
TEIL 1:

Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Sozialversicherungsrechtlich geförderte Kurzarbeit wurde in Deutschland in zahlreichen krisenhaften Zeiten, so etwa während der Banken- und Finanzkrise 2007/2008 und der COVID-19-Pandemie, als Instrument zur Bewältigung wirtschaftlicher Krisen eingesetzt.¹ In arbeitsrechtlicher Hinsicht muss Kurzarbeit wirksam in das Arbeitsverhältnis eingeführt werden. Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit nicht ohne Weiteres einseitig anordnen, da die Einführung von Kurzarbeit von seinem Direktionsrecht nicht gedeckt ist. Er bedarf zur Einführung von Kurzarbeit also einer wirksamen arbeitsrechtlichen Rechtsgrundlage.² Als Rechtsgrundlagen kommen Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge sowie individualvertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeit-

¹Vgl. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2022/04/13-ist-krise-gleich-krise.html>.

²Allgemeine Meinung, BAG, Urteil vom 15.12.1961 – 1 AZR 207/59 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 1; BAG, Urteil vom 14.02.1991 – 2 AZR 415/90 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4 unter II. der Entscheidungsgründe; BAG, Urteil vom 12.10.1994 – 7 AZR 398/93 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 66 unter II. 1. der Entscheidungsgründe; BAG, Urteil vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 – AP BUrlG § 7 Nr. 40 unter III. 1. a) bb) der Entscheidungsgründe; ErfK/*Preis/Greiner*, § 611a BGB, Rn. 749; *Klocke*, RdA 2020 (331); *Bau-*

geber und Arbeitnehmer als auch Änderungskündigungen in Betracht.³ In nicht mitbestimmten und keinem Tarifwerk unterliegenden Betrieben, in denen kollektive Rechtsgrundlagen (etwa ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung) nicht zur Verfügung stehen, ist der Arbeitgeber daher grundsätzlich darauf angewiesen, sich mit seinen Arbeitnehmern einzeln über die Einführung von Kurzarbeit zu einigen.⁴ Hat er sich in den Arbeitsverträgen kein wirksames einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zur einseitigen Einführung von Kurzarbeit vorbehalten⁵, kann die Einführung von Kurzarbeit also an einer Weigerungshaltung der Arbeitnehmer scheitern.

Als arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage, auf die Arbeitgeber in einer solchen Zwangslage zurückgreifen können, um Kurzarbeit doch noch wirksam umzusetzen, wird vor allem die Änderungskündigung diskutiert.⁶ Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung⁷ zum dann anwendbaren Prüfungsmaßstab werden in der Literatur und den Instanzen höchst unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe derartiger Änderungskündigungen diskutiert.⁸ Die rechtlichen Anforderungen an solche Änderungskündigungen als letztes Mittel sind demnach ungeklärt. Neben der Änderungskündigung wurde in der Literatur vor allem vor dem Hintergrund der in § 2 SGB III nieder-

er / Günther, BB 2009 (662); *Müller / Deeg*, ArbRAktuell, 2010 (209); a.A. allein *Heinze*, RdA 1998, 14ff.

³BAG, Urteil vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 – AP BUrlG § 7 Nr. 40 unter III. 1. a) bb) der Entscheidungsgründe; *Bauer / Günther*, BB 2009, 662ff.; *Weller / König*, BB 2020 (953).

⁴*Bauer / Günther*, BB 2009, 662 (663); *Weller / König*, BB 2020, 953 (954f.).

⁵Die Zulässigkeit und rechtlichen Anforderungen einer solchen individualrechtlichen „Kurzarbeitsklausel“ (*Bauer / Günther*, BB 2009, 662 (664) sind umstritten, vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10, NZA-RR 2011, 65ff.; *Bauer / Günther*, BB 2009, 662 (664f.); *Müller / Deeg*, ArbRAktuell 2010, 209ff.

⁶ArbG Iserlohn, Urteil vom 1.10.2009 – 4 Ca 701/09 –, juris; ArbG Stuttgart, Urteil vom 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20, BB 2021, 508; LAG Berlin-Brandenburg Urteil vom 6.5.2021 – 10 Sa 1337/20, BeckRS 2021, 20260; *Bauer / Rennpferdt*, BB 1993, 1078 (1080f.); *Bauer / Günther*, BB 2009, 662 (666ff.); *Bauer / Günther*, NZA 2020, 419ff.; *Weller / König*, BB 2020, 953 (954ff.).

⁷NK-GA / *Nübold*, § 2 KSchG, Rn. 110.

⁸Vgl. Fn. 6.

gelegten Arbeitsmarktverantwortung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch diskutiert, ob den Arbeitnehmer eine Pflicht treffen kann, an der Einführung von Kurzarbeit mitzuwirken.⁹ Kann der Arbeitgeber gegen seine Arbeitnehmer einen Anspruch haben, Kurzarbeit zuzustimmen, um die wirtschaftliche Krise mit Kurzarbeit zu überwinden?¹⁰ Trifft den Arbeitnehmer zumindest eine Obliegenheit zur Zustimmung zu Kurzarbeit, nach welcher er sich das aufgrund seiner Weigerungshaltung nicht ausgezahlte Kurzarbeitergeld auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen muss?¹¹ Diese rechtlichen Instrumente können als letztes Mittel für Arbeitgeber betrachtet werden, die für die Einführung von Kurzarbeit nicht vorgesorgt haben und denen kollektivrechtliche Gestaltungsmittel nicht zur Verfügung stehen. Sie sollen in dieser Arbeit untersucht und einer Lösung zugeführt werden.

B. Gang der Untersuchung

Noch in Teil 1 sollen die Grundlagen für die weitere Untersuchung gelegt werden. Dabei soll zunächst die gesetzliche Ausgestaltung des Anspruchs auf das Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III skizziert werden, um einen Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen und den Umfang dieser Leistung der Sozialversicherung zu gewinnen. Im Anschluss soll der arbeitsrechtliche Begriff der Kurzarbeit näher definiert werden. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf der Frage, in welcher Weise der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers durch Kurzarbeit modifiziert wird und welche Anforderungen die §§ 95 ff. SGB III in diesem Zusammenhang an die Ausgestaltung der Kurzarbeitsvereinbarung stellen. In Teil 2 dieser Untersuchung folgt eine grundlegende Darstellung des Prüfungsmaßstabs der ordentlichen sowie außerordentlichen Änderungskündigung. Dieser Teil der Untersuchung dient als

⁹ *Deinert*, Privatrechtsgestaltung, S. 181.

¹⁰ *Preis* denkt aufgrund von § 2 SGB III eine Neuverhandlungspflicht oder Neuverhandlungsobliegenheit an, vgl. *Preis*, NZA 1998, 449 (457).

¹¹ Ablehnend LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7.10.1996 – 9 Sa 703/96 – LAGE § 615 Kurzarbeit Nr. 2.

Teil 1: Einleitung

Fundament sowohl zur Aufarbeitung und kritischen Würdigung des Meinungsstandes zur Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit in Teil 3 sowie der sich in Teil 4 anschließenden eigenständigen Entwicklung eines Prüfungsmaßstabes für derartige Änderungskündigungen. In Teil 5 der Untersuchung wird der Frage nachgegangen, ob Arbeitnehmer, gegenüber denen der Arbeitgeber ohne deren Zustimmung Kurzarbeit nicht wirksam einführen kann, eine Zustimmungspflicht treffen kann, an der Einführung von Kurzarbeit mitzuwirken. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden in Teil 6 zusammengefasst.

C. Der Anspruch auf das Kurzarbeitergeld

Gegenstand dieser Untersuchung ist das in den §§ 95 ff. SGB III geregelte Kurzarbeitergeld. Als Entgeltersatzleistung der Arbeitsförderung (§ 3 Abs. 4 Nr. 4 SGB III) stellt das Kurzarbeitergeld eine Leistung an kurzarbeitende Arbeitnehmer als Anspruchsinhaber¹² dar, die einen mit einem vorübergehenden Arbeitsausfall einhergehenden Entgeltausfall teilweise ausgleicht (vgl. § 95 Nr. 1 SGB III und § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB III). Die Anspruchsvoraussetzungen des Kurzarbeitergeldes sowie die Verbindung des sozialversicherungsrechtlichen Kurzarbeitergeldes zur arbeitsrechtlichen Kurzarbeit sollen nachfolgend skizziert werden.

I. Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen

Die Arbeitnehmer haben Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, die persönlichen sowie betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Bundesagentur für Arbeit angezeigt worden ist, § 95 SGB III.

¹² Vgl. § 95 S. 1 SGB III: „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben Anspruch auf Kurzarbeitergeld [...]“; BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 95 SGB III, Rn. 86.

1. Erheblicher Arbeitsausfall

Erheblich ist ein Arbeitsausfall dann, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er vorübergehend und nicht vermeidbar ist und wenn im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer des Betriebes betroffen ist (§ 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 4 SGB III). Die wirtschaftlichen Gründe und die unabwendbaren Ereignisse beschreiben die Ursachen, auf denen mit Kurzarbeitergeld versicherte Arbeitsausfälle beruhen müssen. Allgemein handelt es sich dabei um Umstände, die von außen auf den Betrieb einwirken und die sich der Kontrolle durch den Arbeitgeber entziehen müssen.¹³ Das Gesetz selbst nennt nur einige Regelbeispiele.¹⁴ So soll ein unabwendbares Ereignis insbesondere bei ungewöhnlichen Witterungsverhältnissen (§ 96 Abs. 3 S. 1 SGB III) oder bei Arbeitsausfällen vorliegen können, die durch behördliche Maßnahmen verursacht worden sind (§ 96 Abs. 3 S. 2 SGB III). Vorübergehend ist ein Arbeitsausfall dann, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt, dass in absehbarer Zeit wieder mit der Rückkehr zur Vollarbeit zu rechnen ist.¹⁵ Der Arbeitsausfall muss darüber hinaus unvermeidbar sein, was der Fall ist, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 4 S. 1 SGB III. Das Tatbestandsmerkmal der Unvermeidbarkeit erzeugt eine Rückbindung des Anspruchs auf das Kurzarbeitergeld an die Beherrschbarkeit der Ursachen des Arbeitsausfalls¹⁶ und schafft so eine sozialversicherungsrechtliche Oblie-

¹³ BSG, Urteil vom 29.4.1998 – B 7 AL 102/97 R –, SozR 3 – 4100 § 64 Nr. 4, NZA-RR 1998, 48 (49); BSG, Urteil vom 15.12.2005 – B 7a AL 10/05 R, BeckRS 2006, 41834, Rn. 15.

¹⁴ NK-SGB III/*Baar/Mutschler*, § 96 SGB III, Rn. 22.

¹⁵ BSG, Urteil vom 17.5.1983 – RAr 13/82 – SozR 4100 § 63 Nr. 2; BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 96 SGB III, Rn. 73; NK-SGB III/*Baar/Mutschler*, § 96 SGB III, Rn. 31; *Kliemt*, FS-Preis, 639 (640); Fachliche Weisung Kurzarbeitergeld (KuG) der Bundesagentur für Arbeit in der Fassung vom 20.12.2018, S. 18.

¹⁶ In Bezug auf wirtschaftliche Ursachen BSG, Urteil vom 29.4.1998 – B 7 AL 102/97 R, NZA-RR 1999, 48 (50); NK-SGB III/*Mutschler*, § 96 SGB III, Rn. 37.

genheit zur Vermeidung des Arbeitsausfalls.¹⁷ Diese Obliegenheit adressiert sowohl den Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer und den Betriebsrat.¹⁸

2. Betriebliche und persönliche Voraussetzungen

Die betrieblichen Voraussetzungen des Anspruchs auf das Kurzarbeitergeld sind erfüllt, wenn in dem betroffenen Betrieb mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist, § 97 S. 1 SGB III. § 98 SGB III regelt die Anspruchsvoraussetzungen, die in der Person des Arbeitnehmers erfüllt sein müssen. Hervorzuheben ist die Voraussetzung des Bestehens eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses nach § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III, was den Zweck des Kurzarbeitergeldes in Gestalt des Erhalts der Arbeitsplätze betont.¹⁹

3. Anzeige des Arbeitsausfalls

Der erhebliche Arbeitsausfall muss der Bundesagentur für Arbeit gegenüber angezeigt und glaubhaft gemacht werden, was im betriebsratslosen Betrieb nur vom Arbeitgeber vorgenommen werden kann, § 99 Abs. 1 S. 2 SGB III. Ausgehend hiervon hat die Bundesagentur für Arbeit unverzüglich einen Bescheid über das Bestehen eines erheblichen Arbeitsausfalls zu erlassen, § 99 Abs. 3 SGB III. Der Bezug des Kurzarbeitergeldes setzt nach Erlass eines solchen Anerkennungsbescheids die Beantragung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber und den Erlass eines entsprechenden Bewilligungsbescheids in Bezug auf das Kurzarbeitergeld voraus, § 323 Abs. 2 SGB III. Während demnach die Arbeitnehmer Inhaber des Anspruchs auf das Kurz-

¹⁷BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 96 SGB III, Rn. 112; NK-SGB III/*Mutschler*, § 96 SGB III, Rn. 37.

¹⁸BSG, Urteil vom 29.4.1998 – B 7 AL 102/97R, NZA-RR 1999, 48 (51); NK-SGB III/*Mutschler*, § 96 SGB III, Rn. 37; *Müller-Grüne* in: Schlegel / Voelzke, jurisPK-SGB III, § 96 SGB III, Rn. 62; einschränkend BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 96 SGB III, Rn. 111 für leitende Angestellte und Arbeitnehmer mit hervorgehobenen Funktionen.

¹⁹BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 98 SGB III, Rn. 37; *Kliemt*, FS-Preis, 639 (642).

arbeitergeld sind, obliegt dem Arbeitgeber²⁰ die verfahrensrechtliche Geltendmachung des Anspruchs.²¹

II. Höhe und Dauer des Anspruchs

Liegen die Anspruchsvoraussetzungen des Kurzarbeitergeldes vor, erhalten die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld in Höhe von 60 bzw. 67 % der sogenannten Nettoentgeltdifferenz, § 105 SGB III. Die Nettoentgeltdifferenz wird in § 106 SGB III näher definiert. Sie entspricht näherungsweise dem Betrag, der sich aus einer vergleichenden Betrachtung der Entgeltansprüche des Arbeitnehmers mit und ohne Kurzarbeit im Anspruchszeitraum berechnet, § 106 Abs. 1 SGB III. Kurzarbeitergeld kann dabei grundsätzlich längstens für die Dauer von zwölf Monaten bezogen werden, § 104 Abs. 1 S. 1 SGB III. Die Bezugsdauer kann durch Verordnung der Bundesregierung im Falle außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt auf bis zu 24 Monate verlängert werden, § 109 Abs. 4 S. 1 SGB III.

III. Verbindung zwischen Kurzarbeitergeld und Kurzarbeit

Neben den sozialversicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen des Kurzarbeitergeldes, wie sie in den §§ 95 ff. SGB III niedergelegt sind, hat die Kurzarbeit auch eine arbeitsrechtliche Dimension in Gestalt der arbeitsrechtlich wirksamen Einführung der Kurzarbeit im Arbeitsverhältnis.²² Die §§ 95 Nr. 1, 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III sprechen dabei lediglich von einem Arbeitsausfall mit Entgeltausfall. Bereits unter Geltung des AFG²³ wurde daher

²⁰Und ggf. dem Betriebsrat, § 99 Abs. 1 BetrVG.

²¹BeckOGK-SGB/Bieback, § 95 SGB III, Rn. 48.

²²Ganz herrschende Meinung, vgl. nur BSG, Urteil vom 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R – SozR 4 – 4300 § 96 Nr. 2; BeckOGK-SGB/Bieback, § 95 SGB III, Rn. 131; Hauck / Noftz / Petzold, § 96 SGB III, Rn. 3; Boecken, FS-Düwell, 595 (603).

²³Auch diese Vorgängerregelung des SGB III kannte nur den Begriff des Arbeitsausfalls, vgl. Elmann, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, S. 42.

vertreten, dass das Sozialversicherungsrecht die arbeitsrechtliche Kurzarbeit nicht als Anspruchsvoraussetzung für Kurzarbeitergeld kenne.²⁴ Voraussetzung sei lediglich, dass ein Arbeitsausfall zu einem Entgeltausfall führt.²⁵ Kurzarbeit sei nur insofern relevant, als dass sie die Kausalität zwischen einem Arbeitsausfall und dem Entgeltausfall in den Fällen herstellen könne, in denen der Lohnanspruch nach den gesetzlichen Regelungen (§ 615 BGB) erhalten bleibt.²⁶ Dagegen wird mittlerweile herrschend angenommen, dass die arbeitsrechtlich wirksame Einführung von Kurzarbeit eine „*ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung*“²⁷ des Kurzarbeitergeldes darstellt.²⁸ Denn fehlt es an einer wirksamen Verkürzung der Arbeitszeit, tritt ein Entgeltausfall im Sinne des § 95 S. 1 Nr. 1 SGB III wegen § 615 S. 1, 3 BGB in Zeiten des Arbeitsmangels im Regelfall nicht ein.²⁹ Eine dieser Auffassung im Ergebnis nahestehende Ansicht verortet die arbeitsrechtlich wirksame Einführung von Kurzarbeit daher direkt im Tatbestandsmerkmal des Entgeltausfalls.³⁰ Im Ergebnis setzt somit ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld die wirksame Einführung von Kurzarbeit im Arbeitsverhältnis voraus.

D. Kurzarbeit im Arbeitsrecht

Kurzarbeit bezeichnet im Arbeitsrecht nach einer tradierten Formulierung die „vorübergehende Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit ohne Berücksichtigung der Überstunden (mit der Folge einer entsprechenden Lohnkür-

²⁴ *Ehmann*, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, S. 42.

²⁵ *Ehmann*, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, S. 43; *ders.*, NJW 1987, 401 (404).

²⁶ *Ehmann*, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, S. 43; *ders.*, NJW 1987, 401 (404).

²⁷ Hauck / Noftz / Petzold, § 95 SGB III, Rn. 13.

²⁸ BSG, Urteil vom 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R – NZA-RR 2010, 216, Rn. 11; Hauck / Noftz / Petzold, § 96 SGB III, Rn. 3; BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 95 SGB III, Rn. 131; *Boecken*, FS-Düwell, 595 (603).

²⁹ BeckOGK-SGB/*Bieback*, § 95 SGB III, Rn. 131.

³⁰ *Müller-Grune* in: Schlegel / Voelzke, jurisPK-SGB III, § 95 SGB III, Rn. 41; NK-SGB III/*Baar* / *Mutschler*, § 95 Rn. 29; *Borbo*, Entgeltsicherung bei Kurzarbeit, S. 98.

zung)³¹.³¹ Dieser Definitionsansatz weist eine arbeitszeitrechtliche sowie eine vergütungsrechtliche Dimension auf und stellt auch zeitliche Anforderungen. Auf diese Begriffsmerkmale soll nachfolgend näher eingegangen werden.

I. Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit

Kurzarbeit setzt die Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit voraus. Wird die Arbeitszeit dabei vollständig herabgesetzt, spricht man von Kurzarbeit-Null.³² Der genaue Bezugspunkt der Verkürzung der Arbeitszeit wird dabei nicht einheitlich definiert.

Teilweise wird auf die „betriebsübliche“ Arbeitszeit abgestellt,³³ was die Definition der Kurzarbeit in die Nähe des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG rückt.³⁴ Betriebsüblich meint dort die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit, bestimmt durch den regelmäßig geschuldeten Umfang der Arbeitszeit und deren Verteilung, die nicht notwendigerweise betriebseinheitlich ausgestaltet sein muss.³⁵ Die Vertreter dieser Auffassung meinen demnach, dass nicht notwendigerweise eine einheitliche Arbeitszeit betriebsweit üblich sein muss, sondern dass die betriebsübliche Arbeitszeit – je nach geschuldetem Umfang – in den unterschiedlichen Betriebsbereichen oder auf den einzelnen Arbeitsplätzen verschieden ausfallen kann.³⁶ Daneben hat sich in der Rechtsprechung des BAG in Zusammenhang mit individuellen Lohnfort-

³¹Zitiert nach *Rumpff* in: *Rumpff / Dröge*, S. 24; vgl. auch *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, S. 213f. und *Nikisch*, Arbeitsrecht, Band 1, S. 642.

³²Vgl. aus der Rechtsprechung BAG, Urteil vom 19.4.1995 – 10 AZR 259/94 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 14.

³³Vgl. aus der Rechtsprechung BAG, Urteil vom 19.4.1995 – 10 AZR 259/94 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 14; *Hahn*, Zeitweilige Betriebsstillegung, S. 16; *Rumpff* in: *Rumpff / Dröge*, S. 26; *Conze*, Einführung, S. 7; *Linck* in: *Schaub ArbR-HdB*, § 47, Rn. 1.

³⁴*Borbo*, Entgeltsicherung bei Kurzarbeit, S. 33.

³⁵Vgl. nur BAG, Beschluss vom 11.12.2001 – 1 ABR 3/01 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 93; *ErfK/Kania*, § 87 BetrVG, Rn. 32.

³⁶Etwa *Rumpff* in: *Rumpff / Dröge*, S. 26; auch *Conze*, Einführung, S. 7.

zahlungsklagen ein „vergütungsrechtlicher Begriff“³⁷ der Kurzarbeit entwickelt, wonach Kurzarbeit „die vorübergehende Kürzung des Volumens der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit bei anschließender Rückkehr zum vereinbarten Zeitumfang“ darstellt.³⁸

Es wurde in der Literatur bereits darauf hingewiesen, dass sich aufgrund der differenzierten Auslegung des Merkmals der Betriebsüblichkeit kaum praktische Unterschiede daraus ergeben, ob man auf die individuell regelmäßig vom Arbeitnehmer geschuldete oder aber auf die – im Ergebnis für diesen Arbeitnehmer – betriebsübliche Arbeitszeit abstellt.³⁹ Jedenfalls bei der Frage der arbeitsrechtlich wirksamen Einführung von Kurzarbeit im Arbeitsverhältnis, die Gegenstand dieser Untersuchung ist, ist aber auf den vergütungsrechtlichen Begriff der Kurzarbeit im Sinne der Rechtsprechung des BAG und damit auf die individuell regelmäßig geschuldete Arbeitszeit abzustellen. Ein Rückgriff auf das Merkmal der Betriebsüblichkeit, welches etwa die Reichweite des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats definiert, scheint in solchen Fällen verfehlt.⁴⁰ Denn das Abstellen auf die betriebsübliche Arbeitszeit beruht eher auf einem kollektiven Blickwinkel, der die Kurzarbeit als eine betriebliche Maßnahme in den Vordergrund stellt, die eine Vielzahl von Arbeitnehmern betrifft. Im Rahmen dieser Untersuchung soll somit zur Bestimmung der regelmäßigen Arbeitszeit auf den regelmäßig vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeitumfang abgestellt werden.

³⁷ BAG, Urteil vom 10.10.2006 – 1 AZR 811/05 – AP BPersVG § 75 Nr. 85.

³⁸ BAG, Urteil vom 10.10.2006 – 1 AZR 811/05 – AP BPersVG § 75 Nr. 85. Ebenfalls auf die vertraglich geschuldete Arbeitszeit abstellend *Caspers*, Kurzarbeit, S. 50; in neuerer Zeit *Schliemann* in: ArbR BGB, § 611 BGB, Rn. 642; BeckOK ArbR/Joussen, § 611a BGB, Rn. 379; *Borbo*, Entgeltsicherung bei Kurzarbeit, S. 34f.

³⁹ *Conze*, Einführung, S. 7, dort Fn. 6 spricht von einem „terminologischen Streit“; in jüngerer Zeit *Borbo*, Entgeltsicherung bei Kurzarbeit, S. 35.

⁴⁰ So auch *Borbo*, Entgeltsicherung bei Kurzarbeit, S. 34, der darauf abstellt, dass im jeweiligen Arbeitsverhältnis nur die individuell geschuldete Arbeitszeit maßgeblich ist.