

NOMOSKOMMENTAR

Gallner | Mestwerdt | Nägele [Hrsg.]

Kündigungs- schutzrecht

Handkommentar

7. Auflage



Nomos

NOMOSKOMMENTAR

Inken Gallner | Wilhelm Mestwerdt
Stefan Nägele [Hrsg.]

Kündigungs- schutzrecht

Handkommentar

7. Auflage

Dr. Annett Böhm, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bad Schwar-
tau/Lübeck | **Dr. Frauke Denecke**, Rechtsanwältin und Mediatorin, Frankfurt
a.M. | **Burkhard Fabritius**, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Hamburg | **Inken Gallner**, Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt,
Ministerialdirektorin a.D. | **Jan Gieseler**, Rechtsanwalt und Mediator, Fachanwalt
für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Strafrecht, Tauberbischofsheim | **Dr. Meike
Kuckuk**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Stuttgart | **Dr. Hans-
Jochem Mayer**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für
Verwaltungsrecht, Bühl | **Wilhelm Mestwerdt**, Präsident des Landesarbeitsge-
richts Niedersachsen | **Prof. Dr. Stefan Nägele**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Stuttgart | **Dr. Anja Nägele-Berkner**, Richterin am Arbeitsgericht
Heilbronn | **Dr. Stephan Osnabrügge**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
und Fachanwalt für Sportrecht, Bonn | **Gerhard Pfeiffer**, Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Stuttgart | **Bernd Spengler**,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Würzburg | **Claudia Wemheuer**,
Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt | **Ralf Zimmermann**, Richter am
Bundesarbeitsgericht, Erfurt



Nomos

Hinweis zur Onlinenutzung: Das Zugangsrecht zu diesem Werk ist eine zeitlich begrenzte Serviceleistung des Verlages, die automatisch mit Erscheinen der nächsten Auflage endet.

Zitiervorschlag: HaKo-KSchR/Gallner KSchG § 4 Rn. 99

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6615-4

7. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 7. Auflage

Der Handkommentar zum Kündigungsrecht geht in die nächste Runde. Er hat seinen Platz bei den Rechtsanwendern und in der Wissenschaft gefunden und hilft allen Beteiligten, einen schnellen Zugang zu den jeweiligen rechtlichen Fragestellungen zu finden.

Herausgeber und Autoren haben sich erneut der Herausforderung gestellt, die dynamische Rechtsentwicklung im Rahmen der Neuauflage nachzuvollziehen und den Rechtsanwendern ein topaktuelles Werk zur Verfügung zu stellen. Die aktuellen Entwicklungen der Rechtsprechung, u.a. des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts zum Sachverhalts- und Beweisverwertungsverbot, des Sechsten Senats zum Kündigungsschutz bei Massenentlassungen und des Siebten Senats zur Befristung von Arbeitsverhältnissen mit rentennahen Arbeitnehmer/innen, werden eingehend aufgearbeitet und ihre praktischen Auswirkungen analysiert.

Der bewährte Kreis der Autoren und Autorinnen aus der Voraufgabe stand auch für die 7. Auflage dieses Kommentars wieder zur Verfügung.

Mit einem Kommentar verhält es sich wie mit der Rechtsprechung. Konstruktive Kritik erhöht die Qualität. In diesem Sinne bitten die Autoren die Leserschaft um Anregungen und Hinweise.

Herausgeber und Verlag

Vorwort zur 1. Auflage

Das Kündigungsschutzgesetz war und ist Schauplatz interessengeprägter Auseinandersetzungen, die sich gerade in jüngster Vergangenheit in einem hektischen Gesetzesaktionismus ausdrückten und sich deshalb auch in der Kommentarliteratur widerspiegelten.

Der vorliegende Handkommentar – HaKo – will diese Nachteile durch eine interessenneutrale Darstellung auf dem neuesten Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung vermeiden. Er ist aus der Gerichtspraxis geschrieben, legt den Schwerpunkt auf die praxisrelevanten Probleme und möchte sie dem Benutzer durch eine straffe Systematisierung unter besonderer Berücksichtigung von Beweislastfragen näherbringen.

Dabei sind alle Gesetzesnovellen wie das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, das Entlassungsentschädigungs-Änderungsgesetz bzw. Steuerentlastungsgesetz vom 24.03.1999, das Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz vom 30.03.2000 sowie die aktuellen Durchführungsanweisungen der Bundesanstalt für Arbeit berücksichtigt. Für Altfälle ist zudem die bisherige Rechtslage des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 25.09.1996 erläutert. Die neue Konzeption und die Perspektive, daß der augenblickliche Gesetzesstand mit dem Jahr 2000 eine rechtssichere Bilanz des Kündigungsschutzgesetzes zuläßt, rechtfertigen einen weiteren, aber etwas moderneren Kommentar. Wir hoffen, daß die Leser diese Prognose teilen werden und sind für Anregungen oder Kritik dankbar.

Autoren und Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 7. Auflage	5
Vorwort zur 1. Auflage	6
Bearbeiterverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	21

Kündigungsschutzgesetz

§ 1	Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	57
§ 1 a	Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	525
§ 2	Änderungskündigung	541
§ 3	Kündigungseinspruch	600
§ 4	Anrufung des Arbeitsgerichtes	609
§ 5	Zulassung verspäteter Klagen	767
§ 6	Verlängerte Anrufungsfrist	816
§ 7	Wirksamwerden der Kündigung	844
§ 8	Wiederherstellung der früheren Arbeitsbedingungen	852
§ 9	Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts; Abfindung des Arbeitnehmers	856
§ 10	Höhe der Abfindung	898
§ 11	Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst	934
§ 12	Neues Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses	959
§ 13	Außerordentliche, sittenwidrige und sonstige Kündigungen	971
§ 14	Angestellte in leitender Stellung	1028
§ 15	Unzulässigkeit der Kündigung	1050
§ 16	Neues Arbeitsverhältnis; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses	1116
§ 17	Anzeigepflicht	1117
§ 18	Entlassungssperre	1154
§ 19	Zulässigkeit von Kurzarbeit	1165
§ 20	Entscheidungen der Agentur für Arbeit	1177
§ 21	Entscheidungen der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit	1185
§ 22	Ausnahmebetriebe	1188
§ 22 a	(aufgehoben)	1191
§ 23	Geltungsbereich	1192
§ 24	Anwendung des Gesetzes auf Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs	1229
§ 25	Kündigung in Arbeitskämpfen	1240
§ 25 a	Berlin-Klausel	1243

§ 26	Inkrafttreten	1244
------	---------------------	------

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

§ 2 Abs. 4	Anwendungsbereich	1245
------------	-------------------------	------

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 613 a	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang	1253
§ 615	Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko	1325
§ 620	Beendigung des Dienstverhältnisses	1326
§ 621	Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen	1329
§ 622	Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen	1331
§ 623	Schriftform der Kündigung	1357
§ 624	Kündigungsfrist bei Verträgen über mehr als fünf Jahre	1374
§ 625	Stillschweigende Verlängerung	1378
§ 626	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	1385

Umwandlungsgesetz (UmwG)

§ 126	Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags	1515
§ 322	Gemeinsamer Betrieb	1516
§ 323	Kündigungsrechtliche Stellung	1519
§ 324	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang	1527

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

§ 102	Mitbestimmung bei Kündigungen	1529
§ 103	Außerordentliche Kündigung und Versetzung in besonderen Fällen	1650

Bundespersönalvertretungsgesetz (BPersVG)

§ 72	Konsultationspflicht	1697
§ 79	Mitwirkung des Personalrats bei Kündigungen	1698
§ 108	Kündigungsschutz	1699

Mutterschutzgesetz (MuSchG)

§ 17	Kündigungsverbot	1711
------	------------------------	------

Pflegezeitgesetz (PflegeZG)

§ 5	Kündigungsschutz	1737
-----	------------------------	------

Bundeselternge- und Elternzeitgesetz (BEEG)

§ 18	Kündigungsschutz	1764
------	------------------------	------

Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen

§ 168	Erfordernis der Zustimmung	1785
§ 169	Kündigungsfrist	1785
§ 170	Antragsverfahren	1785
§ 171	Entscheidung des Integrationsamtes	1785
§ 172	Einschränkungen der Ermessensentscheidung	1786
§ 173	Ausnahmen	1787
§ 174	Außerordentliche Kündigung	1787
§ 175	Erweiterter Beendigungsschutz	1788
§ 178	Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung	1788

Berufsbildungsgesetz (BBiG)

§ 22	Kündigung	1824
------	-----------------	------

Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)

§ 58	Benachteiligungsverbot, Kündigungsschutz	1834
------	--	------

Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)

§ 14	Zulässigkeit der Befristung	1837
§ 15	Ende des befristeten Arbeitsvertrages	1931
§ 16	Folgen unwirksamer Befristung	1946
§ 17	Anrufung des Arbeitsgerichts	1948
§ 18	Information über unbefristete Arbeitsplätze	1960
§ 19	Aus- und Weiterbildung	1961
§ 20	Information der Arbeitnehmervertretung	1962
§ 21	Auflösend bedingte Arbeitsverträge	1963
§ 22	Abweichende Vereinbarungen	1974
§ 23	Besondere gesetzliche Regelungen	1976

Literaturverzeichnis	1977
----------------------------	------

Stichwortverzeichnis	1981
----------------------------	------

Bearbeiterverzeichnis

- Dr. Annett Böhm*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Bad Schwartau/Lübeck (§ 17 MuSchG; § 5 PflegeZG; § 18 BEEG)
- Dr. Frauke Denecke*, Rechtsanwältin und Mediatorin, ehemals Richterin
am Arbeitsgericht Frankfurt a.M. (§ 1 Teil E KSchG)
- Burkhard Fabritius*, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Hamburg (§§ 126, 322, 323, 324 UmwG)
- Inken Gallner*, Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt, Mi-
nisterialdirektorin a. D. (§§ 3–7 KSchG)
- Jan Gieseler*, Rechtsanwalt und Mediator, Fachanwalt für Arbeitsrecht und
Fachanwalt für Strafrecht, Tauberbischofsheim
(§§ 9, 10, 13 KSchG; § 626 BGB)
- Dr. Meike Kuckuk*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Stutt-
gart (§ 22 BBiG; § 58 BImSchG)
- Dr. Hans-Jochem Mayer*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Bühl (§ 1 Teil A und B KSchG)
- Wilhelm Mestwerdt*, Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen
(Einleitung; § 620 BGB; §§ 14–23 TzBfG)
- Prof. Dr. Stefan Nägele*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Stuttgart
(§ 1 a KSchG; § 2 Abs. 4 AGG; § 102 BetrVG; §§ 72, 79, 108 BPersVG)
- Dr. Anja Nägele-Berkner*, Richterin am Arbeitsgericht Heilbronn
(§§ 11, 12, 15, 16 KSchG; § 103 BetrVG)
- Dr. Stephan Osnabrigge*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und
Fachanwalt für Sportrecht, Bonn (§§ 168–175, 178 Abs. 2 SGB IX)
- Gerhard Pfeiffer*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Baden-
Württemberg (§§ 1 Teil C und G, 2, 8, 14, 17–26 KSchG)
- Bernd Spengler*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Würzburg
(§§ 621–625 BGB)
- Claudia Wemheuer*, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt
(§ 613 a BGB)
- Ralf Zimmermann*, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt
(§ 1 Teil D und F KSchG)

den aus einem unzumutbar gewordenen vertraglichen Zustand zu lösen, hat der Arbeitgeber in erster Linie diese zu beachten.³²² Handelt es sich bei dem tariflichen oder einzelvertraglichen Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen um die **Gegenleistung** des Arbeitgebers für einen Verzicht auf bestimmte Rechtsansprüche durch die Arbeitnehmer, ist es dem Arbeitgeber rechtlich zwar nicht verwehrt, zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für geschützte Arbeitnehmer führende Organisationsentscheidungen zu treffen. Die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer bis zum zeitlich vorgesehenen Ende des Kündigungsausschlusses wird ihm dann aber nur im Extremfall unzumutbar sein.³²³ **Das Fehlen jeglicher anderweitiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten gehört bei einer außerordentlichen betrieblichen Kündigung schon zum wichtigen Grund iSv § 626 BGB und ist deshalb vom Arbeitgeber darzulegen.** Es genügt nicht, dass der Arbeitgeber wie bei der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung zunächst nur darlegt, die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls seines Arbeitsplatzes nicht mehr möglich, und dann die Darlegung des Arbeitnehmers abwartet, wie er sich seine Weiterbeschäftigung an anderer Stelle in Betrieb oder Unternehmen vorstellt.³²⁴

c) **Zweiwochenfrist, § 626 Abs. 2 BGB.** Für sie gelten Besonderheiten: Sie **beginnt nicht bereits mit dem Zeitpunkt, in dem die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich erstmals entfällt** (und erst recht nicht mit der unternehmerischen Entscheidung). Sonst entstünde ebenfalls ein Wertungswiderspruch, weil der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis des tariflich oder einzelvertraglich besonders geschützten Arbeitnehmers früher kündigen müsste als die Arbeitsverhältnisse der ordentlich kündbaren Arbeitnehmer.³²⁵ Das BAG geht von folgenden Grundsätzen aus: Würde der Arbeitgeber, weil er die zweiwöchige Frist nach Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit **versäumt hat**, gezwungen, jahrelang ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis fortzuführen, wäre das unzumutbar und verletzte ihn in seinen von der Verfassung geschützten Rechten. Je länger der Zustand andauert, währenddessen der Arbeitgeber zu Vergütungszahlungen verpflichtet bliebe, ohne den Arbeitnehmer einsetzen zu können, desto weniger zumutbar würde die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Es ist deshalb wie bei einer auf dauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers gestützten personenbedingten Kündigung von einem **Dauertatbestand** auszugehen.³²⁶ Die Zweiwochenfrist gilt zwar dem Grunde nach auch in diesem Fall, sie verstreicht aber nicht zwei Wochen nach dem Zeitpunkt, in dem die Beschäftigungsmöglichkeit erstmals entfällt. Der Kündigungsgrund aktualisiert sich nur stetig durch die Fortführung des sinnentleerten Arbeitsverhältnisses. Faktisch ist in solchen Fällen für die Anwendung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB kein Raum.³²⁷

757

322 BAG 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139.

323 BAG 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139.

324 BAG 18.6.2015 – 2 AZR 480/14, NZA 2015, 1315; 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139; 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730.

325 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143 II 4 a und c.

326 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143 II 4 c und d.

327 BAG 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139; 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730; 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143.

4. Rechtsfolge

- 758 Um einen Wertungswiderspruch zu vermeiden, ist dem ordentlich Unkündbaren eine **Auslauffrist** einzuräumen, die der fiktiven Kündigungsfrist entspricht.³²⁸ Der Arbeitnehmer mit besonderem tariflichem oder individualvertraglichem Kündigungsschutz darf durch eine fristlose Kündigung nicht schlechter gestellt werden als ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund desselben Kündigungsgrundes – zB einer Betriebsstilllegung – nur ordentlich gekündigt werden kann. Die Auslauffrist ist kein besonderes soziales Entgegenkommen des Arbeitgebers,³²⁹ sie betrifft nur die Rechtsfolge und darf nicht mit der Zumutbarkeitsprüfung innerhalb der Interessenabwägung verwechselt werden, die der Tatbestandsseite angehört³³⁰ (dazu iR der personenbedingten Kündigung → Rn. 493 ff.). Auch bei der **Beendigungskündigung des Arbeitsverhältnisses eines ordentlich Unkündbaren muss deshalb die fiktive Frist für die ausgeschlossene ordentliche Kündigung gewahrt werden**. Auf die Rspr. des BAG zu einer Änderungskündigung im Rahmen von § 15 KSchG kann insoweit nur begrenzt zurückgegriffen werden.³³¹ Zum einen unterscheiden sich die Sachverhalte. In der Entscheidung des BAG vom 5.2.1998³³² war dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG Rechnung getragen, weil der Fortbestand und die Stetigkeit der jeweiligen Arbeitnehmervertretung bei einer bloßen Änderungskündigung gesichert waren. Da es nicht um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern nur um seine inhaltliche Umgestaltung ging, relativierte sich die dennoch anzustellende Zumutbarkeitsprüfung. Zum anderen soll die Rechtsfolge der einzuhaltenden Auslauffrist nur die Schlechterstellung des ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers abwenden. Auf der Tatbestandsseite ist das Kriterium der fiktiven Kündigungsfrist dagegen nicht als Prüfungsmaßstab geeignet, weil die ordentliche Kündigung für den Arbeitgeber gerade ausgeschlossen ist. Auf der Rechtsfolgeseite ist dem Arbeitgeber dagegen abzuverlangen, das Arbeitsverhältnis während der fiktiven Kündigungsfrist fortzuführen. Während dieser Zeitspanne bleibt er auch an die ordentlich kündbaren Arbeitsverhältnisse gebunden. Der Arbeitsplatz des ordentlich Unkündbaren soll ihm nur nicht aufgrund seines Altersschutzes früher verloren gehen.³³³

VI. Einzelfälle

- 759 Die folgenden Fallgruppen sollen dazu beitragen, den unbestimmten Rechtsbegriff des dringenden betrieblichen Erfordernisses zu systematisieren. Die Übersicht darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Umstände des Einzelfalls maßgeblich sind.

328 BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730; 21.6.2012 – 2 AZR 343/11, NZA 2013, 224 mwN.

329 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143 II 3 c.

330 Dies entspricht der von KR/Fischermeier § 626 BGB in Rn. 321 ff. entwickelten Lösung.

331 Zu der besonderen Konstellation einer sog. Massenänderungskündigung und der uneingeschränkten Geltung des § 15 KSchG auch in einem solchen Fall BAG 7.10.2004 – 2 AZR 81/04, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 56 II 2–7.

332 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143.

333 Vgl. hierzu auch BAG 21.6.2012 – 2 AZR 343/11, NZA 2013, 224.

1. Abkehrwille

Die Notwendigkeit, für einen Arbeitnehmer, der sich ernsthaft aus dem Arbeitsverhältnis lösen will, einen sonst schwer zu findenden Nachfolger einstellen zu müssen, soll nach einer älteren Rspr. ein dringendes betriebliches Erfordernis begründen können.³³⁴ Da in einem solchen Fall die Beschäftigungsmenge unverändert bleibt und sich die unternehmerische Entscheidung in einem Austausch eines (wechselwilligen) Arbeitnehmers gegen einen neuen Arbeitnehmer erschöpft, kann ein dringendes betriebliches Erfordernis in diesem Fall nicht bestehen. Dem steht auch der Schutz der Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG entgegen.

2. Arbeitsmangel

Arbeitsmangel kann sowohl auf einer von außerbetrieblichen Umständen abhängigen gebundenen Unternehmerentscheidung beruhen als auch auf einer ungebundenen Organisationsentschließung. Bei einer autonomen Organisationsentscheidung ist Arbeitsmangel ein innerbetrieblicher Grund.

Als außerbetriebliche Faktoren sind zB **Absatzschwierigkeiten oder Rohstoffknappheit** denkbar. Diese Faktoren sind dann kündigungsrelevant, wenn sie zu einer Verringerung des Arbeitsvolumens im Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist führen (wegen der notwendigen Konkretisierung [„Quantifizierung“] → Rn. 764). **Technische oder organisatorische Rationalisierungsmaßnahmen** können einen innerbetrieblichen Umstand begründen, wenn sie ein verringertes Arbeitsvolumen zur Folge haben.

Die auf Arbeitsmangel gestützte Kündigung ist nur dann grds. betriebsbedingt, wenn die außerbetrieblichen Ursachen oder innerbetrieblichen Maßnahmen **greifbare Formen** angenommen haben. Nach einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung muss deshalb davon auszugehen sein, dass für die Beschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer bei Ablauf der Kündigungsfrist kein Bedarf mehr bestehen wird (→ Rn. 683).

Solange die Arbeit – bspw. durch Abbau von Überstunden – gestreckt werden kann, besteht gegenüber der Kündigung ein **milderes Mittel**. Das betriebliche Erfordernis ist nicht dringlich (→ Rn. 689), wenn durch die Arbeitsstreckung der Inhalt der **Unternehmerentscheidung** unberührt bleibt (zum Problem der Arbeitsverdichtung → Rn. 675). Eine auf Dauer ausgegerichtete Arbeitszeitverkürzung der übrigen Arbeitnehmer ist dagegen keine aus Verhältnismäßigkeitsgründen gebotene Arbeitsstreckungsmaßnahme.³³⁵ Eine solche Verkürzung zu unterlassen, ist Gegenstand freier unternehmerischer Entschließung, zumal sie nur durch Änderung der Arbeitsverträge der übrigen Arbeitnehmer zu erreichen ist.

3. Auftrags- und Umsatzrückgang

Bestimmte wirtschaftliche Entwicklungen (Auftrags-, Produktions- oder Umsatzrückgang etc) können einen außerbetrieblichen Umstand darstellen, der eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen kann, wenn da-

334 BAG 22.10.1964 – 2 AZR 515/63, EzA KSchG § 1 Nr. 2.

335 LAG Hamm 15.12.1982 – 12 Sa 1993/82, BB 1983, 253.

Antrag des Arbeitgebers auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses **keiner Begründung**. Im Gegensatz dazu muss bei einem normalen Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber Gründe darlegen und ggf. beweisen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Bei einem leitenden Angestellten ist der Arbeitgeber befreit. Die sachliche Rechtfertigung für die vereinfachte Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses ist darin zu sehen, dass zwischen dem Arbeitgeber und dem leitenden Angestellten ein besonderes Vertrauensverhältnis **fortgesetzt** bestehen muss. Ob der Arbeitgeber trotz der Sozialwidrigkeit der Kündigung noch das erforderliche Vertrauen zu dem leitenden Angestellten hat, soll er nach Ansicht des Gesetzgebers selbst entscheiden können.¹⁵¹ Daraus folgt, dass das Arbeitsgericht nach der Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers auch dann zu entsprechen hat, wenn nach seiner Überzeugung keine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien vorliegt.¹⁵² Die Modifizierung verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG,¹⁵³ weil der ihr zugrunde liegende Normzweck sachlich nachvollziehbar ist.

Demgegenüber bedarf der Auflösungsantrag des leitenden Angestellten der Begründung nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG.¹⁵⁴ 28

Aus der nicht modifizierten Geltung des § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG ergibt sich, dass das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis nur gegen die Zahlung einer angemessenen Abfindung auflösen darf. 29

Die Festsetzung der Höhe der Abfindung richtet sich nach den zu § 10 KSchG entwickelten Grundsätzen. Um den Interessen beider Seiten bei der Bestimmung der Höhe der Abfindung angemessen Rechnung tragen zu können, erscheint es von Vorteil, dass der Arbeitgeber, obgleich er hierzu nicht verpflichtet ist, vorhandene Auflösungsgründe darlegt. Andernfalls läuft er Gefahr, dass das Arbeitsgericht auf die Höchstgrenze des § 10 KSchG erkennt.¹⁵⁵ Dem steht jedoch entgegen, dass das Gericht eine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Da der Grundsatz der Angemessenheit der Abfindung auch hier uneingeschränkte Anwendung findet, sind für die Bemessung der Höhe der Abfindung neben den Kündigungsgründen, dem Maß der Sozialwidrigkeit insbes. auch die prognostizierten Auswirkungen des Verlustes des Arbeitsplatzes für den leitenden Angestellten von Bedeutung.¹⁵⁶ Die zu treffende Ermessensentscheidung hat auch zu berücksichtigen, ob die vom Arbeitgeber vorgetragene Auflösungsgründe, ohne dass hierfür eine Obliegenheit bestünde, dem leitenden Angestellten zuzurechnen sind.¹⁵⁷ 30

151 LKB/Bayreuther § 14 Rn. 30; LSSW/Wertheimer § 14 Rn. 45.

152 KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 45.

153 KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 49; abw. Wagner BB 1975, 1401.

154 BTM/Backmeister § 14 Rn. 21; Dornbusch/Wolff-Reichel § 14 Rn. 70; KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 49.

155 LKB/Bayreuther § 14 Rn. 32; dagegen KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 52.

156 KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 41.

157 HK-KSchG/Dorndorf § 14 Rn. 33; KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 52; LSSW/Wertheimer § 14 Rn. 44.

Rn. 1).⁷² Nach § 23 Abs. 2 S. 2 KSchG galten die §§ 17–22 KSchG **nicht für Seeschiffe und ihre Besatzung**.⁷³ Nachdem § 23 Abs. 2 S. 2 KSchG durch Art. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Leistungen bei Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und zur Änderung anderer Gesetze vom 17.7.2017 aufgehoben wurde, findet das **Recht der Massenentlassung** auf den Bereich der **Seeschifffahrt** mit Wirkung ab 10.10.2017 (vgl. Art. 8 Nr. 2 des Gesetzes) insgesamt Anwendung. Hintergrund war die mit der Seearbeitsrichtlinie 2015/1794⁷⁴ vom 6.10.2015 eingefügte Geltung der Anwendung der MERL⁷⁵ auch für Besatzungen von Seeschiffen. Im Übrigen gilt der Dritte Abschnitt des Gesetzes über die Massenentlassungen auch für die Besatzungen der Binnenschiffe und der Luftfahrzeuge. Betriebe der **öffentlichen Hand** sind dem Anwendungsbereich der § 17 ff. KSchG nur dann unterstellt, wenn sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, also Aufgaben wahrnehmen, die an sich auch von einer Privatperson durchgeführt werden könnten, § 23 Abs. 2 S. 1 KSchG (→ § 23 Rn. 44).⁷⁶

- 22 **b) Persönlicher Geltungsbereich.** Der Anwendungsbereich der §§ 17 ff. KSchG erfasst grds. alle Beschäftigten der betroffenen Betriebe mit Arbeitnehmerstatus.⁷⁷ Dazu zählen auch beurlaubte oder in Kurzarbeit stehende Arbeitnehmer und ruhende Arbeitsverhältnisse.⁷⁸ Wie auch in anderen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen bestimmt sich der Arbeitnehmerstatus nach den von Rspr. und Lehre entwickelten Kriterien, die nunmehr Gesetz geworden sind, § 611 a Abs. 1 BGB (→ § 1 Rn. 24 ff.; → § 23 Rn. 23).⁷⁹ Eine Richtlinienkonformität des Arbeitnehmerbegriffs gilt es dabei aber zu beachten.⁸⁰ Bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs gehen die unionsrechtlichen Vorgaben gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a MERL den nationalen Merkmalen vor. Danach ist eine weite Auslegung geboten⁸¹ und Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der RL 98/59 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung oder Praxis entgegensteht, die bei der Berechnung der in dieser Vorschrift genannten Zahl von Arbeitnehmern ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lässt, das seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält und selbst keine Anteile an dieser Gesellschaft besitzt

72 DDZ/Callsen § 17 Rn. 10; KR/Weigand § 17 Rn. 40; *Opolony* NZA 1999, 791 (793); aA zB LKB/Bayreuther § 17 Rn. 11.

73 KR/Weigand § 17 Rn. 42.

74 ABL 2015 L 263, 1.

75 RL 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABL 1998 L 225, 16–21) idF der Änderung der RL durch die RL 2015/1794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.2015 (ABL 2015 L 263, 1).

76 KR/Weigand § 17 Rn. 41.

77 KR/Weigand § 17 Rn. 46.

78 LKB/Bayreuther § 17 Rn. 23.

79 ErfK/Kiel § 17 Rn. 11.

80 EuGH 18.1.2007 – C-385/05, AP RL 98/59/EG Nr. 1; ErfK/Kiel § 17 Rn. 11.

81 EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861; EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319.

(Fremdgeschäftsführer).⁸² Entsprechendes gilt auch für die als Arbeitnehmer tätigen **Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte**, soweit diese zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, iSd § 17 Abs. 5 Nr. 3. Nach den Entscheidungen des EuGH vom 11.11.2010⁸³ und vom 9.7.2015⁸⁴ verstößt die Bestimmung des § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG erst recht gegen die Massenentlassungs-RL⁸⁵ 98/59/EG.⁸⁶ Da § 17 KSchG der Umsetzung dieser RL dient,⁸⁷ ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zu Grunde zu legen, so dass § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG entsprechend der vorliegend gegebenen Möglichkeit⁸⁸ unionskonform auszulegen ist.⁸⁹

Arbeitnehmer iSd § 17 KSchG sind auch die zu ihrer **Berufsbildung Beschäftigten** (Auszubildende, Umschüler, Volontäre, Praktikanten, soweit es sich nicht um ein schulisch bedingtes Praktikum handelt).⁹⁰ Dies ergibt sich auch mittelbar aus § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG (vgl. zum Merkmal der zur Berufsbildung Beschäftigten → § 23 Rn. 21). **Mitarbeitende Familienangehörige** sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie aufgrund eines Arbeitsvertrags mitarbeiten.⁹¹

Die Geltung der §§ 17 ff. KSchG ist unabhängig vom Lebensalter, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und des Umfangs des vereinbarten Arbeitsvolumens. Von daher sind auch noch nicht sechs Monate beschäftigte Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Für den Anwendungsbereich der §§ 17 ff. KSchG ist nämlich nicht allein der Individualschutz, sondern der arbeitsmarktpolitische Zweck maßgebend. Die Herausnahme gilt nur für § 1 KSchG, nicht jedoch für das Recht der Massenentlassung.⁹² Aus der arbeitsmarktpolitischen Zwecksetzung dieser Vorschriften ergibt sich auch, dass **teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer** ohne Rücksicht auf ihr geschuldetes Arbeitsvolumen mitzuzählen sind. **Befristet** beschäftigte Arbeitnehmer sind bei der Betriebsgröße insoweit zu berücksichtigen, als sie einen regelmäßigen Beschäftigungsbedarf abbilden.⁹³ Davon zu trennen ist die Frage, ob die Befristung unter den Entlassungsbegriff fällt.

23

82 EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861.

83 C-232/09 *Danosa*, AP EWG-RL Nr. 92/85 Nr. 13.

84 C-229/14 *Balkaya*, AP RL 98/59/EG Nr. 6.

85 ABl. 1998 L 225, 16–21.

86 APS/Moll KSchG § 17 Rn. 15; ErfK/Kiel KSchG § 17 Rn. 7; KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 57; LSSW/Wertheimer § 17 Rn. 26; *Spelge* NZA-Beil. 2017, 108 (111).

87 BT-Drs. 8/1041, 4.

88 Verneinend APS/Moll § 17 Rn. 15 mwN; wie hier KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 57 mwN; KR/Weigand § 17 Rn. 49; LKB/Bayreuther § 17 Rn. 27.

89 ErfK/Kiel KSchG § 17 Rn. 7; KR/Weigand § 17 Rn. 49; KR/Rost/Kreutzberg-Kowalczyk § 14 Rn. 57; LKB/Bayreuther § 17 Rn. 27.

90 KR/Weigand § 17 Rn. 47; LSSW/Wertheimer § 17 Rn. 23.

91 DFL/Leschmig § 17 Rn. 8; KR/Weigand § 17 Rn. 47; diff. BTM/Backmeister § 17 Rn. 8.

92 BAG 13.4.2000 – 2 AZR 215/99, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969; LKB/Bayreuther § 17 Rn. 23.

93 EuGH 11.11.2015 – C-422/14, AP Nr. 7 zu RL 98/59/EG; BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, AP Nr. 15 zu § 9 BetrVG 1972; LKB/Bayreuther § 17 Rn. 24; LSSW/Wertheimer § 17 Rn. 25.

von Kurzarbeit nicht nur dem begünstigten Arbeitgeber, sondern als belastender Verwaltungsakt auch den betroffenen Arbeitnehmern in geeigneter Form bekannt zu geben.³⁴ Unterbleibt Letzteres erwachsen den Arbeitnehmer insoweit keine Rechtsnachteile, als eventuelle Rechtsmittelfristen mangels entsprechender Bekanntmachung nicht anlaufen. Die Wirksamkeit der Entscheidung kann nicht durch das Arbeitsgericht, sondern nur im **sozialgerichtlichen Verfahren** geprüft werden.³⁵ Hierfür steht dem Arbeitgeber ein Klagerecht zu.³⁶ Umstritten ist, ob der Arbeitnehmer klagebefugt ist.³⁷ Der Arbeitnehmer ist zum einen nicht Adressat der Entscheidung und zum anderen ergibt sich aus der Doppelwirkung des Verwaltungsakts lediglich eine mittelbare Auswirkung, da sich der Verwaltungsakt erst belastend für den Arbeitnehmer darstellt, wenn der Arbeitgeber sich entschließt, von der Zulassungsentscheidung Gebrauch zu machen.³⁸ Dem Arbeitnehmer bleibt es unbenommen, beim Arbeitsgericht klageweise eine ungekürzte Entgeltzahlung geltend zu machen.³⁹ Die ein Klagerecht der Arbeitnehmer bejahende Auffassung⁴⁰ verkennt dies. Dagegen findet eine unmittelbare Nachprüfung der Zulassung der Kurzarbeit durch das **Arbeitsgericht** nicht statt.⁴¹ Das Arbeitsgericht ist an die Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit gebunden, solange sie nicht nichtig oder von einem Sozialgericht aufgehoben worden ist.⁴² Die Zulassung der Kurzarbeit wird lediglich **inzident zB** im Rahmen einer Klage auf ungekürzte Entgeltzahlung daraufhin überprüft, ob der Tatbestand des § 19 KSchG insoweit erfüllt ist, als überhaupt eine positive Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit über die Zulassung von Kurzarbeit vorliegt und ob die Bundesagentur für Arbeit zu Recht die Voraussetzungen einer anzeigepflichtigen Entlassung als gegeben angesehen hat;⁴³ eine Ermessensüberprüfung findet mithin nicht statt.⁴⁴

Im Rahmen seiner nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Entscheidung steht es der Bundesagentur für Arbeit frei, **inwieweit** es die Kurzarbeit zulassen will. Ihre Entscheidung betrifft das „Ob“ und „Wie“ der Zulassung.⁴⁵ In zeitlicher Hinsicht darf die Zulassung der Kurzarbeit jedoch

4

34 BTM/Backmeister § 19 Rn. 5; KR/Weigand § 19 Rn. 15.

35 APS/Moll § 19 Rn. 41; HK-KSchG/Hauck § 19 Rn. 12; ErfK/Kiel § 19 Rn. 2; DDZ/Callsen § 19 Rn. 7; KR/Weigand § 19 Rn. 16.

36 APS/Moll § 19 Rn. 41; DDZ/Callsen § 19 Rn. 7; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 24; KR/Weigand § 19 Rn. 16.

37 Dafür: DDZ/Callsen § 19 Rn. 7; KR/Weigand § 19 Rn. 16; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 21; dagegen: APS/Moll § 19 Rn. 10; ErfK/Kiel § 19 Rn. 3; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 15; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 11.

38 APS/Moll § 19 Rn. 42; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 25; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 11; vgl. auch LKB/Bayreuther § 19 Rn. 21.

39 LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 11.

40 DDZ/Callsen § 19 Rn. 7; KR/Weigand § 19 Rn. 16; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 21; HK-KSchG/Hauck § 19 Rn. 12.

41 ErfK/Kiel § 19 Rn. 2; DDZ/Callsen § 19 Rn. 12; KR/Weigand § 19 Rn. 39; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 22.

42 APS/Moll § 19 Rn. 41; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 24; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 33.

43 APS/Moll § 19 Rn. 41; KR/Weigand § 19 Rn. 38; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 33; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 41.

44 BTM/Backmeister § 19 Rn. 7; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 22; KR/Weigand § 19 Rn. 39.

45 TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 16.

die Dauer der Sperrfrist (einen Monat, bei Verlängerung höchstens zwei Monate) nicht übersteigen. Die Zulassung von Kurzarbeit mit rückwirkender Geltung vor den Zeitpunkt der Antragstellung ist jedoch unzulässig.⁴⁶ Im Übrigen bestehen keine Schranken, so dass die Bundesagentur für Arbeit die Kurzarbeit für die gesamte Belegschaft oder nur eine Betriebsabteilung oder aber nur für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern zulassen kann.⁴⁷ Die Zulassung kann also auch Arbeitnehmer betreffen, die von den Entlassungen überhaupt nicht betroffen sind.⁴⁸ Die Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz gegenüber Betriebsratsmitgliedern, Schwangeren, Schwerbehinderten etc sind nicht zu berücksichtigen, weil von den arbeitsvertraglichen Regelungen nicht durch eine Änderungskündigung abgewichen wird (kein Ausspruch einer Kündigung).⁴⁹ Die Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit kann die Kurzarbeit inhaltlich auch auf eine bestimmte wöchentliche Mindestarbeitszeit beschränken, soweit nicht der einschlägige Tarifvertrag entgegensteht (→ Rn. 8). Die Zulassung der Kurzarbeit braucht auch nicht die gesamte Sperrfrist zu umfassen.⁵⁰ Endet die Sperrfrist, tritt die Zulassung der Kurzarbeit automatisch außer Kraft.⁵¹ Es gelten also wieder die bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen.

3. Bedeutung der Zulassungsentscheidung

- 5 Die Zulassung von Kurzarbeit gibt dem Arbeitgeber das **einseitige Recht zur Einführung der Kurzarbeit**.⁵² Die Zulassungsentscheidung der Bundesagentur für Arbeit enthält also **keinen bindenden Befehl**; die Bundesagentur für Arbeit ordnet nicht Kurzarbeit an, es lässt nur ihre Einführung zu. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, von einer entsprechenden Ermächtigung Gebrauch zu machen (Wahlrecht).⁵³ Dem Arbeitgeber steht es erst recht auch frei, in welchem Umfang er die ihm eingeräumte Ermächtigung nutzen will.⁵⁴ Das schließt das Recht ein, die Kurzarbeit auch später als zugelassen einzuführen. Des Weiteren bleibt dem Arbeitgeber die Gestaltung der gekürzten Arbeitszeit überlassen. Bei einer zulässigen Kürzung auf wöchentlich **zB 25 Stunden** steht es dem Arbeitgeber frei, bei Zugrundelegung einer Fünftagewoche **zB täglich 5 Stunden** arbeiten zu lassen. Bedenkenfrei

46 BTM/Backmeister § 19 Rn. 6; DDZ/Callsen § 19 Rn. 8; ErfK/Kiel § 19 Rn. 3.

47 APS/Moll § 19 Rn. 17; DDZ/Callsen § 19 Rn. 8; ErfK/Kiel § 19 Rn. 3; KR/Weigand § 19 Rn. 18; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 9.

48 ErfK/Kiel § 19 Rn. 2; DDZ/Callsen § 19 Rn. 8; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 16; abw. unter Bezug auf den Wortlaut des § 19 Abs. 1 und den Sinn und Zweck der Entgeltkürzungsvorschrift des § 19 Abs. 2 Hs. 2 LKB/Bayreuther § 19 Rn. 8.

49 APS/Moll § 19 Rn. 28; ErfK/Kiel § 19 Rn. 2; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 17; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 8.

50 KR/Weigand § 19 Rn. 18; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 9.

51 DDZ/Callsen § 19 Rn. 9; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 22; ErfK/Kiel § 19 Rn. 3; KR/Weigand § 19 Rn. 19; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 22; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 18.

52 APS/Moll § 19 Rn. 20; DDZ/Callsen § 19 Rn. 11; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 14; KR/Weigand § 19 Rn. 20; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 12; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 8.

53 BTM/Backmeister § 19 Rn. 14; ErfK/Kiel § 19 Rn. 4; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 12.

54 TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 18; ErfK/Kiel § 19 Rn. 4; KR/Weigand § 19 Rn. 36; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 12.

ist es auch, dass an einzelnen Tagen überhaupt nicht gearbeitet wird.⁵⁵ Der Arbeitgeber muss jedoch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beachten (→ Rn. 7).

Die **Bedeutung** der dem Arbeitgeber durch die Zulassung von Kurzarbeit eingeräumten **Ermächtigung** ist also darin zu sehen, dass sie die arbeitsvertraglichen Hinderungsgründe für die Einführung von Kurzarbeit beseitigt.⁵⁶ Der Arbeitgeber braucht sich nicht der Änderungskündigung bedienen, um im Einzelfall die Arbeitszeiten zu reduzieren.⁵⁷ Die Herabsetzung der Arbeitszeit berechtigt den Arbeitnehmer grds. nicht zur außerordentlichen Kündigung.⁵⁸ Die Reduzierung der Arbeitszeit gilt jedoch längstens bis zum Ablauf der Sperrfrist. Denn danach tritt die Zulassung von Kurzarbeit von selbst außer Kraft, so dass dem Arbeitgeber insoweit auch keine Ermächtigung mehr zusteht, Kurzarbeit einzuführen⁵⁹ (→ Rn. 22). Nach Ablauf der Sperrfrist leben die alten Arbeitsbedingungen automatisch wieder auf.⁶⁰ Die weiter gehende Einführung von Kurzarbeit ist nur noch auf der Grundlage des allgemeinen arbeitsrechtlichen Instrumentariums möglich (Änderungsvertrag, Änderungskündigung, Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).⁶¹

Nach hM hat der Arbeitgeber trotz der Ermächtigung das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu **beachten**, wenn er auf der Grundlage der Ermächtigung Kurzarbeit nach § 19 KSchG einführen will. Dabei bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sowohl auf die Frage der Einführung von Kurzarbeit als solcher („ob“) als auch auf die Modalitäten seiner Durchführung („wie“). Da dem Arbeitgeber durch die Zulassung von Kurzarbeit eine Ermächtigung in Form eines Gestaltungsrechts (gestaltende Willenserklärung) eingeräumt wird, verbleibt ihm weiterhin der für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erforderliche Gestaltungsspielraum. Diesbezüglich kann nicht von einer gesetzlichen Regelung iSd § 87 Abs. 1 1. Hs. BetrVG gesprochen werden.⁶² Letztlich ist es gerechtfertigt, trotz der dann bestehenden Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung von einer teleologischen Reduktion des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats im Anwendungsbeereich des § 19 KSchG abzusehen.⁶³ Für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats spricht weiter, dass die Zulassung von Kurzarbeit durch die Bundesagentur für Arbeit arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten dient, der Betriebsrat hingegen ausschließlich die betrieblichen Interessen zu beachten

55 KR/Weigand § 19 Rn. 37.

56 ErfK/Kiel § 19 Rn. 4; LKB/Bayreuther § 19 Rn. 12.

57 ErfK/Kiel § 19 Rn. 4; DDZ/Callsen § 19 Rn. 11.

58 Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 15; ErfK/Kiel § 19 Rn. 9; KR/Weigand § 19 Rn. 21; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 13; aA BTM/Backmeister § 19 Rn. 9.

59 APS/Moll § 19 Rn. 22; KR/Weigand § 19 Rn. 19.

60 APS/Moll § 19 Rn. 22; BTM/Backmeister § 19 Rn. 6; Dornbusch/Wolff-Heckelmann/Beissel § 19 Rn. 22; KR/Weigand § 19 Rn. 19.

61 APS/Moll § 19 Rn. 22; KR/Weigand § 19 Rn. 19.

62 APS/Moll § 19 Rn. 25; DDZ/Callsen § 19 Rn. 14; ErfK/Kiel § 19 Rn. 5; KR/Weigand § 19 Rn. 31; TRL/Lembke/Oberwinter § 19 Rn. 29.

63 Abw. LKB/Bayreuther § 19 Rn. 13 mwN; LSSW/Wertheimer § 19 Rn. 10.