

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 15/87

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
8. Juni 1989 in Berlin durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g**, die Richter
S a t t l e r und **D r. H e n k e** sowie den ehrenamtlichen Richter **H ö c h s t**
und die ehrenamtliche Richterin **V o r w e r k**
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom
21. November 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozial-
gericht zurückverwiesen.



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 ist die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) für zwei gekündigte Arbeitnehmer.

Die Klägerin, ein im Straßenbau tätiges Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern, führte im Januar 1984 Kurzarbeit durch. Die Beklagte bewilligte ihr antragsgemäß für die in ihrem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer Kug für die Zeit vom 1. bis 31. Januar 1984, lehnte dies jedoch für die Arbeitnehmer H. (A.) und H. (B.) mit dem Hinweis ab, daß bei diesen beiden Arbeitnehmern die Arbeit im Gewährungszeitraum nicht deswegen ausgefallen sei, weil die Klägerin Kurzarbeit angeordnet, sondern weil sie gegenüber beiden Arbeitnehmern zum 31. Dezember 1983 eine Änderungskündigung ausgesprochen habe, die von den beiden Arbeitnehmern nicht angenommen worden sei (Bescheid vom 2. März 1984; Widerspruchsbescheid vom 20. Juni 1984).

Die Klägerin hatte den beiden genannten Arbeitnehmern mit Schreiben vom 7. Oktober 1983 zum 31. Dezember 1983 gekündigt und ihnen gleichzeitig unter Fristsetzung bis zum 29. Oktober 1983 angeboten, sie ab 1. Januar 1984 zu ungünstigeren Bedingungen weiterzubeschäftigen. Dagegen erhoben beide Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht (ArbG) fristgerecht Kündigungsschutzklage. Das ArbG stellte im Fall des Arbeitnehmers A. durch Urteil vom 25. Januar 1984 fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei, sondern weiterbestehe. Im Fall des Arbeitnehmers B. verglichen sich die Arbeitsvertragsparteien am 31. Januar 1984 vor dem ArbG in dem Sinne, daß das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen ungekündigt fortbestehe.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage, mit der die Klägerin auch für die Arbeitnehmer A. und B. die Gewährung von Kug für den Monat Januar 1984 begehrte, unter Zulassung der Berufung abgewiesen (Urteil vom 22. Mai 1985). Im Berufungsverfahren, in dem der Betriebsrat der Klägerin beigeladen wurde, hat die Beklagte sich verpflichtet, der Klägerin Kug für den Arbeitnehmer A. für die Zeit vom 26. bis 31. Januar 1984 zu gewähren. Die Klägerin hat dieses Teilerkenntnis angenommen. Die von ihr im übrigen aufrechterhaltene Berufung ist vom Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen worden (Urteil vom 21. November 1986). Zur Begründung hat das LSG ausgeführt:

Die Klägerin könne für die Arbeitnehmer A. und B. in bezug auf den noch streitigen Zeitraum kein Kug beanspruchen, weil beide Arbeitnehmer im Januar 1984 nicht aus Gründen, aus denen den anderen Arbeitnehmern Kug gewährt worden sei, nicht gearbeitet hätten, sondern wegen der Kündigung ihrer Arbeitsverhältnisse. Voraussetzung für die Gewährung von Kug sei ua, daß zwischen dem Lohn- und dem Arbeitsausfall ein Kausalzusammenhang bestehe (§ 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-). Bereits



hieran fehle es. Zwar sehe der Gesetzgeber, um Arbeitslosigkeit zu verhindern, vor, daß auch gekündigten Arbeitnehmern während der Dauer der Kündigungsfrist unter bestimmter Voraussetzung Kug zugebilligt werden könne (§ 65 Abs 1 Satz 3 AFG). Aus § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG ergebe sich jedoch für den Regelfall, daß in erster Linie der in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis tätige Arbeitnehmer Kug erhalten solle, und auch nur dann, wenn der Verdienstausfall durch einen auf unvermeidbaren oder wirtschaftlichen Ursachen oder unabwendbaren Ereignissen beruhenden Arbeitsausfall verursacht sei; denn für Lohnausfall in Zeiten, in denen die Arbeit aus anderen Gründen als den in § 64 AFG erwähnten ausfalle, sei kein Anspruch auf Kug gegeben (§ 65 Abs 3 AFG).

Die Besonderheit des vorliegenden Falles sei darin zu erblicken, daß die Klägerin den beiden Arbeitnehmern A. und B. zum 31. Dezember 1983 gekündigt und ihnen gleichzeitig die Weiterbeschäftigung ab 1. Januar 1984 zu ungünstigeren Bedingungen angeboten habe. Obwohl es sich insoweit um eine Änderungskündigung gehandelt habe, sei dieser Vorgang rechtlich als Beendigungskündigung zu werten, durch welche die Arbeitsverhältnisse jeweils zum 31. Dezember 1983 beendet worden seien. Eine andere Beurteilung könne nur dann Platz greifen, wenn beide Arbeitnehmer mit dem Änderungsangebot der Klägerin vorbehaltlos einverstanden gewesen wären, dieses rechtzeitig innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung angenommen und dadurch jeweils einen neuen Arbeitsvertrag ab Januar 1984 zu den von der Klägerin angebotenen ungünstigeren Arbeitsbedingungen abgeschlossen hätten. Dies treffe hier indes nicht zu. Daß beide Arbeitnehmer mit einer Weiterbeschäftigung zu ungünstigeren Bedingungen nicht einverstanden gewesen seien, folge bereits daraus, daß sie Kündigungsschutzklage erhoben hätten. Auch die von ihnen im jeweiligen Arbeitsgerichtsverfahren unter dem Vorbehalt abgegebenen Annahmeerklärungen, daß die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt sei, könnten nicht als Einverständnis gewertet werden, da deren Wirksamkeit in beiden Fällen von der Entscheidung durch das ArbG abhängig gemacht worden und daher aufschiebend bedingt gewesen sei. Demgemäß habe zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und der Entscheidung im Arbeitsgerichtsverfahren ein Schwebezustand bestanden, zumal zwischen der Klägerin und den beiden Arbeitnehmern im Januar 1984 kein faktisches Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Erst durch das Urteil des ArbG bzw den im arbeitsgerichtlichen Verfahren abgeschlossenen Vergleich sei dieser Schwebezustand beendet worden mit der Folge, daß im Fall des Arbeitnehmers A. vom Zeitpunkt der Urteilsverkündung an und im Fall des Arbeitnehmers B. vom Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses an vom Fortbestand der beiden Arbeitsverhältnisse ausgegangen werden könne. Das bedeute, daß die Arbeitsleistungen beider Arbeitnehmer im Januar 1984 bis zur jeweiligen Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses allein wegen dessen Kündigung und des daraus resultierenden Schwebezustandes unterblieben und nicht etwa auf wirtschaftliche Ursachen im Betrieb der Klägerin zurückzuführen seien. Es fehle mithin am Kausalitätserfordernis des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG, so daß die Ablehnung der Gewährung von Kug für beide Arbeitnehmer zu Recht erfolgt sei.



Die Klägerin rügt mit der Revision eine Verletzung des § 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Sie macht geltend, das LSG habe das Vorliegen des Kausalitätserfordernisses iS des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG zu Unrecht verneint.

Das LSG gehe rechtsirrig davon aus, daß eine Weiterbeschäftigung der beiden ungekündigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht erfolgt sei. Dies sei unzutreffend und beruhe auf einer Verkennung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 2 KSchG, da es sich bei der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung entgegen der Auffassung des LSG um eine Änderungskündigung gehandelt habe, die von beiden Arbeitnehmern unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen worden sei. Die Änderungskündigung unter Vorbehalt könne nicht, wie das LSG es getan habe, einer Beendigungskündigung gleichgestellt werden, durch die das Beschäftigungsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet worden sei. Insoweit werde übersehen, daß die Annahme unter Vorbehalt rechtlich als Annahme unter einer auflösenden Bedingung zu werten sei, durch die der bestehende Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung während des arbeitsgerichtlichen Verfahrens nicht berührt werde. Hieraus folge für den vorliegenden Fall, daß beide Arbeitnehmer während des Ausfallzeitraums zur Weiterarbeit im Betrieb der Klägerin berechtigt gewesen seien und auch im Januar 1984 gearbeitet hätten, wenn nicht für die Mehrzahl der im Betrieb der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer die Arbeit in diesem Monat gänzlich ausgefallen wäre. Da von diesem Totalausfall auch die beiden gekündigten Arbeitnehmer betroffen worden seien, stehe der Umstand, daß beide im Januar 1984 nicht im Betrieb der Klägerin gearbeitet hätten, nicht der Annahme entgegen, daß beide auch in dieser Zeit bei der Klägerin beschäftigt gewesen seien. Beruhe somit die Lohneinbuße auch in ihrem Fall auf wirtschaftlichen Ursachen iS des § 64 AFG, sei dem Kausalitätserfordernis des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG Rechnung getragen.

Gegenteiliges lasse sich nicht den tatsächlichen Verhältnissen entnehmen, da diese keinen Anhaltspunkt dafür böten, daß die Klägerin entgegen ihrer Verpflichtung aus § 2 KSchG eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer A. und B. abgelehnt hätte, wenn eine solche faktisch möglich gewesen wäre.



Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 2. März 1984 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Juni 1984 zu verurteilen, der Klägerin Kurzarbeitergeld für den Arbeitnehmer H. für die Zeit vom 1. bis 25. Januar 1984 und für den Arbeitnehmer H. für die Zeit vom 1. bis 31. Januar 1984 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Sie äußert Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Revisionsbegründung und hält das Urteil des LSG für in der Sache zutreffend.

Der Beigeladene hat von einer Stellungnahme und einem Antrag abgesehen.

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

II

Die zulässige Revision der Klägerin ist iS der Zurückverweisung begründet.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid vom 2. März 1984 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Juni 1984 nur noch insoweit, als die Beklagte die Gewährung von Kug in bezug auf den Arbeitnehmer A. für die Zeit vom 1. bis 25. Januar und hinsichtlich des Arbeitnehmers B. für die Zeit vom 1. bis 31. Januar 1984 abgelehnt hat. Die Beklagte hat sich vor dem LSG verpflichtet, der Klägerin Kug bezüglich des Arbeitnehmers A. für die Zeit vom 26. bis 31. Januar 1984 zu gewähren; die Klägerin hat dieses Teilerkenntnis angenommen. Soweit die Beklagte Kug für die anderen Arbeitnehmer der Klägerin bewilligt hat, ist ihr Bescheid nicht angefochten worden.

Die bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen rechtfertigen entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht die Annahme, Ansprüche auf Kug für die Arbeitnehmer A. und B. seien, soweit sie die noch streitigen Zeiträume betreffen, nicht gegeben.

Gemäß § 65 AFG, der hier in der zuletzt durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) geänderten Fassung anzuwenden ist, hat ua Anspruch auf Kug, wer nach Beginn des Arbeitsausfalls 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 vermin-



deres Arbeitsentgelt oder kein Arbeitsentgelt bezieht (Abs 1 Satz 1 Nrn 1 und 2 AFG). Anspruch auf Kug steht demnach nur demjenigen Arbeitnehmer zu, der sich im Ausfallzeitraum in einem beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis befindet, dessen Bestand nicht von einer wirksamen Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedroht ist, und der durch den Arbeitsausfall eine Lohneinbuße erleidet.

Die Arbeitnehmer A. und B. haben in der Zeit vom 1. bis 25. bzw vom 1. bis 31. Januar 1984, in der im Betrieb der Klägerin kurzgearbeitet wurde, in diesem Sinne in einem beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Dies ist dem Ergebnis der Kündigungsschutzklagen zu entnehmen, demzufolge die Arbeitsverhältnisse der beiden Arbeitnehmer durch die von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen nicht zum 31. Dezember 1983 beendet worden sind. Dabei kann offenbleiben, inwieweit die Nichtausübung der Beschäftigung ab 1. Januar 1984 auf Freistellung von der Arbeit als Folge der Kündigungen oder auf Kurzarbeit im Betrieb beruht; hierauf kommt es, wie noch darzulegen ist, in anderem Zusammenhang an.

Ein Beschäftigungsverhältnis endet, wie das Bundessozialgericht (BSG) bereits entschieden hat, nicht ohne weiteres mit dem Ende der tatsächlichen Beschäftigung, wenn über die Wirksamkeit der Kündigung ein Kündigungsschutzprozeß geführt wird. Hat die Klage des Arbeitnehmers gegen die Kündigung Erfolg und wird die Kündigung für unwirksam erklärt, so hat sich der Arbeitgeber (sofern der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft angeboten hat, was bei A. und B. konkludent der Fall war) für die zurückliegende Zeit hinsichtlich der Arbeitsleistung in Annahmeverzug, hinsichtlich der Zahlung des Arbeitsentgelts in Leistungsverzug befunden; dasselbe gilt, wenn im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durch Vergleich das Ende des Arbeitsverhältnisses auf einen Zeitpunkt festgelegt wird, der nach dem Ende der tatsächlichen Beschäftigung liegt (BSGE 52, 152, 155 f = SozR 2100 § 25 Nr 3).

Keine anderen Grundsätze kommen, wie das BSG ebenfalls zum Ausdruck gebracht hat, dann zum Tragen, wenn in Zusammenhang mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eine Freistellung erfolgt. Der gegenteiligen Auffassung, nach der mit der Freistellung von der Arbeit, dh mit dem tatsächlichen Ende der Beschäftigung, auch das Beschäftigungsverhältnis endet, kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil danach das Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis und die von seinem Bestehen abhängigen Rechtsfolgen in nicht zu rechtfertigender Weise auseinanderfallen würden: Während das Arbeitsverhältnis und der daraus abgeleitete Anspruch auf Arbeitsentgelt fortbestünden, würde das Beschäftigungsverhältnis und die mit ihm verbundene Sozialversicherung entfallen. Der Arbeitgeber könnte also den Versicherungsschutz der Arbeitnehmer mit uU schwerwiegenden Folgen für die ihnen zustehenden Versicherungsleistungen durch einseitigen Akt beenden, auch wenn die Voraussetzungen für eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht vorlägen. Aber auch beitragsrechtlich ist die genannte Auffassung abzulehnen, weil die



Solidarität derjenigen, die ihre Arbeitskraft einem Arbeitgeber gegen Entgelt zur Verfügung stellen, gebietet, daß sie sich, solange ihnen Arbeitsentgelt zusteht, mit entsprechenden Beiträgen an der Finanzierung der Leistungen ihrer Versichertengemeinschaft beteiligen (BSGE 59, 183, 185 = SozR 4100 § 168 Nr 19).

Nichts anderes gilt, wenn sich ein von der Beschäftigung freigestellter Arbeitnehmer vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses arbeitslos meldet und die Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) beantragt. In einem solchen Fall hat die Bundesanstalt für Arbeit (BA) gemäß § 117 Abs 4 AFG Alg zu gewähren. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt gegen den Arbeitgeber geht im Umfang ihrer Leistungen auf die BA über (§ 115 Abs 1 Zehntes Buch des Sozialgesetzbuches - SGB 10). Im Rahmen der Abwicklung der "Gleichwohlgewährung" geht der Gesetzgeber nicht nur vom Fortbestehen des Anspruchs auf Arbeitsentgelt und damit des Arbeitsverhältnisses aus, sondern beitragsrechtlich auch von der Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses. Das ergibt sich insbesondere aus § 160 Abs 1 AFG. Danach sind der BA die Beiträge zur Krankenversicherung, die sie im Fall des § 117 Abs 4 Satz 1 AFG zusätzlich zum Alg geleistet hat (§§ 155, 157 Abs 1 AFG), vom Arbeitgeber zu erstatten, soweit er für dieselbe Zeit Beiträge zur Krankenversicherung des Arbeitnehmers zu entrichten hat (Satz 1). Dafür wird er insoweit "von seiner Verpflichtung befreit, Beiträge an die Krankenkasse zu entrichten" (Satz 2). Im übrigen, dh soweit seine Beitragspflicht gegenüber der Krankenkasse seine Erstattungspflicht gegenüber der BA übersteigt, bleibt er der Krankenkasse weiterhin zahlungspflichtig. Diese Regelung ist nur verständlich, wenn für die Dauer des Arbeitsverhältnisses - trotz Übergangs des Entgeltsanspruchs auf die BA in Höhe des gezahlten Alg - das versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis fortbesteht. Andernfalls hätte der Arbeitgeber nicht von seiner Beitragspflicht gegenüber der Krankenkasse "befreit" zu werden brauchen; es gäbe für seine weiterbestehende Verpflichtung, etwaige überschießende Krankenversicherungsbeiträge an die Krankenkasse zu zahlen, keine Grundlage; von einer solchen Verpflichtung geht § 160 Abs 1 Satz 2 AFG aber aus (BSGE 59, 183, 186 = SozR 4100 § 168 Nr 19).

Die vorgenannten Grundsätze zum Ende eines Beschäftigungsverhältnisses, die auf einer ständigen Rechtsprechung beruhen, sind auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Sie führen dazu, daß die Arbeitnehmer A. und B. ihre Beschäftigungen iS des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG über den 31. Dezember 1983 hinaus ungekündigt fortgesetzt haben, da beide Kündigungen im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen für unwirksam erklärt worden sind.

Gleichwohl ist die Sache nicht entscheidungsreif, weil die tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht für die Klärung der Frage ausreichen, ob der Lohnausfall der Arbeitnehmer A. und B., wie in § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG verlangt, durch einen kurzarbeitergeldrelevanten Arbeitsausfall hervorgerufen worden ist. Allerdings stellt das LSG insoweit heraus,



daß die Arbeitsleistungen der beiden Arbeitnehmer in Januar 1984 bis zur jeweiligen Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses allein wegen dessen Kündigung und des daraus resultierenden Schwebezustandes unterblieben und nicht etwa auf wirtschaftliche Ursachen im Betrieb der Klägerin zurückzuführen seien; es fehle mithin am Kausalitätserfordernis des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG. Indes enthalten diese Darlegungen keine tatsächlichen Feststellungen; sie beinhalten vielmehr die Rechtsauffassung des LSG, daß eine Kündigung unabhängig vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses die Kausalitätsverknüpfung zwischen Lohn- und Arbeitsausfall iS des § 65 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG aufhebe. Eine solche Annahme ist nicht gerechtfertigt. Entscheidend für die Kausalitätsfrage sind die tatsächlichen Verhältnisse. In tatsächlicher Hinsicht könnte es hier so liegen, daß die Arbeitnehmer A. und B., obwohl sie der Klägerin ihre Arbeit angeboten haben, wie alle anderen Arbeitnehmer durch wirtschaftliche Ursachen im Betrieb der Klägerin an der Arbeit gehindert worden sind; in diesem Fall hat nicht der Arbeitsgerichtsprozeß, sondern der Arbeitsausfall die Lohneinbuße wesentlich bedingt. Andererseits ist nicht auszuschließen, daß zwischen der Klägerin und den Arbeitnehmern eine Übereinkunft in dem Sinne getroffen worden ist, daß die beiden Arbeitnehmer während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses nicht zu arbeiten brauchten; in diesem Fall hat nicht der Arbeitsausfall, sondern der Arbeitsgerichtsprozeß die Lohneinbuße wesentlich herbeigeführt.

Da der Senat die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zur Kausalitätsfrage nicht selbst treffen kann, ist die Sache unter Aufhebung des ergangenen Urteils gemäß § 170 Abs 2 SGG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das LSG zurückzuverweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)