

# Kurzarbeit und Kündigungsschutz

von *Wolfgang Däubler*

## I. Einleitung

Die Kurzarbeit hat im Jahre 2020 einen noch nie dagewesenen Umfang erreicht. Zu Beginn der Corona-Pandemie wurde sie für 10,1 Mio. abhängig Beschäftigte angezeigt.<sup>1</sup> die tatsächliche Inanspruchnahme lag im März und April 2020 bei 4 bis 5 Mio.<sup>2</sup> Während der Finanzkrise 2008/2009 hatte es in Spitzenzeiten 1,4 Mio. Kurzarbeitende gegeben.<sup>3</sup> Eine Ursache mag auch darin liegen, dass die Zugangsschwelle abgesenkt wurde, weil nicht mehr ein Drittel des Betriebs oder der Abteilung betroffen sein muss; es genügt wenn in einer dieser Einheiten 10 % der Arbeitnehmer eine Einbuße an Arbeitszeit und Entgelt von mehr als 10 % erleiden. Man kann darin durchaus eine politische Entscheidung zugunsten von Überbrückungslösungen und gegen einen definitiven Arbeitsplatzabbau sehen, zumal auch andere Parameter wie die Höhe des Kurzarbeitergeldes zugunsten der Betroffenen angepasst wurden.<sup>4</sup>

Trotz dieser Umstände stellt sich nicht selten die Frage, ob die Arbeitgeberseite beim erstmaligen Auftreten gravierender wirtschaftlicher Schwierigkeiten die Möglichkeit hat, nicht Kurzarbeit einzuführen, sondern betriebsbedingt zu kündigen. Ist die Kurzarbeit tatsächlich immer das mildere Mittel? Oder gibt es Fälle, in denen die Kündigung dennoch unvermeidbar ist? (unten II).

Je länger die Pandemie und ihre Folgen andauern, umso häufiger kann der Fall eintreten, dass aus der vorübergehenden eine dauerhafte Krise des Unternehmens wird. Damit stellt sich die Frage, ob „aus der Kurzarbeit heraus“ betriebsbedingte Kündigungen möglich sind. Kann der Arbeitgeber seine Einschätzung ändern und den zunächst als vorübergehend angesehenen Auftragsmangel als dauerhaften qualifizieren? Oder kann er jedenfalls dann kündigen, wenn sich über die bei Beginn der Kurzarbeit bestehenden Probleme hinaus weitere wirtschaftliche

---

<sup>1</sup> *Schmädicke/Stark*, ArbRAktuell 2020, 278

<sup>2</sup> Weitere Zahlenangaben bei *Däubler*, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Krise, 2020, § 5 Rn. 3.

<sup>3</sup> *Seidler/Josephs*, NZA 2020, 1227

<sup>4</sup> Zur Ausklammerung des Urlaubsanspruchs aus dem laufenden Jahr als Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld s. *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 410.

Schwierigkeiten ergeben haben? Hat die Kurzarbeit eine gewisse „Sperrwirkung“ für Kündigungen? (unten III).

Zu beiden Fragen gibt es höchstrichterliche Rechtsprechung. Ihr liegt allerdings kein „Masterplan“ zugrunde. Vielmehr tastet sie sich recht vorsichtig von Problem zu Problem weiter und kann dabei Ungereimtheiten und Widersprüche nicht immer vermeiden.

## **II. Kurzarbeit als vorrangiges milderes Mittel?**

### **1. Zum Ultima-ratio-Prinzip im Kündigungsschutzrecht**

Allgemeine Einigkeit besteht darüber, dass die Kündigung immer nur „letztes Mittel“ sein darf, um die vom Arbeitgeber verfolgten Ziele zu erreichen.<sup>5</sup> Dies ist Ausdruck einer verfassungsgeleiteten Interpretation,<sup>6</sup> die auf diese Weise die Berufsfreiheit des Arbeitgebers und die des Arbeitnehmers in Einklang zu bringen versucht.

Der Gesetzgeber nennt in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG selbst Beispiele. Ist im Betrieb selbst oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ein Arbeitsplatz frei, wo der von der Kündigung Betroffene weiterbeschäftigt werden kann, so ist von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und der Betroffene zu versetzen. Dasselbe gilt nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG, wenn eine solche Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder wenn die Weiterbeschäftigung unter anderen, d. h. im Regelfall schlechteren Arbeitsbedingungen möglich und der Arbeitnehmer damit einverstanden ist.

Rechtsprechung und Literatur bieten weitere Anwendungsfälle. Als Beispiel kann etwa der Abbau von Überstunden und die Arbeitsstreckung genannt werden;<sup>7</sup> ein weiteres ist der Abbau von Leiharbeit, soweit die Tätigkeiten der Leiharbeitnehmer von eigenen Beschäftigten übernommen werden können.<sup>8</sup> Dasselbe dürfte für Werksvertragsarbeitnehmer gelten, sofern ihre Abberufung rechtlich möglich ist. Nach BAG<sup>9</sup> müssen Zeitguthaben anderer Arbeitnehmer zuerst abgebaut werden, um so eine vorübergehende

---

<sup>5</sup> S. etwa BAG 11.9.1986 – 2 AZR 564/85, BB 1987, 1882.

<sup>6</sup> Dazu ErfK/Schmidt, 20. Aufl. 2020, Einl. zum GG, Rn 76.

<sup>7</sup> Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015 (im Folgenden: SPV), Rn. 1003.

<sup>8</sup> Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 11. Aufl. 2020 (im Folgenden: DDZ) § 1 KSchG Rn. 300.

<sup>9</sup> 8.11.2007 – 2 AZR 418/06, EzA § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung Nr. 157

Beschäftigungsmöglichkeit für die wegen Arbeitsmangels von Kündigung Bedrohten zu schaffen.<sup>10</sup> Dies bringt – unausgesprochen – ein Element von Solidarität in die Überlegungen mit ein.

## **2. Die Behandlung der Kurzarbeit in der Rechtsprechung des BAG**

Auf den ersten Blick bietet sich Kurzarbeit als milderer Mittel geradezu an: Die Beschäftigten behalten ihren Arbeitsplatz, der Arbeitgeber wird weitestgehend von den Lohnkosten entlastet und kann mit seiner eingespielten Mannschaft weiterarbeiten, sobald die Krise vorüber ist. Bei näherem Zusehen werden die Dinge etwas komplizierter.

Die Kurzarbeit kann als Vermeidungsstrategie nur eingesetzt werden, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, also insbesondere ein vorübergehender und kein dauernder Arbeitsmangel besteht. Dabei ist besonders auf die Frage zu achten, was geschehen soll, wenn über den Charakter des Arbeitsmangels Meinungsverschiedenheiten bestehen. Zum zweiten kann der Arbeitgeber über die Einführung von Kurzarbeit anders als über die Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz nicht alleine verfügen. In Betrieben mit Betriebsrat benötigt er die Zustimmung des Betriebsrats oder eine entsprechende Mehrheitsentscheidung der Einigungsstelle, in Betrieben ohne Betriebsrat müssen die Arbeitsverträge an die verkürzte Arbeitszeit angepasst werden.

### **a) Der individualarbeitsrechtliche Ansatz**

Das BAG hat sich zunächst in heute etwas verwunderlich klingender Weise mit dem Problem auseinander gesetzt.<sup>11</sup> Wie der Arbeitgeber auf einen deutlich gesunkenen Absatz eines wichtigen Produkts reagiere, sei grundsätzlich seine freie unternehmerische Entscheidung, die von den Arbeitsgerichten nur dahingehend überprüft werden könne, ob sie „offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ sei. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung, die auch bei der betriebsbedingten Kündigung Platz greife, sei jedoch zu prüfen, ob es nicht mit den betrieblichen Erfordernissen vereinbar sei, die Kündigungen durch Einführung von Kurzarbeit abzuwenden. Insoweit sollen dann – so muss man schließen –

---

<sup>10</sup> Ebenso DDZ/Deinert § 1 KSchG Rn. 298

<sup>11</sup> BAG 25.6.1964 – 2 AZR 382/63, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, auch zum Folgenden. Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung auch bei APS/Kiel, 5.Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 535 und Löwisch FS Wiese 1998, S. 250 ff.; die unter c) dargestellte Entscheidung von 2012 wird häufig übersehen – s. als Beispiel Kreitner in: Küttner (Begr.) , Personalbuch 2020, Nr. 265 Rn. 16.

keine Bedenken im Hinblick auf die unternehmerische Freiheit zu bestehen. Im konkreten Fall standen aber schwer überwindbare Hindernisse im Wege: Das Berufungsgericht hatte nicht wirklich geprüft, ob die Kurzarbeit auch gangbar gewesen wäre, insbesondere nicht festgestellt, dass der Arbeitsmangel nur einen vorübergehenden Zeitraum betraf. Es sei im Übrigen Sache des Gekündigten gewesen, das Vorliegen des Ausnahmetatbestands „Möglichkeit der Kurzarbeit“ zu beweisen; dem habe er nicht Rechnung getragen.

In der Folgezeit gab das BAG das Erfordernis der „umfassenden Interessenabwägung“ bei der betriebsbedingten Kündigung auf.<sup>12</sup> Damit war auch der Prüfung, ob nicht Kurzarbeit statt der Kündigung in Betracht gekommen wäre, der Boden entzogen. Zunächst nahm das BAG allerdings noch eine hypothetische Prüfung auf der Grundlage der Entscheidung vom 25.6.1964 vor.<sup>13</sup> Wiederum scheiterte der Ausweg daran, dass der Arbeitnehmer als beweisbelastete Seite den vorübergehenden Charakter des Arbeitsmangels nicht substantiiert vorgetragen hatte; die bloße Möglichkeit von Kurzarbeit reiche nicht aus. Auch sei nicht erkennbar, weshalb es dem Arbeitgeber zuzumuten gewesen wäre, die Arbeitszeit für die ganze Belegschaft zu verkürzen. In der Folgezeit wurde auf eine solche Prüfung verzichtet und ausschließlich darauf abgestellt, dass sich die Maßnahmen, die der Arbeitgeber als Antwort auf entstehende Schwierigkeiten ergreife, von der unternehmerischen Freiheit umfasst (und damit weitestgehend von gerichtlicher Kontrolle frei gestellt) seien.<sup>14</sup> Im Kündigungsschutzverfahren war die Alternative „Kurzarbeit“ uninteressant geworden.

### **b) Der betriebsverfassungsrechtliche Ansatz**

Ohne dass der Gedanke einer „Kompensation“ für den eingetretenen Rechtsverlust auch nur angedeutet wurde, bejahte das BAG das Recht des Betriebsrats, mit Hilfe seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Durchführung von Kurzarbeit zu erzwingen.<sup>15</sup> Im konkreten Fall hatte der Betriebsrat von seinem Initiativrecht Gebrauch gemacht und mit Hilfe der Einigungsstelle zusätzliche Kurzarbeitstage durchgesetzt. Das dagegen von der Arbeitgeberseite eingeleitete Beschlussverfahren blieb ohne Erfolg: Das Initiativrecht sei im Mitbestimmungsrecht enthalten, die unternehmerische Freiheit werde

<sup>12</sup> BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8, bestätigt durch BAG 30.4.1986 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776. Zur Kritik s. *Däubler*, Die „freie Unternehmerentscheidung“ im Kündigungsschutzrecht, FS Preis (2021)

<sup>13</sup> BAG 7.2.1985 – 2 AZR 91/84, NZA 1986, 260

<sup>14</sup> BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432; BAG 11.9.1986 – 2 AZR 564/85, BB 1987, 1882; BAG 26.6.1997 – 2 AZR 494/96, NZA 1997, 1286. Ebenso schon BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, DB 1980, 1400

<sup>15</sup> BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432. Zustimmung MHD ArbR/*Kreft* 4. Aufl. 2018, § 115 Rn. 111; KR/*Rachor* 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn. 569; *Löwisch* FS Wiese S. 252 f..

durch gesetzlich vorgesehene Mitbestimmungsrechte in rechtlich unangreifbarer Weise beschränkt, wobei sich das Gericht auf die Entscheidung vom 11.8.1982<sup>16</sup> zum Ladenschluss stützen konnte, die vom BVerfG<sup>17</sup> bestätigt worden war: Wenn mit Hilfe der Mitbestimmung die Betriebsnutzungszeiten dauerhaft beschränkt werden können, lässt sich gegen die Einführung von Kurzarbeit für einen vorübergehenden Zeitraum ersichtlich kaum Durchschlagendes einwenden. Einige Jahre später ließ es das Gericht dahinstehen, ob sich der Gekündigte auf die Alternative „Kurzarbeit“ auch dann berufen könne, wenn sich der Betriebsrat um eine solche Lösung bemühe, sie aber noch nicht erreicht habe.<sup>18</sup> Damit war für die Praxis wiederum ein beträchtliches Maß an (vermeidbarer) Ungewissheit geschaffen.

### **c) Die veränderte Herangehensweise in der Entscheidung vom 23. Februar 2012**

In der Entscheidung vom 23.2.2012<sup>19</sup> erlebte der individualarbeitsrechtliche Ansatz eine Art Wiederauferstehung, ohne dass auf das früher Gesagte zurückgegriffen worden wäre. Es ging um die Kündigung eines Metallarbeiters, dessen Aufgaben nach dem Willen des Arbeitgebers von sechs anderen Mitgliedern seiner Arbeitsgruppe hätten übernommen werden sollen. Zugleich war durch Betriebsvereinbarung auch für die Abteilung des Betroffenen Kurzarbeit vorgesehen, wonach die Arbeitszeit auf 14 Wochenstunden abgesenkt werden konnte; von dieser Möglichkeit war jedoch nur in eingeschränktem Umfang Gebrauch gemacht worden. Die Kündigungsschutzklage des Betroffenen hatte Erfolg. Der Arbeitgeber habe nicht ausreichend dargelegt, dass in der Zukunft auf Dauer mit einem reduzierten Arbeitsvolumen zu rechnen sei; das Vorliegen von kurzfristigen Produktions- und Auftragschwankungen müsse ausgeschlossen sein.<sup>20</sup> Damit war die Beweislast anders als in früheren Entscheidungen bestimmt.<sup>21</sup> Die vorgesehene Umverteilung der Arbeit sei zwar eine unternehmerische Entscheidung, komme aber dem Kündigungsentschluss selbst sehr nahe und müsse deshalb in Bezug auf ihre organisatorische Durchführbarkeit wie auch ihre Nachhaltigkeit überprüft werden.<sup>22</sup> Nur dann könne das Gericht feststellen, ob die verbleibenden Arbeitnehmer in überobligationsmäßiger Weise belastet würden. Auch insoweit reichte das Vorbringen des Arbeitgebers nicht aus. Dies hätte an sich schon genügt, um in Übereinstimmung mit den

<sup>16</sup> BAG 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

<sup>17</sup> 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NZA 1986, 199

<sup>18</sup> BAG 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65

<sup>19</sup> 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852, auch zum Folgenden

<sup>20</sup> Diese Aussage findet sich auch in BAG 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG für den Bereich der Leiharbeit.

<sup>21</sup> Oben Fn. 8 und 9.

<sup>22</sup> BAG 23.2.2012 - 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Tz. 18. Für eine stärkere Einengung im Hinblick auf § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III *Bepler* AuR 1999, 219, 223.

Vorinstanzen der Kündigungsschutzklage stattzugeben. Dennoch fügte das Gericht noch hinzu, zuerst hätten die Möglichkeiten der ja bereits bewilligten Kurzarbeit ausgeschöpft werden müssen, ein weiterer Grund, weshalb die Kündigung unverhältnismäßig war. Ob der Arbeitgeber die Einführung von Kurzarbeit „betreiben“ müsse, um eine Kündigung zu vermeiden, blieb mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich dahingestellt.<sup>23</sup>

### **3. Stellungnahme**

Die Feststellungen des BAG lassen sich zu einem einigermaßen konsistenten System zusammenfassen.

#### **a) Dauerhafter Wegfall von Aufgaben**

Steht fest, dass bestimmte Aufgaben definitiv wegfallen, weil Aufträge in absehbarer Zukunft an die billiger arbeitende Konkurrenz gehen oder weil sich bestimmte Produkte auch in Zukunft nicht mehr absetzen lassen, so sind betriebsbedingte Kündigungen nicht zu vermeiden; im Einzelfall geht es dann nur noch um Ausweichstrategien wie die Weiterqualifizierung für neue Tätigkeitsfelder oder die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz. Fraglich bleibt nur, zu welchem Zeitpunkt die Kündigungen erfolgen und wen es im Einzelnen trifft. Eine langfristige Unternehmensstrategie wird im Rahmen des Möglichen solche unfreiwilligen „Freisetzungen“ zu verhindern wissen.

Kurzarbeit ist in diesen Fällen kein geeignetes milderes Mittel.<sup>24</sup> Dies schon deshalb nicht, weil nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III ein „vorübergehender“ Arbeitsausfall vorausgesetzt ist. Auch von ihrer Funktion her deckt die Kurzarbeit einen solchen Fall nicht, da sie weder dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz noch dem Arbeitgeber die mit den betrieblichen Abläufen vertraute Belegschaft erhalten würde.

Das Vorliegen eines dauerhaften Wegfalls muss der Arbeitgeber beweisen. Insoweit gilt nichts anderes als bei sonstigen Kündigungsgründen; die Beweislast liegt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG bei ihm. Das BAG nimmt dies ernst, indem es ausdrücklich betont, mögliche

---

<sup>23</sup> BAG 23.2.2012 - 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Tz. 27

<sup>24</sup> KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 569; Seidler/Josephs NZA 2020, 1228; SPV/Preis, Rn. 1005; MHdB ArbR/Kreft § 115 Rn. 107; Schaub/Linck, 18. Aufl. 2019, § 134 Rn. 15 HWK/Quecke, 9. Aufl. 2020, § 1 KSchG Rn. 272.

kurzfristige Produktions- und Auftragsschwankungen müssten ausgeschlossen sein.<sup>25</sup> So muss der Arbeitgeber Daten aus repräsentativen Referenzperioden darlegen, damit ein Rückschluss auf die Dauerhaftigkeit des Rückgangs möglich ist.

## **b) Vorübergehender Wegfall von Aufgaben**

Verbreiteter Auffassung nach kann ein vorübergehender Wegfall von Aufgaben kein Grund für eine betriebsbedingte Kündigung sein.<sup>26</sup> Ganz so eindeutig ist dies allerdings nicht. Das BAG hat auf der einen Seite erklärt, ein nur vorübergehender Arbeitsmangel könne eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen.<sup>27</sup> Auf der anderen Seite wurde eine Kündigung im Bausektor gebilligt, weil infolge schlechter Witterung die Nachfrage nach Beton zurückgegangen war und deshalb zahlreiche Fahrzeuge vorübergehend stillgelegt wurden; der Personalbedarf sei – so das BAG - „auf nicht absehbare Dauer“ gesunken.<sup>28</sup> Nun geht auch ein trüber und regnerischer Winter irgendwann einmal zu Ende; am vorübergehenden Charakter des Arbeitsmangels kann vernünftigerweise niemand zweifeln, auch wenn ein exakter „Frühlingsanfang“ nicht zu prognostizieren ist. Dazu kommen weitere Überlegungen, die durch die aktuelle Corona-Krise nahegelegt werden. Unterstellt, ein kleines Restaurant arbeite vorwiegend mit geringfügig Beschäftigten, die bekanntlich nicht in die Arbeitslosenversicherung einbezogen sind und deshalb kein Kurzarbeitergeld erhalten: Soll der Arbeitgeber – wegen hoheitlicher Betriebsschließung wie im Frühjahr 2020 aller Einnahmen beraubt – nach § 615 Satz 3 BGB das Entgelt so lange fortbezahlen müssen, bis nach Ende der Pandemie wieder genügend Arbeit da ist?<sup>29</sup> Dies wäre schwer erträglich. Das bedeutet natürlich nicht, dass jede geringfügige Arbeitsunterbrechung eine Kündigung rechtfertigen könnte, aber es kann ersichtlich Situationen geben, in denen eine Entgeltzahlung nach den Grundsätzen über das Betriebsrisiko zu einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers auch dann führen würde, wenn ein Ende absehbar oder jedenfalls höchst wahrscheinlich ist. Das Ultima-ratio-Prinzip verlangt in solchen Fällen nur, die Kündigung mit einem Wiedereinstellungsangebot für die Zeit nach Überwindung der Krise zu verbinden.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Tz. 20, auch zum Folgenden. Insoweit noch weniger streng BAG 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65, 66

<sup>26</sup> S. statt aller ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 288; KR/Rachor § 1 KSchG Rn. 569

<sup>27</sup> BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Tz. 21.

<sup>28</sup> BAG 8.11.2007 – 2 AZR 418/06, EzA § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = AiB 2008, 353.

<sup>29</sup> Zur Tragweite des Betriebsrisikos s. zuletzt *Fischinger/Hengstberger* NZA 2020, 559

<sup>30</sup> MHdB ArbR/Kreft § 115 Rn. 111; SPV-Preis Rn. 1003.

Für solche Situationen des vorübergehenden Arbeitsmangels ist die Kurzarbeit gedacht. Sie macht – wie nicht zuletzt die aktuelle Praxis zeigt – betriebsbedingte Kündigungen überflüssig. Hier ist sie das mildere Mittel, das den Arbeitnehmer ersichtlich weniger belastet als eine Kündigung.<sup>31</sup> Geht der Arbeitgeber von einem dauerhaften Arbeitsmangel aus, so muss er dies im Kündigungsschutzverfahren im Einzelnen belegen.<sup>32</sup> Dazu kommen gleichzeitig die positiven Folgen für den Arbeitgeber, dem die eingearbeitete Belegschaft erhalten bleibt, die entscheidende Voraussetzung für einen erfolgreichen Neustart nach Ende der Krise ist. Zu beachten ist weiter, dass der Arbeitgeber während der Kurzarbeitsperiode heute sehr viel geringere Lasten zu tragen hat als in der Vergangenheit: Er ist nur noch für Urlaubs- und Feiertagsvergütung verantwortlich, den großen Brocken der Sozialversicherungsbeiträge für die ausfallende Arbeitszeit hat ihm der Staat abgenommen. Auch die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III spricht für eine solche Lösung, da sie den Arbeitgeber vorrangig zu einem Verhalten verpflichtet, das Entlassungen und damit eine verstärkte Inanspruchnahme staatlicher Mittel vermeidet.<sup>33</sup>

In Betrieben mit Betriebsrat ergibt sich für den Arbeitgeber die Aufgabe, sich mit dem Betriebsrat zu verständigen. In aller Regel macht dies keine Probleme, weil die Kurzarbeit gerade unter den aktuellen Bedingungen einer Erhöhung nach drei bzw. sechs Monaten ersichtlich im Arbeitnehmerinteresse liegt. Allerdings kann es Ausnahmen geben: Der Betriebsrat wünscht als Ausgleich für den Lohnverlust eine umfassende Beschäftigungssicherung durch Ausschluss der ordentlichen Kündigung für alle Betriebsangehörigen; er stellt sich quer, solange keine Aufstockung der Vergütung auf 90 % zugesagt ist. In diesen Fällen muss die Einigungsstelle entscheiden. Dem Arbeitgeber ist dies schon deshalb zuzumuten, weil die Kurzarbeit auch in seinem Interesse liegt.<sup>34</sup> Dazu kommt, dass es der Sache nach um Arbeitsplätze geht, denn eine endgültig gescheiterte Kurzarbeit würde in den meisten Fällen Kündigungen unvermeidbar machen. Dies legt eine Parallele zu den Verhandlungen über den Interessenausgleich nahe: Obwohl dort keine verbindliche Entscheidung getroffen werden kann, ist der Arbeitgeber verpflichtet, von sich aus die Einigungsstelle anzurufen.<sup>35</sup> Man mutet ihm zu, die Verhandlungen durch einen solchen Einigungsversuch um einiges zeitaufwendiger zu machen, da es um Arbeitsplätze (und andere

---

<sup>31</sup> HK-ArBR/M. Schubert, 4. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 484; SPV/Preis Rn. 1004.

<sup>32</sup> APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 536

<sup>33</sup> APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 535; DDZ/Deinert § 1 KSchG Rn. 295; SPV/Preis Rn. 1004.

<sup>34</sup> Ebenso im Ergebnis ArbG Mannheim 9.12.1982 – 5 Ca 147/82, BB 1983, 1031; DDZ/Deinert § 1 KSchG Rn. 295; anders LAG Hamm 8.3.1983 – 7 (10) Sa 1237/82, BB 1983, 1349; ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 288; SPV/Preis Rn. 1005.

<sup>35</sup> BAG 26.10.2004 – 1 AZR 493/03, NZA 2005, 237; BAG 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZA 2018, 464 Tz. 30.

wichtige Fragen im Betrieb) geht. Bei der Kurzarbeit sind zur Vermeidung von Kündigungen vergleichbare Anstrengungen geboten.<sup>36</sup>

In singulären Fällen kann es vorkommen, dass die Einführung von Kurzarbeit scheitert, weil die dafür notwendige Betriebsvereinbarung keine hinreichend bestimmten Aussagen über Beginn und Ende der Kurzarbeit, betroffene Abteilungen und Arbeitnehmer sowie Verteilung der verbleibenden Arbeitszeit enthält und deshalb unwirksam ist.<sup>37</sup> Hier hilft nur eine fehlerfrei Wiederholung des Verfahrens; am Bestandsschutz des Arbeitnehmers kann sich nichts ändern.

### **c) Kontroverse Einschätzung des Arbeitsmangels**

Wie die Nachfrage auf einem bestimmten Markt in sechs, zwölf oder 24 Monaten beschaffen ist, kann im Regelfall niemand mit Sicherheit voraussagen. So hat etwa das Statistische Bundesamt ermittelt, dass das Bruttoinlandsprodukt von Juli bis September 2020 um 8,5 % um Vergleich zum zweiten Quartal gewachsen ist, während zuvor nur ein Wachstum von 8,2 % erwartet wurde,<sup>38</sup> Auf der Ebene eines Einzelunternehmens können die Abweichungen noch sehr viel größer sein. Dazu kommt, dass der Betriebsrat im Interesse der Erhaltung der Arbeitsplätze eher eine optimistische Sicht vertreten wird, während der Arbeitgeber möglicherweise Belastungen scheut oder die Krise zu einer fälligen „Generalbereinigung“ im Betrieb nutzen will. Wessen Einschätzung ist hier die maßgebende?

Bestreitet der Arbeitgeber, dass es sich um einen vorübergehenden Arbeitsmangel handelt und verweigert er deshalb Verhandlungen über Kurzarbeit, so kann der Betriebsrat von seinem auf § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gestützten Initiativrecht Gebrauch machen.<sup>39</sup> Schon dessen Anerkennung zeigt, dass es nicht etwa ein „Definitionsmonopol“ des Arbeitgebers gibt.<sup>40</sup> Vielmehr belegt § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III, wonach der „vorübergehende“ Mangel Voraussetzung für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist, dass es sich um eine objektive Größe handelt. Verweigert der Arbeitgeber den Eintritt in Verhandlungen, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht einen Antrag nach § 100 ArbGG stellen, wonach ein Einigungsstellenvorsitzender und die Zahl der Beisitzer bestimmt werden sollen. Im Rahmen

---

<sup>36</sup> Abweichend APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 537 m.w.N.

<sup>37</sup> S. den Fall BAG 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565

<sup>38</sup> <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/wachstum-sommerquartal-101.html> (24.11.2020)

<sup>39</sup> Dazu --> 2 b.

<sup>40</sup> Richtig DDZ/Deinert, § 1 KSchG Rn. 295.

dieses Verfahrens wird nur geprüft, ob „offensichtlich“ kein Mitbestimmungsrecht besteht und die Einigungsstelle deshalb unzuständig ist. Angesichts der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung werden die Fälle relativ selten sein, in denen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG „offensichtlich“ ausscheidet, weil eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation praktisch ausgeschlossen ist. Dies mag bei einem Umstieg von einer alten zu einer neuen Technologie der Fall sein – höchst unwahrscheinlich ist es dagegen in der Situation einer Pandemie, wo eine schnelle wirtschaftliche Erholung jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann.

Kommt aufgrund gerichtlicher Intervention eine Kurzarbeits-Einigungsstelle zustande, so wird sich der Vorsitzende im Normalfall bemühen, die Haltung der Bundesagentur für Arbeit in Erfahrung zu bringen. Häufig wird auch schon der Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 Satz 2 SGB III aktiv geworden sein und gegenüber der Bundesagentur Kurzarbeit angezeigt haben.<sup>41</sup> Teilt diese den Standpunkt des Arbeitgebers, ist weiteres Verhandeln über die Kurzarbeit wenig sinnvoll; in Betracht kommen allenfalls tarifliche Lösungen der Arbeitszeitverkürzung ohne oder mit geringem Lohnausgleich. Teilt sie jedoch die Einschätzung des Betriebsrats und ist deshalb zur Gewährung von Kurzarbeitergeld bereit, so dürfte es der Einigungsstelle schwer fallen, ihre Zuständigkeit zu verneinen, weil in Wirklichkeit wegen dauernden Arbeitsmangels nur ein definitiver Personalabbau in Betracht komme.

Dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats droht allerdings insofern eine Gefahr, als der Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungen aussprechen kann, die die Einführung von Kurzarbeit gegenstandslos machen. Genau wie in anderen Fällen des § 87 Abs. 1 BetrVG steht dem Betriebsrat jedoch ein Unterlassungsanspruch zu, der nicht nur die Mitbestimmung als eine Art Vetorecht, sondern auch das auf ihr beruhende Initiativrecht vor einer Unterlaufung schützen will.<sup>42</sup> Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, die in den §§ 111 ff. BetrVG mittelbar anerkannt ist, wird dadurch nicht in Frage gestellt, da es nur um eine zeitliche begrenzte Maßnahme geht<sup>43</sup> und da entsprechende „temporäre Kündigungsverbote“ auch zur Absicherung der Verhandlungen über den Interessenausgleich von der Mehrheit der Landesarbeitsgerichte bejaht werden.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Löwisch* (FS Wiese, S. 252) bezeichnet das Recht zur Anzeige der Kurzarbeit als eine „Fortsetzung des Mitbestimmungsrechts“.

<sup>42</sup> Im Ansatz ähnlich *Löwisch*, FS Wiese, S. 254

<sup>43</sup> Anders im Ergebnis *Löwisch* FS Wiese, S. 254

<sup>44</sup> Nachweise bei *DKW/Däubler*, 17. Aufl. 2020, §§ 112, 112a Rn. 52 ff.

Nun ist aber auch an den umgekehrten Fall zu denken, dass der Arbeitgeber von seinem Initiativrecht im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG Gebrauch macht. Der Betriebsrat weigert sich, über Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln, weil es in Wirklichkeit nur um eine vorübergehende Krise geht. Der Arbeitgeber stellt darauf hin einen Antrag nach § 100 ArbGG, um seinerseits zu einer Entscheidung durch eine Einigungsstelle zu kommen. Das Arbeitsgericht wird diesem Antrag gerade in den Fällen der schwer voraussagbaren Entwicklung gleichfalls stattgeben, denn niemand kann wirklich begründen, dass es sich „offensichtlich“ nicht um einen dauerhaften Arbeitsmangel handelt.

Die Folge wäre, dass zwei verschiedene Einigungsstellen über dasselbe Problem der Qualifizierung des Arbeitsmangels zu entscheiden hätten. Dies ist zumindest wenig sinnvoll, weil vermutlich beide Sprüche von der jeweils unterlegenen Seite angefochten würden. Das zuständige Arbeitsgericht würde dann – so Transparenz besteht – die beiden Verfahren verbinden und eine einheitliche Entscheidung treffen. Vorzuziehen ist deshalb eine Lösung, die schon im Verfahren nach § 100 ArbGG die Entstehung von zwei Einigungsstellen verhindert. Sind beide Verfahren gleichzeitig anhängig, sollte man sie verbinden und eine Einigungsstelle einsetzen, die für Kurzarbeit, hilfsweise für Interessenausgleich und Sozialplan zuständig ist. Existiert bereits die Einigungsstelle zu einem der beiden Bereiche, so sollte man aus verfahrensökonomischen Gründen ihre Zuständigkeit auf den anderen Bereich erstrecken. Neue Probleme erfordern unkonventionelle Lösungen; soweit ersichtlich, hat sich die Literatur zu dem Problem noch nicht geäußert.

#### **d) Betriebe ohne Betriebsrat und Betriebe mit inaktivem Betriebsrat**

In Betrieben ohne Betriebsrat kommen gleichfalls die Grundsätze zur Anwendung, die das BAG in seiner Entscheidung vom 23. Februar 2012 entwickelt hat (--> 2c). Es hat in keiner Weise angedeutet, dass es sie auf Betriebe mit Betriebsrat beschränkt wissen will. Dies bedeutet, dass – wie in dem entschiedenen Fall – eine Kündigungsschutzklage Erfolg hat, wenn kein dauerhafter Arbeitsmangel vorliegt. Es ist dabei letztlich Sache des Arbeitsgerichts zu entscheiden, welchen Charakter ein eingetretener Arbeitsmangel hatte. Dem Arbeitgeber ist es zuzumuten, mit Hilfe des Vertragsrechts eine Verkürzung der Arbeitszeit zu bewirken;<sup>45</sup> in der Praxis dürfte dies in der Regel dadurch erfolgen, dass der Arbeitgeber die verkürzte Arbeitszeit vorgibt und die Arbeitnehmer durch entsprechend verkürztes Arbeiten konkludent

---

<sup>45</sup> MHdB ArbR/Kreft § 115 Rn. 108 f.

ihre Zustimmung erklären. Setzen sich dagegen zahlreiche Arbeitnehmer zur Wehr, indem sie eine Änderung ihres Arbeitsvertrags ablehnen, so ist der Arbeitgeber nicht gezwungen, zahlreiche Änderungskündigungen auszusprechen; in diesem (unwahrscheinlichen) Fall scheidet die Kurzarbeit als milderer Mittel aus.<sup>46</sup>

Besteht zwar ein Betriebsrat, bleibt dieser jedoch völlig inaktiv, so ist genauso zu entscheiden. Voraussetzung ist allerdings, dass er nach § 80 Abs. 2 BetrVG durch den Arbeitgeber über alle Tatsachen informiert war, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsmangel standen. Fehlte es daran, war es dem Arbeitgeber zuzumuten, das normale Mitbestimmungsverfahren einschließlich Einigungsstelle durchzuführen.<sup>47</sup> Tat er dies nicht, war die Anordnung der Kurzarbeit unwirksam; schon von daher wurde nicht alles unternommen, um das belastende Mittel der betriebsbedingten Kündigung zu vermeiden.

### **III. Kündigung während der Dauer der Kurzarbeit**

#### **1. Die maßgebende Einheit**

Während die Kurzarbeit andauert, sind Kündigungen möglicherweise nur eingeschränkt oder gar nicht zulässig. Ein solcher potentieller Grundsatz kann sich aber von vorne herein nur auf die Einheit beziehen, in der kurz gearbeitet wird. Dies ist nicht etwa das Unternehmen, sondern nach § 97 SGB III der Betrieb oder die Betriebsabteilung. Wird also im Betrieb A nur noch 15 Stunden, im Betrieb dagegen voll gearbeitet, bestehen im Betrieb B von vorne herein keinerlei Beschränkungen des Kündigungsrechts; dort kann nach allgemeinen Grundsätzen verfahren werden.<sup>48</sup>

#### **2. Umstände, die zur Kurzarbeit führen**

Ist in einem Betrieb oder einer Betriebsabteilung Kurzarbeit vereinbart und wird von der Bundesagentur Kurzarbeitergeld bezahlt, so gehen ersichtlich alle Beteiligten von einem vorübergehenden Arbeitsmangel aus. Dies gilt insbesondere für den Arbeitgeber, der im Regelfall den Arbeitsmangel anzeigt und den Antrag auf Kurzarbeitergeld stellt; er macht sich

---

<sup>46</sup> APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 537; vgl. auch ErfK/Oetker § 1 KSchG Rn. 288..

<sup>47</sup> Anders MHdB ArbR/Krefl § 115 Rn. 111, wonach es nicht Aufgabe des Arbeitgebers sei, den Solidaritätsgedanken gegen den Willen des Repräsentanten der Belegschaft durchzusetzen. Dabei ist nicht beachtet, dass die Einführung von Kurzarbeit auch im Arbeitgeberinteresse liegt.

<sup>48</sup> Schmädicke/Stark ArbRAktuell 2020, 278.

damit die gesetzlichen Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes zumindest konkludent zueigen. Zugleich wird mit der Anzeige bzw. dem Antrag deutlich, dass jenseits des angezeigten Arbeitsmangels die Tätigkeit in dem fraglichen Betrieb bzw. der fraglichen Betriebsabteilung wie bisher fortgesetzt wird. Soweit Umstände so gravierend sind, dass sie trotz ihres vorübergehenden Charakters eine Kündigung rechtfertigen könnten, wird ihnen durch die Verkürzung der Arbeitszeit und die Bewilligung des Kurzarbeitergeldes der belastende Charakter für den Arbeitgeber genommen; er muss im Grundsatz nur noch die Arbeit bezahlen, die auch effektiv geleistet wird.

Die zur Kurzarbeit führenden Umstände lassen sich nicht nachträglich umqualifizieren, sie sind „verbraucht“.<sup>49</sup> Es wäre ein widersprüchliches Verhalten, würde der Arbeitgeber nunmehr den Standpunkt vertreten, der als „vorübergehend“ bezeichnete Arbeitsmangel besitze in Wahrheit permanenten Charakter und könne deshalb eine Kündigung rechtfertigen.<sup>50</sup> Dies wäre auch dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben, obwohl der Adressat zunächst die Bundesagentur und erst nachfolgend der einzelne Arbeitnehmer ist. Ein solches Verhalten käme zudem in die Nähe einer Subventionserschleichung oder eines Betrugs,<sup>51</sup> weshalb auch nirgends explizit die Auffassung vertreten wird, eine so begründete Kündigung sei zulässig und könne zum Erfolg führen.

### **3. Neue Umstände**

Die wirtschaftliche Situation des Unternehmens, in dem kurz gearbeitet wird, kann sich weiter verschlechtern. Es brechen zusätzlich Aufträge weg, die Preise auf dem Markt sinken so stark, dass die Selbstkosten nicht mehr gedeckt sind. Handelt es sich dabei um ein vorübergehendes Phänomen, so kann die Kurzarbeit auf weitere Beschäftigte und auch ihrem Umfang nach ausgedehnt werden. Dies kann im Extremfall bis zur „Kurzarbeit null“ für die ganze Belegschaft gehen.

Anders ist die Situation dann, wenn die neuen Umstände zu einem dauerhaften Arbeitsmangel führen.<sup>52</sup> Dies können definitive Verluste von Märkten sein, aber auch betriebsinterne Vorgänge: Eine schon längere Zeit geplante Rationalisierung muss während der

<sup>49</sup> So *Kreitner*, in: Küttner (Begr.), Personalbuch 2020, Nr. 265 Rn. 17.

<sup>50</sup> *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 1087 (nachlesbar auch unter [www.daeubler.de](http://www.daeubler.de)); auf die Widersprüchlichkeit verweist auch HK-ArbR/M. *Schubert* § 1 KSchG Rn 484.

<sup>51</sup> Dazu *Kiehne/Middendorf/v.Gemmingen*, DB 2020, 2409

<sup>52</sup> DDZ/*Deinert* § 1 KSchG Rn. 296; SPV/*Preis* Rn. 1005; MHdB ArbR/*Kreft* § 115 Rn. 112; *Schaub/Linck* § 134 Rn. 15; KR/*Rachor* § 1 KSchG Rn. 570

Kurzarbeitsperiode umgesetzt werden, weil die bestellten Roboter gerade jetzt geliefert werden.<sup>53</sup> In solchen Fällen sind unabhängig von der Kurzarbeit betriebsbedingte Kündigungen nach allgemeinen Grundsätzen möglich; in der Literatur ist von „weitergehenden Gründen“<sup>54</sup>, in der Rechtsprechung gleichlautend von Umständen die Rede, die über die Gründe für die Kurzarbeit hinausgehen.<sup>55</sup> Die neu eingetretenen Umstände können auch zu einer Revision der vorher gestellten Prognose führen, doch müssen die Gründe dafür deutlich zutage liegen und im Streitfall bewiesen werden. Nach der Rechtsprechung<sup>56</sup> spricht eine Vermutung dafür, dass die zur Kurzarbeit führenden Umstände vorübergehenden Charakter haben; diese Vermutung muss widerlegt werden.

Problematischer erscheint der Fall, dass der „neue Umstand“ nicht darin besteht, dass der Absatz einbricht oder vorher geplante Maßnahmen durchgeführt werden, sondern dass der Arbeitgeber eine organisatorische Maßnahme trifft, die einen oder mehrere Arbeitsplätze überflüssig machen soll. Hier ist die Rechtsprechung insoweit zurückhaltend, als sie mit Recht darauf hinweist, dass die unternehmerische Maßnahme und die Kündigung als solche hier praktisch zusammenfallen. Dies habe zur Folge, dass der Arbeitgeber die praktische Durchführbarkeit und die Nachhaltigkeit der Maßnahme belegen müsse.<sup>57</sup> Dies kann im Einzelfall sehr schwer fallen, weil Prognoseunsicherheiten wegen des Kriteriums der Nachhaltigkeit hier zu Lasten des Arbeitgebers gehen.

Die Kündigung während der Kurzarbeitsperiode hat noch eine weitere Schranke. Nach verbreiteter Auffassung ist sie nur dann zulässig, wenn alle Möglichkeiten der Kurzarbeit ausgeschöpft sind.<sup>58</sup> Dies dürfte so zu verstehen sein, dass das durch die Anerkennung der Anzeige akzeptierte Ausmaß an Kurzarbeit (das häufig nicht voll in Anspruch genommen wird, weil die Anzeige eher von einer pessimistischen Prognose ausgeht) zuerst ausgeschöpft werden muss, bevor zu Kündigungen oder anderen Personalabbaumaßnahmen geschritten werden darf. Dass dieses noch offene Volumen auf andere Gründe gestützt wird, scheint keine

---

<sup>53</sup> Vgl. APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 538; *Schmädicke/Stark* ArbRAktuell 2020,279

<sup>54</sup> Schaub/Linck § 134 Rn. 15

<sup>55</sup> BAG 26.6.1997 – 2 AZR 494/96, NZA 1997, 1286. Von „zusätzlichen Gründen“ spricht BAG 17.10.1980 – 2 AZR 675/78, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung

<sup>56</sup> BAG 26.6.1997 – 2 AZR 494/96, NZA 1997, 1286; ebenso *Seidler/Josephs* NZA 2020, 1228

<sup>57</sup> BAG 23.2.2012 - 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852

<sup>58</sup> ErfK/Oetker § 1 KSchG Rn. 289; Schaub/Linck § 134 Rn. 15; SPV/Preis Rn. 1005; MHdB ArbR/Kreft § 115 Rn. 112

Rolle zu spielen.<sup>59</sup> Praktisch führt dies dazu, dass der Zeitpunkt der Kündigung hinausgeschoben wird.<sup>60</sup>

Denkbar ist, dass das Kurzarbeitsvolumen ausgeschöpft ist und nunmehr bei dem unvermeidbaren Personalabbau eine soziale Auswahl stattzufinden hat. In diese sind gleichermaßen in Kurzarbeit befindliche wie voll weiter arbeitende Arbeitnehmer einzubeziehen, da die Kündigung in keinem Zusammenhang mit der Kurzarbeit steht. Die Vergleichbarkeit zweier Arbeitnehmer geht nicht dadurch verloren, dass der eine vorübergehend kürzer arbeitet als der andere; insoweit gilt nichts anderes als bei einem längeren Urlaub oder einer mehrmonatigen Teilzeitarbeit.<sup>61</sup>

Sobald die Kündigung ausgesprochen ist, endet nach § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III der Bezug von Kurzarbeitergeld. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber während der Dauer der Kündigungsfrist das volle Entgelt auch dann fortbezahlen muss, wenn eine sinnvolle Beschäftigung nicht mehr möglich ist.<sup>62</sup> Dies kann im Einzelfall insbesondere bei längerer Kündigungsfrist dazu führen, dass nach einer anderen Lösung gesucht wird.

#### **4. Vertragliche Kündigungsbeschränkungen**

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass durch Betriebsvereinbarung oder durch Tarifvertrag während der Dauer der Kurzarbeit jede betriebsbedingte Kündigung ausgeschlossen wird; lediglich das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 626 BGB bleibt erhalten.<sup>63</sup> Bisweilen wird diese Absicherung auch auf diejenigen begrenzt, die effektiv in die Kurzarbeit einbezogen sind, um so ihr persönliches Opfer auszugleichen. Andererseits ist es auch denkbar, dass das Kündigungsverbot über die Kurzarbeitsperiode hinaus ausgedehnt wird. Die Abmachungen beziehen sich typischerweise gerade auch auf Kündigungen, die auf (möglicherweise) neuen Umständen beruhen; insbesondere hier besteht Anlass, Unsicherheiten zu beseitigen.

---

<sup>59</sup> So wohl auch ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 289; HK-ArbR/M. Schubert § 1 KSchG Rn. 484; KR/Rachor § 1 KSchG Rn.569..

<sup>60</sup> Dass dies ein ausreichender Grund für die Praktizierung von Kurzarbeit sein kann, betont auch BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432, 434

<sup>61</sup> Ähnlich Schmädicke/Stark ArbRAktuell 2020, 280

<sup>62</sup> Unrichtig Kreitner in: Küttner (Begr.), Personalbuch 2020, Nr. 265 Rn. 17, der lediglich eine Fortzahlung der Vergütung kraft Tarifvertrags erwähnt

<sup>63</sup> HK-ArbR/M.Schubert § 1 KSchG Rn 484

Gegen die Zulässigkeit solcher Verträge ist nichts einzuwenden. Das Recht zur betriebsbedingten Kündigung ist zumindest für eine begrenzte Zeit abdingbar. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung und trägt der verbreiteten Praxis Rechnung, die zum Teil weitergehend ab einem bestimmten Alter – kombiniert mit längerer Dauer der Betriebszugehörigkeit – die ordentliche Kündigung bis zum Renteneintritt ausschließt.<sup>64</sup>

Ist der Sonderkündigungsschutz auf diejenigen beschränkt, die effektiv kürzer arbeiten, so kann sich bei Kündigungen das Problem der sozialen Auswahl stellen. Durch die besondere Absicherung ist der fragliche Personenkreis mit den übrigen grundsätzlich nicht mehr vergleichbar, so dass er aus dem Kreis der in die Auswahl einzubeziehenden Personen ausscheidet. Dies kann im Einzelfall zu grob unbilligen Ergebnissen der Art führen, dass Personen gekündigt werden müssen, die sozial deutlich schutzwürdiger sind als jene, die kurz gearbeitet haben und nunmehr einen Sonderkündigungsschutz besitzen. Hier sind die Kollektivverträge ggf. restriktiv in dem Sinne zu interpretieren, dass sie solche Folgen nicht bewirken wollen und daher in diesen Ausnahmesituationen einer sozialen Auswahl unter Einbeziehung einzelner besonders geschützter Personen nicht entgegen stehen.<sup>65</sup>

#### **IV. Besonderheiten im öffentlichen Dienst**

Kurzarbeit kann ausnahmsweise auch im öffentlichen Dienst praktiziert werden. Allerdings ergeben sich hier in kollektivrechtlicher Hinsicht jedenfalls auf Bundesebene einige Abweichungen.

Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>66</sup> steht dem Personalrat nach dem BPersVG kein Mitbestimmungsrecht über die Einführung von Kurzarbeit zu. § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG stimmt inhaltlich mit § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG überein und bezieht sich nur auf die Lage der Arbeitszeit. Eine vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung ist nicht erfasst, da in § 75 Abs. 3 keine Vorschrift mit dem Inhalt des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG enthalten ist. Dazu kommt, dass die Personalvertretung des Bundes auch keine freiwilligen Dienstvereinbarungen kennt, die von der Sache her hier durchaus in Betracht kämen. Auch eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Personalrats durch Tarifvertrag kommt derzeit nicht in Betracht, da § 3 BPersVG jede Abweichung von der gesetzlichen Regelung ausschließt und die in der

<sup>64</sup> Überblick bei DDZ/Däubler Einl. Rn. 204 ff.

<sup>65</sup> Vgl. BAG 20.6.2013 – 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208; KR/Rachor § 1 KSchG Rn. 708 ff.; DDZ/Däubler Einl. Rn. 209.

<sup>66</sup> 10.10.2006 – 1 AZR 811/05, NZA 2007, 637

Literatur gegen diese Beschränkung der Tarifautonomie erhobenen Einwände bisher von der Rechtsprechung nicht aufgegriffen wurden.<sup>67</sup> Dies bedeutet, dass nur die Instrumente Tarifvertrag und Arbeitsvertrag zur Verfügung stehen, um die durch die Kurzarbeit aufgeworfenen Einzelfragen zu regeln.

## **V. Fazit**

Das Massenphänomen „Kurzarbeit“ hat die Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen beschäftigt. Nach einigen Schwankungen hat das BAG zu Ergebnissen gefunden, die im Kern interessengerecht sind. Eine Reihe wichtiger Fragen harrt allerdings noch einer Lösung. Bedeutsam ist insbesondere die Frage, wie mit unterschiedlichen Einschätzungen eines auftretenden Arbeitsmangels umzugehen ist. Auch Kündigungen „aus der Kurzarbeit heraus“ sind ausnahmsweise zulässig, wenn neue Umstände eingetreten oder sich die Situation seit Beginn der Kurzarbeit in gravierender Weise geändert hat. Auch hier benötigt die Praxis klare Konturen.

---

<sup>67</sup> Zum Diskussionsstand s. Altwater u.a./Berg, BPersVG, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 4 ff.