

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
23. November 1988

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 112/87

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g und die Richter K ö n i g und S a t t l e r sowie die ehrenamtlichen Richter K r i e g und Dr. B a a k e für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 13. August 1987 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die restlichen außergerichtlichen Kosten (1/6) des Rechtsstreits.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Streitig sind Leistungen wegen Kurzarbeit und die Erstattung von Überzahlungen.

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen. Sie beschäftigt ua U. K. (U), C. K. (C) und mit 20 Wochenstunden die Buchhalterin E. E. (E). Mit der gleichen Wochenstundenzahl steht E bei der Firma R. GmbH & Co KG in einem weiteren Beschäftigungsverhältnis.

Im Januar 1984 zeigte die Klägerin wegen schlechter Auftragslage die sofortige Einführung von Kurzarbeit an. Die Beklagte erkannte daraufhin an, daß die in den §§ 63 und 64 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) genannten Voraussetzungen erfüllt seien und den vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmern der Klägerin vom 12. Januar 1984 an für die Zeit des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen, längstens jedoch bis zum 30. März 1984, Kurzarbeitergeld (Kug) gewährt werde (Bescheid vom 7. Februar 1984).

Nach Vorlage der Abrechnungsliste für Februar 1984, derzufolge erstmals auch Leistungen für U, C und E geltend gemacht wurden, gewährte die Beklagte unter Vorbehalt der Rückgewähr eine Abschlagszahlung (Schreiben vom 12. März 1984). Die Leistungen für die Zeit vom 12. Januar bis 29. Februar 1984 setzte die Beklagte zunächst fest, ohne über die Anträge bezüglich U, C und E zu entscheiden (Bescheid vom 28. März 1984). Anschließend setzte die Beklagte für die gleiche Zeit das Kug für E mit 239,40 DM (statt wie beantragt mit 273,60 DM) und die Zuschüsse zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung mit 33,97 DM (statt 38,82 DM) und 22,15 DM (statt 25,31 DM) fest; für U und C lehnte die Beklagte jegliche Leistungen ab (Bescheid 1 vom 5. Juni 1984). Die Beklagte begründete ihre Entscheidung bezüglich der E damit, daß diese am 24. Februar 1984, einem Freitag, entgegen den Angaben in der Abrechnungsliste keinen Arbeitsausfall gehabt habe, weil sie nach ihrer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nur von montags bis donnerstags bei der Klägerin zu arbeiten gehabt habe. U und C seien mangels regelmäßiger Arbeitszeit bei der Klägerin nach § 65 Abs 2 AFG überhaupt nicht kugberechtigt. Gleichzeitig hob die Beklagte "die Bewilligung von Kug und Zuschüssen zu der Kranken- und Rentenversicherung für die Zeit vom 12. Januar bis 29. Februar 1984" in Höhe von 1.401,48 DM auf und forderte diesen Betrag von der Klägerin zurück (Bescheid 2 vom 5. Juni 1984). Der Widerspruch der Klägerin hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 17. Juli 1984).

Nachdem die Klägerin am 6. August 1984 Klage erhoben hatte, hob die Beklagte die Bewilligung der Leistungen bezüglich E auf und forderte 295,52 DM von der Klägerin zurück, weil nach § 65 Abs 3 AFG ein Anspruch auf Kug nicht für Zeiten bestehe, in



denen der Kurzarbeiter eine andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübe (Bescheid vom 21. September 1984, Widerspruchsbescheid vom 3. Dezember 1984). Dagegen erhob die Klägerin am 9. Januar 1985 rechtzeitig eine weitere Klage.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klagen verbunden (§ 113 Sozialgerichtsgesetz -SGG-). Es hat - unter Zulassung der Berufung - den Bescheid vom 28. März 1984 abgeändert, den Bescheid vom 5. Juni 1984 idF des Widerspruchsbescheides vom 17. Juli 1984 und den Bescheid vom 21. September 1984 idF des Widerspruchsbescheides vom 3. Dezember 1984 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, Kug auch für U, C und E zu bewilligen (Urteil vom 29. Oktober 1985). Das Landessozialgericht (LSG) hat dieses Urteil abgeändert, soweit es die Beschäftigung der E am 24. Februar 1984 betrifft, und insoweit die Klage abgewiesen; im übrigen hat das LSG die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 13. August 1987).

Zur Begründung seines Urteils hat das LSG ausgeführt, die umstrittenen Erstattungsbescheide seien nach § 42 Abs 1 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB 1) zu beurteilen, nicht nach § 45 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB 10). Eine abschließende Leistungsabrechnung durch Verwaltungsakt für U, C und E sei vorher nicht erfolgt; der Leistungsabrechnungsbescheid vom 28. März 1984 habe gerade offen gelassen, ob die Vorschußzahlungen an U, C und E zu bestätigen seien oder nicht. Entgegen der Ansicht der Beklagten seien U und C kug-berechtigt. Zwar seien nach § 65 Abs 2 AFG Arbeitnehmer, die keine regelmäßige Arbeitszeit hätten, nicht anspruchsberechtigt; dieser Ausnahmetatbestand sei aber nicht gegeben. Was den Anspruch der E angehe, könne der für den 24. Februar 1984 geltend gemachte Arbeitsausfall nicht berücksichtigt werden, weil der Ausfalltag außerhalb ihrer regelmäßigen Arbeitszeit gelegen habe. Im übrigen aber dürfe E Kug nicht wegen der Beschäftigung bei der Firma R. verweigert werden. Die Vorschrift des § 65 Abs 3 AFG, nach der ein Anspruch auf Kug nicht für Zeiten bestehe, in denen der Kurzarbeiter eine andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübe, könne sich nach dem Zweck der Kug-Regelung nur auf eine neue Beschäftigung beziehen, nicht dagegen auf ein Zweitarbeitsverhältnis, das seit Jahren bestehe.

Im Revisionsverfahren haben sich Klägerin und Beklagte verständigt und den Rechtsstreit für erledigt erklärt, soweit er die gegen die Bescheide vom 28. März und 5. Juni 1984 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juli 1984 gerichtete Klage vom 6. August 1984 betrifft. Mit der im übrigen aufrechterhaltenen Revision rügt die Beklagte, daß das LSG E als kug-berechtigt angesehen habe, obwohl E im Gewährungszeitraum anderweit mehr als kurzzeitig beschäftigt gewesen sei. Der Wortlaut des § 65 Abs 3 AFG sei eindeutig. Er unterscheide nicht, ob die andere Beschäftigung vor oder nach Beginn der Kurzarbeit aufgenommen worden sei. Gegenteiliges ergebe sich weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus dem Zweck der Kug-Regelung. Dieser bestehe in erster Linie



darin, gefährdete Arbeitsverhältnisse zu stabilisieren und damit den Eintritt von Arbeitslosigkeit zu verhindern. Die Gefahr des Eintritts der Arbeitslosigkeit sei aber nicht gegeben, wenn und solange der Arbeitnehmer noch eine andere, nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübe. Das rechtfertige es, in Fällen dieser Art von der Gewährung von Kug ganz abzusehen.

Die Beklagte trägt ferner vor, daß angesichts dieser Rechtslage die Klägerin zur Erstattung bzw zum Ersatz des Kug und der Zuschüsse zur Renten- und Krankenversicherung verpflichtet sei, soweit die Klägerin diese rechtsgrundlos erhalten habe. Die Rückforderung lasse sich jedenfalls auf den Vorbehalt stützen, unter dem die Zahlung erfolgt sei. Der Vorbehalt habe ausschließlich der Wahrung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen im Einzelfalle gedient; er sei nach dem Rechtsgedanken des § 32 Abs 1 SGB 10 unter dem Gesichtspunkt der sachgerechten Erfüllung des Gesetzesauftrags auch beim Kug zuzulassen (vgl BSGE 62, 32 = SozR 4100 § 71 Nr 2). Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber hätten ein Interesse daran, daß das Kug alsbald gezahlt werde; Sozialleistungen zeitnah zu erbringen, sei eine wesentliche Aufgabe der Sozialleistungsträger (§ 17 Abs 1 SGB 1). Nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Antragsverfahrens sei die Beklagte nicht in der Lage, diesen Anforderungen anders als durch Abschlagszahlungen unter Vorbehalt nachzukommen. Im übrigen folge der Erstattungsanspruch auch aus § 71 Abs 1 AFG, weil die Klägerin durch Aufführung von Zeiten in der Kug-Abrechnungsliste, für die die Zahlung von Kug ausgeschlossen sei, entsprechend § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 2 SGB 10 bewirkt habe, daß insoweit Kug zu Unrecht zur Auszahlung gelangt sei. Vertrauensschutz genieße die Klägerin nicht. In dem Merkblatt für Arbeitgeber und Betriebsvertretungen, das die Klägerin erhalten habe, sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß ein Anspruch auf Kug nicht für Zeiten einer anderen, nicht nur kurzzeitigen Beschäftigung bestehe. Wenn die Klägerin hiervon keine Notiz nehme oder sich nicht mindestens zu einer Anfrage bei dem Arbeitsamt veranlaßt sehe, müsse sie sich den Vorwurf gefallen lassen, die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt und damit grob fahrlässig gehandelt zu haben. Ob der Inhaber der Klägerin die Beschäftigung der E bei der Firma R. gekannt habe, könne dahinstehen; als Lohnbuchhalterin sei die E von ihm beauftragt gewesen, die Abrechnungsliste richtig zu erstellen und die Verhandlungen mit der Beklagten hierüber zu führen. Infolgedessen müsse sich der Inhaber der Klägerin die Kenntnisse und das Verhalten der E zurechnen lassen. Ein Anlaß, aus Ermessensgründen von der Rückforderung abzusehen, habe nicht bestanden.

Die Beklagte beantragt,

die Urteile des LSG und des SG, soweit sie die Klage vom 9. Januar 1985 betreffen, aufzuheben und die Klage abzuweisen,
hilfsweise,
den Rechtsstreit insoweit an das LSG zurückzuverweisen.



Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hat ihren Leistungsantrag zurückgenommen und verweist, soweit die Revision eine Verletzung des § 65 Abs 3 AFG rügt, auf die Ausführungen des LSG. Diese hält sie für zutreffend.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

Nachdem Klägerin und Beklagte den Rechtsstreit für erledigt erklärt haben, soweit er die Klage vom 6. August 1984 betrifft, und die Klägerin den Leistungsantrag bezüglich des Anspruchs der E auf Kug zurückgenommen hat, ist im Revisionsverfahren nur noch über die Anfechtungsklage vom 9. Januar 1985 zu entscheiden. Diese richtet sich gegen den Bescheid vom 21. September 1984 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 3. Dezember 1984. Mit diesem Bescheid hat die Beklagte die in dem Bescheid 1 vom 5. Juni 1984 ausgesprochene Bewilligung von Kug an E in Höhe von 239,40 DM und jeweils eines Teilbetrages der der Klägerin bewilligten beiden Zuschüsse zu ihren Aufwendungen für die Kranken- und Rentenversicherung ihrer Kurzarbeiter von 33,97 DM und 22,15 DM aufgehoben und insgesamt den Betrag von 295,52 DM von der Klägerin zurückgefordert. Diese beiden von der Beklagten getroffenen Regelungen - Aufhebung der Bewilligungen und Rückforderung -, gegen die sich die Klägerin zulässigerweise nur mit der Anfechtungsklage wenden kann, sind rechtswidrig. Die Aufhebung des angefochtenen Bescheids vom 21. September 1984 (idF des Widerspruchsbescheides vom 3. Dezember 1984) durch die Vorinstanzen ist daher zu bestätigen.

Die Aufhebung der drei Leistungsbewilligungen ist rechtswidrig, weil es hierfür an einer Rechtsgrundlage fehlt. Die Beklagte hat ihr Vorgehen damit begründet, daß der E nach § 65 Abs 3 AFG kein Kug zugestanden habe, die ausgesprochenen Bewilligungen mithin rechtswidrig gewesen seien. Als Rechtsgrundlage der Aufhebungen, die sich als Rücknahme (angeblich) rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte darstellen, kommt daher entgegen den Ausführungen des LSG, das die ursprünglichen Klageansprüche nicht genügend auseinandergehalten hat, lediglich § 45 SGB 10 in Betracht, auf den sich die Beklagte im Widerspruchsbescheid auch bezogen hat. Es ist zwar richtig, daß für die im Bescheid 2 vom 5. Juni 1984 ausgesprochene Aufhebung von Bewilligungen kein Raum war; denn abgesehen von dem Bescheid vom 28. März 1984, den der Bescheid 1 vom



5. Juni 1984 ergänzte, waren keine Bewilligungen ausgesprochen worden. Für die im Bescheid vom 21. September 1984 ausgesprochene Rücknahme trifft das indessen wegen des Bescheids 1 vom 5. Juni 1984 nicht zu.

Die Rücknahmevoraussetzungen sind jedoch nicht gegeben. Nach § 45 SGB 10 darf ein von Anfang an rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ob der hier vorgenommenen Rücknahme für die Vergangenheit schon nach § 45 Abs 4 Satz 1 SGB 10 entgegenstand, daß die Voraussetzungen des § 45 Abs 2 Satz 3 oder des § 45 Abs 3 Satz 2 SGB 10 nicht gegeben waren, kann dahingestellt bleiben. Ebenso bedarf keiner Entscheidung, ob die erfolgte Rücknahme schon deshalb rechtswidrig ist, weil weder dem Bescheid vom 21. September 1984 noch dem Widerspruchsbescheid vom 3. Dezember 1984 entnommen werden kann, daß die Beklagte das Rücknahmeermessen ausgeübt hat, das § 45 SGB 10 dem Sozialleistungsträger nach der ständigen Rechtsprechung eingeräumt hat (vgl BSG SozR 1300 § 45 Nr 34 mwN). Denn die Rücknahme scheitert schon daran, daß nach den Feststellungen des LSG, von denen der Senat auszugehen hat (§ 163 SGG), die Bewilligungen nicht rechtswidrig gewesen sind.

Nach § 65 Abs 1 AFG hat ua Anspruch auf Kug, wer nach Beginn des Arbeitsausfalles in einem Betrieb, in dem nach § 64 AFG Kug gewährt wird, eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung (§ 168 Abs 1 AFG) ungekündigt fortsetzt und infolge des Arbeitsausfalls ein vermindertes Arbeitsentgelt bezieht. Alle diese persönlichen Grundvoraussetzungen des Anspruchs auf Kug waren in der Person der E erfüllt. Sie war beitragspflichtig iS des § 168 Abs 1 AFG bei der Klägerin beschäftigt. Daß Arbeitnehmer in einer kurzzeitigen Beschäftigung beitragsfrei sind (§ 169 Nr 6 AFG), stand ihrer Beitragspflicht nicht entgegen; denn sie war bei der Klägerin mit 20 Wochenstunden und damit nicht nur kurzzeitig beschäftigt (§ 102 Abs 1 AFG). Die E hat diese Beschäftigung ungekündigt fortgesetzt, als die Kurzarbeit bei der Klägerin eingeführt wurde, deren Voraussetzungen die Beklagte durch Bescheid vom 7. Februar 1984 anerkannt hat. Sie ist schließlich von dem Arbeitsausfall betroffen worden, wenn auch erst im Februar 1984.

Dem hiernach gegebenen Anspruch auf Kug steht § 65 Abs 3 AFG nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift besteht Anspruch auf Kug nicht für Zeiten, in denen die Arbeit aus anderen als den in § 64 AFG genannten Gründen ausfällt, insbesondere nicht für Zeiten des Urlaubs und für gesetzliche Feiertage, wenn nicht an diesen Tagen ohne den Arbeitsausfall wegen kontinuierlicher Arbeitsweise gearbeitet worden wäre, für Zeiten, für die ein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht sowie für Zeiten, in denen der Kurzarbeiter eine andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübt. Ein Fall der letztgenannten Alternative, die allein in Betracht kommen kann, ist hier nicht gegeben.



Wie die Vorinstanzen zu Recht erkannt haben, bedarf die Anwendung dieser Bestimmung des § 65 Abs 3 AFG nach dem Zweck des Kug insgesamt und der Funktion, die der Bestimmung innerhalb der Gesamtregelung des Kug zukommt, einer Beschränkung auf nach Beginn der Kurzarbeit aufgenommenen Beschäftigungen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse des Arbeitnehmers die Grenze zur Kurzzeitigkeit nur knapp überschreiten, wie das hier der Fall ist. Andernfalls würde die Kug-Regelung in einer im Lichte des Art 3 Abs 1 Grundgesetz bedenklichen Weise ihr Ziel verfehlen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob entgegen der Ansicht der Revision allgemein gilt, daß die oa Regelung des § 65 Abs 3 AFG nur zur Anwendung kommt, wenn die andere beitragspflichtige Beschäftigung während, dh erst nach Beginn der Kurzarbeit aufgenommen wird (in diesem Sinne insbesondere Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rz 48 zu § 65 aF und SG Heilbronn NZA 1986, 143; vgl ferner Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl 1988, § 65 Rz 39; Krebs, Komm zum AFG, Stand März 1988, § 65 Rz 23; aA LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 8. November 1983 - L 5 Ar 1086/83 -, unveröffentlicht). Der Wortlaut der Vorschrift, der in der Tat nicht unterscheidet, ob die andere Beschäftigung vor oder nach Beginn der Kurzarbeit aufgenommen worden ist, steht einem solchen Verständnis nicht von vornherein entgegen. Der Regelungsbe- reich der Vorschrift bedarf nämlich entgegen der Ansicht der Revision insgesamt der Aus- legung, da sich dieser nicht schon unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Der Gesetzeswort- laut bestimmt nämlich nicht, für welche Zeiteinheit der Anspruch auf Kug nicht bestehen soll, wenn der Kurzarbeiter eine andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübt. Die Beklagte teilt ersichtlich die Ansicht des Schrifttums, nach der der Anspruch auf Kug, solange der Arbeitnehmer neben dem Beschäftigungsverhältnis in dem kurzarbeitenden Betrieb eine andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung ausübt, gänzlich "ausgeschlossen ist" (so Schönefelder/Kranz/Wanka aaO; Schmidt in Ambs ua, Gemeinschaftskommentar zum AFG, § 65 Rz 37), "entfällt" (Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock aaO) bzw "nicht besteht" (Krebs aaO). Für sie läßt sich die Gesetzesbegründung anführen, nach der eine Beschäftigung in einem anderen Betrieb den Anspruch auf Kug ausschließen soll, wenn sie nicht nur geringfügig ist (vgl Begründung zu § 60 Abs 3 AFG-Entwurf, BT-Drucks V/2291 S 72). Der Wortlaut des Gesetzes zwingt hierzu jedoch nicht. Er läßt es nämlich zu, den Anspruch auf Kug nur für die Ausfallstunde (vgl § 68 Abs 1 Satz 2 Nr 2 AFG) oder für die Ausfalltage (vgl § 68 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und Abs 5 AFG) zu verneinen, an bzw in denen der Kurzarbeiter die andere nicht kurzzeitige Beschäftigung ausübt. Gegen den Ausschluß könnte insbesondere eingewendet werden, daß das Gesetz Fälle des generel- len Ausschlusses an sich in § 65 Abs 2 AFG geregelt hat.

Gerade wenn entsprechend der Gesetzesbegründung und mit dem Schrifttum davon ausgegangen wird, daß § 65 Abs 3 AFG den Arbeitnehmer vom Kug ausschließt, solange er in einer anderen nicht nur kurzzeitigen Beschäftigung steht, bedarf die hier streitige



Vorschrift nach dem Zwecke der Kug-Regelung insgesamt jedenfalls bei Halbtagsbeschäftigungen der Einschränkung, daß sie nicht auf eine andere Beschäftigung angewendet wird, die der Arbeitnehmer schon vor Beginn der Kurzarbeit aufgenommen hat.

Kug wird Arbeitnehmern bei vorübergehendem Arbeitsausfall gewährt, um den Arbeitnehmern die Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitnehmer zu erhalten (vgl § 63 Abs 1 Satz 1 AFG). Sinn der Kug-Regelung ist es, eine Lohnausfallvergütung zur Verfügung zu stellen, die zusammen mit den anfallenden Vergütungen aus dem Arbeitsverhältnis die Aufrechterhaltung dieses Beschäftigungsverhältnisses gewährleistet (vgl BSGE 46, 218, 221 = SozR 4100 § 63 Nr 1). Nach der Einfügung des § 65 Abs 2a AFG sieht das Gesetz dieses Ziel als erreicht an, wenn der Arbeitnehmer für jede betriebsübliche tarifliche Arbeitsstunde im Gewährungszeitraum vom Arbeitgeber eine Vergütung in Höhe des Arbeitsentgelts oder vom Arbeitsamt in Höhe des Kug erhält (Urteil des Senats vom 24. August 1988 - 7 RAr 82/86 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Einbezogen in den Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse durch Kug sind auch unturvollschichtige Beschäftigungsverhältnisse, sofern sie nur mehr als kurzzeitig sind, mithin auch Beschäftigungsverhältnisse, die wie im vorliegenden Falle die Kurzzeitigkeitsgrenze gerade erreichen, die 1984 noch 20 Wochenstunden betrug (vgl § 102 AFG in der bis zum 31. Dezember 1985 geltenden, zuletzt durch das Gesetz vom 23. Dezember 1976, BGBl I 3845, geänderten Fassung). Auch in diesen Fällen wird bei vorübergehendem Arbeitsausfall Kug gewährt, um dem Arbeitnehmer den (halbschichtigen) Arbeitsplatz und dem Betrieb den eingearbeiteten Arbeitnehmer zu erhalten. Dieses gesetzgeberische Anliegen würde aber bei Arbeitnehmern in halbschichtigen Beschäftigungsverhältnissen verfehlt, wenn sie mit Rücksicht auf eine von ihnen fortgeführte andere nicht nur kurzzeitige Beschäftigung kein Kug zu bekommen hätten, wie die Revision meint. Denn um empfindliche Ausfälle an Arbeitseinkommen zu verhindern, die auch nicht teilweise durch Kug ausgeglichen werden, kann sich ein solcher Arbeitnehmer veranlaßt sehen, eine krisensichere Beschäftigung aufzunehmen und damit aus dem kurzarbeitenden Betrieb (und ggf auch aus dem anderen Beschäftigungsverhältnis) auszuschcheiden. Eine solche Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses in dem kurzarbeitenden Betrieb wird insbesondere deutlich, wenn der Arbeitnehmer in zwei Beschäftigungsverhältnissen zu je 20 Wochenstunden steht und in dem einen Beschäftigungsverhältnis kurzarbeitsbedingt über längere Zeit keinen Arbeitslohn mehr erzielt.

Der Einwand der Revision, der Ausschluß von Kug sei in diesen Fällen gerechtfertigt, weil wegen der anderen nicht nur kurzzeitigen Beschäftigung der Eintritt von Arbeitslosigkeit nicht drohe, kann demgegenüber nicht verfangen. Richtig ist, daß durch die Kug-Regelung auch der Eintritt von Arbeitslosigkeit verhindert werden soll. Unmittelbares Ziel der Kug-Regelung ist jedoch die Stabilisierung des Arbeitsverhältnisses. Daher läßt sich der Ausschluß von Kug nicht allein damit rechtfertigen, daß der Eintritt von Arbeitslosigkeit nicht drohe. Entsprechend der Zielsetzung, der Gefährdung der Arbeitsverhältnisse in



kurzarbeitenden Betrieben entgegenzuwirken, setzt der Kug-Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auch nicht voraus, daß der Eintritt von Arbeitslosigkeit droht bzw der Arbeitsausfall einen Umfang angenommen hat, daß der Arbeitnehmer praktisch arbeitslos ist, also nicht mehr oder nur noch kurzzeitig zu arbeiten hat. Vielmehr wird im Rahmen des § 65 Abs 2a AFG grundsätzlich für jede Ausfallstunde Kug gewährt; im Gegensatz zu der bis 1969 geltenden Regelung des § 120 des Gesetzes über Arbeitslosenvermittlung und Arbeitslosenversicherung ist der Kug-Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers nicht mehr davon abhängig, daß er einen bestimmten Mindestarbeitsausfall erlitten hat. Das Gesetz ließe ungleiches Maß erheblich sein, wenn bei Arbeitnehmern mit mehreren Beschäftigungsverhältnissen die Gewährung von Kug davon abhängig wäre, ob die Kurzarbeit den Arbeitnehmer "arbeitslos" macht, während es bei Arbeitnehmern mit nur einem Beschäftigungsverhältnis darauf nicht ankommt.

Schließlich läßt sich auch nicht einwenden, in Fällen wie dem vorliegenden führe die Kug-Gewährung zur Kumulation von Arbeitsentgelt und Sozialleistung, die § 65 Abs 3 AFG verhindern solle. An einer solchen Kumulation fehlt es; denn das in der anderen Beschäftigung erzielte Arbeitsentgelt kann nicht als Ersatz des wegen Kurzarbeit ausfallenden Arbeitsentgelts angesehen werden. Mit Recht hat das SG darauf hingewiesen, daß ein Arbeitnehmer, der mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von insgesamt 40 Stunden bei zwei Arbeitgebern beschäftigt ist, von einem kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfall ebenso betroffen ist, wie ein Arbeitnehmer, der mit der gleichen Arbeitszeit nur bei einem Arbeitgeber beschäftigt ist.

Anders liegt der Fall dagegen, wenn der Arbeitnehmer die andere Beschäftigung während der Kurzarbeit aufnimmt; denn in einem solchen Falle ist mit der Aufnahme der anderen Beschäftigung schon die Abwendung vom alten Beschäftigungsverhältnis eingetreten, die durch die Kug-Regelung verhindert werden soll. Auch würde in solchen Fällen die Kug-Gewährung zur Kumulation von Arbeitsentgelt und Sozialleistung führen, die der Leistungsfunktion des Kug, einen Lohnausfall auszugleichen, der durch objektiv bedingte Nichtverwendbarkeit der Arbeitskraft entsteht, zuwiderläuft (vgl Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock aaO); denn hier tritt das Arbeitsentgelt aus der neuen Beschäftigung gewissermaßen an die Stelle des ausfallenden Arbeitsentgelts aus der Beschäftigung im kurzarbeitenden Betrieb. Der Senat teilt daher jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden die Ansicht, daß § 65 Abs 3 AFG nur eine während des Ausfallzeitraums übernommene weitere Beschäftigung erfaßt.

Findet hiernach § 65 Abs 3 AFG im vorliegenden Falle keine Anwendung, weil E schon bei Eintritt der Kurzarbeit bei der Firma R. GmbH & Co KG in einem weiteren nicht kurzzeitigen Beschäftigungsverhältnis stand, kann aus den gleichen Erwägungen auf das Kug, das ihr nach Maßgabe des Lohnausfalls bei der Klägerin zusteht, nicht gemäß § 68 Abs 5 AFG die Hälfte des Nettoeinkommens angerechnet werden, das sie bei der R. GmbH &



Co KG an Tagen erzielt hat, für die sie Kug erhält. Denn auch die Anrechnung der Hälfte des Nettoeinkommens aus einer schon vor Eintritt der Kurzarbeit ausgeübten und in gleichbleibendem Umfange fortgeführten anderen Beschäftigung würde jedenfalls dann, wenn die wöchentliche Gesamtarbeitszeit, wie hier, das übliche Maß nicht überschreitet, bewirken, daß der Arbeitnehmer mit mehreren Beschäftigungen anders als der Arbeitnehmer mit einer Beschäftigung behandelt würde. Bei letzterem führt zwar eine im Gewährungszeitraum erbrachte Mehrarbeitsstunde ggf zu einer Minderung der insgesamt berücksichtigungsfähigen Ausfallstunden; das Arbeitsentgelt der trotz der Kurzarbeit innerhalb der betriebsüblichen tariflichen Arbeitszeit erbrachten Arbeit wird jedoch auf das Kug nicht angerechnet. Es kommt deshalb vorliegend nicht darauf an, welches Nettoeinkommen E bei der R. GmbH & Co KG an den (sieben) Tagen erzielt hat, für die ihr Kug zusteht.

Sind hiernach die Leistungsbewilligungen bezüglich der E nicht rechtswidrig, darf die Beklagte sie nicht zurücknehmen. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die nach Maßgabe der Bewilligungen erbrachten Leistungen nicht zurückgefordert werden können. Dabei kann dahingestellt bleiben, auf welcher Anspruchsgrundlage die Beklagte bei rechtswidriger Bewilligung die Forderung gegen den Arbeitgeber stützen könnte, auch das dem Arbeitnehmer bewilligte und diesem ausgezahlte Kug zu erstatten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

