



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Beendigung der Kurzarbeit“

Dissertation vorgelegt von Theresa Hess

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Während der Covid-19-Pandemie erwies sich die Kurzarbeit als das arbeitsrechtliche Mittel der Stunde. Angesichts der wirtschaftlichen Unsicherheit und der drastischen Rückgänge in der Auftragslage nutzten zahlreiche Unternehmen dieses flexible Instrument, um Beschäftigungsverhältnisse aufrechtzuerhalten und gleichzeitig die finanziellen Belastungen zu minimieren. Kurzarbeit ermöglichte es den Betrieben, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu reduzieren und die daraus resultierenden Lohneinbußen durch Kurzarbeitergeld teilweise zu kompensieren. Dies schuf eine vorteilhafte Lösung für beide Seiten: Arbeitgeber konnten ihre Belegschaft trotz temporärer Einbrüche in der Auftragslage behalten, und Arbeitnehmer behielten ihre Arbeitsplätze sowie ein Mindestmaß an Einkommenssicherheit. Die Kurzarbeit wurde so zu einem unverzichtbaren Instrument, das half, die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie abzufedern und die strukturelle Integrität des Arbeitsmarktes zu bewahren.

Die Einführung und die Beendigung von Kurzarbeit stellt sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer eine Herausforderung dar, deren rechtliche und praktische Aspekte sorgfältig berücksichtigt werden müssen. Um diesen Herausforderungen zu begegnen, ist eine Prognose des Verlaufs vonseiten des Arbeitgebers unerlässlich. In einigen Fällen wird bei der Einführung von Kurzarbeit deshalb das Enddatum im Voraus festgelegt. Es gilt jedoch, dass je früher sich die Auftragslage verbessert, desto besser für den Betrieb. Eine vorzeitige Rückkehr zur Normalarbeit ist wünschenswert. Die Krise ist überwunden, die Auftragslage hat sich verbessert und es kann zur Normalarbeit zurückgekehrt werden. Gerade dieser Ausgang, dass die Kurzarbeit vorzeitig beendet werden kann, wird in den meisten Fällen aber nicht bedacht und dementsprechend nicht geregelt. Der Übergang zurück zur Normalarbeit oder die „Gestaltung der Landebahn“ der Kurzarbeit wird nicht antizipiert. Dabei ist von Anfang an beiden Seiten klar, dass die einmal eingeführte Kurzarbeit auch wieder beendet werden muss – idealerweise so früh wie möglich.

Die Covid-19-Pandemie hat deutlich gezeigt, dass die Rückkehr in die Vollarbeit zuweilen auch schneller erfolgen kann als erwartet. Teilweise änderte sich die Lage stündlich. Es wurden neue Meldungen zur Situation veröffentlicht, Pläne umgeworfen oder Prognosen neu aufgestellt. Dennoch haben einige Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer vorsorglich für längere Zeiträume, stellenweise auch für mehr als ein Jahr, in Kurzarbeit (Null) geschickt. Als sich die Auftragslage verbesserte, konnte der Betrieb wieder aufgenommen werden.

In einem solchen Fall möchte der Arbeitgeber verständlicherweise möglichst schnell wieder starten. Schließlich hat er die Kurzarbeit als besonders flexibles Instrument zur Krisenüberwindung gewählt. Auf der anderen Seite hat der Arbeitnehmer womöglich auf die zunächst eingeführte Kurzarbeit (Null) vertraut. Diese mitunter schützenswerten Interessen müssen mit dem flexiblen Kriseninstrument der Kurzarbeit in Einklang gebracht werden.

Der Frage, ob und wie die Kurzarbeit (vorzeitig) beendet werden kann und wie dabei im Hinblick auf schützenswerte individual- und kollektivrechtliche, aber auch tatsächliche Interessen der Parteien Rücksicht zu nehmen ist, geht die Arbeit nach.

Grundlagen

Nicht jede Verkürzung der Arbeitszeit ist Kurzarbeit. Hinzukommen muss der vorübergehende Charakter. Während der Kurzarbeit ist der Arbeitnehmer nicht mehr verpflichtet, aber auf der anderen Seite auch nicht mehr berechtigt, die Arbeitsleistung zu erbringen, während der Arbeitgeber in entsprechendem Umfang von seiner Vergütungspflicht frei wird. Wenn die

Kürzung der Arbeitszeit zu einer vorübergehenden Einstellung der Arbeit führt, liegt ein Fall der „Kurzarbeit Null“ vor. Überdies wird die Kurzarbeit, anders als unbezahlter Urlaub, im Normalfall nicht auf Wunsch des Arbeitnehmers, sondern auf Betreiben des Arbeitgebers zur Arbeitsplatzhalterhaltung eingeführt, wobei sie gleichzeitig im Interesse von Arbeitnehmer, Betrieb (und Beitragszahler der Arbeitslosenversicherung) ist. Somit ist Kurzarbeit als die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen regelmäßigen Arbeitszeit mit der Folge einer entsprechenden Lohnkürzung bei anschließender, auch schrittweiser, Rückkehr zum *status quo ante* zu definieren.

Die Kurzarbeit hat mit der ihr inhärenten Einwirkung auf das arbeitsvertragliche Pflichtengefüge eine arbeitsrechtliche und mit der Kompensationsleistung in Form des Kurzarbeitergeldes eine sozialrechtliche Dimension. Die Kurzarbeit und das von der Bundesagentur für Arbeit gezahlte Kurzarbeitergeld sind nach dem heutigen Verständnis zu trennen. Die unbestreitbaren Ähnlichkeiten sowie vertraglich geschaffenen Verbindungen rechtfertigen es aber, das Kurzarbeitergeld und die zugrunde liegenden Strukturen in Diskussionen über die arbeitsrechtliche Kurzarbeit heranzuziehen.

Die Ursachen für die Kurzarbeit können dabei vielfältig sein und spielen in arbeitsrechtlicher Hinsicht keine Rolle. Die Voraussetzungen für die arbeitsrechtliche Kurzarbeit stellen keine große Hürde dar – es bleibt aber zu beachten, dass die Kurzarbeit auf einer Rechtsgrundlage beruhen muss, weil sie einen tiefen Eingriff in das Austauschverhältnis des Arbeitsvertrages darstellt. Die Kurzarbeit kann, wenn sie wirksam und gezielt eingeführt wurde, krisenüberwindendes Instrument der Stunde für ein Unternehmen sein, um dessen konjunkturelle Schieflage zu überbrücken.

Rechtsgrundlagen für die Einführung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber

Es gibt viele Möglichkeiten die Kurzarbeit einzuführen. Dabei kommt es stark auf die Gegebenheiten im Betrieb an – wie zum Beispiel, ob der Betrieb einen Betriebsrat hat oder nicht.

Der Arbeitgeber kann nicht kraft seines Direktionsrechts die Kurzarbeit anordnen. Nach § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, wenn diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag oder auf sonstige Weise festgelegt sind. Arbeitsleistung und Lohnzahlung stellen die Hauptpflichten des Arbeitsvertrages dar. Auf dieses Synallagma erstreckt sich das Weisungsrecht nicht. Das Direktionsrecht ist somit untauglich, um die Beschäftigungs- und Vergütungspflicht zu verkürzen.

Die Einführung von Kurzarbeit im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist an die §§ 95 ff. SGB III zu koppeln, indem jedenfalls auf den Abschnitt über den Verbleib in Beschäftigung im SGB III verwiesen wird; zudem muss die Kurzarbeitsklausel mit einer angemessenen Ankündigungsfrist versehen sein. Arbeitgeberseitige Beigaben wie die Aufstockung des Kurzarbeitergeldes oder Vereinbarungen über eine Beschäftigungssicherung sind möglich und werden häufig vereinbart, sie sind aber nicht notwendig.

Auf der kollektivrechtlichen Ebene steht die Betriebsvereinbarung ganz im Vordergrund. Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine Betriebsvereinbarung legitimiert, mit

der Arbeitgeber und Betriebsrat verbindlich Kurzarbeit einführen. Dem ist zu folgen. Weiter liegt es auch im Rahmen der Einführung der Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung nahe eine Verknüpfung zu dem sozialrechtlichen Kurzarbeitergeld herzustellen; grundsätzlich vorzuschreiben ist sie allerdings nicht.

Rechtsgrundlagen für die Beendigung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber

Da die Einführung der Kurzarbeit eine Rechtsänderung zur Folge hat, muss auch die rechtsgeschäftliche Erklärung zur Beendigung der Kurzarbeit eine Erklärung mit Rechtsfolgwillen sein. Es ist also eine rechtsgeschäftliche Erklärung zur Beendigung der Kurzarbeit zu verlangen.

Der Arbeitgeber kann nicht kraft seines Direktionsrechts die Kurzarbeit beenden. Durch die Einführung von Kurzarbeit wird der Arbeitsvertrag geändert; der veränderte Zustand gilt sodann im Arbeitsvertragsgefüge. Eine Rückführung zum ursprünglichen Zustand stellt somit eine erneute Änderung des Umfangs der Hauptleistungspflichten dar. Aus diesem Grund wäre es zuerst nicht fernliegend, einen Spiegelbildlichkeitsgedanken aufzugreifen: Mit dem Gedanken, dass die Beendigung der Kurzarbeit die Rechtslage mit gleichem Gewicht und gleicher Wertigkeit verändert wie die Einführung von Kurzarbeit, könnten die für die Einführung geltenden Regeln nach der actus-contrarius-Doktrin auf die Beendigung der Kurzarbeit zu übertragen sein. Das bedeutet, dass die Kurzarbeit genauso beendet werden müsste, wie sie eingeführt wurde. Ein spiegelbildlicher Konträrakt ist angemessen, wenn die Interessenlagen bei Vereinbarung beziehungsweise Erteilung eines Rechts und bei Lösung vom beziehungsweise Entziehung des Rechts derart vergleichbar sind, dass ein solcher Schutz zu fordern ist.

Allerdings wäre es untauglich und zu streng die Anwendung des actus-contrarius-Gedankens bei der Beendigung zu fordern. Häufig ist die Einführung der Kurzarbeit (zu Recht) an viele Voraussetzungen gekoppelt, deren Beachtung bei der Beendigung in dieser Form nicht erforderlich ist. Dem Arbeitgeber muss es ermöglicht werden, kurzfristiger und leichter aus der Kurzarbeit und damit aus der Krise wieder herauszukommen. Hinsichtlich der Interessen und der Eingriffsintensität ist aber festzuhalten, dass bei der Einführung von Kurzarbeit vor allem arbeitnehmerseitig Interessen bestehen, die hingegen bei der Beendigung nicht in gleichem Maße schützenswert sind. Ein Gleichlauf der Anforderungen bei Einführung und Beendigung kann deshalb nicht gefordert werden.

Im Fall der individualvertraglichen Vereinbarung der Kurzarbeit sollte die Möglichkeit ihrer einseitigen Beendigung bereits in der Vereinbarung zur Einführung mitgeregelt werden. Dabei bietet sich vor allem die Vereinbarung eines einseitigen Beendigungsrechts des Arbeitgebers mit der Pflicht zur Beachtung des Arbeitnehmerschutzes an. Fehlt eine solche Regelung, steht dem Arbeitgeber zur sofortigen Beendigung der Kurzarbeit die Möglichkeit offen, dem Arbeitnehmer das Angebot zu machen, die Kurzarbeit zu beenden. Unterbleibt ein solches, ist der Kurzarbeitsvereinbarung im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vor allem im Hinblick auf den Zweck der Kurzarbeit ein einseitiges Beendigungsrecht des Arbeitgebers zu entnehmen. Ist eine ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich, bleibt dem Arbeitgeber noch der Weg über die Änderungskündigung.

Sollte eine Betriebsvereinbarung erst im konkreten Fall des Arbeitsausfalls vereinbart werden, ist es sinnvoll, die vorzeitige Beendigung der Kurzarbeit an Gründe und beispielsweise

konkrete Schwellwerte von Arbeitsanfall und gegebenenfalls an eine Ankündigungsfrist zu knüpfen, sodass die Rückkehr zum Normalbetrieb für den Arbeitnehmer abschbarer ist und keine der Parteien Gefahr läuft, sich zu lange auf der Kurzarbeit und der fortlaufenden Zahlung des Kurzarbeitergeldes auszuruhen.

Abgesehen davon ist den Parteien auch bei der Einführung der Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung zu raten, eine ausdrückliche Beendigungsregelung in die Betriebsvereinbarung mit aufzunehmen. Ist dies jedoch nicht erfolgt, haben die Betriebsparteien auf eine einverständliche Lösung hinzuwirken (vgl. § 2 Abs. 1 BetrVG). Die dreimonatige Kündigungsfrist gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG abzuwarten, ist dem Arbeitgeber regelmäßig nicht zumutbar. Ein Beendigungsrecht kann in die Betriebsvereinbarung im Wege der ergänzenden Auslegung hineingelesen werden, da nur so der gemeinsam bestimmte Zweck der Kurzarbeit auch erreicht werden kann. Gleiches gilt für den Tarifvertrag.

Arbeitnehmerschutz im Rahmen der Beendigung der Kurzarbeit

Bei der Beendigung der Kurzarbeit ist der Schutz des Arbeitnehmers zu beachten. Dieser muss vor allem bei der Weisung im Rahmen des Ermessens hinreichend Beachtung finden. Wenn die konkrete Arbeitskraft des Arbeitnehmers wieder benötigt wird, ist ihm ein einseitiges Recht zur Beendigung der Kurzarbeit zuzusprechen. Um dieses geltend zu machen, ist ihm aufgrund eines billigen Interesses ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB zuzugestehen. Neben dem einseitigen Beendigungsrecht steht es ihm frei, ein Angebot für einen Aufhebungsvertrag im Hinblick auf die Kurzarbeit zu machen, um so auf eine gemeinsame Beendigungslösung hinzuwirken.

Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Vollarbeit zurückruft, hat er eine angemessene Ankündigungsfrist zu beachten. Um diese Ankündigungsfrist in Gang zu setzen, sollten die Modalitäten und die Form der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während der Kurzarbeit vereinbart werden. Aus §§ 611a, 241 Abs. 2, 242 BGB ergibt sich die arbeitsvertragliche Nebenpflicht der zumindest täglichen Erreichbarkeit. Bei der Rückholung zur Vollarbeit ist im Rahmen einer Auswahlentscheidung mehrerer Arbeitnehmer keine Sozialauswahl wie in § 1 Abs. 3 KSchG zu fordern. Vielmehr ist eine Weisung nach billigem Ermessen vor allem im Hinblick auf Rücksichtnahme und Beachtung der Arbeitnehmerbelange erforderlich.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Beendigung der Kurzarbeit

Weiter stellt sich die Frage, inwiefern der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hat.

Weder der Wortlaut noch die systematische oder historische Auslegung von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gebieten es, dass ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen der Rückkehr zur Vollarbeit vonnöten ist. Dass man den Einleitungssatz der Norm mit dem Satzzeichen so liest, dass die Mitbestimmung „bei“ der Kurzarbeit gegeben sein soll, ist eher ein Hineinlesen als eine Auslegung. Dieses Ergebnis wird in besonderem Maße unterstrichen durch die teleologische Auslegung. Die Beendigung der Kurzarbeit ist keine vorübergehende Änderung weg von der betriebsüblichen Arbeitszeit, sondern eine dauerhafte Änderung hin zu ihr. Es ist auch im Rahmen des Mitbestimmungsrechts nach den Grundsätzen der Billigkeit abzuwägen zwischen den Interessen des Arbeitsgebers und denen der Arbeitnehmer bei der Beendigung der Kurzarbeit. Bei der Beendigung ist der Eingriff weniger schwerwiegend, was

ein Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf den actus-contrarius-Gedanken nicht notwendig werden lässt. Eine Differenzierung von vorzeitiger Beendigung und genereller Beendigung ist nach dieser Begründung nicht notwendig. In beiden Fällen ist kein Mitbestimmungsrecht anzunehmen.

Es kann bereits im Rahmen der Einführung von Kurzarbeit auf ausreichenden Arbeitnehmerschutz geachtet werden, wenn beispielsweise Ankündigungsfristen für die Beendigung oder eine Regelung der Erreichbarkeit vereinbart werden, gerade um zu erwartende unbillige Härten auszugleichen. Ebenso kann, wenn dies für notwendig erachtet wird, eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden, nach der wöchentlich oder monatlich, je nachdem wie der konkrete Einzelfall ausgestaltet ist, neu vereinbart werden, welcher Arbeitnehmer wie lange und in welcher Ausgestaltung in Kurzarbeit geschickt wird.

Der Betriebsrat hat auch kein Mitbestimmungsrecht bei einer vorzeitigen Beendigung oder Unterbrechung der Kurzarbeit. Die bei länger andauernder Kurzarbeit geleistete oder in Kurzarbeit Null nicht geleistete Arbeitszeit wird grundsätzlich nicht zur betriebsüblichen Arbeitszeit. Dem Betriebsrat ist daher auch kein Mitbestimmungsrecht bei der Rückkehr von länger andauernder Kurzarbeit zur Regelarbeitszeit zuzugestehen, da die zu verändernde Arbeitszeit nicht die betriebsübliche Arbeitszeit ist und die Änderung zurück zum Normalzustand dauerhaft und nicht vorübergehend ist. Beim schrittweisen Abbau der Kurzarbeit scheidet die Annahme eines Mitbestimmungsrechts ebenso daran, dass es sich dabei nicht um eine Änderung der betriebsüblichen Arbeitszeit handelt. Eine Veränderung der Kurzarbeit in Form einer Hinwendung zur betriebsüblichen Arbeitszeit unterliegt folglich in keinem Fall der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Veröffentlichung

Die Dissertation erscheint im Deutschen Fachverlag GmbH – Fachmedien Recht und Wirtschaft – in der Betriebs-Berater-Schriftenreihe zum Arbeitsrecht.