewißheit ergeben, der nach dem Gesetz erforderlich ist. Für das MKZ-Verfahren sind schon deshalb keine schärferen Anforderungen zu stellen, weil dem Arbeitgeber - anders als im Schlechtwettergeldrecht - eine Beweisführungspflicht hinsichtlich der Voraussetzungen für den Anspruch nicht auferlegt ist. Für das Schlechtwettergeld ist in § 88 Abs 4 AFG die entsprechende Geltung des § 72 Abs 3 AFG vorgesehen. Nach der letztgenannten Vorschrift hat der Arbeitgeber ua dem Arbeitsamt die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld nachzuweisen. Die entsprechende Geltung dieser Vorschrift, die dem Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Senats eine Beweisführungspflicht auferlegt (vgl BSGE 40, 23, 27 = SozR 4100 § 79 Nr 2), ist für das Wintergeldverfahren (§ 81 Abs 3 Satz 4 AFG), nicht aber für das MKZ-Verfahren vorgesehen (vgl § 81 Abs 2 AFG). Darin kann eine ergänzungsbedürftige Lücke des Gesetzes nicht gesehen werden. Die Nachweispflicht mußte dem Arbeitgeber beim Kurzarbeitergeld, Schlechtwettergeld und Wintergeld, das nicht dem Arbeitgeber, sondern den Arbeitnehmern zusteht, schon deshalb auferlegt werden, weil es an sich nicht Sache des Arbeitgebers ist, Nachweise für Ansprüche seiner Arbeitnehmer zu führen. Dieser Gesichtspunkt spielt beim MKZ keine Rolle; denn der MKZ steht dem Arbeitgeber, nicht den Arbeitnehmern zu. Anders als beim Schlechtwettergeld lassen sich daher



beim MKZ erhöhte Mitwirkungsanforderungen nicht aus einer Beweisführungspflicht des Arbeitgebers ableiten.

Ist somit eine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel beim MKZ-Verfahren nicht vorgesehen, gilt im Verfahren vor den Sozialgerichten uneingeschränkt, daß das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht, an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist (§ 103 SGG) und letztlich nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet (§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG). Das Gericht kann sich daher bei der Überzeugungsbildung aller Beweismittel, die auch sonst zulässig sind, bedienen. Maßgebend ist allein, ob das Beweismittel bzw die Beweismittel mit dem nach dem Gesetz erforderlichen Grad der Gewißheit die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs ergeben. Ob das der Fall ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Sie kann in der Regel erst vorgenommen werden, wenn den Beweismitteln nachgegangen ist. Das mag zwar für die Gerichte zu einem erhöhten Aufwand führen; indessen hat der Senat schon in BSGE 40, 23, 28 = SozR 4100 § 79 Nr 2 darauf hingewiesen, daß wegen des Beweiswerts der vorgeschriebenen Arbeitsnachweise und der bei ihrem Fehlen für den Arbeitgeber entstehenden Nachteile hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs das Berufen auf andere Beweismittel auf Einzelfälle beschränkt bleiben wird. Der vorliegende Fall ist dafür ein Beispiel. Die Schwierigkeiten der Beklagten und der Gerichte, die förderbaren Arbeitsstunden festzustellen, ist im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß der Klägerin nicht rechtzeitig bewußt geworden ist, daß die Beklagte nur einen Teil der vorgesehenen Arbeiten fördert



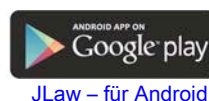
und daß deshalb bei den für jeden Arbeitstag zu führenden Aufzeichnungen über die auf der Baustelle geleisteten Arbeitsstunden zwischen Erdarbeiten und sonstigen Arbeiten zu unterscheiden war; denn die in der Förderungszeit auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer und die an den verschiedenen Arbeitstagen von ihnen erbrachten einzelnen Arbeitsstunden hat die Klägerin aufzeichnen lassen.

War das LSG bei seiner Überzeugungsbildung somit nicht auf solche von der Klägerin vorzulegenden Unterlagen beschränkt, die in gleicher Weise wie Aufzeichnungen nach § 81 Abs 4 AFG die Anzahl der förderbaren Stunden ergeben, sondern durfte es Zeugen, zB den Polier der Baustelle, vernehmen, Auskünfte einholen, zB von den Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerken der Stadt Köln, und sich sachverständiger Beratung bedienen, zB über den Ablauf von Bauarbeiten dieser Art und dem typischen Anteil der dabei anfallenden Erdarbeiten, durfte es den Sachverhalt nicht schon deshalb als nicht weiter aufklärbar ansehen, weil sich allein aus den von der Klägerin vorgelegten Rechnungsdurchschriften die Anzahl der Arbeitsstunden für andere als Erdarbeiten innerhalb der Förderungszeit nicht unmittelbar ablesen läßt und weitere Unterlagen bei der Klägerin nicht vorhanden sind. Nach dem Grundsatz der Amtsermittlung gemäß § 103 SGG mußte das LSG vielmehr zunächst die zulässigen und erforderlichen Beweise erheben und sie einer Beweiswürdigung nach § 128 SGG unterziehen, bevor es eine Entscheidung nach Maßgabe der Beweislast traf.

Da es somit an ausreichenden Feststellungen durch das LSG fehlt,



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



kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das Urteil des LSG ist daher gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG aufzuheben, soweit das LSG die Klage auf Auszahlung des MKZ abgewiesen hat, und in diesem Umfange die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)