

Bundessozialgericht

- 7 RAr 23/79 -

Im N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger

Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

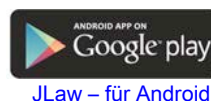
Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne
mündliche Verhandlung am 12. Februar 1980
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Bayerischen Landessozialgerichts vom 7. Dezember 1978
wird zurückgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.



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

Der Kläger zeigte am 20. November 1975 dem Arbeitsamt Würzburg die Einführung von Kurzarbeit in seinem Betrieb ab 1. Dezember 1975 an. Er gab an, er beschäftige vier Arbeiter, fünf Angestellte und sieben Auszubildende. Eine Betriebsvertretung sei nicht vorhanden. Mit Bescheid vom 2. Dezember 1975 entschied das Arbeitsamt, aufgrund der vorgenommenen Prüfung werde Kurzarbeitergeld (Kug) den vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmern des Betriebes ab 1. Dezember 1975 gewährt. Der Kläger beantragte am 12. März 1976 Gewährung von Kug für vier Arbeiter in der Zeit ab 1. Dezember 1975. Mit Bescheid vom 29. März 1976 lehnte das Arbeitsamt den Antrag ab, weil die Voraussetzungen gem § 64 Abs 1 Nr 3 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582) nicht erfüllt seien. Den Bescheid vom 2. Dezember 1975 hob es auf. Der Widerspruch des Klägers blieb ohne Erfolg (Bescheid vom 10. Mai 1976). Mit der dagegen gerichteten Klage hat der Kläger vorgebracht, nur die Monteure, nicht die Lehrlinge und Angestellten hätten kurzgearbeitet. Er habe am 1. September 1975 drei Lehrlinge aufgenommen, weil drei der älteren Lehrlinge im Februar 1976 die Prüfung ablegen sollten. Die Lehrlinge verbrächten tatsächlich jährlich nur fünf Monate im Betrieb. Während der übrigen Zeit befänden sie sich auf Ausbildungslehrgängen oder in Urlaub.

Mit Urteil vom 15. November 1976 hat das Sozialgericht (SG) die Klage abgewiesen und die Berufung zugelassen. Das Landessozialgericht (LSG) hat am 7. Dezember 1978 dieses Urteil hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits abgeändert, weil die Beklagte den Kläger ab 27. Januar 1976 klaglos gestellt hatte, im übrigen aber die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, für die Entscheidung komme es auf die Zahl der ab 1. Dezember 1975 im Betrieb tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer an. Die Beklagte habe diese Zahl zutreffend mit 16 ermittelt. Mit Recht habe sie die sieben Auszubildenden mitberücksichtigt. Die Auszubildenden seien in der Haupt-



sache berufsmäßig als Arbeitnehmer tätig gewesen und hätten auch eine regelmäßige Arbeitszeit gehabt.

Der Kläger hat Revision eingelegt und macht geltend, der Auszubildende sei kein Arbeitnehmer im Sinn der Bestimmungen über das Kug. Während der Kurzarbeitszeit müsse der Auszubildende die Ausbildung planmäßig weiterführen. Im streitigen Kug-Zeitraum seien drei seiner Lehrlinge nahezu dauernd wegen Lehrgängen und Prüfungsvorbereitungen abwesend und nicht "tatsächlich beschäftigt" gewesen. Insbesondere aber könnten die gerade erst im Betrieb aufgenommenen Lehrlinge noch nicht als tatsächlich Arbeitende angesehen werden. Nach § 12 Abs 1 Ziffer 2 des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) vom 14 August 1969 (BGBl I 1112) sei die Ausbildungsvergütung fortzuzahlen, wenn der Auszubildende sich für die Berufsausbildung bereit halte, diese aber ausfalle. Artikel 12 des Grundgesetzes (GG) werde verletzt, wenn der Auszubildende durch die Kug-Regelung mittelbar gezwungen würde, seine Ausbildungstätigkeit gerade in den entscheidenden Phasen zu Beginn und am Ende der Ausbildung zu unterbrechen. Eine seiner Angestellten hätte keine regelmäßige Arbeitszeit gehabt, eine andere sei nur halbtags tätig. Im Dezember 1975 seien durch Lehrgänge, Urlaub und Krankheit so viele Betriebsangehörige ausgefallen, daß nur an drei Tagen die Zahl der Kurzarbeitenden nicht ein Drittel der insgesamt tatsächlich tätigen Betriebsangehörigen iS von §§ 64, 65 AFG erreicht habe. Im Januar 1976 seien an neun von 17 Tagen die Voraussetzungen des § 64 Abs 1 Ziffer 3 AFG nicht erfüllt gewesen.

Der Kläger beantragt,
unter restlicher Aufhebung des Urteils
des Sozialgerichts Würzburg vom 15. November 1976
und entsprechender Abänderung des Urteils des
Bayerischen Landessozialgerichts vom
7. Dezember 1978 die Beklagte zu verurteilen, an
den Kläger auch für die Zeit vom 1. Dezember 1975 bis
zum 26. Januar 1976 Kug zu zahlen.



Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie macht geltend, die Auszubildenden seien tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG. Danach seien bei der Ermittlung der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer lediglich die in § 65 Abs 2 AFG genannten Personen nicht mitzuzählen. Die Auszubildenden gehörten nicht dazu.

Beide Beteiligte haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung § 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes (-SGG-) einverstanden erklärt.

II

Die Revision ist nicht begründet. Zutreffend hat das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Klage war abzuweisen, denn die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig.

Nach § 64 Abs 1 Nr 3 AFG setzt die Gewährung von Kug voraus, daß in einem zusammenhängenden Zeitraum von mindestens vier Wochen, der mit dem Tage beginnt, an dem ein Arbeitsausfall erstmals nach Eingang der Anzeige nach Nr 4 eintritt, für mindestens ein Drittel, danach in einem zusammenhängenden Zeitraum von jeweils mindestens vier Wochen für mindestens ein Zehntel der in dem Betrieb tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer mehr als 10 vH der Arbeitszeit (§ 69) ausfällt; dabei sind die in § 65 Abs 2 genannten Personen nicht mitzuzählen. Diese Voraussetzungen waren im Betrieb des Klägers im streitigen Zeitraum vom 1. Dezember 1975 bis zum 26. Januar 1976 nicht erfüllt.

Die Zahl der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer im Betrieb des Klägers hat das LSG mit 16 festgestellt. Bei dieser Feststellung ist das LSG nicht von einer falschen Auslegung des § 64 Abs 1 Nr 3 AFG ausgegangen. Das LSG hat insoweit mit Recht Ausfälle in der Ausübung der Beschäfti-



gung durch Krankheit, Urlaub, Lehrgänge usw unberücksichtigt gelassen. Für die Zugehörigkeit zum Kreis der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG kommt es nämlich nicht darauf an, ob der beschäftigte Arbeitnehmer im fraglichen Zeitraum überhaupt und stets tatsächlich auf seinem Arbeitsplatz anwesend gewesen ist. Kranke und beurlaubte Arbeitnehmer sind dabei vielmehr mitzuzählen (vgl Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, § 64 Anm 39; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, § 64 Anm 9; Gemeinschaftskommentar zum AFG, § 64 Anm 22; a.M. Krebs, Komm zum AFG, § 64 Anm 20, und zu § 117 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung - AVAVG- Draeger/Buchwitz/Schönefelder, Komm zum AVAVG, § 117 Anm 26). Entscheidend ist nämlich die Zahl der nach dem Betriebsplan vorhandenen und mit Arbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze.

§ 64 Abs 1 Nr 3 AFG verlangt als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Kug ein bestimmtes Verhältnis zwischen der Zahl der im Betrieb zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte und der Menge der ausfallenden Arbeit, ausgedrückt in Arbeitsstunden. Der Arbeitsausfall muß in einem zusammenhängenden Zeitraum von mindestens vier Wochen mindestens ein Drittel der Arbeitskräfte betreffen. Aus der Länge des Zeitraums ergibt sich für den Arbeitgeber, der insoweit auch im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer handelt (vgl BSGE 38, 98 = SozR 4100 § 69 Nr 1), die Notwendigkeit, von vornherein sachgerecht zu disponieren. Dazu gehört auch die Voraussicht, ob Kug gewährt werden wird oder nicht. Diese Voraussicht wäre bei Nichtberücksichtigung von erkrankten Arbeitnehmern im Rahmen des § 64 Abs 1 Nr 3 AFG in bestimmten Fällen praktisch nicht möglich, nämlich dann nicht, wenn das von Arbeitsausfall voraussichtlich betroffene Drittel der Arbeitskräfte im Verhältnis zu der Zahl der planmäßig vorhandenen Arbeitnehmer ohne Erkrankungsfälle rechnerisch nicht erreicht wird, der Anspruch auf Kug insoweit also lediglich von der Zahl der für den Ausfallzeitraum tatsächlich durch Krankheit ausfallenden Arbeitnehmer abhängen würde. In diesen Fällen würde der Arbeitgeber die von ihm verlangte Disposition des Betriebsablaufs nicht anstellen können; denn ob nunmehr für den zu erwartenden Arbeitsausfall in dem Betrieb Kug gezahlt werden



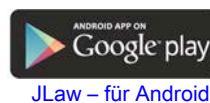
wird, hinge von dem Zufall ab, ob eine genügende Zahl von Arbeitnehmern erkranken oder erkrankt bleiben und dieser Zustand über die maßgeblichen vier Wochen Bestand behalten wird. Es käme somit nur auf die Durchschnittszahl der verfügbaren (nicht erkrankten und nicht beurlaubten) Arbeitnehmer in diesen vier Wochen und ihr Verhältnis zur Zahl der Kurzarbeiter an. Wegen dieser Unsicherheiten ließe sich regelmäßig erst im Nachhinein feststellen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug erfüllt waren. Das müßte auch für den Anspruch der erkrankten Arbeitnehmer gegen ihre Krankenkasse auf Zahlung des Kug als Krankengeld nach § 164 Abs 2 AFG gelten. Gemäß § 210 der Reichsversicherungsordnung (RVO) ist das Krankengeld aber mit Ablauf jeder Woche auszubahlen. Die Krankenkasse könnte deshalb nicht bis zum Ende des Kug-Zeitraumes warten, für den nach § 72 Abs 4 AFG das Kug auszuzahlen ist. Sie wäre zu einem Zeitpunkt leistungspflichtig, zu dem sie wegen der dargestellten Unsicherheit noch nicht wissen kann, ob der Krankengeldanspruch von rechts wegen überhaupt besteht oder er sich nicht noch nachträglich als unrichtig erweisen wird. Eine solche Unsicherheit kann das Gesetz nicht gewollt haben.

Auch die Anrechnung der Beurlaubten als tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG entspricht dem Zweck des Gesetzes. Danach sollen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im eigenen Interesse zu dem Versuch angehalten werden, Kurzarbeit zu vermeiden (vgl. Schönefelder/Kranz/Wanka aaO, § 64 Anm 34). Eine sinnvolle Möglichkeit dafür ist die Beurlaubung möglichst vieler Arbeitnehmer. Indessen wäre es nicht gerechtfertigt, damit gerade das Gegenteil zu bewirken, den Betrieb durch die Gewährung von Kug gewissermaßen dafür zu belohnen, daß er viele Arbeitnehmer beurlaubt, wenn nämlich die Arbeit nur als Folge der Urlaubsgewährung für mehr als ein Drittel der verbleibenden Arbeitnehmer ausfällt.

Soweit die Auszubildenden in der hier streitigen Zeit, für die Kug verlangt wird, Lehrgänge besucht oder sonst zu Ausbildungszwecken außerhalb des Betriebes tätig gewesen sind,



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



liegt schon dem Wortsinn nach eine tatsächliche Beschäftigung vor. Dies gilt zwar nicht in gleicher Weise für erkrankte oder beurlaubte Arbeitnehmer. Diese gehören jedoch - wie dargestellt - nach Sinn und Zweck der Regelung über das Kug zu den tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmern iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG, so daß demgegenüber der reine Wortsinn nicht entscheidend ist. Im übrigen hatte die Bundesanstalt für Arbeit (BA) schon vor Inkrafttreten des AFG im Verwaltungswege die Auffassung vertreten, daß Erkrankte und Beurlaubte als tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer anzusehen seien. Der Gesetzgeber, dem dies bekannt war, hat trotzdem insoweit den Wortlaut der Bestimmung des § 117 Abs 1 Nr 3 AVAVG übernommen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß er diese Auslegung bestätigen wollte.

Eine Auslegung, daß als tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer nur solche angesehen werden könnten, die an den einzelnen Arbeitstagen des Kurzarbeitszeitraumes anwesend sind, wäre völlig abwegig, da es nach § 64 Abs 1 Nr 3 AFG gerade auf die in diesem Zeitraum wegen Kurzarbeit nicht arbeitenden Arbeitnehmer ankommen soll. Im übrigen kann bei Kurzarbeit die Arbeit im Betrieb vorübergehend auch ganz ausfallen, so daß dann überhaupt keine Arbeitnehmer anwesend wären, die bei dieser Auslegung für § 64 Abs 1 Nr 3 AFG zugrunde gelegt werden könnten.

Die Behauptung des Klägers, daß zwei seiner 16 Arbeitnehmer nur halbtags beschäftigt gewesen seien, hat er schon in der Klageschrift aufgestellt. Sollte seinem Vorbringen in der Revisionsinstanz insoweit die Rüge entnommen werden können, daß LSG habe seine Sachaufklärungspflicht verletzt, so wäre diese Rüge unerheblich. Die vier Kurzarbeiter des streitbefangenen Leistungszeitraumes würden auch bei $(16 - 2 =) 14$ Arbeitnehmern nicht ein Drittel der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG ausmachen.

Entgegen der Auffassung des Klägers sind auch die bei ihm beschäftigten Auszubildenden als Arbeitnehmer iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG anzurechnen. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus der



grundsätzlichen arbeits- und berufsordnungsrechtlichen Gleichstellung von Auszubildenden mit Arbeitnehmern, ihrer entsprechenden Behandlung im Bereich des AFG und der Entwicklung der Kug-Regelung. Nach der im Arbeitsrecht herrschenden Lehre werden Auszubildende ganz allgemein als Arbeitnehmer angesehen, dh dieser Personengruppe nach Rechtsstellung und Funktion zugeordnet (vgl Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl, 1. Band S 83 mwN; Zöllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl, § 5 IV 2; Söllner, Arbeitsrecht 1974, § 4 III). Dem folgen auch prinzipiell die Regelungen im BBiG. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 3 Abs 2 BBiG sind nämlich auf den Berufsausbildungsvertrag, soweit sich aus seinem Wesen und Zweck und aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt, die für den Arbeitsvertrag geltenden Vorschriften und Rechtsgrundsätze anzuwenden. Herkert (Komm zum BBiG § 3 Anm 12) bezeichnet deshalb Auszubildende jedenfalls als Arbeitnehmer im weiteren Sinne. Für die Zurechnung der Auszubildenden zu den tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmern iSd § 64 Abs 1 Nr 3 AFG spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Die Regelung des § 64 Abs 1 Nr 3 AFG entspricht hinsichtlich ihres Gegenstandes der Bestimmung des § 117 Abs 1 Nr 3 AVAVG. Danach waren Lehrlinge nicht als "tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer" mitzuzählen (§ 117 Abs 1 Nr 3 Satz 2 AVAVG). Diese Ausschlußregelung galt ebenso für Praktikanten, Anlernlinge, Heimarbeiter, geringfügig und unständig Beschäftigte. In das AFG ist sie durch die Verweisung auf § 65 Abs 2 nur in veränderter Weise übernommen worden. Nicht als tatsächlich beschäftigte Arbeitnehmer mitgezählt werden danach Personen, die nicht berufsmäßig in der Hauptsache als Arbeitnehmer tätig zu sein pflegen, keine regelmäßige Arbeitszeit haben oder als Teilnehmer an einer beruflichen Bildungsmaßnahme Unterhaltsgeld (Uhg) beziehen sowie unständig oder in der Hauswirtschaft Beschäftigte. Daraus geht die Absicht des Gesetzgebers hervor, die Auszubildenden nicht mehr wie nach dem AVAVG aus dem Kreis der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer auszuschließen.



Dies entspricht der allgemeinen Konzeption des AFG, wie sie vor allem in der beitragsrechtlichen Regelung des § 168 Abs 1 AFG Ausdruck gefunden hat. Darin werden in Form einer Legaldefinition die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Personen ausdrücklich als Arbeitnehmer bezeichnet. Zwar betrifft diese Vorschrift ihrem Regelungsinhalt nach nur die Beitragspflicht zur BA. Im Sinne einer wünschenswerten Kongruenz zwischen Beitrags- und Leistungsrecht sollten aber Differenzierungen in einer Ungleichheit zwischen Beitragspflicht einerseits und Leistungsberechtigung andererseits dort vermieden werden, wo es das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt oder es aus sonstigen Gründen unvermeidbar ist. Deshalb hat der Senat ua aus allgemeinen Grundsätzen des AFG angenommen, daß Auszubildende zu dem Kreis der Arbeitnehmer iSd § 19 AFG gehören, weil der Sinnzusammenhang dieser Regelung eine andere Auffassung verbietet (vgl BSG SozR 4100 § 19 Nr 8). Für den Kug-Bereich ist aber zu beachten, daß § 65 Abs 1 Nr 1 AFG hinsichtlich des Kreises der Personen, die einen Anspruch auf Kug haben können keinen Unterschied zwischen Arbeitnehmern als solchen und Auszubildenden macht; denn die Vorschrift stellt durch die Verweisung auf § 168 Abs 1 AFG den Bezug zum Beitragsrecht her und verlangt lediglich den ungeschmälernten Fortbestand einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung als Voraussetzung für den Kug-Anspruch. Als Personen, die einen Anspruch auf Kug haben können, werden demnach grundsätzlich auch diejenigen bezeichnet, die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (vgl Schöenefelder/Kranz/Wanka, aaO, Anm 11 zu § 65; Gemeinschaftskommentar, aaO, Anm 2 zu § 65). In welchem Umfang und in welchen Fällen Kug-Ansprüche zugunsten von Auszubildenden wegen deren Anspruchs auf zeitweise Fortzahlung der Vergütung bei Ausfall der Berufsausbildung (§ 12 Abs 1 Nr 2 BBiG) entstehen können sowie ob und wann bei ihnen die Einführung von Kurzarbeit überhaupt zulässig ist, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung. Es kann aber nicht übersehen werden, daß die Nichtberücksichtigung von Auszubildenden im Rahmen des § 64 Abs 1 Nr 3 AFG gerade in Kleinbetrieben die Einführung von Kurzarbeit in



einem Maße erleichtern würde, das mit dem Recht der Auszubildenden auf möglichst ununterbrochene Fortsetzung ihrer Ausbildungsbeschäftigung schwer zu vereinbaren wäre.

Der Einwand des Klägers, er habe die Auszubildenden auch in der Zeit der Kurzarbeit weiter planmäßig ausbilden müssen, greift demgegenüber nicht durch. In § 64 Abs 1 Nr 3 AFG wird für den Begriff der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer nicht verlangt, daß bei ihnen die Einführung von Kurzarbeit zulässig sein muß. Insbesondere ist eine Beschränkung des Kreises der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer auf die nach § 65 Abs 1 Nr 1 und 2 AFG im konkreten Fall anspruchsberechtigten Personen nicht zu erkennen. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 64 Abs 1 Nr 3 Halbs 2 AFG sind nur die in § 65 Abs 2 genannten Personen nicht mitzuzählen. Zu den Personen, die nach § 65 Abs 2 AFG keinen Anspruch auf Kug haben können, gehören die Auszubildenden aber nicht.

Aus allen diesen Gründen ist die Revision unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

