

Bundessozialgericht

7 RAR 39/85

Im Namen des Volkes

Verkündet am
9. September 1986

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:
.....
.....

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 9. September 1986 in Berlin

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen
Landessozialgerichts vom 12. Februar 1985 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen
Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



-2-

G r ü n d e :

I

Die Klägerin wendet sich gegen die Ablehnung der Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug).

Sie betreibt ein Fliesenfachgeschäft. Sie zeigte am 26. November 1981 dem Arbeitsamt Aschaffenburg betrieblichen Arbeitsausfall für die Zeit vom 1. Dezember 1981 bis voraussichtlich 28. Februar 1982 an und beantragte die Gewährung von Kug für - wie das Landessozialgericht (LSG) festgestellt hat - sieben von neun beschäftigten Arbeitnehmern. Fünf der von Kurzarbeit betroffenen sieben Arbeitnehmer hatte die Klägerin zum 31. Dezember 1981 gekündigt und entlassen, sie jedoch im Laufe des Monats März 1982 aufgrund verbesserter Auftragslage wieder eingestellt.

Das Arbeitsamt bewilligte der Klägerin antragsgemäß Kug für die beiden ungekündigten Arbeitnehmer P. und R., lennte dieses jedoch für die gekündigten Arbeitnehmer F., M., S., U. und W. ab (Bescheid vom 18. Januar 1982, Widerspruchsbescheid vom 3. Februar 1982).

Mit der Klage hat die Klägerin geltend gemacht, daß die zunächst nur vorsorgliche Kündigung zur Entlassung der fünf Arbeitnehmer am 31. Dezember 1981 geführt habe, weil sich die Auftragslage im Dezember erwartungswidrig nicht gebessert hatte. Wenn sie gewußt hätte, daß sie für diese Arbeitnehmer kein Kug erhalten würde,



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



-3-

hätte sie diesen schon zum 9. Dezember 1981 gekündigt, was zulässig gewesen wäre. Sie habe dies nur deshalb nicht getan, um diesen Arbeitnehmern den Lohnausgleich der Zentralversorgungskasse zu erhalten. Sie hält die Ablehnung des Kug für ermessensfehlerhaft und hat beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben sowie die Beklagte zur Zahlung von Kug für die Arbeitnehmer F., M., S., U. und W. für Dezember 1981 zu verpflichten.

Das Sozialgericht (SG) hat den Bescheid vom 18. Januar 1982 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Februar 1982 aufgehoben, die Klage im übrigen abgewiesen und die Berufung zugelassen. Zur Begründung hat das SG ausgeführt, daß der angefochtene Bescheid nicht die erforderliche Ermessensausübung iS des § 65 Abs 1 Satz 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) enthalte und deshalb rechtswidrig sei. Hingegen sei die Verpflichtungsklage unbegründet, da das Gericht die bisher fehlende Ermessensentscheidung der Beklagten nicht ersetzen könne (Urteil vom 15. September 1983).

Das LSG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, ebenso die auf Verurteilung zur Gewährung des beantragten Kug gerichtete Anschlußberufung der Klägerin (Urteil vom 12. Februar 1985). Zur Begründung hat das LSG ausgeführt: Das SG hätte den angefochtenen Bescheid nicht in vollem Umfange aufheben dürfen; denn soweit er die Bewilligung von Kug für P. und R. enthalte, sei er nicht angefochten gewesen. Da dies zwischen den Beteiligten nicht streitig sei und die Beklagte sich nach wie vor an den bewilligenden Teil des Bescheides gebunden fühle, bedürfe es insoweit



jedoch keiner ausdrücklichen Klarstellung.

Die Ablehnung des Kug für die Arbeitnehmer F., M., S., U. und W. sei rechtswidrig. Die betrieblichen Voraussetzungen nach §§ 63, 64 AFG für diesen Anspruch auf Kug hätten vorgelegen. Die Klägerin habe regelmäßig mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt, jedenfalls für zusammenhängende vier Wochen sei für mindestens 1/3 der Beschäftigten mehr als 10 vH der Arbeitszeit vorübergehend angefallen, der Arbeitsausfall habe auf wirtschaftlichen Ursachen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er sei unvermeidbar gewesen und rechtzeitig angezeigt worden. Den betroffenen Arbeitnehmern sei allerdings bei Beginn des Kug-Zeitraums bereits gekündigt und deshalb iS des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG nicht zu erwarten gewesen, daß ihnen die Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitnehmer durch die Gewährung von Kug erhalten bleiben würden; dennoch hätte die Beklagte Kug gewähren können; in einem solchen Falle stehe dies nämlich gemäß § 65 Abs 1 Satz 3 AFG in ihrem Ermessen. Eine solche Ermessensentscheidung habe die Beklagte jedoch nicht getroffen. Dies folge sowohl aus dem Inhalt des angefochtenen Verwaltungsaktes und des Widerspruchsbescheides als auch aus der erklärten Rechtsansicht der Beklagten, daß es bereits an den Voraussetzungen nach § 63 AFG für den Anspruch fehle, so daß kein Raum für eine Ermessensentscheidung bleibe.

Zu Unrecht erachte es die Beklagte als eine Voraussetzung für die Anwendung von Ermessen iS des § 65 Abs 1 Satz 3 AFG, es müsse damit zu rechnen sein, daß jedenfalls für die überwiegende Zahl



der zu Beginn der Kurzarbeit im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer die Arbeitsplätze erhalten blieben. Diese auch in ihrem Kug-Sammelrunderlaß 307/70.4 vertretene Ansicht beschreibe allenfalls Erwägungen für die Ermessensausübung, hindere deren Ausübung aber nicht. Im übrigen habe die Beklagte nicht berücksichtigt, daß die betroffenen fünf Arbeitnehmer im März 1982 wieder eingestellt worden seien. Schon nach ihren eigenen Weisungen hätte sie diesem Umstand Rechnung tragen müssen, da diesen Arbeitnehmern die Arbeitsplätze erhalten geblieben seien. Die Rechtswidrigkeit der Kug-Ablehnung folge deshalb aus der fehlenden Ermessensausübung.

Da das Ermessen der Beklagten im vorliegenden Falle nicht auf Null geschrumpft sei, könne sie nicht zur Leistung verurteilt werden. Die Anschlußberufung der Klägerin sei deshalb nicht begründet. Zwar wäre es möglich, die Beklagte zum Erlaß eines neuen Bescheides unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten. Abgesehen von einem insoweit fehlenden Antrag sei dies entbehrlich, da die Beklagte nach Aufhebung des angefochtenen Bescheides erneut über den Antrag auf Kug zu entscheiden habe.

Mit der Revision macht die Beklagte eine Verletzung von §§ 63, 65 AFG geltend und trägt dazu vor: Die Feststellungen des LSG hinsichtlich der Zahl der beschäftigten und gekündigten Arbeitnehmer rüge sie trotz Widerspruchs zu den Angaben der Klägerin im Kug-Antrag nicht, denn darauf komme es nicht an. Sie akzeptiere auch die Bindungswirkung des Bescheides, soweit er die Bewilligung von



Kug an die beiden im Betrieb verbliebenen Arbeitnehmer betreffe, obwohl nach ihrer Rechtsauffassung für diese Kug nicht hätte bewilligt werden dürfen. Im übrigen sei der Bescheid vom 18. Januar 1982 richtigerweise ohne Ermessensausübung ergangen. Es fehle nämlich für den Anspruch am Vorliegen der Voraussetzungen nach § 63 AFG hinsichtlich der gekündigten Arbeitnehmer.

Der § 63 Abs 1 AFG bezeichne nicht nur die Zweckbestimmung des Kug, sondern enthalte in dem Konditionalsatz, wonach Kug nur bei Erwartung des Fortbestandes der Arbeitsplätze für die betroffenen Arbeitnehmer gewährt werden dürfe, eine allgemeine Anspruchsvoraussetzung. Dies folge schon aus BSG SozR 4100 § 63 Nr 2. Allerdings fehle die Angabe, welcher Zahl von Arbeitnehmern der Arbeitsplatz erhalten bleiben müsse. Dies könne zwar nicht in bezug auf alle Arbeitnehmer verlangt werden; es reiche aber auch nicht aus, wenn nur für einen der Arbeitsplatz erhalten bliebe. Die maßgebende Grenze müsse deshalb zwischen beiden Extremen liegen. Zu berücksichtigen seien die sozialen Auswirkungen für die Arbeitnehmer und etwaige Wettbewerbsvorteile für Arbeitgeber. Für erstere bedeute Arbeitslosigkeit wirtschaftliche und arbeitsrechtliche Nachteile, für letztere Kostenentlastung gegenüber Kurzarbeit, d.h. einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Arbeitgebern, die in vergleichbarer Situation Kug für die gesamte Belegschaft beantragten. Zweckbestimmung und arbeitsmarktpolitische Zielsetzung der Kug-Regelung rechtfertigten die Schlußfolgerung, daß die Voraussetzungen des § 63 Abs 1 AFG nur dann erfüllt seien, wenn jedenfalls für die überwiegende Zahl der zu Beginn der Kurzarbeit Beschäftigten die Arbeitsplätze erhalten



blieben. Daran fehle es hier, so daß eigentlich für keinen der Arbeitnehmer der Klägerin Kug zugestanden hätte, jedenfalls nicht für die gekündigten. Auf die vom LSG angestellte Hilfserwägung, daß diese später wieder eingestellt worden seien, komme es nicht an. Weder Dauer der Entlassung noch ein etwaiger Wiederbeschäftigungsanspruch änderten etwas daran, daß ihnen Arbeitsplätze nicht erhalten worden seien.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts aufzuheben,
soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen
hat, das Urteil des Sozialgerichts aufzuheben,
soweit es der Klage stattgegeben hat, und die Klage
in vollem Umfange abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus: § 63 AFG beschreibe nicht eine allgemeine Anspruchsvoraussetzung, sondern die allgemeine Zielsetzung des Kug. An diesem Prüfungsmaßstab seien die Voraussetzungen der §§ 64, 65 AFG zu messen. Folglich hätte die Beklagte eine Ermessensentscheidung treffen müssen. Im übrigen gehe die zahlenmäßige Bewertung der Beklagten fehl. Entscheidend sei die Berücksichtigung der sozialen Auswirkungen für die Arbeitnehmer. Diese richteten sich aber nicht allein danach, wievielen der Arbeitsplatz erhalten bliebe, sondern zu welchem Zeitpunkt Kündigungen wegen Arbeitsmangels ausgesprochen würden. Sinn des



-8-

§ 63 Abs 1 AFG sei es deshalb, möglichst vielen Arbeitnehmern den Arbeitsplatz zu erhalten. Dies spiele besonders in der Bauwirtschaft eine große Rolle. Die Klägerin habe sich in diesem Sinne sozial verhalten, wenn sie alle Arbeitnehmer noch im Dezember 1981 beschäftigt und so allen den Genuß der Leistungen aus der Zusatzversorgungskasse verschafft habe. Die Hinauszögerung einer sonst gerechtfertigten Kündigung habe die Beklagte auch gemäß § 63 Abs 1 AFG beachten müssen. Zudem sei die Dauer der Arbeitslosigkeit maßgeblich, die durch dieses Verhalten der Klägerin begrenzt worden sei. Schließlich habe das LSG zu Recht darauf hingewiesen, daß den betroffenen Arbeitnehmern durch die Wiedereinstellung letztlich die Arbeitsplätze erhalten geblieben seien. Der Verlust des Arbeitsplatzes mit konkreter Aussicht auf Wiedereinstellung könne nicht mit dem endgültigen Verlust des Arbeitsplatzes gleichgestellt werden.

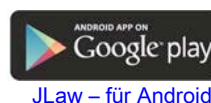
II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

Das Urteil des LSG leidet nicht an einem auch bei zugelassener Revision von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel, wie ihn im Streit um die Gewährung von Kug die unterlassene notwendige Beiladung (§ 75 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-) der Betriebsvertretung darstellen würde (BSGE 38, 94 = SozR 1500 § 75 Nr 4); denn im Betrieb der Klägerin bestand nach ihren Angaben in der Anzeige vom 26. November 1981 keine Betriebsvertretung. Die



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



-9-

Klägerin ist auch klagebefugt; denn sie ist berechtigt, die Kug-Ansprüche ihrer Arbeitnehmer im eigenen Namen geltend zu machen; einer Beiladung der Arbeitnehmer bedurfte es nicht (BSGE 38, 98 = SozR 4100 § 69 Nr 1).

Gegenstand der Klage (§ 95 SGG) ist der Bescheid der Beklagten vom 18. Januar 1982 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Februar 1982, soweit darin die nach den Feststellungen des LSG rechtzeitig beantragte (§ 72 Abs 2 AFG) Gewährung von Kug für die gekündigten Arbeitnehmer F., M., S., U. und W. abgelehnt worden ist. Soweit die Beklagte Kug bewilligt hatte, ist der Bescheid vom 18. Januar 1982 nicht angefochten worden. Der Senat folgt dem LSG, daß die Aufhebung des Bescheides durch das SG diesen Teil nicht erfaßt.

Im Revisionsverfahren ist nur über die Rechtmäßigkeit der Ablehnung zu entscheiden. Die Abweisung der Klage auf Verurteilung der Beklagten zur Leistung des beantragten Kug ist in diesem Verfahren durch das LSG rechtskräftig bestätigt worden; denn die Klägerin hat gegen die Zurückweisung ihrer Anschlußberufung die uneingeschränkt zugelassene Revision nicht eingelegt. Damit ist das Rechtsschutzinteresse der Beklagten an der Durchführung der Revision wegen der Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht entfallen; denn sie bleibt nach der Entscheidung des LSG verpflichtet, über den Antrag der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden und danach ggf die Leistung zu bewilligen. Dies entspricht dem Inhalt des Berufungsurteils, auch wenn das LSG die Verpflichtung im Tenor



nicht ausdrücklich angesprochen hat, was allerdings durch entsprechende Auslegung des Leistungsantrags der Klägerin gemäß § 123 SGG möglich gewesen wäre. Zugleich folgt aus dem rechtskräftig gewordenen Teil der Entscheidung des LSG nicht, daß das Rechtsschutzinteresse der Klägerin wegen ihrer Anfechtungsklage entfallen und der Revision der Beklagten aus diesem Grunde stattzugeben wäre. Die Entscheidung des LSG beinhaltet lediglich, daß die Klägerin derzeit nicht Leistung begehren kann, weil es an einem Rechtsanspruch iS des § 54 Abs 4 SGG fehlt. Die für ihre Anfechtungsklage erforderliche Beschwer aus dem Bescheid vom 18. Januar 1982 wird davon nicht berührt; denn die Beklagte hat damit auch die Gewährung des Kug im Wege des Ermessens abgelehnt (§ 54 Abs 1 iVm Abs 2 Satz 2 SGG); das Recht der Klägerin hierauf wird von der Klageabweisung nicht erfaßt.

Zutreffend hat das LSG erkannt, daß der angefochtene Bescheid rechtswidrig ist, weil die Beklagte bei seinem Erlass nicht von einem ihr obliegenden Ermessen Gebrauch gemacht hat, auf dessen pflichtgemäße Ausübung die Klägerin Anspruch hat (vgl § 39 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - SGB 1). Daß der angefochtene Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides eine Ermessensentscheidung weder inhaltlich noch nach der Absicht der Beklagten enthält, bedarf angesichts der überzeugenden Ausführungen des LSG keiner weiteren Begründung.

Aufgrund der insoweit rechtskräftigen Entscheidung des LSG steht zwar fest, daß die Klägerin einen Rechtsanspruch auf Gewährung von Kug für die Arbeitnehmer F., M., S., U. und W. nicht



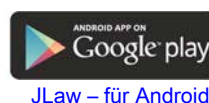
hat. Gleichwohl durfte die Beklagte den Antrag auf Gewährung von Kug für jene fünf Arbeitnehmer für die Dauer ihrer Beschäftigung während der Kündigungsfrist, die den gesamten Monat Dezember 1981 umfaßte, nicht ohne weiteres ablehnen. Nach § 65 Abs 1 Satz 3 AFG kann nämlich gekündigten Arbeitnehmern Kug gewährt werden, solange sie keine andere angemessene Arbeit aufnehmen können. Auch insoweit müssen allerdings die übrigen Voraussetzungen des Kug-Anspruchs nach §§ 63 ff AFG vorliegen. Dies ist jedoch nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des LSG nicht zweifelhaft. Danach beschäftigte die Klägerin regelmäßig mindestens einen Arbeitnehmer, war der Arbeitsausfall vorübergehend und unvermeidlich, beruhte auf wirtschaftlichen Ursachen und umfaßte nach Dauer und Zahl der betroffenen Arbeitnehmer die gesetzlichen Mindestgrenzen; er war rechtzeitig angezeigt worden. Es fehlte lediglich an der persönlichen Voraussetzung des § 65 Abs 1 Nr 1 AFG, daß die oa Arbeitnehmer nach Beginn der Kurzarbeit ihre beitragspflichtige Beschäftigung ungekündigt fortgesetzt haben. Wie das LSG festgestellt hat, war diesen Arbeitnehmern bereits vor Beginn der Kurzarbeit zum 31. Dezember 1981 gekündigt worden.

Diese Sachlage mußte die Beklagte veranlassen, gemäß § 65 Abs 1 Satz 3 AFG zu entscheiden, ob der Klägerin auch für die gekündigten fünf Arbeitnehmer für den Monat Dezember 1981 Kug zu gewähren ist, solange diese eine andere angemessene Arbeit nicht aufnehmen können. Der § 65 Abs 1 Satz 3 AFG begründet das Recht und die Pflicht zur Ausübung von Ermessen (§ 39 SGB 1). Der letzte Halbsatz ist eine Rechtsbedingung dafür, dh, eine Kug-Ge-



währung im Rahmen des Ermessens kommt nur bis zu dem Zeitpunkt während der Kündigungsfrist in Betracht, zu dem es dem gekündigten Arbeitnehmer zumutbar ist, eine andere Arbeit aufzunehmen. Im Übrigen darf die Beklagte bei der Ausübung des Ermessens frei entscheiden, allerdings unter Zugrundelegung sachgerechter Erwägungen, wie sie sich insbesondere aus den Zwecken des Kug herleiten. Ferner hat sie die besonderen Umstände des Einzelfalles zu beachten, zu denen hier die Wahl des Kündigungszeitpunktes durch den Arbeitgeber ebenso gehören kann wie die Wiedereinstellung der gekündigten Arbeitnehmer. Darüber hinaus darf sie im Einzelfalle nicht ohne rechtfertigenden Grund von einer durch allgemeine Verwaltungsanweisungen eingegangenen Selbstbindung bei der Ausübung des Ermessens abweichen, wie es zB im Kug-Sammelrunderlaß 307/37.4 im Rahmen der Ziffern 13.30 ff geschehen ist (vgl dazu BSGE 22, 67, 69; 29, 246, 249; 31, 258, 262 ff; 35, 178, 182; 45, 142, 148).

Entgegen der Auffassung der Beklagten hängt die Anwendung des § 65 Abs 1 Satz 3 AFG nicht von der Anzahl der gekündigten Arbeitnehmer ab, und zwar weder absolut noch im Verhältnis zu den die Beschäftigung ungekündigt fortsetzenden Arbeitnehmern. Die Beklagte stützt sich dafür zu Unrecht auf den Grundsatz des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG, wonach Kug gewährt wird, ua wenn zu erwarten ist, daß dadurch den Arbeitnehmern die Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitnehmer erhalten werden. Es kann dahinstehen, ob es sich dabei nur um die Kennzeichnung der Zielvorstellungen des Gesetzgebers handelt, die mit dem Kug verbunden sind, mithin um einen Auslegungsmaßstab für die übrigen Vor-



schriften über das Kug, oder um eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung. Nach den Motiven des Regierungsentwurfs eines AFG (vgl BT-Drucks V/2291, Begründung zu § 59 Abs 1 Nr 4), wird damit der sozialpolitische und volkswirtschaftliche Hauptzweck des Kug bezeichnet. Die Begründung des Bundestagsausschusses für Arbeit beschreibt die so ausgedrückte Erwartung als allgemeine Voraussetzungen des Kug-Anspruchs, die nicht unter den betrieblichen Voraussetzungen des § 64 Abs 1 AFG (damals noch: § 59 Abs 1) zu regeln sei (vgl zu BT-Drucks V/4110, Begründung zu § 58 Abs 1). Entgegen der Darstellung der Beklagten hat auch der Senat im Urteil vom 17. Mai 1983 (SozR 4100 § 63 Nr 2) insoweit nicht von einer Anspruchsvoraussetzung, sondern von einer Zweckbestimmung des Kug gesprochen; er hat zudem entschieden, daß für die Annahme der Gefährdung der Arbeitsplätze iS des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG die tatsächliche Einführung der Kurzarbeit ausreicht (BSGE 46, 218, 225 = SozR 4100 § 63 Nr 1; vgl dazu auch Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Erl 5 zu § 63 - Stand: Dezember 1982). Dieser Betrachtung entspricht es übrigens, wenn die Beklagte in ihren allgemeinen Verwaltungsanweisungen Ausnahmen von der Beachtung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG zuläßt, worauf noch einzugehen ist.

Selbst wenn es sich bei der Erwartungsregelung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG aber um eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung handeln sollte, deren Fehlen zB dann zur Ablehnung von Kug berechtigen würde, wenn bereits bei Beginn der Kurzarbeit der alsbaldige und endgültige Verlust aller Arbeitsplätze feststeht, kommt ihr nicht der Charakter einer für jeglichen Kug-Anspruch



maßgebenden Bedingung zu. Das wird schon daran deutlich, daß nach § 64 Abs 1 Nr 1 AFG auch ein auf betrieblichen Strukturveränderungen beruhender Arbeitsausfall Kug-Ansprüche auslöst. Solche Strukturveränderungen führen nicht selten zum Verlust von Arbeitsplätzen. Es wäre ein Widerspruch in sich, sollte dem Gesetzgeber unterstellt werden müssen, daß er in diesen Fällen den hier eingeräumten Kug-Anspruch über die Erwartungsregelung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG teilweise oder ganz wieder hat ausschließen wollen. Die allgemeine Regelung tritt deshalb gegenüber solchen Sonderregelungen zurück (vgl dazu auch Jülicher, Die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld, in Festschrift für Wannagat, 1981, S 201, 217, 218).

Dasselbe gilt bei der Zulassung bestimmter Arbeitnehmergruppen zum Kug-Bezug, für die die Erwartungsregelung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG nicht zutrifft. Dies ist zB der Fall für Arbeitnehmer, die erst nach Beginn des Arbeitsausfalls in dem betroffenen Betrieb aus zwingenden Gründen Arbeit aufnehmen und deshalb Anspruch auf Kug besitzen (§ 65 Abs 1 Nr 1 AFG). Für sie trifft die Prognose des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG schon ihrem Wortsinn nach nicht zu, und dennoch schließt dies nach dem Willen des Gesetzgebers den Anspruch nicht aus.

Dasselbe gilt für gekündigte Arbeitnehmer. Ihr Arbeitsverhältnis endet grundsätzlich mit Ablauf der Kündigungsfrist; deshalb kann die Gewährung von Kug weder ihnen die Arbeitsplätze noch sie als eingearbeitete Arbeitnehmer dem Arbeitgeber endgültig erhalten. Gleichwohl sollen sie unter bestimmter Voraussetzung Kug erhalten



(§ 65 Abs 1 Satz 3 AFG). Die Regelung ist durch den Bundestagsausschuß für Arbeit in das Gesetz eingefügt worden. Zur Begründung hat dieser ausgeführt, es müsse vermieden werden, daß gekündigte Arbeitnehmer während der Kurzarbeit auf den Kurzlohn verwiesen sind. Der Erfüllung der allgemeinen Zielsetzung (des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG) werde dadurch Rechnung getragen, daß diese Arbeitnehmer das Kug über eine Ermessensentscheidung der Beklagten nur solange erhalten, wie ihnen das Arbeitsamt keine andere angemessene Arbeit vermitteln kann (vgl zu BT-Drucks V/4110, Begründung zu § 60 Abs 1).

Aus dieser Begründung folgt, daß mit der Regelung des § 65 Abs 1 Satz 3 AFG eine Ausnahme von der Erwartungsregelung in § 63 Abs 1 Satz 1 AFG für gekündigte Arbeitnehmer geschaffen werden sollte. Rechtssystematisch handelt es sich mithin um eine Sonderregelung, die insoweit jedenfalls dem allgemeinen Grundsatz über den Zweck des Kug in § 63 Abs 1 Satz 1 AFG vorgeht und auch eingreift, wenn dessen Bedingungen nicht vorliegen. Im übrigen entspricht es in gewissem Umfange durchaus den allgemeinen Zwecken des Kug, auch gekündigten Arbeitnehmern trotz einer nach Ablauf der Kündigungsfrist ggf eintretenden Arbeitslosigkeit wenigstens für die Dauer ihrer Weiterbeschäftigung den Kug-Anspruch im Rahmen einer Ermessensentscheidung einzuräumen. Zweck des Kug ist nämlich in erster Linie die Stabilisierung der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitsverhältnisse (BSGE 46, 218, 221 ff = SozR 4100 § 63 Nr 1; Hennig/Kühl/Heuer, aaO, Vorbem vor § 63; Gagel, Komm zum AFG, 2. Erg.Lfg., Vor § 63, RdNr 4 f). Der gänzliche Ausschluß gekündigter Arbeitnehmer vom Kug würde diese Zweckbestimmung



verfehlen. Der Gesetzgeber hat schon im Regierungsentwurf zum AFG darauf hingewiesen, daß der Arbeitnehmer, der infolge Kurzarbeit keinen oder nur einen geringen Lohn erhält, einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte (vgl BT-Drucks V/2291, Begründung zu § 60 Abs 1), dh, er könnte die Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld vorziehen, ohne eine Sperrzeit (§ 119 Abs 1 Nr 1 AFG) befürchten zu müssen. Der § 65 Abs 1 Satz 3 AFG nimmt dies nur für den Fall in Kauf, daß dieser Erfolg nicht eintritt, weil nämlich sogleich eine sachgerechte Vermittlung dieses Kurzarbeiters möglich ist; anderenfalls soll das Recht zur Gewährung von Kug den denkbaren Eintritt von Arbeitslosigkeit (mit sanktionslosem Leistungsbezug) vermeiden (vgl Hennig/Kühl/Heuer, aaO, Erl 2 c zu § 65). Diese Zusammenhänge machen deutlich, daß auch die Möglichkeit zur Gewährung von Kug an gekündigte Arbeitnehmer sich in die allgemeine Zweckbestimmung des Kug systemgerecht einordnen läßt.

Aus dem eindeutigen Inhalt der Vorschrift, ihrem Verhältnis zu der schon erörterten Erwartungsregelung in § 63 Abs 1 Satz 1 AFG und ihrer Zweckbestimmung folgt, daß die Beklagte § 65 Abs 1 Satz 3 AFG in jedem Fall eines gekündigten Kurzarbeiters anzuwenden hat, wenn für einen Anspruch auf Kug die übrigen Voraussetzungen nach §§ 63 ff AFG vorliegen, wie es hier der Fall ist. Die für ihre gegenteilige Auffassung von der Beklagten angeführten Gründe sind nicht stichhaltig. Kommt es, wie ausgeführt, ganz allgemein in diesen Fällen nicht darauf an, daß iS des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG die Erwartung begründet ist, durch die Gewährung von Kug würden für gekündigte Arbeitnehmer die Arbeitsplätze in



gleicher Weise erhalten, wie für ungekündigte, kann es für die Pflicht zur Anwendung des § 65 Abs 1 Satz 3 AFG auch keine Rolle spielen, wie das Zahlenverhältnis zwischen gekündigten und ungekündigten Arbeitnehmern ist.

Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, daß § 63 Abs 1 Satz 1 AFG nicht verlangt, es müsse einer bestimmten Zahl von Beschäftigten der Arbeitsplatz (endgültig) durch die Gewährung von Kug erhalten bleiben. Dafür bestand auch kein Bedürfnis; denn der Kug-Anspruch ist ein Individualanspruch und steht jedem Kurzarbeiter zu, wenn die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Folglich kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe den Kug-Anspruch für einen Teil der Berechtigten deshalb in jedem Falle gänzlich ausschließen wollen, weil die Gewährung der Leistung für einen anderen Teil bzw die übrigen Beschäftigten nicht dieselbe arbeitsplatzstabilisierende Wirkung habe wie für den ersten.

Die Auffassung der Beklagten, sie könne in solchen Fällen von ihrer Entscheidungspflicht nach § 65 Abs 1 Satz 3 AFG keinerlei Gebrauch machen, liefe sogar darauf hinaus, wie sie selbst betont, daß in solchen Fällen keinem der betroffenen Kurzarbeiter Kug zustünde, also auch nicht denen, die ihre Beschäftigung ungekündigt fortsetzen. Dieses Ergebnis ist nicht zu billigen. Es beruht auf einer Verkennung der Aufgabenstellung der Beklagten bei der Kug-Gewährung. Diese Leistung ist kein Mittel zur Steuerung der Wettbewerbslage zwischen verschiedenen Betrieben. Ob Kurzarbeit einzuführen ist, obliegt im Rahmen der gesetzlichen,



tariflichen oder betrieblichen Regelungen allein der Beurteilung durch den einzelnen Betrieb (vgl dazu Gagel, aaO, RdNr 14 ff). Ihm bleibt es deshalb auch überlassen, Kostenbelastungen als Folge von Kurzarbeit bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Die Beklagte hat bei ihrer Entscheidung über Kug-Ansprüche von dieser Lage auszugehen. Soweit sie dabei Gesetz gewordene Motive des Gesetzgebers zu berücksichtigen hat, ist sie an deren gesetzliche Ausgestaltung und Einbettung in die einschlägigen Vorschriften gebunden. Die Erwartungsregelung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG mag dabei zu beachten sein. Ihrem Charakter als allgemeiner Voraussetzung nach kann sie sich aber nicht über Grenzen hinaus erstrecken, die ihrem Anwendungsbereich als Folge abweichender Sonderregelungen gezogen sind. Ihr Bezugspunkt kann deshalb nur der "allgemeine" Typus der Leistungsberechtigten sein, dh der Kurzarbeiter, der sein Beschäftigungsverhältnis auch während der Kurzarbeit ungekündigt fortsetzt. Für gekündigte Kurzarbeiter ist sie wegen der Sonderregelung in § 65 Abs 1 Satz 3 AFG unbeachtlich. Für dessen Anwendung genügt es, wenn feststeht, daß sie keine andere angemessene Arbeit aufnehmen können.

Dem stehen die von der Beklagten angeführten sozial- und arbeitsmarktpolitischen Erwägungen für ihre abweichende Auffassung nicht entgegen. Diese sind nicht überzeugend. Würde nämlich § 63 Abs 1 Satz 1 AFG die Beklagte berechtigen, Kug für alle Kurzarbeiter eines Betriebes allein deshalb zu versagen, weil nur weniger als die Hälfte der Beschäftigten die Arbeit ungekündigt fortsetzt, entfielen nicht nur für alle Kurzarbeiter, sondern möglicherweise auch für die übrigen Beschäftigten der mit dem Kug



bezweckte arbeitsplatzstabilisierende Effekt. Es entstünde das Risiko einer größeren Arbeitslosigkeit, die sogar die nicht kurzarbeitenden Beschäftigten erfassen könnte. Abgesehen davon, daß die Kostenbelastung hieraus für die Versichertengemeinschaft erheblich höher wäre als durch Zahlung von Kug an einen Teil der Beschäftigten (vgl § 68 im Verhältnis zu § 111 AFG), wäre dies sicherlich eine weniger erwünschte arbeitsmarktpolitische Auswirkung als die Zahlung von Kug an zum Teil unbegrenzt, zum Teil wenigstens zeitweise weiterbeschäftigte Arbeitnehmer. Die Beklagte hat dies selbst nicht verkannt; denn sie führt in dem oa Runderlaß 307/76.4 unter Ziffer 5.21 aus, daß auch in Fällen, in denen mehr als der Hälfte der in dem von Kurzarbeit betroffenen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern gekündigt worden ist, § 63 Abs 1 Satz 1 AFG der Gewährung von Kug nicht entgegensteht, wenn dies zu unbilligen Ergebnissen führen und auch die Arbeitsplätze der im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer gefährdet würden. Daraus folgt zugleich, daß die Beklagte § 63 Abs 1 Satz 1 AFG in der von ihr angenommenen Auslegung nicht als gesetzliche Anspruchsvoraussetzung erachtet; denn sonst könnte sie die Norm nicht je nach ihren Folgen im Einzelfalle unterschiedlich anwenden. Dem entsprechen offenbar auch die Ausführungen in Ziffer 5.1 Abs 1 des oa Runderlasses.

Ungeachtet dessen muß die Auffassung der Beklagten bei der Rechtsanwendung des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG auch zu sozialstaatlich bedenklichen Folgen führen. Sie belastete Kleinbetriebe ungleich stärker als größere Unternehmen, weil die "50%-Grenze" bei ersteren uU schon durch die Kündigung weniger Arbeitnehmer



überschritten wird mit der von der Beklagten angenommenen Rechtsfolge, während dies bei letzteren selbst bei Kündigung einer weit größeren Zahl noch nicht der Fall ist.

Letzlich kann dies jedoch dahingestellt bleiben, denn für die Frage der Gewährung von Kug an gekündigte Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber in § 65 Abs 1 Satz 3 AFG eine von der Erwartungsregelung in § 63 Abs 1 Satz 1 AFG unabhängige Bestimmung getroffen, die die Beklagte grundsätzlich zwingt, von ihrem Ermessensrecht in allen derartigen Fällen Gebrauch zu machen. Daran fehlt es hier, wie dargestellt, so daß der angefochtene Bescheid sich als rechtswidrig erweist. Die Beklagte wird nunmehr erneut über den Antrag der Klägerin gemäß § 65 Abs 1 Satz 3 AFG zu entscheiden haben. Angesichts dessen erübrigen sich Ausführungen zu der Frage, ob hier die Erwartung der Sicherung der Arbeitsplätze und Arbeitskräfte iS des § 63 Abs 1 Satz 1 AFG deshalb zu bejahen ist, weil die Klägerin die fünf gekündigten Arbeitnehmer im März 1982 wieder eingestellt hat. Dieser Umstand mag jedoch - wie schon ausgeführt - ua Gegenstand der Ermessensausübung durch die Beklagte sein.

Nach allem ist die Revision der Beklagten gegen das Urteil des LSG zurückzuweisen.



Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)