

L 16 AL 60/11 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Detmold (NRW)
Aktenzeichen
S 4 AL 91/11 ER
Datum
16.02.2011
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 AL 60/11 B ER
Datum
28.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Detmold vom 16.02.2011 geändert. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, der Antragstellerin für den Anspruchszeitraum Dezember 2010 Kurzarbeitergeld in Höhe von weiteren 35.111,90 Euro nebst einer Sozialversicherungsbeitragsersatzung von weiteren 30.333,32 Euro zu zahlen. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Gründe:

I. Die Antragstellerin (Ast) führt seit 01.04.2009 so genannte "Kurzarbeit Null" durch. Die Antragsgegnerin (Ag) bewilligte Kurzarbeitergeld (Kug) nebst Sozialversicherungsbeitrags-ersatzung zunächst bis zum 30.09.2010 und zahlte auf die entsprechenden Leistungsanträge der Ast Kug / pauschale SV-Beitragsersatzung in Höhe von monatlich ca. 70.000 EUR. Mit Bescheid vom 10.9.2010 entschied die Ag: "Die mit Anzeige vom 14.04.2009 genehmigte Bezugsfrist bis 30.09.2010 (vgl. Bescheid vom 17.04.2009) wird bis längstens 31.03.2011 erweitert. Die erneute Prüfung nach [§ 170 SGB III](#) (Sozialgesetzbuch Drittes Buch) am 08.09.2010 ergab, dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes bis zum 31.03.2011 dem Grunde nach weiter anerkannt werden." Wie die diesem Bescheid zu Grunde liegende Verfügung ausweist, ging die Ag - wie bisher - unter anderem davon aus, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar sei und insbesondere nicht durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden könne.

Am 05.01.2011 stellte die Ast den Leistungsantrag für ihre 25 Kurzarbeiter für den Monat Dezember 2010. Mit Bescheid vom 27.01.2011 bewilligte die Ag für den Anspruchszeitraum Dezember 2010 Kurzarbeitergeld in Höhe von 880,42 Euro und Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 1032,22 EUR. Unter Abzug einer - streitigen - Überzahlung für November 2011 in Höhe von 470,31 EUR brachte sie lediglich 1442,33 EUR zur Auszahlung. Zur Begründung führte sie aus: Kurzarbeitergeld / pauschale SV-Erstattung könne nicht in der beantragten Höhe gewährt werden. Die Restansprüche Urlaub 2010 seien zur Vermeidung von Kurzarbeit von den Arbeitnehmern einzubringen ([§ 170 Absatz 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#)). Den Widerspruch der Ast wies die Ag durch Bescheid vom 09.02.2011 als unbegründet zurück: Gemäß [§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) gelte ein Arbeitsausfall als vermeidbar, der bei bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden könne, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen. Die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer aus 2010 seien daher zur Vermeidung von Kurzarbeit einzusetzen. Die in den Urteilen des Landessozialgerichts (LSG) Chemnitz vom 27.05.2010 und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 16.12.2008 vertretene Auffassung, dass während der genehmigten Kurzarbeit eine Arbeitspflicht nicht bestehe und deshalb auch für den Arbeitgeber nicht die Möglichkeit bestehe, den Arbeitnehmer hiervon durch Urlaubsgewährung freizustellen, werde nicht geteilt.

Die Ast hat am 09.02.2011 beim Sozialgericht Detmold (SG) einstweiligen Rechtsschutz beantragt: Sie habe Anspruch auf Leistungen in der von ihr für Dezember 2010 beantragten Höhe. Die Beschränkung der Bewilligung beruhe auf der irrigen Annahme der Ag, es seien Resturlaubsansprüche aus dem Jahr 2010 zu berücksichtigen. Die Gewährung von Urlaub sei nur möglich, wenn den Arbeitnehmer eine Arbeitsverpflichtung treffe, von der er freigestellt werden können. Aufgrund der schon im Jahr 2009 angeordneten "Kurzarbeit Null" habe die Arbeitnehmer im Jahr 2010 keine Arbeitsverpflichtung getroffen, von der sie hätten freigestellt werden können. Es drohten wesentliche Nachteile, wenn der Ag die beantragte Zahlung nicht aufgegeben werde. Ihr drohe ein existenzgefährdender Liquiditätsengpass und sie könne die Arbeitsverhältnisse der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer nicht aufrechterhalten, wenn ihr Obsiegen im Hauptsacheverfahren abgewartet werden müsse. Sie habe bei ihrer Planung auf die volle, von Urlaubsansprüchen unberührte Auszahlung im gesamten Bewilligungszeitraum vertraut. Dieses Vertrauen beruhe insbesondere auf den Hinweisen, welche die Ag selbst seinerzeit auf ihrer Internetseite gegeben habe. Sie habe dort ausgeführt, dass bei 100% Kurzarbeit keine Urlaubsansprüche bestünden, wobei sie auf das Urteil des BAG vom 16.12.2008 hingewiesen habe.

Das SG hat den Antrag mit Beschluss vom 16.02.2011 abgelehnt, weil weder Anordnungsgrund noch Anordnungsanspruch gegeben seien: Obwohl die Ast glaubhaft gemacht habe, dass ihre finanzielle Situation äußerst angespannt sei, sei im Hinblick auf die bereits angewiesenen beziehungsweise bevorstehenden Leistungen der Ag für die Monate Januar bis März 2011 kein Anordnungsgrund gegeben. Zu berücksichtigen sei auch, dass im Rahmen des einstweiligen Anordnungsverfahrens nur eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgen könne. Eine endgültige Entscheidung, d.h. eine Vorwegnahme der Hauptsache solle im einstweiligen Anordnungsverfahren grundsätzlich nicht erfolgen. Dies gelte insbesondere in den Fällen, in denen die zu beurteilende Rechtsproblematik schwierig und höchstrichterlich nicht geklärt ist. Die im vorliegenden Rechtsstreit maßgebliche Frage, ob Urlaubsansprüche zur Vermeidbarkeit von Kurzarbeit einzubringen seien, sei für den hier gegebenen Fall der "Kurzarbeit Null" nicht geklärt. Das BSG habe im Urteil vom 14.09.2010 zum Transfer-Kug die Frage aufgeworfen, ob bei "Kurzarbeit Null" überhaupt noch ein Beschäftigungsverhältnis vorliege, diese Frage im Ergebnis aber offen lassen können. Diese Frage müsse hier gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren geklärt werden.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Ast. Zu Unrecht habe das SG einen Existenz gefährdenden Liquiditätsengpass verneint. Es habe verkannt, dass die Kug-Zahlung für Januar 2011 in ihrer Liquiditätsdarstellung bereits berücksichtigt worden sei. Dass die Rechtsfrage zu einer Berücksichtigungsfähigkeit vermeintlicher Urlaubsansprüche bei "Kurzarbeit Null" nicht höchstrichterlich geklärt sei, stehe dem Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung ebenfalls nicht entgegen. Es obliege auch den Instanzgerichten als ureigenste Aufgabe, sich selbst eine Rechtsansicht auch zu schwierigen Problematiken zu bilden; dies gelte im vorliegenden Verfahren nicht weniger als im Hauptsacheverfahren, auch wenn es sich im vorläufigen Verfahren um eine lediglich vorläufige Rechtsansicht aufgrund summarischer Prüfung handele.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Detmold vom 16.02.2011 aufzuheben und der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, ihr für den Anspruchszeitraum Dezember 2010 Kurzarbeitergeld in Höhe von weiteren 35.111,90 EUR nebst einer Sozialversicherungsbeitragsersatzung in Höhe von weiteren 30.333,32 EUR zu bewilligen und auszuzahlen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung verweist sie auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses.

II. Die zulässige Beschwerde der Ast ist begründet.

1. Gemäß [§ 86b Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint.

In beiden Fällen setzt die einstweilige Anordnung voraus, dass ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund bestehen. Beides ist hier zur Überzeugung des Senats der Fall. 2. Obwohl das BSG deutlich in Frage gestellt hat, ob bei "Kurzarbeit Null" überhaupt ein erheblicher Arbeitsausfall im Sinne des [§ 169 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) vorliegt (vgl. Urteile vom 14.09.2010 - [B 7 AL 21/09 R](#) und [B 7 AL 29/09 R](#)) und die Frage der Berücksichtigung des Urlaubsanspruchs bei "Kurzarbeit Null" im Rahmen des [§ 170 SGB III](#) noch nicht höchstrichterlich geklärt ist und im Übrigen auch Zweifel bestehen mögen, ob hier konjunkturelle Gründe für die Kurzarbeit bei der Ast vorliegen, spricht Folgendes für das Bestehen eines Anordnungsanspruchs:

Die Ag hatte mit dem Bescheid vom 10.09.2010 "nach Prüfung nach [§ 170 SGB III](#)" die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung des KuG bis zum 31.03.2011 dem Grunde nach weiter anerkannt. Dies wird, wie auch die zu Grunde liegende Verfügung vom 08.09.2010 zeigt, kaum anders zu verstehen sein, als dass die Ag damit gemäß [§ 173 Abs. 3 SGB III](#) u.a. entschieden hat, dass im Betrieb der Ast weiterhin ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall ([§ 169 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#)) vorliegt, dieser also nicht vermeidbar im Sinne des [§ 170 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) ist und damit auch, dass er nicht durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann ([§ 170 Abs. 1 Nr. 3](#) in Verbindung mit Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III). Es spricht deshalb viel dafür, dass die Ag einen etwaigen Urlaubsanspruch der Kurzarbeiter für das Jahr 2010 nicht erst im Leistungsverfahren bei der Berechnung der Leistung für den Monat Dezember 2010 berücksichtigen durfte, sondern bei der Prüfung der Merkmale der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ([§ 170 Abs. 1 Nr. 3](#) iVm [§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#)) bei der Entscheidung über die Verlängerungsanzeige der Ast hätte prüfen müssen (vgl. zum Transfer-KuG: Sächsisches LSG, Urteil vom 27.05.2010 - [L 3 AL 183/07](#) juris Rz. 35; vgl. zum zweistufigen Verfahren nach [§ 173 SGB III](#) auch BSG, Urteil vom 14.09.2010 - [B 7 AL 29/09 R](#) - ebenfalls zum Transfer-KuG). Mehr als zweifelhaft muss es deshalb erscheinen, wenn die Ag - im Übrigen abweichend von der bei [§ 170 Abs. 3 SGB III](#) ansetzenden Begründung ihrer Entscheidung - dem fraglichen Urlaubsanspruch Bedeutung nicht im Rahmen der Regelvoraussetzungen des [§ 169 Satz 1 Nr. 1](#) iVm [§ 170 SGB III](#) geben, sondern bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz ([§ 179 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)) dem Istentgelt des Kurzarbeiters ein entgangenes fiktives Urlaubsentgelt zuschlagen möchte (s. Vermerk vom 04.10.2010 (Bl. 84 der Verwaltungsakte)).

Im Übrigen spricht für das Bestehen des Anordnungsanspruchs auch, dass nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung (BAG, Urteil vom 16.12.2008 - [9 AZR 164/08](#) - [BAGE 129.46](#)) Voraussetzung für die Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs ist, dass eine arbeitsvertragliche Arbeitspflicht für die Zeit des Urlaubswunsches besteht, woran es bei "Kurzarbeit Null" fehle (vgl. auch LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.08.2009 - [L 1 AL 103/08](#) -; Sächsisches LSG, Urteil vom 27.05.2010 - [L 3 AL 283/07](#) (beide zum Transfer-KuG)). Soweit die Ag auf dem Standpunkt steht, mit der genannten Entscheidung des BAG sei (lediglich) eine arbeitsrechtliche Entscheidung getroffen worden, die die sozialrechtliche Regelung des [§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) nicht verdränge (s. Vermerk vom 04.10.2010 (Bl. 84 der Verwaltungsakte)), wird dies kaum dem Umstand gerecht, dass auch im Rahmen des [§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) zu beachten sein dürfte, dass Urlaub nur nach arbeitsrechtlichen Maßstäben angeordnet werden kann (vgl. dazu Krodell in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl. 2010, [§ 170 Rz. 32](#)). Die

Ungereimtheiten, die möglicherweise mit der fragwürdigen Konstruktion eine zweijährigen "Kurzarbeit Null" verbunden sind, dürften nicht durch Nichtbeachtung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch zu bereinigen sein.

2. Der Senat sieht auch einen Anordnungsgrund durch die ASt hinreichend glaubhaft gemacht an. Ohne die streitige Leistung der Ag für die Kurzarbeiter der ASt erscheinen die Liquidität der ASt und die Beschäftigung der Mitarbeiter für den bevorstehenden Zeitpunkt des Endes der Anlaufphase des Unternehmens und des Auslaufens der Leistungen der Ag gefährdet. Unter Berücksichtigung seiner Einschätzung der Rechtslage betreffend den Anordnungsanspruchs hält der Senat der ASt und den leistungsberechtigten Kurzarbeitern wegen der ihnen drohenden Nachteile für unzumutbar, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Das Risiko der Ag dagegen, eine etwaige Überzahlung zurückfordern zu müssen erscheint auch bei heute ungewisser Realisierungsaussicht etwaiger Rückforderungsansprüche als zumutbar. Daher war die beantragte vorläufige Anordnung zu treffen (zur Frage einer vom SG angenommenen Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25.02.2009 - [1 BvR 120/2009](#) und Keller in Meyer-Ladewig, SGG 9. Aufl. 2008, § 86b Rz. 31).

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

Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-03-31