

---

# Inhaltsverzeichnis

## TEIL I: EINLEITUNG

A. Einführung in die Thematik . . . . .	1
B. Gang der Untersuchung . . . . .	3
C. Der Anspruch auf das Kurzarbeitergeld . . . . .	4
I. Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	4
1. Erheblicher Arbeitsausfall . . . . .	5
2. Betriebliche und persönliche Voraussetzungen . . . . .	6
3. Anzeige des Arbeitsausfalls . . . . .	6
II. Höhe und Dauer des Anspruchs . . . . .	7
III. Verbindung zwischen Kurzarbeitergeld und Kurzarbeit . . . . .	7
D. Kurzarbeit im Arbeitsrecht. . . . .	8
I. Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit . . . . .	9
II. Vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit . . . . .	11
III. Entgeltkürzung . . . . .	13
1. Proportionale Entgeltkürzung . . . . .	14
2. Erfolgsabhängige Vergütung, Nebenleistungen. . . . .	16
3. Teilweiser Erhalt des Entgeltanspruchs? . . . . .	16
a) Rechtsprechung des BAG . . . . .	17
b) Abweichende Auffassungen in der Literatur . . . . .	19

## Inhaltsverzeichnis

c) Alternative Vorschläge . . . . .	20
aa) Aufrechterhaltung durch Auslegung der Kurzarbeitsregelung . . . . .	20
bb) Vereinbarung einer subsidiären Einstandspflicht . . . . .	20
cc) Kein Entgeltausfall bei fortbestehendem Entgeltanspruch . . . . .	21
d) Stellungnahme zum teilweise erhaltenen Entgeltanspruch . . . . .	22
aa) Erhalt des Entgeltanspruchs und Entgeltausfall . . . . .	22
(1) Ausfallsicherung im Sinne der Rechtsprechung des BSG. . . . .	23
(2) Ausfallsicherung und Nettoentgeltdifferenz . . . . .	24
(3) Schlussfolgerungen . . . . .	27
bb) Dogmatische Konstruktion der Ausfallsicherung. . . . .	28
e) Zwischenergebnis. . . . .	29
4. Zwischenergebnis . . . . .	30
IV. Ergebnis zu D. . . . .	30

## TEIL 2: GRUNDLAGEN ZUR ÄNDERUNGSKÜNDIGUNG

A. Begriff der Änderungskündigung . . . . .	33
B. Prüfungsmaßstab der Änderungskündigung. . . . .	35
C. Ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung . . . . .	36
I. Zweistufiger Prüfungsaufbau . . . . .	37
II. Dringende Betriebliche Erfordernisse. . . . .	37
1. Unternehmerische Entscheidung . . . . .	38
a) Außerbetriebliche Gründe. . . . .	39
b) Innerbetriebliche Gründe . . . . .	41
2. Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit . . . . .	42
a) Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung . . . . .	42
b) Zeitpunkt des Wegfalls der Weiterbeschäftigungs- möglichkeit . . . . .	43

c) Prognoseprinzip . . . . .	44
3. Dringlichkeit und Bedingtheit . . . . .	44
4. Interessenabwägung . . . . .	46
III. Zumutbarkeit des Änderungsangebots . . . . .	48
IV. Sozialauswahl bei der Änderungskündigung . . . . .	50
D. Außerordentliche Änderungskündigung . . . . .	51
I. Prüfungsmaßstab . . . . .	52
II. Die außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung . . . . .	52
E. Ergebnis zu Teil 2 . . . . .	54

TEIL 3: KURZARBEIT DURCH ÄNDERUNGSKÜNDIGUNG

A. Einleitung . . . . .	55
B. Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn . . . . .	57
I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe . . . . .	57
II. Einordnung und Fazit . . . . .	58
C. Kurzarbeit als Betriebsstilllegung. . . . .	58
I. Vorgeschlagener Prüfungsmaßstab. . . . .	59
II. Kritische Würdigung . . . . .	59
1. Begriff der Betriebsstilllegung. . . . .	61
a) Einstellung der wirtschaftlichen Betätigung . . . . .	62
b) Auflösung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft . . . . .	63
c) Anforderungen an den Stilllegungsentschluss . . . . .	64
d) Zeitliche Aspekte der Betriebsstilllegung . . . . .	65
e) Zwischenergebnis . . . . .	67
2. Subsumtion . . . . .	68
a) BAG zum Verhältnis zwischen Kurzarbeit und Stilllegung . . . . .	69
b) Stellungnahme . . . . .	69
3. Zwischenergebnis . . . . .	73
III. Ergebnis zu C. . . . .	74

## Inhaltsverzeichnis

D. Maßstab der einseitigen Entgeltkürzung . . . . .	75
I. Prüfungsmaßstab der einseitigen Entgeltkürzung. . . . .	75
II. Prüfungsmaßstab nach Weller und König . . . . .	78
1. Zum dringenden betrieblichen Erfordernis . . . . .	78
2. Zum Änderungsangebot . . . . .	79
3. Zur außerordentlichen Änderungskündigung . . . . .	80
III. Rezeption in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	80
IV. Kritische Würdigung . . . . .	81
1. Keine Verschiebung des arbeitsvertraglichen Synallagmas . . . . .	81
2. Unerheblichkeit des Zwecks der Änderungskündigung . . . . .	83
3. Keine Zulässigkeit bei Aufstockung des Soll-Entgelts. . . . .	86
4. Maßstab der außerordentlichen Änderungskündigung . . . . .	86
V. Ergebnis zu D. . . . .	87
E. Versicherter Arbeitsausfall als betriebliches Erfordernis . . . . .	87
I. Vorgeschlagener Prüfungsmaßstab. . . . .	88
1. Ordentliche Änderungskündigung. . . . .	88
a) Dringendes betriebliches Erfordernis . . . . .	88
b) Zumutbarkeit des Änderungsangebots. . . . .	89
2. Außerordentliche Änderungskündigung. . . . .	89
a) Zulässigkeit und wichtiger Grund . . . . .	90
b) Verhältnismäßigkeit . . . . .	91
c) Ausschlussfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB. . . . .	91
3. Sozialauswahl . . . . .	91
II. Rezeption in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	92
1. Zustimmende Rechtsprechung des ArbG Stuttgart . . . . .	92
a) Der zugrundeliegende Sachverhalt . . . . .	92
b) Zum dringenden betrieblichen Erfordernis . . . . .	93
c) Zumutbarkeit des Änderungsangebots. . . . .	94
2. Zweifelnde Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg . . . . .	95

3. Gegenstimmen in der Literatur . . . . .	95
4. Zwischenfazit . . . . .	96
III. Stellungnahme . . . . .	97
1. Einordnung der Lösungsansätze. . . . .	97
2. Ansätze einer Privatrechtsgestaltung durch das SGB III . . . . .	99
a) Verdrängung der arbeitsvertraglichen Risikoverteilung . . . . .	100
aa) Begründung . . . . .	100
bb) Kritik aus der Literatur. . . . .	101
cc) Stellungnahme . . . . .	103
b) Anspruch auf Zustimmung zu Kurzarbeit . . . . .	104
aa) Begriff des Vertragsanpassungsanspruchs . . . . .	106
bb) § 2 Abs. 5 Nr. 1 SGB III als Anspruchsgrundlage? . . . . .	108
cc) Vertragsanpassungsanspruch und Änderungskündigung . . . . .	110
dd) Vertragsanpassungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB . . . . .	113
(1) Grundlegendes zu § 241 Abs. 2 BGB . . . . .	114
(2) Vertragsanpassungsansprüche im Entgeltbereich . . . . .	115
(3) Vertragsanpassung bei leistungsgeminderten Arbeitnehmern . . . . .	117
(4) Zwischenfazit. . . . .	122
ee) § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 95 ff. SGB III? . . . . .	123
ff) Vertragsanpassung bei fehlendem Gegeninteresse? . . . . .	124
(1) Grundsätze der Rechtsprechung des BGH . . . . .	126
(2) Anwendung der Grundsätze auf die Einführung von Kurzarbeit . . . . .	130
gg) Modifikation des § 241 Abs. 2 BGB durch § 2 SGB III . . . . .	132
hh) Zwischenergebnis . . . . .	136
c) Ergänzende Betrachtungen . . . . .	136
3. Zwischenergebnis . . . . .	138

## Inhaltsverzeichnis

4. Zur Zulässigkeit der außerordentlichen Änderungskündigung . . . . .	138
a) Die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung . . .	139
b) Anwendung dieser Grundsätze im Falle der Kurzarbeit . .	142
aa) Kein dauerhaft sinnentleertes Arbeitsverhältnis . .	142
bb) Notwendigkeit von Überbrückungsmaßnahmen . .	143
cc) Ersatzfunktion und Stufenverhältnis . . . . .	144
dd) Ultima-Ratio-Prinzip . . . . .	146
c) Zwischenergebnis . . . . .	147
IV. Ergebnis zu E.. . . . .	147
F. Ergebnis zu Teil 3 . . . . .	148

### TEIL 4: KURZARBEIT DURCH ÄNDERUNGSKÜNDIGUNG: EIGENER ANSATZ

A. Grundgedanke der Konkretisierung. . . . .	151
B. Die Unternehmerentscheidung zur Einführung von Kurzarbeit . .	154
I. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III . . . . .	154
1. Wirtschaftliche Gründe . . . . .	154
2. Unabwendbare Ereignisse . . . . .	156
3. Beruhen . . . . .	157
4. Betriebliche Strukturveränderungen . . . . .	158
II. Einordnung in das System unternehmerischer Entscheidungen . . . . .	160
1. Außerbetriebliche Gründe . . . . .	160
2. Innerbetriebliche Gründe . . . . .	162
III. Zwischenergebnis . . . . .	163
C. Dauerhafter Wegfall des Beschäftigungsbedarfs und vorübergehender Arbeitsausfall . . . . .	164
I. Meinungsstand . . . . .	164
1. Meinungsstand bezüglich der Änderungskündigung. . .	164

2. Verhältnis zwischen Beendigungskündigung und	
Kurzarbeit . . . . .	165
a) Rechtsprechung des BAG . . . . .	165
b) Restriktive Auffassung in der Literatur . . . . .	166
c) Gegenstimmen in der Literatur . . . . .	167
3. Fazit . . . . .	168
II. Stellungnahme . . . . .	169
1. Anforderungen an die Dauerhaftigkeit des Wegfalls des Be-	
schäftigungsbedarfs . . . . .	169
a) Rechtsprechung des BAG . . . . .	169
aa) Witterungsbedingte Kündigung und befristete	
Stilllegung . . . . .	169
(1) Herleitung des Maßstabs der Zumutbarkeit . . . . .	170
(2) Dogmatische Einordnung der Prüfung der	
Zumutbarkeit. . . . .	173
(3) Konkretisierung des Maßstabs der Zumutbarkeit. . . . .	174
bb) Dauerhaftigkeit bei außerbetrieblichen Gründen . . . . .	175
(1) Maßstab der Dauerhaftigkeit . . . . .	176
(2) Dogmatische Einordnung der Prüfung der	
Dauerhaftigkeit . . . . .	178
cc) Zwischenfazit . . . . .	178
b) Auffassungen in der Literatur. . . . .	179
aa) Stimmen zu Fällen witterungsbedingter Kündigung. . . . .	179
bb) Kritik an der Entscheidung des BAG vom 15.12.1994. . . . .	180
cc) Dauerhaftigkeit als Merkmal der Dringlichkeit nach	
Preis . . . . .	182
dd) Dauerhaftigkeit und Interessenabwägung nach	
Dathe . . . . .	183
ee) Dringlichkeit und Interessenabwägung nach	
Quecke / Thies . . . . .	184
c) Einordnung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit . . . . .	186

# Inhaltsverzeichnis

d) Stellungnahme . . . . .	186
aa) Soziale Rechtfertigung durch befristeten Arbeitsausfall? . . . . .	187
bb) Einordnung in die allgemeine Interessenabwägung . . . . .	188
cc) Durchführung der Interessenabwägung . . . . .	191
(1) Abstellen auf die Einarbeitungszeit eines Stellenbewerbers. . . . .	192
(2) Keine Bewertung der unternehmerischen Entscheidung. . . . .	193
(3) Interessen auf Arbeitnehmerseite . . . . .	193
dd) Ergänzende Missbrauchskontrolle als Korrektiv? . . . . .	194
e) Fazit . . . . .	195
2. Der vorübergehende Arbeitsausfall. . . . .	196
a) Bezugsfristen des Kurzarbeitergeldes . . . . .	196
b) Die Dauer der absehbaren Zeit . . . . .	197
c) Fazit . . . . .	199
III. Ergebnis zu C. . . . .	200
D. Dringlichkeit und Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls. . . . .	200
I. Arbeitsrechtliche Grundsätze . . . . .	201
II. Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls. . . . .	202
1. Vermeidbarkeit gemäß § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 SGB III . . . . .	202
2. Vermeidbarkeit gem. § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 und 3 SGB III . . . . .	203
III. Abgleich der Dringlichkeit und der Vermeidbarkeit . . . . .	204
IV. Ergebnis zu D. . . . .	205
E. Zumutbarkeit des Änderungsangebots. . . . .	205
I. Reduzierung der Arbeitszeit . . . . .	205
II. Angebot eines Leistungsbestimmungsrechts? . . . . .	206
III. Reduzierung des Entgeltanspruchs . . . . .	208
IV. Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	208
V. Ergebnis zu E. . . . .	209

F. Sozialauswahl . . . . .	210
I. Betriebsbezug der Sozialauswahl und des Kurzarbeitergeldes . . . . .	210
II. Denkbare Konstellationen . . . . .	212
1. Einheitliche Einführung von Kurzarbeit . . . . .	212
a) Keine Pflicht zum Ausspruch von Beendigungskündigungen . . . . .	212
b) Keine Sozialauswahl bei betriebseinheitlicher Kurzarbeit Null . . . . .	213
c) Keine Sozialauswahl bei gleichmäßig verteilter Kurzarbeit . . . . .	214
d) Änderungskündigung gegenüber einzelnen Arbeitnehmern . . . . .	215
e) Zwischenergebnis . . . . .	215
2. Nur ein Teil eines Betriebes ist von Kurzarbeit betroffen . . . . .	215
a) Vergleichbarkeit . . . . .	216
aa) Meinungsstand . . . . .	217
bb) Stellungnahme . . . . .	219
(1) Zum Maßstab der Vergleichbarkeit . . . . .	219
(2) Keine Ausnahme vom Erfordernis der Sozialauswahl . . . . .	220
cc) Zwischenergebnis . . . . .	221
b) Auswahlkriterien . . . . .	221
c) Betriebliche Belange . . . . .	222
3. Zwischenergebnis . . . . .	222
III. Ergebnis zu F. . . . .	223
G. Fazit zu Teil 4 . . . . .	223

TEIL 5: ZUSTIMMUNGSOBLIEGENHEIT DES ARBEITNEHMERS

A. Einleitung . . . . .	225
B. Meinungsstand . . . . .	226
I. Die ablehnende Rechtsprechung des LAG Rheinland-Pfalz . . . . .	226

## Inhaltsverzeichnis

II. Auffassungen in der Literatur . . . . .	228
III. Einordnung des Meinungsstandes . . . . .	228
C. Stellungnahme . . . . .	232
I. Kurzarbeit und Annahmeverzug . . . . .	232
1. Erfüllbares Arbeitsverhältnis . . . . .	232
a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	232
b) Situation im Falle von Kurzarbeit . . . . .	233
2. Angebot der Arbeitsleistung . . . . .	233
a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	233
b) Situation im Falle der Kurzarbeit. . . . .	234
3. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit . . . . .	235
a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	235
b) Situation im Falle der Kurzarbeit. . . . .	236
c) Nichtannahme der Leistung durch den Arbeitgeber . . . . .	236
d) Allgemeine Grundsätze . . . . .	237
aa) Grund der Nichtannahme . . . . .	237
bb) Teilannahme und Teilforderung . . . . .	238
e) Situation im Falle der Kurzarbeit. . . . .	238
4. Exkurs: Widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers?. . . . .	239
a) Widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers?. . . . .	239
b) Stellungnahme . . . . .	240
c) Zwischenergebnis . . . . .	243
5. Zwischenergebnis . . . . .	243
II. Kurzarbeitergeld als anderweitiger Erwerb . . . . .	243
1. Allgemeine Grundsätze. . . . .	243
a) Begriff des anderweitigen Erwerbs . . . . .	243
b) Notwendige Kausalität . . . . .	244
2. Unmittelbare Anwendbarkeit . . . . .	246
3. Analoge Anwendbarkeit . . . . .	249
a) Planwidrige Regelungslücke . . . . .	250
aa) Nichtregelung . . . . .	250

bb) Regelungsplan des Gesetzgebers . . . . .	252
cc) Lückenhaftigkeit des § 615 S. 2 Var. 3 BGB . . . . .	256
(1) Analyse der Gesetzesmaterialien im historischen Kontext. . . . .	256
(2) Nachträgliche Einführung der Kurzarbeiter- unterstützung . . . . .	258
(3) Keine nachträgliche Lückenschließung . . . . .	261
dd) Zwischenergebnis . . . . .	263
b) Vergleichbarkeit der Interessenlage . . . . .	263
aa) Kurzarbeitergeld als Entgeltersatzleistung . . . . .	264
bb) Zweck des Kurzarbeitergeldes . . . . .	266
cc) Verwertung der Arbeitspflicht als Erwerbs- möglichkeit . . . . .	267
dd) Zwischenergebnis . . . . .	268
c) Kein Analogieverbot . . . . .	269
aa) Ausnahmecharakter einer Norm und Analogieverbot . . . . .	270
bb) Analogieverbot bei § 615 S. 2 Var. 3 BGB . . . . .	271
d) Zwischenergebnis . . . . .	275
4. Zwischenergebnis . . . . .	275
III. Ablehnung der Kurzarbeit als böswilliges Unterlassen . . . . .	276
1. Allgemeine Grundsätze. . . . .	276
a) Zumutbarkeit des Arbeitsangebots . . . . .	276
b) Vorsatz . . . . .	278
2. Zumutbarkeit der Kurzarbeit. . . . .	279
a) Aspekte der Interessenabwägung bei Kurzarbeit . . . . .	281
b) Kurzarbeit und Vertragsinhaltsschutz . . . . .	282
aa) Das Prinzip des Vertragsinhaltsschutzes . . . . .	282
(1) Restriktive frühere Rechtsprechung des BAG . . . . .	283
(2) Zumutbarkeit vertragswidriger Arbeit . . . . .	284

## Inhaltsverzeichnis

(3) Zumutbarkeit einer Verkürzung des Entgeltanspruchs . . . . .	286
(4) Zumutbarkeit von Änderungsangeboten im Übrigen. . . . .	287
(5) Folgerungen . . . . .	289
bb) Angebot einer Ausfallsicherung und Regressrisiken .	292
cc) Angebot einer Aufstockung des Kurzarbeitergeldes .	294
(1) Zulässigkeit von Aufstockungsleistungen . . . . .	294
(2) Meinungsstand zur zulässigen Höhe der Aufstockung . . . . .	295
(3) Stellungnahme . . . . .	296
(4) Zwischenergebnis . . . . .	297
dd) Zahlung eines Vorschusses auf das Kurzarbeitergeld .	297
ee) Zwischenergebnis . . . . .	298
c) Sozialversicherungsrechtliche Handlungsobliegenheiten.	298
d) Zwischenergebnis . . . . .	300
3. Zwischenergebnis . . . . .	300
IV. Rechtsfolge . . . . .	300
1. Allgemeine Grundsätze. . . . .	301
2. Situation bei entgangenem Kurzarbeitergeld . . . . .	301
a) Anrechnung des Auszahlungsbetrages . . . . .	302
b) Umfang der Anrechnung . . . . .	304
3. Zwischenergebnis . . . . .	304
D. Gesamtergebnis zu Teil 5 . . . . .	305
 TEIL 6: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN	
A. Zum Begriff der Kurzarbeit . . . . .	307
B. Der Meinungsstand zur Änderungskündigung . . . . .	308
C. Zum Prüfungsmaßstab der ordentlichen Änderungskündigung .	311
D. Zur Zustimmungspflicht des Arbeitnehmers . . . . .	313
 Literaturverzeichnis . . . . .	 315