

L 1 Ar 275/81

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung

1
1. Instanz
SG Gießen (HES)

Aktenzeichen
S 5 Ar 253/79

Datum
22.01.1981

2. Instanz
Hessisches LSG

Aktenzeichen
L 1 Ar 275/81

Datum
27.08.1981

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Bei der nach § 64 Abs. 1 Nr. 3 AFG erforderlichen Feststellung „der in dem Betrieb tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer“ kommt es nicht auf die Zahl der Arbeitnehmer am Tage der Anzeige des Arbeitsausfalles beim Arbeitsamt oder am letzten vollen Arbeitstage vor Beginn des Arbeitsausfalles an. Vielmehr ist auf die Zahl der Arbeitnehmer abzustellen, die während des Zeitraumes von vier Wochen, beginnend mit dem Tage, an dem ein Arbeitsausfall erstmals nach Eingang der Anzeige nach § 64 Abs. 1 Nr. 4 AFG eintritt, in dem Betrieb tatsächlich beschäftigt waren.

2. Das Drittel-Erfordernis des § 64 Abs. 1 Nr. 3 AFG muß grundsätzlich während dieses gesamten Vier-Wochen-Zeitraumes erfüllt sein. Schwankungen in der Zahl der Arbeitnehmer, die dazu führen, daß es zeitweise nicht erfüllt wird, sind allenfalls dann für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld unschädlich, wenn sie geringfügig sind, d.h. nur wenige Arbeitstage umfassen.

3. Arbeitnehmer, die gegen eine Kündigung des Arbeitgebers Kündigungsschutzklage erhoben haben, sind, auch wenn sich nachträglich durch obsiegendes arbeitsgerichtliches Urteil herausstellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist, bei der Feststellung „der in dem Betrieb tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer“ jedenfalls für die Zeit nicht mitzuzählen, während der sie während des Kündigungsschutzprozesses bei einem anderen Arbeitgeber tatsächlich beschäftigt waren.

4. Der Arbeitgeber muß jedoch bei den von ihm im Hinblick auf die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu treffenden betrieblichen Dispositionen damit rechnen, daß er diese Arbeitnehmer möglicherweise während des Kurzarbeitszeitraumes aufgrund eines entsprechenden arbeitsgerichtlichen Urteils wieder beschäftigen muß und hierdurch die Gesamtzahl der in dem Betrieb tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer ansteigt.

5. Offen bleibt, ob im allgemeinen einem Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht und er aus diesem Grunde zu den im Betrieb zur Verfügung stehenden Arbeitskräften zu zählen ist.

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 22. Januar 1981 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) für die Zeit vom 26. Februar 1979 bis 31. März 1979.

Mit einer Formblatt-Anzeige, die das Datum des 23. Februar 1979 (Freitag) trägt, zeigte die Klägerin, die ein Sanitär-, Elektro- und Heizungsbau-Unternehmen betreibt, am 26. Februar 1979 (Montag) dem Arbeitsamt L.-G., Nebenstelle A., einen Arbeitsausfall für die Zeit vom 26. Februar 1979 bis 31. März 1979 an, von der nach dieser Anzeige elf Arbeitnehmer betroffen sein sollten. Tatsächlich trat ein – die gesamte Arbeitszeit umfassender – Arbeitsausfall jedoch nur bei zehn Arbeitnehmern ein, da einer der elf Arbeitnehmer doch noch eingesetzt werden konnte.

Abzüglich zweier zur Aushilfe bzw. unregelmäßig beschäftigter Arbeitskräfte waren in der Zeit vom 26. Februar 1979 bis 31. März 1979 – insoweit unverändert seit dem 19. Februar 1979 – insgesamt 30 Arbeitnehmer bei der Klägerin tatsächlich ständig beschäftigt. Hinzu kam ein weiterer Arbeitnehmer, der Arbeitnehmer W. H., der am 12. Januar 1979 gegen eine Kündigung der Klägerin Kündigungsschutzklage erhoben hatte, in der hier fraglichen Zeit vom 23. Februar 1979 bis zum 5. März 1979 bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt war, aufgrund arbeitsgerichtlichen Urteils vom 5. März 1979 von der Klägerin jedoch wieder in der Zeit vom 6. März 1979 bis 20. März 1979 an elf

Arbeitstagen beschäftigt wurde, wovon er an sechs Arbeitstagen arbeitete und an fünf Arbeitstagen arbeitsunfähig krank war, so daß die Zahl der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer wenigstens zeitweise 31 betrug.

Mit Bescheid vom 26. Juli 1979 lehnte die Beklagte durch das Arbeitsamt Gießen die Gewährung von K. für den streitigen Zeitraum ab, da die Zahl von zehn von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer nicht mindestens ein Drittel der in dem Betrieb der Klägerin tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer umfasse, wobei davon auszugehen sei, daß die Klägerin in ihrem Betrieb in dem fraglichen Zeitraum insgesamt 31 Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt habe. Hiergegen legte die Klägerin am 6. August 1979 Widerspruch ein mit der Begründung, daß allein die Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt der Anzeige von Kurzarbeit maßgebend sei; im übrigen ergebe ein Drittel von 31 Beschäftigten die Zahl von 10,33 und damit abgerundet von zehn Beschäftigten. Mit Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 1979, zugestellt am 18. Oktober 1979, wurde der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen. Die Beklagte ging dabei davon aus, daß bei der Berechnung der Zahl der Arbeitnehmer auf einem zusammenhängenden Zeitraum von mindestens vier Wochen, hier beginnend mit dem ersten Ausfalltag des 26. Februar 1979, abgestellt werden müsse und dabei der Arbeitnehmer W. H. bei der Ermittlung der Zahl der Arbeitnehmer mitzuzählen sei, weshalb die Gesamtzahl der Arbeitnehmer der Klägerin 31 betrage und die Zahl von zehn Arbeitnehmern nicht mindestens ein Drittel hiervon ausmache.

Am 19. November 1979 (Montag) hat die Klägerin beim Sozialgericht Gießen schriftlich Klage erhoben.

Mit Urteil vom 22. Januar 1981 hat das Sozialgericht Gießen, entsprechend dem Antrag der Klägerin, den Bescheid des Arbeitsamtes Gießen vom 26. Juli 1979 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Oktober 1979 unter gleichzeitiger Zulassung der Berufung aufgehoben. Es ist dabei davon ausgegangen, daß auf die Zahl der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer am letzten vollen Arbeitstag vor Beginn der Kurzarbeit – hier am 23. Februar 1979 – abzustellen sei, so daß 30 am 23. Februar 1979 tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmern zehn Kurzarbeiter in der Zeit ab dem 26. Februar 1979 gegenüberzustellen seien, womit die Zahl von mindestens einem Drittel der Arbeitnehmer erreicht sei.

Gegen dieses der Beklagten am 4. Februar 1981 zugestellte Urteil richtet sich ihre Berufung, eingelegt mit einem am 4. März 1981 beim Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt eingegangenen Schriftsatz vom 2. März 1981.

Die Beklagte ist der Auffassung, das Verhältnis zwischen dem Personalbestand einerseits und den von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmern andererseits ergebe sich am deutlichsten und genauesten in zudem sachgerechter Weise, wenn man auf die Zeit der Kurzarbeit selbst abstelle, für die jeweils das Kug zu gewähren sei. Im vorliegenden Falle sei daher von der Beschäftigtenzahl in den vier Wochen ab dem 26. Februar 1979 auszugehen, wobei nach Sinn und Zweck der Gewährung von Kug gefordert werden müsse, daß in diesem Zeitraum durchgehend mindestens ein Drittel der Belegschaft von dem Arbeitsausfall betroffen gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 22. Januar 1981 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen. Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten und der Kug-Akten der Beklagten, Arbeitsamt G., Stamm-Nr. , der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig. Sie ist frist- und formgerecht eingelegt ([§ 152 Absatz 1](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG –) sowie durch Zulassung statthaft ([§ 150 Nr. 1 SGG](#)).

Sie ist auch begründet. Das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 22. Januar 1981 ist rechtlich fehlerhaft und war mit der Folge der Klageabweisung aufzuheben. Der Bescheid der Beklagten vom 26. Juli 1979 und der Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 1979 sind rechtlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf K. für die Zeit vom 26. Februar 1979 bis 31. März 1979. Die diesbezüglichen gesetzlichen Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Zu den betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug gehört nach § 64 Absatz 1 Nr. 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), daß in einem zusammenhängenden Zeitraum von mindestens vier Wochen, der mit dem Tage beginnt, an dem ein Arbeitsausfall erstmals nach Eingang der diesbezüglichen Anzeige beim Arbeitsamt 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 zehn vom Hundert der Arbeitszeit (§ 69 AFG) ausfällt, wobei die in § 65 Absatz 2 AFG genannten Personen nicht mitzuzählen sind. Dieses Erfordernis ist vorliegend insoweit nicht gegeben, als in dem streitigen, mindestens vier Wochen umfassenden Zeitraum nicht für mindestens ein Drittel der in dem Betrieb der Klägerin tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer Arbeitszeit ausgefallen ist.

Im einzelnen ist dabei zunächst davon auszugehen, daß die Zahl von zehn bei der Klägerin von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmern nicht "mindestens ein Drittel" einer Beschäftigtenzahl von 31 Arbeitnehmern ausmacht. Wäre dies der Fall, könnte die Festlegung des Zeitpunktes für die Bestimmung der Beschäftigtenzahl offenbleiben. Tatsächlich sind jedoch nicht schon zehn, sondern erst elf Arbeitnehmer, wie das Sozialgericht insoweit zutreffend angenommen hat, "mindestens ein Drittel" von 31 Arbeitnehmern. Insoweit kann, entgegen der Ansicht der Klägerin, keine Abrundung der sich bei einer Division rein rechnerisch ergebenden Zahl von 10,33 auf zehn vorgenommen werden. Wenn das Gesetz fordert, daß ein Ausfall von Arbeitszeit für "mindestens" ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitskräfte eintreten muß, so bedeutet dies, daß der zunächst rein rechnerisch festzustellende Quotient – hier von 10,33 –, falls es sich bei ihm um eine Bruch- oder gebrochene Zahl handelt, bei der Bestimmung der – ganzen – (Mindest-)Zahl der Arbeitnehmer, die von Kurzarbeit betroffen sein muß, nicht unterschritten werden darf. Zehn Arbeitnehmer sind daher zwar "mindestens" ein Drittel von 30 Arbeitnehmern, aber nicht "mindestens", sondern weniger als ein Drittel von 31 Arbeitnehmern, womit es vorliegend auf die Festlegung des maßgeblichen Zeitpunktes für die Bestimmung der Beschäftigtenzahl ankommt.

Insoweit kommen drei Lösungsmöglichkeiten in Betracht. Zunächst könnte man auf den Tag der Anzeige des Arbeitsausfalles beim Arbeitsamt – hier den 26. Februar 1979 – abstellen, mit der Folge, daß im Falle der Klägerin das Drittel-Erfordernis erfüllt wäre; denn der Arbeitnehmer W. H. kann, auch wenn sich nachträglich aufgrund des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 5. März 1979 herausgestellt hat, daß sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin durch die Kündigung nicht aufgelöst worden war (vgl. insoweit zum Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses Friedrich in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1981, [§ 4 KSchG](#), Rdnr. 225 ff., mit weiteren Nachweisen), für diesen Tag jedenfalls deshalb nicht mitgezählt werden, weil er bei einem anderen Arbeitgeber "tatsächlich beschäftigt" war. Abgesehen davon, daß das Gesetz für diese Lösung keine Anhaltspunkte bietet, spricht hiergegen jedoch, daß dieser Tag unter Umständen so weit ab von der tatsächlich eingeführten Kurzarbeit liegen kann, daß zwischenzeitlich erhebliche Veränderungen im Personalbestand eingetreten sein können; der Arbeitgeber könnte damit das Vorliegen der Kug-Voraussetzungen manipulieren, jedenfalls aber vom Sinn und Zweck des Kug her nicht gerechtfertigte Leistungen erlangen (insoweit ablehnend auch Schönefelder/Kranz/Wanka, Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz, 1. Lfg., Stand August 1972, § 64 AFG, Rdnr. 39). Zum zweiten könnte man, wie das das Sozialgericht für richtig erachtet hat, den letzten vollen Arbeitstag vor Beginn der Kurzarbeit – hier den 23. Februar 1979 – als maßgebend ansehen (so Schönefelder/Kranz/Wanka, a.a.O.), ebenfalls mit der Folge, daß vorliegend das Drittel-Erfordernis erfüllt wäre. Für diese Lösung gibt der Wortlaut des Gesetzes wenigstens insoweit einen Hinweis, als dort auf die Zahl der in dem Betrieb "tatsächlich" beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt wird. Geht man davon aus, daß während der Zeit der Kurzarbeit Arbeitnehmer zwar in dem Sinne beschäftigt werden, daß ihr Arbeitsverhältnis fortbesteht, daß sie aber nicht "tatsächlich" zu arbeiten brauchen, und zieht man gar die mögliche völlige Stilllegung des Betriebes in Betracht, so erscheint diese Lösung in der Tat als zutreffend. Aber auch gegen sie spricht die Möglichkeit der kurzfristigen, auf den Tag vor der Kurzarbeit bezogenen Manipulation der Beschäftigtenzahl und damit die Möglichkeit der Erlangung nicht gerechtfertigter Sozialleistungen (im Ergebnis ablehnend auch Gebhardt, Kurzarbeitergeld, Kommentar, § 64 AFG, Anm. 43).

Damit verbleibt nur noch die dritte Möglichkeit, es auf die Zahl der Arbeitnehmer ankommen zu lassen, die während des im Gesetz festgelegten Vier-Wochen-Zeitraumes im Betrieb beschäftigt werden, unabhängig davon, ob sie von Kurzarbeit betroffen sind oder voll arbeiten. Hierfür spricht der Gesetzeswortlaut jedenfalls dann, und zwar in eindeutiger Weise, wenn man nur auf die "beschäftigten" und nicht auf die "tatsächlich" beschäftigten Arbeitnehmer abstellt. Versteht man unter dem Erfordernis "tatsächlicher" Beschäftigung mit dem Bundessozialgericht (BSG) nicht, daß der beschäftigte Arbeitnehmer im fraglichen Zeitraum überhaupt und stets tatsächlich auf seinem Arbeitsplatz anwesend gewesen ist, sondern läßt man insoweit die Zahl der nach dem Betriebsplan vorhandenen und mit Arbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze entscheidend sein (vgl. BSG, Urteil vom 12. Februar 1980 – [7 RAr 23/79](#) – [SozR 4100 § 64 Nr. 3](#) = SozSich 1980, RsprNr. 3495 = Breithaupt 1981, 70), so ist diese Lösung sogar – anders als die beiden vorstehend abgelehnten Lösungen – voll durch den Gesetzeswortlaut gedeckt. Sie entspricht zugleich aber auch – wiederum anders als die beiden abgelehnten – dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 64 Absatz 1 Nr. 3 AFG. Dieser besteht darin, sicherzustellen, daß die Kurzarbeit nach der Zahl der von ihr betroffenen Arbeitnehmer und nach dem Umfang der ausfallenden Arbeitszeit ein erhebliches Ausmaß hat, damit Bagatellfälle ausgeschaltet werden und Arbeitgeber und Arbeitnehmer im eigenen Interesse zu dem Versuch angehalten werden, Kurzarbeit zu vermeiden (vgl. Schönefelder/Kranz/Wanka, a.a.O., Rdnr. 34; BSG, a.a.O.). Die Verwirklichung dieses Zweckes wird aber nur garantiert wenn die Gesamtzahl der Arbeitnehmer eines Betriebes und die Zahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer während eines und desselben Zeitraumes, dem der Kurzarbeit, in Beziehung zueinander gesetzt werden. In diesem Sinne hat daher auch das BSG (a.a.O.) festgestellt, daß § 64 Absatz 1 Nr. 3 AFG 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, verlangt; gebilligt hat es dabei die Auffassung der Vorinstanz (Bayerisches Landessozialgericht), die ausdrücklich die im Kug-Gewährungszeitraum vorhandene Gesamtzahl der Beschäftigten als maßgeblich angesehen hatte (ebenso Hennig/Kühl/Heuer, Arbeitsförderungsgesetz, Kommentar, § 64 AFG, Anm. 1, 10; Schmidt in Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsförderungsgesetz, § 64 AFG, Rdnr. 20; Gebhardt, a.a.O.).

Folgt man dem, so wurde das Drittel-Erfordernis während des Vier-Wochen-Zeitraumes wenigstens zeitweise nicht erreicht, die Beschäftigtenzahl der Klägerin in der Zeit vom 6. März 1979 bis 20. März 1979 insgesamt 31 betrug. Der Arbeitnehmer W. H. gehörte während dieser Zeit zu den im Betrieb der Klägerin zur Verfügung stehenden Arbeitskräften, und zwar auch während der Zeit, als er arbeitsunfähig krank war (vgl. BSG, a.a.O.), nicht jedoch auch während der Zeit vor dem 6. März 1979, da er in dieser Zeit bei einem anderen Arbeitgeber tatsächlich beschäftigt war, auch wenn sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin, wie dargelegt, durch die Kündigung nicht aufgelöst worden war; im übrigen sind auch die Voraussetzungen der Vorschrift des § 65 Absatz 2 AFG, nach der er nicht mitzuzählen wäre, bei ihm ersichtlich nicht gegeben.

Dies wirft die weitere Frage auf, ob und gegebenenfalls welche Abweichungen von der erforderlichen Mindestzahl als für die Erfüllung der Kug-Voraussetzungen unschädlich hingenommen werden können. Im älteren Schrifttum wurde insoweit zum Teil lediglich auf das Gesamtbild abgehoben (vgl. Draeger-Buchwitz-Schönefelder, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Kommentar, 1961, § 117 AVAVG, Anm. 25). Konkrete Anhaltspunkte lassen sich hieraus jedoch nicht ableiten, so daß diesem Vorschlag nicht gefolgt werden kann (vgl. insoweit auch Gebhardt, a.a.O.). Neuerdings will man daher auch auf die durchschnittliche Beschäftigtenzahl abstellen (so Hennig/Kühl/Heuer, a.a.O. Anm. 10; vgl. insoweit auch BSG, a.a.O.). Bei Schwankungen der Beschäftigtenzahl käme es damit auf einen Mittelwert an – bei fünf Arbeitstagen in der Woche im Betrieb der Klägerin – auf die ersten vier Wochen und damit auf 20 Arbeitstage ab, so würde die elftägige Beschäftigungszeit des Arbeitnehmers Harf zu einer Durchschnittszahl von 31 Arbeitnehmern führen; läßt man dagegen den gesamten Zeitraum, für den Kug gewährt werden soll – hier fünf Wochen –, maßgebend sein, so käme man auf eine Durchschnittszahl von nur 30 Arbeitnehmern. Diese unterschiedlichen, letztlich zufälligen Ergebnisse erweisen auch diesen Vorschlag als nicht sachgerecht. Hinzu kommt, daß das Gesetz davon ausgeht, daß grundsätzlich während des gesamten Vier-Wochen-Zeitraumes die Mindestzahl der Kurzarbeiter erreicht wird. Hieraus folgt, daß Schwankungen der Beschäftigtenzahlen während des Vier-Wochen-Kurzarbeitszeitraumes allenfalls dann unschädlich sind, wenn die Relation der Beschäftigtenzahlen die Mindestanfordernisse geringfügig, d.h. nur an wenigen Tagen, unterschreitet (vgl. in diesem Sinne Gebhardt, a.a.O.). Die Feststellung von Durchschnittszahlen geht hierüber weit hinaus, da sie, wie die vorliegende Fallgestaltung zeigt, jede Unterschreitung als unschädlich ansehen muß, die weniger als 50 vom Hundert ausmacht. Sie kann höchstens dann in Betracht kommen, wenn die Schwankungen so groß sind, daß die Mindestanfordernisse teilweise unterschritten, teilweise aber auch überschritten werden, nicht dagegen auch dann, wenn sie, wie vorliegend, zeitweise höchstens gerade erfüllt werden; mit anderen Worten hätte höchstens dann auf Durchschnittswerte abgestellt werden können, wenn die Zahl der bei der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer z.B. teilweise 29 und teilweise 31 betragen hätte. So aber waren allenfalls geringfügige, nur wenige Tage umfassende Unterschreitungen als unschädlich anzuerkennen. Indem diese Unterschreitungen sich im Falle der Klägerin aber über einen Zeitraum von mehr als zwei Wochen erstreckten, nämlich vom 6. März 1979 bis 20. März 1979, können sie nicht mehr als nur geringfügig und damit unschädlich für die Erfüllung der Kug-Voraussetzungen anerkannt werden.

Gerade im vorliegenden Falle ist die Zugrundelegung einer Beschäftigtenzahl von insgesamt 31 Arbeitnehmern auch aus einem weiteren Grunde als sachgerecht anzusehen. Aus der im Gesetz festgelegten Länge des Zeitraumes (mindestens vier Wochen) ergibt sich, wie das BSG (a.a.O.) hervorgehoben hat, für den Arbeitgeber, der insoweit auch im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer handelt, die Notwendigkeit, von vornherein sachgerecht zu disponieren. Dazu gehört auch die Voraussicht, ob Kug gewährt wird oder nicht; d.h., der Arbeitgeber muß Dispositionen des Betriebsablaufs anstellen können, die darauf hinauslaufen, daß für den zu erwartenden Arbeitsausfall in dem Betrieb Kug gezahlt werden wird. Dies wiederum kann er aber nur, wenn die Zahl der Beschäftigten nicht von Zufälligkeiten abhängt, weil sich dann regelmäßig erst im Nachhinein feststellen ließe, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug erfüllt waren (so BSG, a.a.O.). Führt man diese Überlegungen weiter, so mußte die Klägerin aufgrund der von dem Arbeitnehmer H. gegen sie am 12. Januar 1979 erhobenen Kündigungsschutzklage – unabhängig davon, wie im Einzelfall insoweit die Erfolgsaussichten dieser Klage aus ihrer Sicht zu beurteilen waren – vernünftigerweise damit rechnen, daß sie den Arbeitnehmer H., so wie dies dann auch tatsächlich eingetroffen ist, möglicherweise während des Kurzarbeitszeitraumes aufgrund eines entsprechenden arbeitsgerichtlichen Urteils wieder würde – tatsächlich – beschäftigen müssen; d.h., sie mußte bei den von ihr bezüglich der Gestaltung der Kurzarbeit und damit im Hinblick auf die Gewährung von Kug zu treffenden betrieblichen Dispositionen von vornherein von einer – möglichen – Beschäftigtenzahl von 31 Arbeitnehmern ausgehen und durfte sich nicht darauf verlassen, daß diese Beschäftigtenzahl höchstens 30 Arbeitnehmer betragen würde. Dabei kann im vorliegenden Falle, da der Arbeitnehmer H. in der Zeit vor dem 6. März 1979 bei einem anderen Arbeitgeber tatsächlich beschäftigt war, offenbleiben, ob im allgemeinen einem Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht (vgl. dazu im einzelnen Schwerdtner in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 1980, Vorbemerkungen zu [§§ 620 bis 628 BGB](#), Rdnr. 317 ff. mit weiteren Nachweisen) und er aus diesem Grunde zu den im Betrieb zur Verfügung stehenden Arbeitskräften zu zählen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision hat der Senat zugelassen, weil er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beimißt ([§ 160 Absatz 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2007-06-15