

# BUNDESSOZIALGERICHT



**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

**in dem Rechtsstreit**

Az: B 7 AL 126/95 R

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

**g e g e n**

Bundesanstalt für Arbeit,  
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 25. Juni 1998 durch die Vizepräsidentin Dr. W o l f f , die Richterin T ü t t e n b e r g und den Richter E i c h e r sowie die ehrenamtliche Richterin V o r w e r k und den ehrenamtlichen Richter Dr. B r a n d e n b u r g für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 8. November 1995 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



## Gründe:

## I

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit der Gewährung von Wintergeld (WG) und Schlechtwettergeld (SWG) für die Zeiträume vom 1. Dezember 1991 bis 31. März 1992 und 1. Dezember 1992 bis 31. März 1993 in Höhe von zusammen 10.936,44 DM (5.091 DM WG; 5.845,44 DM SWG) sowie um die Rechtmäßigkeit der Gewährung von Zuschüssen zur gesetzlichen Rentenversicherung (RV) in Höhe von insgesamt 515,27 DM für beide Leistungszeiträume.

Der Klägerin, der bereits für Dezember 1990 WG, SWG und RV-Zuschüsse zum SWG gewährt worden waren, verpflichtete sich am 24. Juli 1991 anlässlich einer Betriebsprüfung der Beklagten durch schriftliche Erklärung, in Zukunft bislang nicht vorhandene "Stundenaufschriebe" zu führen. In diesen "Stundenaufschrieben" sollten die Baustellen, auf denen gearbeitet und mit der Arbeit ausgesetzt wurde, die Namen der Arbeitnehmer, die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden, die Art der verrichteten Arbeit und die Kalendertage, an denen die Arbeitnehmer gearbeitet oder infolge Schlechtwetters mit der Arbeit ausgesetzt hatten, sowie Krankheits- und Urlaubstage vermerkt werden. In der Erklärung ist außerdem ausgeführt, sie (die Klägerin) sei darüber unterrichtet, daß WG und SWG nicht gewährt werden könnten, wenn die Stundenaufschriebe nicht ordnungsgemäß geführt würden.

Mit den vorgesehenen Antragsformularen (Abrechnungslisten) beantragte die Klägerin am 15. April 1992 für den Zeitraum vom 1. Dezember 1991 bis 31. März 1992 und am 16. April 1993 für den Zeitraum vom 1. Dezember 1992 bis 31. März 1993 WG, SWG und RV-Beitragszuschüsse zum SWG, und zwar mit der Maßgabe, daß die Leistungen nach Möglichkeit schon gewährt werden sollten, bevor die Abrechnungslisten vom Arbeitsamt (ArbA) anhand der betrieblichen Arbeitszeit- und Lohnunterlagen geprüft worden seien. Die Antragsformulare enthielten jeweils ua die nachstehende Verpflichtungserklärung:

Wenn und soweit die Prüfung der Abrechnungslisten anhand der Arbeitszeit- und Lohnunterlagen ergibt, daß WG/SWG und/oder Beitragszuschüsse zur RV der Beziehung von SWG zu Unrecht gewährt worden sind, bin ich/sind wir damit einverstanden, daß der Bewilligungsbescheid insoweit rückwirkend aufgehoben und die zuviel erhaltenen Beträge von mir/uns zu erstatten sind.

Die Beklagte bewilligte für die Zeit vom 1. Dezember 1991 bis 31. März 1992 WG in Höhe von 3.358 DM, SWG in Höhe von 3.765,72 DM sowie einen RV-Beitragszuschuß zum SWG in Höhe von 333,27 DM (Bescheid vom 30. April 1992) und für die Zeit vom 1. Dezember 1992 bis 31. März 1993 WG in Höhe von 1.733 DM, SWG in Höhe von



2.079,72 DM sowie einen RV-Beitragszuschuß zum SWG in Höhe von 182 DM (Bescheid vom 6. Mai 1993). Die Bescheide enthielten jeweils den Zusatz, daß die Abrechnungslisten für den/die angegebenen WG/SWG-Abrechnungszeiträume mit den Arbeitszeit- und Lohnunterlagen des Betriebs noch nicht verglichen worden seien. Die Leistungen würden daher nur unter dem Vorbehalt gezahlt, daß etwa zu Unrecht gezahlte Beträge an das ArbA zurückzuzahlen seien, wenn sich nachträglich herausstelle, daß die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistungen dem Grunde oder der Höhe nach nicht vorgelegen hätten oder weggefallen seien. In diesen Fällen werde der Bewilligungsbescheid rückwirkend aufgehoben. Auf die Verpflichtungserklärung der Klägerin werde Bezug genommen.

Bei einer Betriebsprüfung der Beklagten im Juli 1993 wurde festgestellt, daß bei der Klägerin keine "Stundenaufschriebe" geführt worden waren. Nach Anhörung der Klägerin hob die Beklagte deshalb die Bescheide über die Bewilligung von RV-Zuschüssen für die Zeit vom 1. Dezember 1991 bis 31. März 1992 und 1. Dezember 1992 bis 31. März 1993 auf und forderte deren Rückzahlung (515,27 DM) sowie Ersatz für das für diese Zeiträume gezahlte WG und SWG in Höhe von 5.091 DM und 5.845,44 DM (Bescheid vom 13. September 1993; Widerspruchsbescheid vom 18. Februar 1994).

Während die Klage erstinstanzlich keinen Erfolg hatte (Urteil des Sozialgerichts <SG> vom 22. September 1994), hat das Landessozialgericht (LSG) die erstinstanzliche Entscheidung und den angefochtenen Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheids aufgehoben (Urteil vom 8. November 1995). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die in den Bewilligungsbescheiden enthaltenen, grundsätzlich zulässigen Aufhebungs- und Rückforderungsvorbehalte rechtfertigten vorliegend nicht das Vorgehen der Beklagten. Zwar fehlten die von der Klägerin zu führenden "Stundenaufschriebe". Damit stehe indes noch nicht fest, daß die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen nicht vorgelegen hätten; die Aufzeichnungen sollten lediglich deren Überprüfung ermöglichen oder erleichtern. Die Zahlungsanordnung sei auch nicht durch § 72 Abs 3 Satz 5 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) gedeckt (Schadensersatz wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Nachweis- und Aufzeichnungspflichten). Schließlich lägen die Voraussetzungen für eine Rücknahme der Bewilligungen nach § 45 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X) nicht vor, weil die zurückgenommenen Bescheide als "vorläufige" Bescheide gerade wegen der Unsicherheit über das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen rechtmäßig gewesen seien. "Im übrigen sei nicht feststellbar, daß die Leistungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten."

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 72 Abs 3 AFG (iVm §§ 81 Abs 3 Satz 4, 88 Abs 4 AFG) sowie des § 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Sie ist der Ansicht, das LSG hätte die nach seiner Auffassung wesentliche Frage, ob Ansprüche auf WG, SWG und RV-Zuschüsse bestanden hätten, schon nicht ungeklärt lassen dürfen. Grundlage für die Aufhebung der Bewilligungsbescheide (vom 30. April 1992 und 6. Mai 1993)



sei der in den Bescheiden enthaltene Vorbehalt iVm den Verpflichtungserklärungen der Klägerin. Bei der Betriebsprüfung im Juli 1993 habe sie (die Beklagte) sich nicht die notwendige Gewißheit über die Richtigkeit der Angaben der Klägerin bei der Antragstellung verschaffen können, weil weder "Stundenaufschriebe" noch andere beweiskräftige Unterlagen hätten vorgelegt werden können. Die Klägerin sei ihrer gesetzlichen Nachweispflicht nicht nachgekommen. Ihr (der Beklagten) sei dadurch der Schaden entstanden, daß aufgrund der fehlenden Arbeitszeitznachweise eine Kontrolle unmöglich gewesen sei. Dies genüge zur Begründung eines Erstattungsanspruchs. Wer Leistungen der öffentlichen Hand in Anspruch nehme, müsse sich an die Regeln halten, die der Gesetzgeber ausdrücklich normiert habe. Die "Arbeitszeitznachweise" für die Zeit von Januar bis März 1993 seien von der Klägerin erst Ende 1993 bzw Anfang 1994, also nach Erlaß des angefochtenen Bescheids, nachgeschrieben worden und in dieser Form nicht verwertbar. Die Gewährung von WG, SWG und RV-Beitragszuschüssen sei rechtswidrig und der die Leistungsbewilligung aufhebende Bescheid von § 45 SGB X gedeckt; die Leistungen seien deshalb auch nach § 50 Abs 1 Satz 1 SGB X zu erstatten. Über all diese Rechtsfragen habe sich das LSG zu Unrecht mit dem Ergebnis hinweggesetzt, daß sie (die Beklagte) das Nichtvorliegen von Anspruchsvoraussetzungen beweisen solle, obwohl die Klägerin deren Feststellung vereitelt habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, sie habe sämtliche zur Anmeldung der Ansprüche auf WG, SWG und RV-Beitragszuschüsse notwendigen Daten mit den Antragsformularen (Abrechnungslisten) vorgelegt. Sie sei nicht zur Führung weiterer Aufzeichnungen verpflichtet. Es sei reine Förmerei, wenn dieselben Aufzeichnungen, die dem ArbA bereits vorgelegt worden seien, im Betrieb nochmals aufbewahrt werden müßten. WG, SWG und RV-Beitragszuschüsse seien zu Recht bewilligt worden, so daß der Beklagten auch kein Schaden entstanden sei. Eine Rechtsgrundlage für die Aufhebung und Rückzahlung seien insbesondere nicht die in den Bewilligungsbescheiden enthaltenen Vorbehalte.

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

1. Die Revision ist iS der Aufhebung des LSG-Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG); dem Senat ist mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen eine abschließende Entscheidung nicht möglich.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 13. September 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Februar 1994. Darin hat die Beklagte die drei nachstehenden Verfügungen (§ 31 SGB X) getroffen:

- Anordnung der Zahlung von 10.936,44 DM (5.091 DM und 5.845,44 DM - WG und SWG - für die Zeiträume vom 1. Dezember 1991 bis 31. März 1992 und 1. Dezember 1992 bis 31. März 1993),
- Rücknahme der Bescheide vom 30. April 1992 und 6. Mai 1993 mit Wirkung für die bezeichneten Zeiträume, soweit sie die RV-Beitragszuschüsse zum SWG betreffen,
- resultierend aus der Teilrücknahme die Anordnung der Erstattung von 515,27 DM (RV-Beitragszuschüsse zum SWG für die bezeichneten Zeiträume).

Keine weitere Verfügung ist hingegen dadurch getroffen worden, daß die Beklagte in ihrem Widerspruchsbescheid vom 18. Februar 1994 formuliert hat, "die Entscheidung über die Bewilligung habe deshalb gemäß § 45 Abs 2 Satz 3 Nrn 2 und 3 SGB X zurückgenommen werden müssen". Hierin ist schon vom Wortlaut her keine über den mit dem Widerspruch angefochtenen Bescheid hinausgehende Aufhebung der Bewilligungsbescheide zu sehen. Es handelt sich vielmehr um eine den tatsächlichen Gegebenheiten widersprechende Begründung für den mit dem Widerspruch angefochtenen Bescheid, der eine Aufhebung der Bewilligungen nur insoweit enthält, als sie die RV-Beitragszuschüsse betreffen. Andernfalls wäre wegen der sich daraus ergebenden neuen Belastung vor Erlass des Widerspruchsbescheids gemäß § 24 SGB X eine erneute Anhörung erforderlich gewesen (vgl in anderem Zusammenhang: BSG SozR 3-1300 § 24 Nr 13 und SozR 1300 § 24 Nr 9). Die Notwendigkeit dieser Anhörung ergibt sich aus der Besonderheit des WG- und SWG-Verfahrens.

2. Diese Besonderheit bestimmt im übrigen die Rechtslage insgesamt; sie verbietet es - entgegen der vom Senat früher geäußerten Ansicht (BSGE 37, 155, 157 = SozR 4600 § 143f Nr 1; BSGE 62, 32, 37 = SozR 4100 § 71 Nr 2) -, in der Geltendmachung eines "Erstattungsanspruchs" gleichzeitig die Rücknahme der Bewilligungsbescheide zu sehen (aA Bieback, DVBl 1988, 453, 455; ders in Gagel, AFG, Stand September 1997, RdNr 175 zu § 72) oder gar eine solche hineinzudeuten (§ 43 SGB X). Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zu Rechtsgebieten außerhalb der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft (vgl dazu nur: BSG SozR 1300 § 50 Nr 15 mwN) ist wegen der Besonderheit des WG- und SWG-Verfahrens nicht einschlägig.



Bei der Gewährung von WG/SWG wird der Arbeitgeber nämlich für die Abwicklung des Verfahrens kostenlos in Dienst genommen und als Treuhänder der Arbeitnehmer tätig (vgl nur BSGE 68, 67, 72 f = SozR 3-4100 § 71 Nr 1); seine Verfahrens- und Prozeßstandschaft schließt die Arbeitnehmer von der Geltendmachung ihrer Rechte aus (BSG aaO). Nur hinsichtlich der Beitragszuschüsse macht der Arbeitgeber eigene Rechte geltend (BSG SozR 1500 § 144 Nr 33; BSG, Urteil vom 21. April 1993 - 11 RAR 63/92 -, unveröffentlicht). Dies gilt selbst für den Fall, daß der Arbeitgeber das WG/SWG im Vorgriff auf die Bewilligung aus eigenen Mitteln an die Arbeitnehmer ausgezahlt hat (vgl zur Auszahlungspflicht §§ 81 Abs 3 Satz 4, 88 Abs 4 AFG iVm § 72 Abs 3 Satz 2 AFG); auch dann steht der WG/SWG-Anspruch materiell nur den Arbeitnehmern zu, wenn er nicht unter Berücksichtigung des § 53 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I) an den Arbeitgeber abgetreten worden ist (Bieback in Gagel, aaO, RdNr 41 zu § 72; vgl auch Ketelsen in Knigge/Ketelsen/Marschall/Wissing, Komm zum AFG, 3. Aufl, § 72 Anm 29, Stand 6. Ergänzungslieferung; nicht ganz eindeutig jedoch der erkennende Senat in BSG SozR 1300 § 50 Nr 17, S 41).

Wegen dieser Rechtsstellung als Treuhänder der Arbeitnehmer kann die allgemeine Rückerstattungsregelung des § 50 Abs 1 SGB X nicht die Beziehungen der Bundesanstalt für Arbeit (BA) zum Arbeitgeber erfassen; denn nicht dieser, sondern seine Arbeitnehmer sind die Leistungsempfänger (so bereits der erkennende Senat zu § 152 AFG aF zweifelnd: BSGE 40, 23, 25 = SozR 4100 § 79 Nr 2). Darüber hinaus setzt die Rücknahme der WG/SWG-Bewilligungsbescheide mit Wirkung für die Vergangenheit fehlendes Vertrauen beim Begünstigten (§ 45 Abs 4 Satz 1 iVm Abs 2 Satz 3 SGB X), also bei den Arbeitnehmern, voraus - hierzu später unter 5d. Beide Umstände machten die Normierung eines gesonderten Ersatzanspruchs der BA gegen den Arbeitgeber in § 71 Abs 1 AFG erforderlich.

Wären die Bewilligungsbescheide - wie von § 50 Abs 1 SGB X vorausgesetzt - gleichwohl auch zurückgenommen worden, soweit es das WG und SWG betrifft, so würde dies - unabhängig davon, an wen ein solcher, die Vergangenheit erfassender Rücknahmebescheid zu richten wäre und ob dabei der Arbeitgeber für die Arbeitnehmer als Verfahrensstandschafter tätig würde (vgl dazu zu Recht zweifelnd der 11. Senat: BSGE 68, 67, 74 = SozR 3-4100 § 71 Nr 1) - automatisch die Rechtsfolge des § 50 Abs 1 SGB X auslösen, also die Arbeitnehmer als Anspruchsinhaber und Leistungsempfänger zur Erstattung des WG/SWG verpflichten. Dies ist indes nicht das Ziel der Beklagten, die nur vom Arbeitgeber Ersatz für das von ihr gezahlte WG/SWG verlangt, wofür - wie später unter 5a noch dargelegt wird - die WG/SWG-Bewilligungsbescheide gerade nicht aufgehoben werden müssen.

3. Bei zulässiger Revision von Amts wegen zu beachtende Verfahrensmängel stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen. Insbesondere hat das LSG nicht gegen § 75 Abs 2



SGG (notwendige Beiladung) verstoßen; der Senat braucht auch selbst keine Beiladung vorzunehmen (§ 168 SGG). Zwar ist im vom Arbeitgeber als Verfahrens- und Prozeßstandschafter seiner Arbeitnehmer geführten Verfahren um die Gewährung von WG und SWG der Betriebsrat wegen seines eigenen Antrags- und Anzeigerechts (§§ 81 Abs 3, 88 Abs 1 und 2 AFG aF) und des damit korrespondierenden materiell-rechtlichen Kontrollrechts beizuladen (vgl: BSG SozR 1500 § 144 Nr 33, S 56 mwN; SozR 3-4100 § 85 Nr 1 mwN; vgl auch Senatsurteil vom 29. Oktober 1997 zum Kurzarbeitergeld <Kug> - 7 RAR 48/96 -, zur Veröffentlichung vorgesehen); in der LSG-Akte ist indes vermerkt, bei der Klägerin existiere kein Betriebsrat. Ob dies richtig war und noch immer so ist, bedarf keiner weiteren Prüfung. Da es sich bei den RV-Beitragszuschüssen nicht um Leistungen an die Arbeitnehmer, sondern an den Arbeitgeber handelt, kann insoweit schon von vornherein nicht unmittelbar in Rechte des Betriebsrats eingegriffen werden (BSG SozR 1500 § 144 Nr 33, S 57). Nichts anderes gilt, soweit die Beklagte von der Klägerin Ersatz von WG und SWG verlangt; denn der Zahlungsanspruch der Beklagten richtet sich nur gegen die Klägerin als Schuldnerin. Die Bewilligungsbescheide sind insoweit nicht aufgehoben, so daß eine Prozeßstandschaft der Klägerin für ihre Arbeitnehmer schon deshalb ausscheidet.

Die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil war gemäß §§ 143, 144 Abs 1 SGG mit Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands statthaft. Weil der Rechtsstreit ausschließlich Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin betrifft, ist nicht von Belang, daß der Wert des Beschwerdegegenstands auch dann durch die Summe der Ansprüche bestimmt würde, wenn sich die Beklagte letztlich nur aus verfahrensrechtlichen Gründen an die Klägerin als Verfahrensstandschafterin der gegen die einzelnen Arbeitnehmer gerichteten Forderungen wenden würde (vgl zu dieser Problematik im Falle der Leistungsablehnung: BSG, Urteil vom 5. Februar 1998 - B 11 AL 19/97 R -, zur Veröffentlichung vorgesehen).

4. Der angegriffene Bescheid der Beklagten kann sich, soweit er den Ersatz von WG und SWG betrifft, nur aus § 71 AFG (idF, die die Vorschrift durch das Sozialgesetzbuch - Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten - vom 4. November 1982 - BGBl I 1450 - erhalten hat; vgl seit 1. Januar 1998 § 181 Abs 3 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - <SGB III>) - hierzu unter 5b - und, soweit er die Rücknahme der Bewilligung von RV-Beitragszuschüssen betrifft, nur aus § 45 SGB X iVm § 50 Abs 1 SGB X und § 152 Abs 2 AFG (dieser idF des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms <1. SKWPG> vom 21. Dezember 1993 - BGBl I 2353; vgl dazu BSG SozR 3-4100 § 152 Nr 8; BSG, Urteil vom 18. September 1997 - 11 RAR 9/97 -, unveröffentlicht, sowie Urteile vom 6. November 1997 - 11 RAR 77/96 und 11 RAR 7/97 -, unveröffentlicht) - hierzu unter 5d - ergeben. Ob die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen, bedarf jedoch noch weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das LSG, und zwar ua dazu, ob zum Zeitpunkt der Bewilligung der Leistungen - für we-



sentliche Änderungen der Sach- und Rechtslage nach Erlass der Bewilligungsbescheide (§ 48 SGB X) sind keine Anhaltspunkte ersichtlich - Ansprüche auf WG, SWG und RV-Beitragszuschüsse bestanden.

Dem steht nicht entgegen, daß das LSG im angefochtenen Berufungsurteil formuliert hat, "im übrigen sei nicht feststellbar, daß die Leistungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten". Diese Ausführungen enthalten keine den Senat bindenden Tatsachenfeststellungen (§ 163 SGG); sie lassen nicht erkennen, welche Voraussetzungen das LSG überhaupt geprüft hat.

Auf andere als die genannten Rechtsgrundlagen läßt sich der angefochtene Bescheid indes nicht stützen; dies gilt insbesondere für die nachstehenden:

- Rückzahlung/Rücknahme der Bewilligungsbescheide aufgrund der entsprechenden Vorbehalte in den Bewilligungsbescheiden - hierzu unter 5a -,
- § 72 Abs 3 Satz 5 AFG (idF, die die Vorschrift durch das 1. SKWPG erhalten hat; vgl seit 1. Januar 1998 § 321 Nr 3 SGB III) - hierzu unter 5c -,
- zivilrechtliche Schadensersatzanspruchsnormen bzw öffentlich-rechtliche pFV - hierzu unter 5b -,
- § 151 Abs 1 AFG (in der bis 20. Mai 1996 geltenden Fassung, die die Vorschrift durch das 1. SKWPG erhalten hat; vgl ab 21. Mai 1996 § 47 Abs 2 SGB X) - hierzu unter 5e -,
- Verwaltungsakt auf Unterwerfung (Rechtfertigung des angefochtenen Bescheids aufgrund gesonderter Verpflichtungserklärung der Klägerin) - hierzu unter 5e -,
- allgemeiner öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch - hierzu unter 5e - und
- § 147 Abs 2 Satz 2 AFG (idF des 1. SKWPG; vgl seit 1. Januar 1998 § 328 Abs 3 Satz 2 SGB III idF des Ersten Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches SGB und anderer Gesetze <1. SGB-III-ÄndG> vom 16. Dezember 1997 - BGBl I 2970) - hierzu unter 5e.

5a. Die in die Bewilligungsbescheide übernommenen Vorbehalte rechtfertigen den Bescheid der Beklagten vom 13. September 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Februar 1994 nicht. Die Vorbehalte sind rechtswidrig und dürfen deshalb nicht ausgeübt werden (BSGE 67, 104, 113 = SozR 3-1300 § 32 Nr 2; BSG SozR 3-1300 § 45 Nr 5). Insoweit modifiziert der Senat seine bisherige Rechtsprechung (vgl: BSGE 37, 155 ff = SozR 4600 § 143f Nr 1; BSG SozR Nr 1 zu § 68 AFG; BSGE 40, 23 ff = SozR 4100 § 79 Nr 2; BSG SozR 1500 § 77 Nr 20; insbesondere BSGE 62, 32 ff = SozR 4100 § 71 Nr 2), an der er nicht mehr uneingeschränkt festhält. Mit dem vorliegenden Inhalt jedenfalls sind die in die Bewilligungsbescheide übernommenen Vorbehalte nicht rechtmäßig.



Damit weicht der erkennende Senat nicht von Entscheidungen des 11. Senats ab, der in einem Urteil vom 12. Dezember 1990 - wie schon der erkennende Senat in der Entscheidung vom 11. Juni 1987 (BSGE 62, 32, 42 f = SozR 4100 § 71 Nr 2) - nur auf die generelle Möglichkeit einer Bewilligung von WG/SWG unter Vorbehalt verwiesen hat, ohne diesen Vorbehalt näher zu spezifizieren (BSGE 68, 67, 73 = SozR 3-4100 § 71 Nr 1); in einer weiteren Entscheidung vom 17. Oktober 1990 (SozR 3-1300 § 45 Nr 5) hat der 11. Senat die Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Bewilligung von "WG/SWG unter Vorbehalt" lediglich zitiert, in Anlehnung an ein Urteil des 4. Senats vom 28. Juni 1990 (BSGE 67, 104 ff = SozR 3-1300 § 32 Nr 2) jedoch den Vorbehalt der ermessensfreien Rücknahme einer Bewilligung von Arbeitslosengeld für den Fall, daß nach späterer Überprüfung eine Sperrzeit eingetreten ist, als unzulässig angesehen.

Bei den von der Beklagten gewählten Vorbehalten in den Bewilligungsbescheiden handelt es sich nicht um Bedingungen und Auflagen (zu deren Zulässigkeit beim WG vgl § 81 Abs 5 AFG), sondern um selbständige Nebenbestimmungen eigener Art auf der Grundlage des § 32 Abs 1 SGB X. Sie sollen sicherstellen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt sind (vgl zu dieser Sicherstellungsfunktion nur BSGE 62, 32, 36 ff = SozR 4100 § 71 Nr 2), und eine sog Vorwegzahlung vor einer umfassenden Überprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen ermöglichen (vgl BSGE 62, 32, 41 ff = SozR 4100 § 71 Nr 2); sie sind damit weder ein Vorschuß iS des § 42 SGB I noch eine sonstige vorläufige Leistung (BSG aaO). Dies bedeutet, daß die Leistungsbewilligung nicht abhängig von einer späteren endgültigen Entscheidung, sondern bereits bindend ist, selbst wenn der Bewilligungsbescheid später wieder zurückgenommen werden kann (Bieback, DVBl 1988, 453, 454).

Der Senat hat diese Konstruktion damit begründet, daß die Beklagte zum Zeitpunkt der Bewilligung nicht in der Lage sei, über die vom Arbeitgeber durch Antrag und Einreichung der Abrechnungslisten glaubhaft gemachten Ansprüche schon abschließend zu entscheiden (BSGE 62, 32, 39 ff, 41 = SozR 4100 § 71 Nr 2). Erst das Ergebnis einer Betriebsprüfung verschaffe der Beklagten die notwendige Gewißheit über die Richtigkeit der Angaben des Arbeitgebers und über die Rechtmäßigkeit der Leistungsgewährung. Zu einer zeitnahen Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mittels einer Betriebsprüfung sei die Beklagte angesichts der in den Wintermonaten gehäuft anfallenden Leistungsanträge regelmäßig nicht in der Lage. Die Zulässigkeit von Vorwegzahlungen zu verneinen hätte deshalb zur Folge, daß die betroffenen Arbeitnehmer, die bereits aufgrund des vorgeschriebenen Verwaltungsverfahrens eine nachträgliche Auszahlung in Kauf zu nehmen hätten, daneben eine weitere, nach Lage des Falles unterschiedlich lange Zeit ohne die ihnen zustehenden Sozialleistungen zu überbrücken hätten (BSG aaO).



Diese Überlegungen mögen bis zum Inkrafttreten des § 147 AFG idF des 1. SKWPG (am 1. Januar 1994) mit seiner Möglichkeit einer vorläufigen Leistung nachvollziehbar sein (so auch der Senat in BSGE 62, 32, 39 ff, insbesondere 42 f = SozR 4100 § 71 Nr 2). Sie rechtfertigen jedoch keinesfalls Vorbehalte mit dem vorliegenden Inhalt. Wegen des grundsätzlichen Verbots, einen Geldleistungsanspruch durch "endgültigen" Verwaltungsakt - von Sonderfällen und speziellen gesetzlichen Regelungen abgesehen - anzuerkennen, bevor die Sach- und Rechtslage vollständig geklärt ist (BSGE 62, 32, 39 = SozR 4100 § 71 Nr 2; BSGE 67, 104, 113 ff = SozR 3-1300 § 32 Nr 2; BSG SozR 3-1300 § 32 Nr 4), und im Hinblick darauf, daß Rücknahme- und Rückzahlungsvorbehalte die im SGB X und AFG enthaltenen, Vertrauensschutzgesichtspunkten Rechnung tragenden Rückabwicklungsvorschriften aushebeln würden, müssen Bewilligungsvorbehalte im Hinblick auf die beschriebene Sicherstellungsfunktion so eng gefaßt sein, daß sie nicht das notwendige, der tatsächlichen Unsicherheit im Entscheidungszeitpunkt entsprechende Maß überschreiten. Die Beklagte hat sich indes die Rücknahme und Rückzahlung selbst bei Änderung der Sach- und Rechtslage vorbehalten. Schon mit diesem Inhalt gehen die Vorbehalte über die Sicherstellungsfunktion hinaus (noch offengelassen in BSGE 62, 32, 39 ff, insbesondere 42 f = SozR 4100 § 71 Nr 2). Beim WG und SWG dürften im übrigen jedenfalls einige Anspruchsvoraussetzungen ad hoc überprüfbar sein, zB ob überhaupt ein Betrieb des Baugewerbes vorliegt (§ 80 Abs 1 AFG idF des 4. Gesetzes zur Änderung des AFG vom 12. Dezember 1977 - BGBl I 2557 -, § 83 idF des 2. Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 - BGBl I 791 -, § 75 Abs 1 Nr 1 AFG idF, die die Vorschrift durch das 5. Gesetz zur Änderung des AFG vom 23. Juli 1979 - BGBl I 1189 - erhalten hat). Gleichwohl erfaßt der Vorbehalt alle denkbaren Fälle fehlender Anspruchsvoraussetzungen.

Damit ist er nicht mehr vom "Sicherstellungsauftrag" iS des § 32 Abs 1 SGB X gedeckt und insgesamt rechtswidrig. Denn jede Nebenbestimmung eines Verwaltungsaktes muß inhaltlich bestimmt, klar, verständlich und widerspruchsfrei sein; jegliche Unklarheit geht zu Lasten der Verwaltung (BSGE 37, 155, 160 = SozR 4600 § 143f Nr 1; BSGE 62, 32, 37 = SozR 4100 § 71 Nr 2; BSGE 67, 104, 110 f = SozR 3-1300 § 32 Nr 2). Es verbietet sich deshalb, einen generellen, nicht individualisierten Vorbehalt der Aufhebung und Erstattung in einen zulässigen und unzulässigen Teil aufzuspalten.

Gleichwohl ist der Senat weiterhin der Ansicht, daß sog Vorwegzahlungen beim WG und SWG zumindest bis zum Inkrafttreten des § 147 AFG idF des 1. SKWPG (bis 1. Januar 1994) im Rahmen einer konkreteren und engeren Gestaltung zulässig waren. Allerdings geht der Senat entgegen seiner früher geäußerten Ansicht zur Notwendigkeit einer Aufhebung der WG/SWG-Bewilligungsentscheidung (BSGE 62, 32, 36 f = SozR 4100 § 71 Nr 2) davon aus, daß ein Rückzahlungsvorbehalt gegenüber dem Arbeitgeber genügt, also nicht zwingend zusätzlich die Aufhebung der WG/SWG-Bewilligung vorbehalten sein muß. Gerade die in § 71 AFG geregelte öffentlich-rechtliche Schadensersatzpflicht des



Arbeitgebers (vgl nur BSGE 62, 32, 38 = SozR 4100 § 71 Nr 2) verdeutlicht, daß wegen der besonderen Beziehung zwischen der Beklagten, dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bei der Gewährung von WG und SWG eine Ersatzpflicht des Arbeitgebers auch ohne Aufhebung der Bewilligungsbescheide möglich ist (BSGE 62, 32, 38 = SozR 4100 § 71 Nr 2) und möglich sein muß. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen; denn im Entwurf zum AFG wurde betont (BT-Drucks V/2291 S 73 zu § 66 Abs 2), daß zu Unrecht geleistete Beträge sowohl vom Empfänger der Leistung - also vom Arbeitnehmer - als auch vom Arbeitgeber zurückgefordert werden könnten, die Rückforderung vom Empfänger sich jedoch nach § 149 AFG aF (Rückzahlung der Leistung bei Aufhebung der Entscheidung über die Leistungsbewilligung) richtet.

Dann aber liegt es nahe, nur die Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers in den Vorbehalt aufzunehmen, allerdings beschränkt auf die Fälle, bei denen eine wegen der aktuellen Nichtüberprüfbarkeit bestimmter Anspruchsvoraussetzungen erforderliche spätere Überprüfung ergibt, daß diese Voraussetzungen für die Gewährung von WG und SWG nicht vorlagen. Der Arbeitgeber wäre hierdurch nicht unbillig belastet, wenn er seinerseits das von der Beklagten an ihn gezahlte WG und SWG nur unter dem Vorbehalt der Rückzahlung an die Arbeitnehmer auszahlte. Würden die Bewilligungen nicht aufgehoben und das WG/SWG von den Arbeitnehmern an den Arbeitgeber zurückgezahlt, bliebe gleichwohl die Schuld der BA erfüllt (§ 362 Bürgerliches Gesetzbuch <BGB>) und würde nicht wiederaufleben. Keiner der am Verfahren Beteiligten wäre benachteiligt: Wenn den Arbeitnehmern nach materiellem Recht die Leistung nicht zustand, fehlte es wegen der Vorbehalte im Verhältnis der BA zum Arbeitgeber und des Arbeitgebers zu den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf die bei der Leistungsbewilligung noch bestehende Unsicherheit darüber, ob Ansprüche überhaupt zu bejahen waren, an der notwendigen Vertrauensbasis, die Leistung behalten zu dürfen.

5b. Ob § 71 Abs 1 AFG den angefochtenen Bescheid der Beklagten bezüglich des WG/SWG rechtfertigt, läßt sich nicht abschließend beurteilen. Nach dieser Vorschrift, die für das WG über § 81 Abs 3 Satz 4 AFG (hier idF, die die Vorschrift durch das 8. Gesetz zur Änderung des AFG <8. AFGÄndG> vom 14. Dezember 1987 - BGBl I 2602 - erhalten hat) und für das SWG über § 87 AFG (hier idF, die die Vorschrift durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23. Juni 1993 - BGBl I 944 - erhalten hat) Anwendung findet, ist der zu Unrecht geleistete Betrag vom Arbeitgeber zu ersetzen, wenn er oder eine von ihm bestellte Person entsprechend § 45 Abs 2 Satz 3 SGB X bewirkt hat, daß WG/SWG zu Unrecht geleistet worden ist. Soweit es die Gewährung von Beitragszuschüssen zum SWG nach § 166 Abs 3 Satz 2 AFG (hier in der bis 31. Dezember 1993 geltenden Fassung) betrifft, ist § 71 Abs 1 AFG allerdings nicht einschlägig.



Nach seiner Rechtsnatur handelt es sich bei § 71 Abs 1 AFG um einen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, wie der Senat bereits früher unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien ausgeführt hat (BSGE 62, 32, 38 = SozR 4100 § 71 Nr 2). Während dieser Schadensersatzanspruch der Stellung des Arbeitgebers als Treuhänders bei der WG/SWG-Bewilligung für seine Arbeitnehmer entspricht und erst einen dieser Situation angemessenen "Erstattungsanspruch" gegen den Arbeitgeber schafft (vgl BT-Drucks V/2291 S 73 zu § 66 Abs 1), bedarf es des § 71 Abs 1 AFG für den Beitragszuschuß zur RV der SWG-Bezieher nicht. Hier handelt es sich um eine Leistungsbeziehung ausschließlich zwischen BA und Arbeitgeber, für deren Rückabwicklung die §§ 45, 50 Abs 1 SGB X unmittelbar eingreifen. § 71 AFG erfaßt deshalb - schon vom Wortlaut her - nicht die Erstattung von Beitragszuschüssen.

Ob andererseits bezüglich des WG/SWG die Voraussetzungen des § 71 AFG vorliegen, bedarf noch weiterer Aufklärung durch das LSG. Entgegen der Ansicht des LSG kann dem nicht entgegengehalten werden, WG/SWG sei schon deshalb zu Recht gewährt worden, weil die Leistungen auf vorläufigen Bewilligungsbescheiden beruhten, die als solche mit Rücksicht auf die Unsicherheit über das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen zulässig und damit rechtmäßig gewesen seien. Zum einen ist dies zu verneinen, weil die Bewilligungsbescheide gerade keine vorläufigen Bescheide waren, zum andern, weil die Vorbehalte wegen Rechtswidrigkeit nicht ausgeübt werden durften.

Das LSG wird zunächst zu prüfen haben, ob den Arbeitnehmern das bewilligte WG und SWG zustand. Beim WG (2,- DM für jede Arbeitsstunde) sind die Voraussetzungen des § 80 AFG iVm § 83 AFG zu prüfen (Arbeiter in Betrieben des Baugewerbes; Beschäftigung auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz; geleistete Arbeitsstunden innerhalb der Förderungszeit des § 75 Abs 2 Nr 1 AFG - 1. Dezember bis 31. März - mit Ausnahme der Zeit vom 25. Dezember bis 1. Januar; allgemeine Voraussetzungen des § 83 AFG: Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 1. November bis 31. März unkündbar, Gewährleistung einer Lohnausgleichsanwartschaft bei Arbeitsausfall unbeschadet des Anspruchs auf Urlaub für einen zusammenhängenden Ausgleichszeitraum, der mindestens die Zeit vom 25. Dezember bis 1. Januar umfaßt). Soweit es das SWG betrifft, wird das LSG die allgemeinen Voraussetzungen des § 83 AFG (Arbeiter in Betrieben des Baugewerbes; witterungsbedingter Arbeitsausfall; Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 1. November bis 31. März unkündbar; Gewährleistung einer Lohnausgleichsanwartschaft bei Arbeitsausfall unbeschadet des Anspruchs auf Urlaub für einen zusammenhängenden Ausgleichszeitraum, der mindestens die Zeit vom 25. Dezember bis 1. Januar umfaßt), die betrieblichen Voraussetzungen des § 84 AFG - idF, die die Vorschrift durch das 8. AFGÄndG erhalten hat - (Arbeitsausfall ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht; Mindestausfall an einem Arbeitstag von einer Stunde der Arbeitszeit iS des § 69), die persönlichen Voraussetzungen des § 85 AFG - idF, die die Vorschrift durch das SGB X erhalten hat - (bei Beginn des Arbeitsausfalls auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz als Arbeiter



in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung - Ausnahmen in § 65 Abs 2; infolge des Arbeitsausfalls für Ausfallstunden kein Bezug von Arbeitsentgelt; fortbestehendes Arbeitsverhältnis) und die verfahrensmäßigen Voraussetzungen des § 88 AFG - idF, die die Vorschrift durch das 8. AFGÄndG erhalten hat - zu überprüfen und die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

Dabei kann, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, eine Rechtswidrigkeit der Leistungsgewährung nicht bereits wegen der fehlenden Stundenaufschriebe angenommen werden. Sowohl beim WG (§ 81 Abs 4 AFG) als auch beim SWG (§ 88 Abs 3 AFG) wird der Arbeitgeber zwar gesetzlich verpflichtet, während der Dauer der beantragten Förderung bzw. während der Schlechtwetterzeit für jeden Arbeitstag Aufzeichnungen über die auf der Baustelle geleisteten Arbeitsstunden zu führen und diese Aufzeichnungen drei Jahre aufzubewahren. Dadurch werden indes keine materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen normiert, sondern die Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Aufzeichnungen hat allein die Funktion, die Überprüfung von Leistungsvoraussetzungen zu ermöglichen oder zu erleichtern (BSGE 40, 23, 26 ff = SozR 4100 § 79 Nr 2). Die Aufzeichnungspflicht stellt sich damit zwar als eine wesentliche Regelung des Verwaltungsverfahrens dar, ihre Verletzung besagt aber noch nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs; die Aufzeichnungen haben nur den Charakter eines, nicht des einzig denkbaren Beweismittels (BSGE 40, 23, 26 ff = SozR 4100 § 79 Nr 2).

Bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen von WG/SWG wird das LSG zu beachten haben, daß bei der Klägerin - offenbar vorsätzlich - Stundenaufschriebe nicht geführt wurden. Soweit die Beurteilung, ob bestimmte Anspruchsvoraussetzungen für WG/SWG vorlagen, wegen des Fehlens der Stundenaufschriebe nicht mehr möglich sein sollte, wird daran zu denken sein, ob dies iS einer Umkehr der materiellen Beweislast zu Lasten der Klägerin geht (zu einer vergleichbaren Situation der Indienstnahme des Arbeitgebers im Beitragsrecht: BSGE 41, 297, 300 f = SozR 2200 § 1399 Nr 4; SozR 2200 § 317 Nr 2), der die allgemeine Rechtsprechung zur "Beweislastumkehr" im Sozialrecht (vgl. nur BSG SozR 3-1500 § 128 Nr 11 mwN) nicht entgegenstehen dürfte. Diese befaßt sich nämlich nicht mit den Folgen eines Verstoßes gegen besondere Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten, wie sie hier dem Arbeitgeber bei der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft auferlegt sind.

Wenn nach alldem feststehen sollte, daß den Arbeitnehmern das bewilligte WG/SWG nicht zustand, wird das LSG darüber hinaus zu prüfen haben, ob eine von der Klägerin bestellte Person entsprechend § 45 Abs 2 Satz 3 SGB X, also durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung oder durch vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige oder unvollständige Angaben, auf denen die Bewilligungsbescheide beruhten, die WG/SWG-Leistung bewirkt hat oder ob der von der Klägerin bestellten Person, die die Leistungsbewilligung bewirkt hat, die Rechtswidrigkeit der Bewilli-



gungsbescheide bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war. Insbesondere ist an arglistige Täuschung zu denken, weil die Klägerin trotz entsprechender Verpflichtungserklärung Stundenaufschriebe nicht geführt hat und die Leistungsbewilligungen wohl nur wegen dieser Verpflichtungen erfolgt sind. Für ein Mitverschulden der Beklagten (vgl hierzu Bieback in Gagel, aaO, RdNr 21 zu § 71; Ketelsen in Knigge ua, aaO, § 71 Anm 9, Stand 6. Ergänzungslieferung) ergeben sich keine Anhaltspunkte.

Neben dem öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch des § 71 Abs 1 AFG sind weder zivilrechtliche Schadensersatzansprüche (§ 823 Abs 1 und 2 BGB, § 826 BGB), die der Senat nach § 17 Abs 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) zu beachten hat, noch ein öffentlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung (pFV) gegeben. Nach der Begründung des Gesetzgebers zur Einführung des jetzigen § 71 Abs 1 AFG beruht diese Vorschrift auf der Erwägung, daß nach geltendem Recht nur ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch entstehen könne, ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch in Anbetracht des anspruchsbegründenden Tatbestandes jedoch angemessen erscheine und mit geringeren Kosten zu verwirklichen sei (BT-Drucks V/2291 S 73 zu § 66 Abs 1). Diese Begründung zeigt zum einen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der Schaden einer materiell-rechtlich rechtswidrigen Leistung werde von keinem sonstigen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch erfaßt, und zum anderen, daß nunmehr an die Stelle denkbarer zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche die speziellere Norm des jetzigen § 71 Abs 1 AFG treten sollte (so auch Bieback in Gagel, aaO, RdNr 31 zu § 71). § 71 Abs 1 AFG verdrängt mithin als den Rechtskomplex abschließende Regelung sowohl die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften als auch eine öffentlich-rechtliche pFV (vgl zu einer ähnlichen Problematik BSGE 66, 176, 184 ff = SozR 3-4100 § 155 Nr 1; BSG SozR 3-4100 § 157 Nr 1). Abgesehen davon dürfen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nicht durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden.

5c. Auch § 72 Abs 3 Satz 5 AFG, der über § 81 Abs 3 Satz 4 für das WG und über § 88 Abs 4 AFG für das SWG entsprechende Anwendung findet, ist nicht einschlägig. Danach ist der Arbeitgeber der BA zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er dem ArbA die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung nicht nachweist (Abs 3 Satz 1).

§ 72 Abs 3 Satz 5 AFG erfaßt aber weder die Zahlung von WG und SWG noch die daraus resultierende Beitragszuschußzahlung als Schaden (offengelassen, aber schon zweifelnd: BSGE 37, 155, 162 = SozR 4600 § 143f Nr 1). Für den Vorwurf jeglichen fehlerhaften Verhaltens der Klägerin bei der Erwirkung der Leistung müssen die Regelungen des § 71 Abs 1 AFG und §§ 45, 50 Abs 1 SGB X als *leges speciales* angesehen werden (so auch Bieback in Gagel, aaO, RdNr 4 ff, insbesondere 7 zu § 71). Andernfalls käme es zu unauflösbaren Widersprüchen beim Verschuldensmaßstab; § 72 Abs 3 Satz 5 AFG läßt nämlich jede Fahrlässigkeit genügen, während sowohl § 71 Abs 1 AFG als auch § 45 SGB X andere, zum Teil strengere Kriterien normieren. Im übrigen ist, wie bereits ausge-



führt, der Gesetzgeber selbst davon ausgegangen, daß der Schaden, der in der den Arbeitnehmern eigentlich nicht zustehenden Leistung liegt, vor Inkrafttreten des AFG mit seiner jetzigen Regelung des § 71 Abs 1 AFG durch andere öffentlich-rechtliche Normen nicht erfaßt war (BT-Drucks V/2291 S 73 zu § 66 Abs 1), obwohl der jetzige § 72 Abs 3 Satz 5 AFG dem früheren § 188 Abs 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) entsprach (BT-Drucks V/2291 S 73 zu § 67 Abs 3). Wenn aber § 188 Abs 3 AVAVG, der für das SWG über § 143 Abs 4 AVAVG anwendbar war, auch den in der Leistung zu sehenden Schaden erfaßt hätte, hätte es der Einfügung des jetzigen § 71 Abs 1 AFG überhaupt nicht bedurft.

Ein Anspruch der Beklagten (§ 72 Abs 3 Satz 5 AFG) auf Ersatz des in fehlerhafter Leistung liegenden Schadens läßt sich auch nicht damit begründen, daß die Klägerin vorsätzlich oder fahrlässig keine oder erst zu spät Stundenaufschriebe geführt hat. Dabei kann offenbleiben, ob und inwieweit die von der Beklagten reklamierten Aufzeichnungen den in § 81 Abs 4 AFG bzw § 88 Abs 3 AFG angesprochenen Aufzeichnungen entsprechen. Nicht entscheidungserheblich ist außerdem, daß die in § 72 Abs 3 Satz 1 AFG (iVm § 81 Abs 3 Satz 4, § 88 Abs 4 AFG) normierten allgemeinen Nachweispflichten für die Gewährung von WG/SWG nicht mit den zusätzlichen, speziellen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungsvorschriften des Arbeitgebers im WG/SWG-Verfahren (§ 81 Abs 4, § 88 Abs 3 AFG) identisch sind (vgl hierzu § 230 Abs 1 AFG, der expressis verbis zwischen beiden Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers unterscheidet). Zwar rechtfertigt die Verweisung in § 81 Abs 3 Satz 4, § 88 Abs 4 AFG auf § 72 Abs 3 AFG gleichwohl einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen die zusätzlichen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten (so seit 1. Januar 1998 § 321 Nr 3 SGB III). Der aus fehlenden Aufzeichnungen resultierende "Schaden" kann aber allenfalls darin bestehen, daß bei der nachträglichen Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen deren Nichtvorliegen nicht mehr nachweisbar ist. Diese Nichterweislichkeit des Fehlens bestimmter Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen ist nicht mit dem Schaden einer fehlerhaften Leistung gleichzusetzen; denn trotz Nichterweislichkeit bestimmter Anspruchsvoraussetzungen für WG/SWG und Beitragszuschüsse liegt ein Leistungsschaden nur vor, wenn die Anspruchsvoraussetzungen tatsächlich nicht gegeben waren.

Daß § 72 Abs 3 Satz 5 AFG den in fehlerhaften Leistungen liegenden Schaden nicht erfaßt, sondern andere Schäden, zB Mehrkosten durch zusätzliche Ermittlungen (vgl Bieback in Gagel, aaO, RdNr 4 zu § 71), ist auch unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, daß die Arbeitgeber durch die Vorschriften über die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft - wie im übrigen auch durch die Vorschriften über das Kug - in eine gesetzliche Treuhandstellung gedrängt und für Aufgaben der Beklagten in Dienst genommen werden. Ihnen wird dadurch eine Verantwortung und ein Risiko überbürdet, dem durch den besonderen Verschuldensmaßstab des § 71 Abs 1 AFG und des § 45 SGB X



besser Rechnung getragen wird, als durch § 72 Abs 3 Satz 5 AFG mit seinem Verschuldensmaßstab jeglicher leichten Fahrlässigkeit.

5d. Der Bescheid der Beklagten rechtfertigt sich - bezogen auf das WG/SWG - nicht aus §§ 45, 50 Abs 1 SGB X.

Hinsichtlich dieser Leistungen scheitert die Erstattungsforderung der Beklagten schon daran, daß sie die Bewilligungsbescheide nicht aufgehoben hat, dies jedoch Voraussetzung für eine Erstattung nach § 50 Abs 1 SGB X wäre. Ohnedies können die §§ 45, 50 SGB X für die Rückabwicklung der SWG/WG-Gewährung, also für die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit und die Erstattung des WG/SWG, im Verhältnis zwischen der BA und Arbeitgeber nicht eingreifen (schon zweifelnd der 11. Senat in BSGE 68, 67, 74 f = SozR 3-4100 § 71 Nr 1). Handelt es sich beim WG/SWG um Leistungen an die Arbeitnehmer, müßte beim Vertrauensschutz (§ 45 Abs 2 SGB X) auf die Arbeitnehmer als "Begünstigte" abgestellt werden (Ketelsen in Knigge ua, aaO, § 71 Anm 10, Stand 6. Ergänzungslieferung; anders noch ohne nähere Begründung der erkennende Senat in BSGE 62, 32 ff = SozR 4100 § 71 Nr 2).

Auch eine Prozeßstandschaft des Arbeitgebers für seine Arbeitnehmer im Rahmen der Rückabwicklung dieser Leistungsbeziehungen ist zu verneinen (bereits zweifelnd der 11. Senat in BSGE 68, 67, 74 f = SozR 3-4100 § 71 Nr 1). Denn wären Rücknahme- und Erstattungsbescheid an den Arbeitgeber zu richten, würde dies den Rechtsbeziehungen zwischen BA, Arbeitgeber und Arbeitnehmern in der Sache nicht gerecht, weil neben § 71 Abs 1 AFG in § 71 Abs 2 AFG eine Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Gesamtschuldner für den Fall vorgesehen ist, daß die zu Unrecht geleisteten Beträge sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Empfänger der Leistung, also von den Arbeitnehmern - etwa wenn diese die Rechtswidrigkeit der Bewilligung kannten -, zu erstatten sind (ebenso BSGE 68, 67, 75 = SozR 3-4100 § 71 Nr 1). Würde die Verfahrensstandschaft auf das Rücknahme- und Rückforderungsverfahren ausgedehnt, so müßte sich der Arbeitnehmer in dem Verwaltungsverfahren, in dem darüber entschieden wird, wer zu zahlen hat, vom Arbeitgeber trotz des Interessenwiderstreits im untechnischen Sinne vertreten lassen (BSG aaO). Dieser Interessenwiderstreit verbietet es auch, den Arbeitnehmern das Verhalten ihres Verfahrensstandschafters (des Arbeitgebers) bei der Prüfung der "Bösgläubigkeit" (§ 45 Abs 2 SGB X) zuzurechnen (Ketelsen in Knigge ua, aaO), zumal es sich um eine aufgedrängte Verfahrens- und Prozeßstandschaft handelt, die die Arbeitnehmer von jeglicher unmittelbaren Einflußnahme ausschließt.

All diese Einwände greifen indes nicht, soweit es die dem Arbeitgeber gewährten RV-Beitragszuschüsse zum SWG betrifft. Nach § 166 Abs 3 Satz 2 AFG (hier idF, die § 166 durch das Haushaltsbegleitgesetz 1983 vom 20. Dezember 1982 - BGBl I 1857 - und durch das Rentenreformgesetz 1992 vom 18. Dezember 1989 - BGBl I 2261 - erhalten



hat) gewährt die BA dem Arbeitgeber auf Antrag einen Zuschuß in Höhe von 50 vH der von ihm zu tragenden RV-Beiträge bei Bezug von SWG. Wie bei § 71 AFG wird es für die Entscheidung des LSG darauf ankommen, ob den Arbeitnehmern SWG zustand. Daß die Bescheide über die Bewilligung von SWG nicht aufgehoben sind, zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung, selbst wenn der Beitragszuschuß nach dem Wortlaut des § 166 Abs 3 Satz 2 iVm Abs 2 Satz 1 AFG alleine an die Gewährung von SWG anknüpft. Um die "Rückabwicklung" des WG/SWG über § 71 AFG mit der der Rückerstattung von Beitragszuschüssen zu harmonisieren, muß es genügen, daß SWG nicht hätte gezahlt werden dürfen; die fehlende Aufhebung der Bewilligungsbescheide ist im Hinblick auf die geschilderten Besonderheiten des SWG-Verfahrens kein Behaltensgrund. Ggf wird das LSG im Rahmen der weiteren Prüfung des § 45 SGB X, insbesondere des Abs 3 Satz 3, auf weiteren Harmonisierungsbedarf zu achten haben.

5e. Der Bescheid der Beklagten rechtfertigt sich nicht aus § 151 Abs 1 AFG in der bis 20. Mai 1996 geltenden Fassung (ab Mai 1996 § 47 Abs 2 SGB X), der den Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte für die Vergangenheit zuließ, soweit die aufgrund dieses Verwaltungsakts gewährten Leistungen nicht oder nicht mehr ihrem Zweck entsprechend verwendet worden sind. Die Anwendung dieser Vorschrift scheitert schon daran, daß es sich beim WG und SWG - damit auch bei den vom SWG abhängigen Beitragszuschüssen - nicht um zweckgebundene Leistungen iS dieser Vorschrift handelt (BSGE 62, 32, 37 = SozR 4100 § 71 Nr 2).

Auch die Rechtsfigur des Verwaltungsakts auf Unterwerfung kann nicht nutzbar gemacht werden. Anders ausgedrückt: Die von der Klägerin unterschriebene Verpflichtungserklärung ist allein keine zulässige Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid. Zwar hat das BSG in einzelnen Entscheidungen Verwaltungsakte auf Unterwerfung für zulässig gehalten (vgl nur: BSGE 54, 286, 289 f = SozR 3870 § 8 Nr 1; BSG SozR 1200 § 31 Nr 1; vgl auch Bieback in Gagel, aaO, RdNr 177 zu § 72). Es kann offenbleiben, ob dem zu folgen ist oder nicht immer die Lösung über eine Nebenbestimmung zum Verwaltungsakt zu suchen ist; denn die Entscheidungen des BSG betrafen Ermessensleistungen. Bei gebundenen Verwaltungsakten - wie vorliegend - bedeutete die Berufung auf die Konstruktion des Verwaltungsakts auf Unterwerfung, daß die Anforderungen des § 32 Abs 1 SGB X und/oder der Vertrauensschutz bei Rücknahme von Verwaltungsakten (Bieback in Gagel, aaO; ders, DVBl 1988, 453, 454) bzw der spezielle Verschuldensmaßstab des § 71 AFG für den Schadensersatzanspruch umgangen würde.

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann sie ihren Bescheid auch nicht auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch stützen (vgl indessen noch zur früheren Rechtslage vor Inkrafttreten des SGB X mit nicht eindeutiger Begründung BSGE 29, 6 ff = SozR Nr 7 zu § 185 AVAVG). Seit Inkrafttreten des SGB X kann auf dieses Rechtsinstitut im Rahmen der Rückabwicklung öffentlich-rechtlicher Leistungsverhältnisse nicht mehr



zurückgegriffen werden (§ 37 SGB I), weil § 50 SGB X insoweit eine abschließende Regelung darstellt, soweit nicht Vorschriften des Sozialgesetzbuchs Abweichendes regeln (vgl. BSGE 66, 176, 184 = SozR 3-4100 § 155 Nr 1; BSGE 67, 232, 235 = SozR 3-4100 § 155 Nr 2; BSG SozR 3-4100 § 157 Nr 1). Darüber hinaus hat die Klägerin das WG und das SWG ohnedies nur als Treuhänder für ihre Arbeitnehmer erhalten und diesen bestimmungsgemäß ausgezahlt, so daß sich ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch nicht gegen sie richten kann.

Die Beklagte kann sich schließlich zur Rechtfertigung ihres angefochtenen Bescheids nicht auf § 147 Abs 2 Satz 2 AFG berufen, der zwar erst am 1. Januar 1994 in Kraft getreten ist, an dessen Anwendung jedoch gedacht werden kann, weil der Widerspruchsbescheid im Jahre 1994 ergangen ist. Nach § 147 AFG kann unter bestimmten Voraussetzungen über einen Anspruch vorläufig entschieden werden; die aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen sind zu erstatten, soweit mit der abschließenden Entscheidung ein Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkannt wird (Abs 2 Satz 2). Diese Regelung ist bereits deshalb nicht anwendbar, weil es sich bei den Bewilligungsbescheiden der Beklagten nicht um vorläufige Bescheide gehandelt hat, sondern um - wenn auch jeweils mit einer Nebenbestimmung verbundene - endgültige. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Vorschrift einen Erstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber gewährt, soweit es das WG/SWG betrifft. Dies erkennend hat der Gesetzgeber mit dem 1. SGB-III-ÄndG in § 328 Abs 3 Satz 2 SGB III eine gesonderte Erstattungspflicht des Arbeitgebers aufgenommen, die er allerdings damit begründet hat, daß sie die Stellung des Arbeitgebers als Treuhänders auch im Leistungserstattungsverfahren klarstellen solle (BT-Drucks 13/8994 S 82 zu Nr 42a). § 328 Abs 3 Satz 2 SGB III normiert demgegenüber einen unmittelbar gegen den Arbeitgeber gerichteten Anspruch, nicht einen Anspruch gegen die Arbeitnehmer als Leistungsempfänger, über den der Arbeitgeber als Treuhänder, Verfahrens- und Prozeßstandschafter verfügen kann.

6. Zusammenfassend wird das LSG mithin zu ermitteln haben, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von WG/SWG und damit der RV-Beitragszuschüsse zum Zeitpunkt der Bewilligungen und die weiteren Voraussetzungen des § 71 Abs 1 AFG für den Ersatz des WG und SWG und des § 45 SGB X für die Rücknahme der Bewilligung von RV-Beitragszuschüssen vorlagen. Das LSG wird außerdem über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

