
Datum: 13.06.2019
Gericht: Sozialgericht Gelsenkirchen
Spruchkörper: 20
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 20 AL 462/16
ECLI: ECLI:DE:SGGE:2019:0613.S20AL462.16.00

Tenor:

Die Beklagte wird unter Abänderung des Bescheides vom 21.09.2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.11.2016 verurteilt, Transferkurzarbeitergeld für die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit TK-003324 für den Zeitraum vom 01.09.14 bis 31.08.15 in Höhe von weiteren 156.647,90 Euro endgültig zu gewähren. Im Übrigen wird der Bescheid aufgehoben.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin.

hat die 20. Kammer des Sozialgerichts Gelsenkirchen ohne mündliche Verhandlung am 13.06.2019 durch die Vorsitzende, die Richterin am Sozialgericht L, sowie die ehrenamtliche Richterin Nund den ehrenamtlichen Richter Q für Recht erkannt: 1

Die Beklagte wird unter Abänderung des Bescheides vom 21.09.2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.11.2016 verurteilt, Transferkurzarbeitergeld für die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit UL-XXXXXX für den Zeitraum vom 01.09.14 bis 31.08.15 in Höhe von weiteren 156.647,90 Euro endgültig zu gewähren. Im Übrigen wird der Bescheid aufgehoben. 2

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin. 3

Tatbestand: 4

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die endgültige Gewährung von im Rahmen von vorläufigen Bewilligungen gewährten Transferkurzarbeitergeldes (T-Kug) für die Monate September 2014 bis August 2015 in Höhe von 156.647,90 Euro und wendet sich gegen die in dieser Höhe geltend gemachte Erstattungsforderung. 5

- Die Klägerin betrieb das C R-I in D, in dem im Jahr XXXX noch ca. XXXX Mitarbeiter mit der Förderung von Steinkohle beschäftigt waren. Das C wurde am XX.XX.XXXX offiziell geschlossen, -----.
- Wegen der geplanten Beendigung der T im Jahr XXXX hatte die Klägerin mit dem Gesamtbetriebsrat ein Konzept zum sozialverträglichen Abbau von Arbeitsplätzen entwickelt. Nach § 6 S. 1 der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.01.2005 musste der Urlaub des laufenden Jahres und der evtl. Resturlaub aus den Vorjahren vor Beginn der Kurzarbeit genommen werden. § 6 S. 4 der Vereinbarung führt aus: „Der gesamte während der Kurzarbeit entstandene Urlaubs-/Freischichtenanspruch wird unmittelbar vor dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis realisiert.“ Nach den Angaben der Beklagten entsprach es bis zum 31.12.2013 der Praxis der Klägerin, von Kurzarbeit Null betroffenen Arbeitnehmern entsprechend § 6 S. 4 dieser Gesamtbetriebsvereinbarung Urlaub zu gewähren. Am 25.09.2013 wurde eine neue Gesamtbetriebsvereinbarung geschlossen. In der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 25.09.2013 ist geregelt, dass der Urlaub des laufenden Jahres und etwaiger Resturlaub aus den Vorjahren vor Beginn der Kurzarbeit genommen werden muss. Eine Vereinbarung entsprechend § 6 S. 4 der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.01.2005 fehlt.
- Aufgrund der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 25.09.2013 wurde von der Klägerin zur Vermeidung von Entlassungen für den Zeitraum vom 01.09.2014 bis 31.08.2015 Kurzarbeit gem. § 111 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) – sogenannte Kurzarbeit Null – eingeführt.
- Am 24.09.2014 zeigte die Klägerin der Beklagten einen hundertprozentigen Arbeitsausfall in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit (beE) UL-XXXXXX, in der sie zuvor 137 Arbeitnehmer zusammengefasst hatte, für den Zeitraum vom 01.09.2014 bis zum 31.08.2015 an. In dieser Anzeige gab die Klägerin unter Frage 13 an, Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer seien aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden. Gleichzeitig wurde die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.01.2005 vorgelegt.
- Mit bestandskräftigem Bescheid vom 01.10.2014 bewilligte die Beklagte den vom Entgeltausfall betroffenen Arbeitnehmern der beE UL-XXXXXX T-Kug dem Grunde nach ab dem 01.09.2014 längstens bis zum 31.08.2015, sofern die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen dieser Arbeitnehmer erfüllt seien (§ 111 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 SGB III).
- Die Klägerin stellte für die Monate September 2014 bis August 2015 für die betroffenen Arbeitnehmer Leistungsanträge auf T-Kug. Bei der Angabe des Entgeltanspruches berücksichtigte die Klägerin keine Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer, da den betroffenen Arbeitnehmern in diesem Zeitraum kein Urlaub gewährt wurde.
- In der Folgezeit gewährte die Beklagte aufgrund der von der Klägerin eingereichten Leistungsanträge eine Abschlagszahlung und im Übrigen Bewilligungen entsprechend der sich aus den den Anträgen beigefügten Listen ergebenden Beträge in Höhe von insgesamt 1.979.602,75 Euro. Die Bewilligungsbescheide enthalten in ihrer Begründung jeweils den Hinweis, dass die Leistungen gem. § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III vorläufig gewährt würden.
- Auf Nachfrage der Beklagten errechnete die Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum für die in der beE UL-XXXXXX zusammengefassten Arbeitnehmer Urlaubsentgeltansprüche in Höhe von 68.947,46 Euro.

Mit als Abschlussbescheid überschriebenem endgültigem Bewilligungsbescheid vom 21.09.2016 bewilligte die Beklagte der Klägerin für den Zeitraum vom 01.09.2014 bis zum 31.08.2015 T-Kug in Höhe von 1.822.954,85 Euro. Die im Rahmen der T-Kug eingereichten Leistungsanträge seien anhand der Lohn- und Arbeitszeitunterlagen des Betriebes überprüft worden. Die Klägerin habe bisher bei der Abrechnung des T-Kug keine Urlaubsansprüche für die Arbeitnehmer berücksichtigt. Nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) habe jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Dies gelte auch für Arbeitnehmer in beE nach § 111 SGB III. Im Umfang des Anspruchs auf diesen bezahlten Erholungsurlaub bestehe kein Entgeltausfall mit Anspruch auf T-Kug und sei der Arbeitsausfall vermeidbar. Das zu beanspruchende Urlaubsentgelt sei bei der Ermittlung des zustehenden T-Kug als Ist-Entgelt zu berücksichtigen. Die Arbeitnehmer dieser Maßnahme hätten auf der Grundlage des Bundesurlaubsgesetzes (BurlG) Anspruch auf 20 Tage bezahlten Erholungsurlaub. Die Berücksichtigung dieses Urlaubsanspruchs führe für die gesamte Maßnahme zu einer Minderung des Anspruchs auf T-Kug um 68.947,46 Euro. Die Höhe des für die gesamte Maßnahme zustehenden Anspruchs auf T-Kug betrage damit 1.822.954,85 Euro. Da bisher 1.997.602,75 Euro als vorläufige Leistung gezahlt worden seien, der Klägerin jedoch nur 1.822.954,85 Euro zustünden, habe sie das überzahlte T-Kug in Höhe von 156.647,90 Euro zu erstatten. Rechtsgrundlage seien § 328 iVm §§ 105, 106 und 111 SGB III.

Hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein. Zur Begründung führte sie aus, dass den von der Kurzarbeit Null erfassten Arbeitnehmern während der Kurzarbeit Null kein Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub zustehe. Ausdrücklich verwies sie auf das Urteil des EuGH vom 08.11.2012, Az C-229/11 und C -230/11 sowie die Sonderregelungen des § 111 Abs. 5 SGB III, nach der Arbeitnehmer des Steinkohlebergbaus, denen Anpassungsgeld nach § 5 des Steinkohlefinanzierungsgesetzes (SteinkohleFinG) gezahlt werden könne, vor der Inanspruchnahme des Anpassungsgeldes Anspruch auf T-Kug hätten.

15

Mit Widerspruchsbescheid vom 23.11.2016 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Nach dem BUrlG hätte jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Das zu beanspruchende Urlaubsentgelt sei bei der Ermittlung des T-Kug als Ist-Entgelt zu berücksichtigen und mindere den Anspruch auf T-Kug im konkreten Fall um zu erstattende 156.647,90 Euro. Weder die Rechtsprechung des EuGH noch die Vorschrift des § 111 Abs. 5 SGB III führen zu einer anderen Bewertung.

16

Hiergegen hat die Klägerin am 20.12.2016 Klage erhoben. Zur Begründung führt sie aus, Die Beklagte vertrete zu Unrecht die Auffassung, jeder Arbeitnehmer habe in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach dem BUrlG. Dementsprechend hätten auch die von der konkreten Kurzarbeit Null erfassten Arbeitnehmer während der Kurzarbeit Null einen Anspruch auf 20 Tage bezahlten Erholungsurlaub. Diese Ausführungen würden arbeitsrechtlich nicht zutreffen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) habe bereits mit Urteilen vom 16.12.2008, Az 9 AZR 164/08 Ausführungen zu dem Verhältnis zwischen Urlaubsanspruch und Kurzarbeit Null gemacht. Bei verbindlich eingeführter Kurzarbeit Null bestehe keine Arbeitspflicht. Im Verhältnis zu zeitgleich festgelegten Urlaubszeiten bedeute dies nicht, dass die Arbeitszeit sich durch die Einführung der Kurzarbeit nicht mehr verringern könne. Vielmehr könne nach Einführung von Kurzarbeit Null der mit der Festlegung des Urlaubs bezweckte Leistungserfolg, die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht, nicht mehr eintreten. Die Arbeitspflicht sei schon aufgrund betriebsverfassungsrechtlicher Normen, hier § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG, aufgehoben. Danach sei eine Urlaubsgewährung in der Phase Kurzarbeit Null nicht mehr möglich. Trotz dieser BAG-Entscheidung sei die Frage, inwieweit sich Kurzarbeit Null auf die Berechnung der Dauer des Anspruchs eines

17

Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub auswirke, arbeitsrechtlich in der Vergangenheit umstritten gewesen. Das Arbeitsgericht Passau habe dazu in seinem Vorlagebeschluss vom 13.04.2011, Az 1 Ca 62/11 Rdz 30 ff ausführlich Stellung genommen. Der EuGH habe in seinem Urteil vom 08.11.2012, Rs. C-229/11 und C-230/11 entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften, nach denen der Anspruch eines Kurzarbeiters auf bezahlten Jahresurlaub pro rata temporis berechnet werde, nicht gegen europarechtliche Vorgaben verstießen. Damit sei nunmehr geklärt, dass die von der Kurzarbeit Null Arbeitnehmer bei der Kurzarbeit Null keinen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub gegen die Klägerin hätten.

Die Rechtsauffassung der Klägerin sei auch in einem arbeitsgerichtlichen Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Herne in einem Urteil vom 04.04.2017, Az. 3 Ca 3023/16 bestätigt worden. In diesem Verfahren habe ein ehemaliger Mitarbeiter der Klägerin diese auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung wegen Nichtgewährung von Urlaub in der Kurzarbeit Null verklagt. Die Klage sei abgewiesen worden. Ausdrücklich habe das Gericht bestätigt, dass sich der in Kurzarbeit Null befindende Kläger während der Kurzarbeit Null in einer Situation befunden habe, die derjenigen eines Teilzeitbeschäftigten gleiche. Befinde sich ein Arbeitnehmer in der Kurzarbeit Null entstehe kein Urlaubsanspruch. Die hiergegen von dem Kläger eingelegte Berufung sei durch das LAG Hamm zurückgewiesen worden (Urteil vom 30.08.2017, Az. 5 Sa 626/17). 18

Ergänzend wie die Klägerin darauf hin, dass das Verfahren für die Gewährung von T-Kug zweistufig ausgestaltet sei. In diese Sinne habe die Beklagte am 01.10.2014 auf der ersten Stufe einen Bescheid erlassen, mit dem dem Grunde nach die Voraussetzungen für die Gewährung T-Kug anerkannt worden sei. Der von der Beklagten ins Feld geführte Aspekt der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne des § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III könne auf der vorliegend betroffenen zweiten Stufe der konkreten Leistungsgewährung bei der Höhe der T-Kug-Gewährung keine Rolle mehr spielen. 19

Hinzukomme der Umstand, dass sich im vorliegenden Fall der Anspruch auf T-Kug eigenständig aus § 111 Abs. 5 SGB III ergebe. Zwischen den Beteiligten sei unstreitig, dass sich die konkret in Rede stehende streitgegenständliche Förderung auf einen Personenkreis im Sinne des § 111 Abs. 5 SGB III beziehe. Durch diese Vorschrift solle klargestellt werden, dass Arbeitnehmer des Steinkohle-Bergbaus, denen Anpassungsgeld nach § 5 SteinkohleFinG gezahlt werden könne, bis zu 12 Monate vor dem Bezug von Anpassungsgeld T-Kug unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 bis 4 SGB III gezahlt werden könne. Die Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 – 4 SGB III müssten damit insoweit für einen Anspruch auf T-Kug nicht vorliegen. Dies entspreche in der Sache der kohlepolitischen Verständigung zur Beendigung des Steinkohle-Bergbaus und den entsprechenden Modellrechnungen, die dieser Verständigung zugrunde lägen. In diesen Modellrechnungen sei auch eine übergangsweise einjährige Kurzarbeiter-Phase vor Gewährung des Anpassungsgeldes gemäß § 5 SteinkohleFinG unterstellt, wie sich aus der BT-Drs. 16/6384, S. 10 ff. und 16/11233 S. 16 ergebe. § 111 Abs. 5 SGB III enthalte insofern eine zu berücksichtigende Spezialregelung für Arbeitnehmer des Steinkohle-Bergbaus, denen Anpassungsgeld gezahlt werden könne. Dies habe die Beklagte nicht beachtet. Es komme damit vorliegend nicht einmal darauf an, dass in Anbetracht von Struktur und Zielsetzung des T-Kug ein dauerhafter Arbeitsausfall bei Kurzarbeit Null nicht durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub vermieden werden könne, wie bereits das LSG Rheinland-Pfalz in seinem Urteil vom 25.08.2009, Az. L 1 AL 103/08 – ausgeführt habe. Die Beklagte führe selbst unter Ziffer 12.5 ihrer Geschäftsanweisungen zum T-Kug aus, dass durch § 111 Abs. 5 SGB III klargestellt werden solle, dass Arbeitnehmer des Steinkohle-Bergbaus, denen Anpassungsgeld nach § 5 Steinkohle-Finanzierungsgesetz gewährt werden 20

könne, bis zu 12. Monate vor den Bezug von Anpassungsgeld unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 – 4 SGB III T-Kug erhalten könnten.	
Danach habe die einen Anspruch auf eine endgültige Bewilligung in Höhe der insgesamt beantragten 1.979.602,75 Euro. Damit sei auch der geltend gemacht Erstattungsanspruch in Höhe von 156.647,90 Euro obsolet.	21
Die Klägerin beantragt schriftlich sinngemäß,	22
die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 21.09.2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.11.2016 zu verurteilen, Transferkurzarbeitergeld für die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit UL-XXXXXX für den Zeitraum vom 01.09.14 bis 31.08.2015 in Höhe von weiteren 156.647,90 € endgültig zu gewähren und den Bescheid im Übrigen aufzuheben.	23
Die Beklagte beantragt schriftlich,	24
die Klage abzuweisen.	25
Sie hält den angefochtenen Bescheid für rechtmäßig. Zur Begründung wiederholt sie ihre Ausführungen aus den angefochtenen Bescheiden. Sie führt ergänzend aus, der Urlaubsanspruch selbst setze keine Arbeitsleistung voraus; er müsse weder erarbeitet noch verdient werden, das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses reiche aus. Entsprechend sei auch Rechtsprechung des BAG zum Beispiel zum Urlaubsanspruch bei unbezahlttem Urlaub, beim Bezug einer Erwerbsminderungsrente, einer Pflegezeitunterbrechung etc. ergangen. Ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis werde durch Kurzarbeit Null nicht begründet; eine Arbeitsleistung sei bei T-Kug nach § 111 Abs. 1 SGB III für die Dauer der Kurzarbeit bis zum nahtlosen Ausscheiden in Ruhestandsleistungen nicht vorgesehen. Die Anwendung der Kürzungsvorschrift nach § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG sei damit ausgeschlossen. Ferner sei mit der am 25.09.2014 eingegangenen Anzeige über Arbeitsausfall die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.01.2005 vorgelegt worden. Diese sichere den betroffenen Arbeitnehmern nach § 2 nahtloses Ausscheiden nach der Kurzarbeit in den vorgezogenen Ruhestand und nach § 6 die Realisierung des während der Kurzarbeit entstandenen Urlaubs unmittelbar vor dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zu. Dies sei von der Klägerin – zumindest bis 31.12.2013 – auch so praktiziert worden. Der volle Jahresurlaub von in der Regel 30 Tagen sei für das Jahr des Ausscheidens mit eingebracht worden. Die zwischenzeitlich abgeschlossene Änderungsvereinbarung – unterzeichnet am 25.09.2013 – sei mit der Anzeige nicht vorgelegt/bekannt gegeben worden und habe daher im Anerkennungsbescheid vom 01.10.2014 nicht berücksichtigt werden können. Dieses sei der Beklagten erst im Rahmen der Vollprüfung bekannt geworden. Eine bindende Erklärung im Sinne der BSG-Entscheidung vom 14.09.2010, Az. B 7 AL 29/09 R, die eine abweichende endgültige Festsetzung ausschließen würde, habe damit nicht vorgelegen. Die von der Klägerin zitierte BSG-Entscheidung vom 14.09.2010 sei zur vorangegangenen Entscheidung des LSG Rheinland-Pfalz vom 25.08.2009 ergangen. Die dort aufgeworfene Frage zur Vermeidbarkeit von dauerhaftem Arbeitsausfalls bei angeordneter Kurzarbeit Null habe das BSG in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen. Eine BSG-Rechtsprechung zu der in diesem Klageverfahren streitentscheidenden Rechtsfrage liege damit bislang nicht vor.	26
Die Rechtsauffassung der Klägerin, dass bei Sachverhalten nach § 111 Abs. 5 SGB III keine der drei Voraussetzungen nach § 111 Abs. 1 bis 4 erfüllt sein müssten, finde in der BSG-Rechtsprechung keine Bestätigung. Hier der Rechtsauffassung der Klägerin zu folgen würde bedeuten, dass bereits die Inanspruchnahme von Anpassungsgeld (bedingungslos) und	27

quasi automatisch zu einem Anspruch auf T-Kug führen müsse. Aus der Rechtsprechung des EuGH im Urteil vom 08.11.2012 ließen sich keine Argumente lesen, die den Vortrag der Klägerin unterstützen würde.

Im Erörterungstermin am 14.02.2019 haben die Beteiligten unstreitig gestellt, dass es sich bei der vorliegend betroffenen eigenständigen Betriebseinheit um Arbeitnehmer im Sinne von § 111 Abs. 5 SGB III handelt. Ferner haben sie übereinstimmend ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten wird verwiesen auf den Inhalt der Gerichtsakte und die die Klägerin betreffende Verwaltungsakte der Beklagten. Sie haben der Kammer bei ihrer Entscheidung vorgelegen. 29

Entscheidungsgründe: 30

Die Kammer konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten hiermit ihr Einverständnis erklärt haben (§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz – SGG –). 31

Die zulässige Klage ist begründet. Gegenstand des Verfahrens, das die Klägerin als Prozessstandschafterin ihrer in die beE UL-XXXXXX integrierten Arbeitnehmer führt, ohne dass deren Beiladung nach § 75 Abs. 2 SGG notwendig wäre (vgl. nur LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.08.2009, L 1 AL 103/08 – juris – Dokument Rdz. 16 m. w. N.), ist der Bescheid vom 21.09.2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.11.2016, mit dem die Beklagte die endgültige Bewilligung von weiterem T-Kug in Höhe von 156.647,90 Euro abgelehnt und die Erstattung dieses Betrages fordert. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§§ 54 Abs. 1 S. 1 SGG iVm Abs. 4, 56 SGG). 32

Die Klägerin hat einen Anspruch auf die endgültige Gewährung von T-Kug in Höhe von weiteren 156.647,90 Euro. Der Anspruch besteht gem. § 111 Abs. 5 SGB III (dazu I.) und gem. § 111 Abs. 1 SGB III (dazu II.) Offen bleiben konnte, ob sich der Anspruch auch aus dem Anerkennungsbescheid vom 01.10.2014 ergibt (dazu III.) Die Beklagte ist nicht berechtigt, die Erstattung von 156.647,90 Euro zu verlangen (dazu IV). 33

I. 34

Gem. § 111 Abs. 5 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Steinkohlebergbaus, denen Anpassungsgeld nach § 5 des SteinkohleFinG gezahlt werden kann, haben vor der Inanspruchnahme des Anpassungsgeldes Anspruch auf T-Kug 35

Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Sonderregelung für die Arbeitnehmer des Steinkohlebergbaus. Sie geht auf die sogenannte politische Verständigung („Eckpunkte einer kohlepolitischen Verständigung von Bund, Land Nordrhein-Westfalen (NRW) und Saarland, RAG AG und IGBCE“) vom 07.02.2007 zurück. In dieser einigten sich die Beteiligten darauf, den subventionierten Abbau der Steinkohle in Deutschland bis zum Jahr 2018 zu beenden. Der Bund wurde hierdurch von der Bereitstellung von Strukturhilfemitteln freigestellt. Das Auslaufen dieser Subventionen sollte nach dem Willen der Beteiligten sozialverträglich gestaltet werden. § 111 Abs. 5 SGB III bestimmt daher, dass dieser besondere Kreis von Arbeitnehmer – ohne die übrigen Anspruchsvoraussetzungen des § 111 Abs. 1 S. 1 Ziffern 1 bis 5 SGB III erfüllen zu müssen (siehe Biebak in: Gagel SGB II/SGB III, § 111 SGB III, Rdz. 96 und juris PK, Kommentar zum SGB III, § 111 Rdz. 89) - vor der Gewährung von Anpassungsgeld einen Anspruch auf T-Kug haben. Bei den in der vorliegend betroffenen beE 36

UL-XXXXXX zusammengefassten Arbeitnehmern handelt es sich nach Angaben der Beteiligten um solche, denen Anpassungsgeld nach § 5 des SteinkohleFinG gezahlt werden kann. Damit besteht für diese Arbeitnehmer Anspruch auf T-Kug, ohne das insbesondere die Voraussetzung eines dauerhaften, nicht vermeidbaren Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinn von § 111 Abs. 1 Ziff. 1 SGB III vorliegen müsste. Vielmehr ist insofern das T-Kug Bestandteil des sozialverträglichen Auslaufens des Steinkohlebergbaus. Die Beklagte war allein aus diesem Grunde nicht berechtigt, die Gewährung von T-Kug in Höhe von 156.647,90 € wegen eines nach ihrer Auffassung vorliegenden vermeidbaren Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinn von § 111 S. 1 Nr. 2 SGB III abzulehnen.

II. 37

Darüber hinaus ergibt sich nach Auffassung der Kammer ein Anspruch auch aus § 111 S.1 SGB III, da diese Voraussetzungen erfüllt sind. 38

Nach § 111 Abs. 1 S. 1 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Vermeidung von Entlassungen und zur Verbesserung ihre Vermittlungsaussichten Anspruch auf Kurzarbeitergeld zur Förderung der Eingliederung bei betrieblichen Strukturierungen (T-Kug), wenn 39

- 1. und solange sie von einem dauerhaften, nicht vermeidbaren Ausfall mit Entgeltausfall betroffen sind, 40
- 2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind, 42
- 3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind, 43
- 4. sich die Betriebsparteien im Vorfeld der Entscheidung über die Inanspruchnahme von T-Kug, insbesondere im Rahmen ihrer Verhandlungen über einen die Integration der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fördernden Interessenausgleich oder Sozialplan nach § 112 des Betriebsverfassungsgesetzes, von der Agentur für Arbeit beraten lassen haben und 44
- 5. der dauerhafte Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist. 45

Die Agentur für Arbeit leistet T-Kug für längstens 12 Monate. 46

Ein dauerhafter Arbeitsausfall liegt gem. § 111 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB III vor, wenn aufgrund einer Betriebsänderung im Sinne des § 110 Abs. 1 Satz 3 SGB III die Beschäftigungsmöglichkeiten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend entfallen. Der Entgeltausfall kann auch hier jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen 47

Die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von T-Kug sind gem. § 111 Abs. 3 SGB III erfüllt, wenn 48

- 1. in einem Betrieb Personalanpassungsmaßnahmen aufgrund einer Betriebsänderung durchgeführt werden. 49

• 51

2. die von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zusammengefasst werden, um Entlassungen zu vermeiden und ihre Eingliederungschancen zu verbessern,	
• 3. die Organisation und Mittelausstattung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit den angestrebten Integrationserfolg erwarten lassen und	52
• 4. ein System zur Sicherung der Qualität angewendet wird.	53
Die persönlichen Voraussetzungen sind gem. § 111 Abs. 4 SGB III erfüllt, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer	54
• 1. von Arbeitslosigkeit bedroht ist,	55 56
• 2. nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt oder im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt,	57
• 3. nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist und	58
• 4. vor der Überleitung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit aus Anlass der Betriebsänderung	59
◦ a. sich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend meldet und	60 61
◦ b. an einer arbeitsmarktl. zweckmäßigen Maßnahme zur Feststellung der Eingliederungsaussichten teilgenommen hat (...).	62
Die vorliegend in der beE UL-XXXXXX zugefassten Arbeitnehmer erfüllen für den Zeitraum vom 01.09.2014 bis zum 31.08.2015 die Voraussetzungen für die Gewährung von T-Kug. Die Anzeige über den dauerhaften Arbeitsausfall ist bei der Beklagten im September 2014 eingegangen. Die betrieblichen Voraussetzungen gemäß § 111 Abs. 3 SGB III sind nach dem Vortrag der Beteiligten unstreitig erfüllt. Die betroffenen Arbeitnehmer erfüllen nach dem Vortrag der Beteiligten im Übrigen auch die persönlichen Voraussetzungen des § 111 Abs. 4 SGB III. Dass keine Beratung gem. § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III stattgefunden hätte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.	63
Die Arbeitnehmer waren im Zeitraum vom 01.09.2014 bis zum 31.08.2015 im Sinn von § 111 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 SGB III auch von einem dauerhaften, unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltverlust betroffen.	64
Ein dauerhafter Arbeitsausfall liegt dabei vor, wenn infolge einer Betriebsänderung im Sinn des § 111 Abs. 3 SGB III die Beschäftigungsmöglichkeiten für die Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend entfallen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.	65
Ferner ist der dauerhafte Arbeitsausfall auch für den bisherigen Arbeitgeber unvermeidbar. Unvermeidbar ist ein solcher dauerhafter Arbeitsausfall, wenn im Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern, wobei ein Arbeitsausfall wegen einer Betriebsänderung grundsätzlich unvermeidbar ist. In den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 15/1515) Seite 92 ist dazu ausgeführt, dass beim T-Kug regelmäßig ein Arbeitsausfall unvermeidbar sei. Insbesondere kann die Gewährung bezahlten Erholungsurlaubes einen dauerhaften Arbeitsausfall nicht verhindern. Auf Grund	66

der fehlenden eigenen Definition der Unvermeidbarkeit in § 111 SGB III, der Bezugnahme der Unvermeidbarkeit auf einen dauerhaften Arbeitsausfall und den Umstand, dass auch die Gesetzesbegründung keinen Bezug auf vorübergehende Überbrückungsmaßnahmen nimmt, kann nicht angenommen werden, dass die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub den dauerhafte Arbeitsausfall vermeidet. Das T-Kug ist von seiner Struktur und seiner Zielsetzung nicht mit den üblichen Formen des Kurzarbeitergeldes vergleichbar. Mit den anderen Formen des Kurzarbeitergeldes sollen vorübergehende Engpässe eines ansonsten funktions- und wettbewerbsfähigen Beschäftigungsverhältnisses überbrückt werden. Das T-Kug dient dagegen dem Zweck, den Übergang zu einem neuen Beschäftigungsverhältnis durch Qualifizierungsmaßnahmen und Überbrückung der Phase der faktischen Beschäftigungslosigkeit zu erreichen. Ziel ist nicht mehr die Erhaltung der konkreten Arbeitsplätze. Dies gilt jedenfalls bei der durch die Klägerin gewählten Form der Kurzarbeit 0 (so LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. August 2009 – L 1 AL 103/08, Rz. 29 ff. - juris –).

Dem Vorhaben der Beklagten, durch die Gewährung von Erholungsurlaub einen Arbeitsausfall zu verhindern, steht aber insbesondere entgegen, dass im Rahmen der Kurzarbeit 0 sich aus dem mit den Arbeitnehmern und der Klägerin geschlossenen Vertrag eine Arbeitspflicht nicht ergeben hat. Eine solche ist aber anders als eine tatsächliche Arbeitsleistung durch den betroffenen Arbeitnehmer zwingende Voraussetzung für die Gewährung eines Erholungsurlaubes (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 08.03.1984 – 6 AZR 600/82). Denn die Befreiung von der Arbeitspflicht für die Dauer des Urlaubs ist der mit dem Urlaub bezweckte Leistungserfolg. Dieser Leistungserfolg kann bei fehlender Arbeitspflicht nicht eintreten, was gemäß § 275 Abs. 1 BGB zur nachträglichen Unmöglichkeit der Pflicht zur Urlaubsgewährung führt (vgl. BAG, Urteil vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 –). Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 08.11.2012, Az.: C – 229/11 und C – 230/11, darauf hingewiesen, dass während der Kurzarbeit die gegenseitigen Leistungspflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers nach Maßgabe der Arbeitszeitverkürzung suspendiert, wenn nicht gar völlig aufgehoben sind. Daraus folgt, dass Kurzarbeiter als vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer anzusehen sind und dass für ihren Anspruch auch Jahresurlaub der Grundsatz pro rata temporis gilt. Hieraus folgt, dass die vorliegende arbeitsrechtliche Betrachtungsweise, dass bei Kurzarbeit 0 kein Anspruch auf Urlaub besteht, auch nicht gegen europarechtliche Vorschriften verstößt (offen gelassen in BSG, Urteil vom 14.09.2010, Az B 7 AL 29/09 R; wie hier: LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.08.2009, Az. L 1 AL 103/08; Sächsisches LSG, Urteil vom 27.05.2010, Az. L 3 AL 183/07) . Insofern haben die betroffenen Arbeitnehmer einen weitergehenden Anspruch auf T-Kug in Höhe von insgesamt weiteren 156.647,90 €.

67

III.

68

Offen bleiben konnte, ob sich der Anspruch auf die Bewilligung des hier streitigen T-Kug bereits aus dem Anerkennungsbescheid vom 01.10.2014 ergibt. Mit diesem, den Vorgaben von § 111 Abs. 6 iVm § 99 Abs. 1, 2 S. 1 und Abs. 3 SGB III folgenden Bescheid hat die Beklagte sowohl den dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall gem. § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III als auch die betrieblichen Voraussetzungen gem. § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III für die Gewährung von T-Kug an die betroffenen Arbeitnehmer anerkannt und lediglich vom Vorliegen der persönlichen Anspruchsvoraussetzungen der betroffenen Arbeitnehmer gem. § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III abhängig gemacht. Denn sie hat ausdrücklich auf die in § 111 SGB III genannten Voraussetzungen Bezug genommen und damit bei einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont die auch hier allein streitige Voraussetzung des § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III – dauerhafter, nicht vermeidbarer Arbeitsausfall - schon vorab bejaht (vgl. BSG, Urteil vom 14.09.2010, Az. B 7 AL 29/09 Rz. 16 nach juris). Die Anerkennung könnte damit in

69

diesem Punkt gem. § 77 SGB III bindend geworden sein mit der Folge, dass sich die Beklagte grundsätzlich an die im Anerkennungsbescheid getroffene Regelung halten müsste, folglich entgegen der mit Bescheid vom 21.09.2016 getroffenen Entscheidung bei der Gewährung der konkreten T-Kug Leistung nicht von einem vermeidbaren Arbeitsausfall aufgrund behaupteter Urlaubsansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ausgehen könnte.

Die Beklagte hat den Anerkennungsbescheid vom 01.10.2014 auch nicht hinsichtlich der Anerkennung der Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III zurückgenommen oder aufgehoben, was nur unter den Voraussetzungen der §§ 45 und 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) iVm § 330 SGB III möglich ist (vgl. BSG, Urteil vom 01.10.2014, aaO, Rz. 19). Die Beklagte hat in dem Bescheid vom 21.09.2016 lediglich eine (endgültige) Bewilligungsentscheidung über die Höhe des dem Grund nach bereits bewilligten T-Kug getroffen, aber keine Rücknahme- oder Aufhebungsentscheidung bezüglich des Anerkennungsbescheids verfügt. Eine Umdeutung (Konversion) der teilweisen Ablehnungsentscheidung in einen Rücknahme- oder Aufhebungsbescheid nach §§ 45, 48 SGB X iVm § 330 SGB III scheidet aus (BSG, Urteil vom 01.10.2014, aaO, Rz. 21). Ob diese Rechtsauffassung zur Bindungswirkung des Anerkennungsbescheides im vorliegenden Fall allein deshalb keine Wirkung entfaltet, weil die von der Beklagte entsprechend der Anzeige erwarteten künftige Tatsache einer Urlaubsgewährung und damit eines vermeidbaren Arbeitsausfalls während der angeordneten Kurzarbeit Null vom 01.09.2014 bis zum 31.08.2015 nicht eingetreten ist, konnte die Kammer offen lassen. Das BSG hat in seiner Entscheidung vom 21.01.1987 (SozR 4100 § 66 Nr. 1 S. 3 f) eine Bindung durch den gem. § 99 SGB III erteilten Anerkennungsbescheid für betriebliche Voraussetzungen abgelehnt, soweit es sich um künftig eintretende Tatsachen handelt. Die im Anerkennungsbescheid liegende „Zusicherung“ solle danach nur gelten, wenn die erwarteten Tatsachen auch eintreten. Die Klägerin hat im Antragsverfahren auf T-Kug die die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.01.2005 vorgelegt, nach der der gesamte während der Kurzarbeit entstandene Urlaubs-/Freischichtenanspruch unmittelbar vor dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis realisiert werden sollte. Nach Angaben der Beklagten entsprach die Urlaubsgewährung während angeordneter Kurzarbeit Null der Praxis der Klägerin bis zur Vereinbarung der anderslautenden Gesamtbetriebsvereinbarung vom 25.09.2013 und ergibt sich auch so noch aus der mit der Anzeige vorgelegten Gesamtbetriebsvereinbarung vom 27.10.2005. Damit durfte die Beklagte bei Erlass des Bescheides von einem 01.10.2014 von einem vermeidbaren Arbeitsausfall aufgrund der zu erwartenden Urlaubsgewährung bei Kurzarbeit Null ausgehen. Nach der Entscheidung des BSG vom 21.01.1987 aaO könnte der Anerkennungsbescheid deshalb bezüglich der Bejahung des nicht vermeidbaren Arbeitsausfalls nicht bindend geworden sein. Diese Frage musste die Kammer jedoch nicht entscheiden, da sich der geltend gemachte Anspruch des hier streitigen T-Kug bereits aus dem materiellen Recht (dazu oben I. und II.) ergibt.

IV. 71

Aus den unter I. und II. ausgeführten Gründe ist die Beklagte nicht berechtigt, die Erstattung von T-Kug in Höhe 156.647,90 Euro gemäß § 328 Abs. 3 SGB III zu verlangen, so dass der angefochtene Bescheid insoweit aufzuheben war. 72

V. 73

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. § 197a SGG findet keine Anwendung. Der Arbeitgeber ist in Streitigkeiten über Kurzarbeitergeld nur Prozessstandschafter für seine Arbeitnehmer (BSG, Urteil vom 21. Juli 2009 – B 7 AL 3/08 R –, BSGE 104, 83-89, SozR 4-4300 § 170 Nr 2). 74

Rechtsmittelbelehrung:	75
Dieses Urteil kann mit der Berufung angefochten werden.	76
Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils beim	77
Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Zweigertstraße 54, 45130 Essen	78
schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.	79
Die Berufungsfrist ist auch gewahrt, wenn die Berufung innerhalb der Frist bei dem	80
Sozialgericht Gelsenkirchen, Bochumer Straße 79, 45886 Gelsenkirchen	81
schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.	82
Die Berufungsschrift muss bis zum Ablauf der Frist bei einem der vorgenannten Gerichte eingegangen sein. Sie soll das angefochtene Urteil bezeichnen, einen bestimmten Antrag enthalten und die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angeben.	83
Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und	84
- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) eingereicht wird oder	85
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingereicht wird.	86
Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV) in der jeweils gültigen Fassung. Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können nähere Informationen abgerufen werden.	87
Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass einem Beteiligten auf seinen Antrag für das Verfahren vor dem Landessozialgericht unter bestimmten Voraussetzungen Prozesskostenhilfe bewilligt werden kann.	88
Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision zum Bundessozialgericht unter Übergehung der Berufungsinstanz zu, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie von dem Sozialgericht auf Antrag durch Beschluss zugelassen wird. Der Antrag auf Zulassung der Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Sozialgericht Gelsenkirchen schriftlich zu stellen. Die Zustimmung des Gegners ist dem Antrag beizufügen.	89
Lehnt das Sozialgericht den Antrag auf Zulassung der Revision durch Beschluss ab, so beginnt mit der Zustellung dieser Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist von neuem, sofern der Antrag auf Zulassung der Revision in der gesetzlichen Form und Frist gestellt und die Zustimmungserklärung des Gegners beigelegt war.	90

Die Einlegung der Revision und die Zustimmung des Gegners gelten als Verzicht auf die Berufung, wenn das Sozialgericht die Revision zugelassen hat.

91