

frau eigentlich zustehende Ausgleichsansprüche vereitelt werden sollen.

Die Möglichkeiten einer kurzfristigen arbeitsrechtlichen Gestaltung wegen einer drohenden Scheidung sind also minimal und allenfalls bei Gütertrennung sinnvoll.

b) Hinterbliebenenversorgung

aa) Die meisten Versorgungszusagen geben auch eine Hinterbliebenenversorgung vor. Sie erstreckt die dem Arbeitnehmer zugesagten Versorgungsansprüche über dessen Tod hinaus auf die individuell vereinbarten Personen, üblicherweise den in gültiger Ehe lebenden Ehegatten und unterhaltsbedürftige Kinder. Wenn der Arbeitnehmer im Zeitraum zwischen der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses verstirbt, findet ein Versorgungsausgleich nicht statt, sondern es tritt allenfalls die Hinterbliebenenversorgung ein.

bb) Sofern als Begünstigter der Ehepartner genannt wird, ist damit nur der im Todeszeitpunkt aktuelle, nicht der geschiedene Ehepartner gemeint⁵¹. Das bloße Getrenntleben führt hingegen in der Regel nicht zu einem Ausschluss. Es gibt allerdings Versorgungsordnungen, die ausdrücklich Leistungen ausschließen, wenn die Eheleute im Zeitpunkt des Todes getrennt leben (Getrenntlebenklausel)⁵². Derartige Klauseln sind wirksam⁵³. Es besteht aber ein Beweisproblem des Arbeitgebers in den Fällen eines Getrenntlebens im rechtlichen Sinne in der gemeinsamen Ehwohnung. Das Getrenntleben als tatsächlicher Zustand eignet sich nicht zuverlässig als Ausschlusskriterium.

cc) Enthält eine Versorgungszusage keine Getrenntlebenklausel kann ein Arbeitnehmer ein Interesse daran haben, die Versorgungszusage zu ändern und statt des Noch-Ehepartners z. B. einen neuen Lebensgefährten als Begünstigten einzusetzen. Dies ist grundsätzlich zulässig. Einen Anspruch auf die Leistungen der Hinterbliebenenversorgung erwerben die Begünstigten, sofern nichts anderes vereinbart ist, erst mit dem Tod des aktiven Arbeitnehmers bzw. des Betriebsrentners. Bis dahin kann die Benennung des Begünstigten noch geändert werden⁵⁴. Äußerste Grenzen der Gestaltungsfreiheit ergeben sich aus dem Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB⁵⁵.

III. Fazit

Der arbeitsrechtliche Berater sollte die familienrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis oder Aufhebungsverträgen nach einer Ehescheidung im Hinterkopf behalten. Die Möglichkeiten, durch arbeitsrechtliche Gestaltung Ansprüche des Mandanten familienrechtlich zu „optimieren“ sind zwar nicht groß. Im Einzelfall bestehen aber Spielräume, die genutzt werden können. ■

51 BAG (21. 10. 1966), NJW 1967, 173; BGH (29. 1. 1981 – IVa ZR 80/80), BGHZ 79, 295 = NJW 1981, 984; *Blomeyer/Rolfs/Otto* (o. Fußn. 5), Anh. § 1 Rdnr. 199.

52 Vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto* (o. Fußn. 5), Rdnr. 204.

53 BAG (28. 3. 1995), NZA 1995, 1032.

54 *Blomeyer/Rolfs/Otto* (o. Fußn. 5), Rdnr. 188.

55 Vgl. das Ur. des BAG (16. 8. 1983), NJW 1984, 1712, wonach die Begünstigung der neuen Lebensgefährtin an Stelle der ursprünglich begünstigten Ehefrau in Ausnahmefällen sittenwidrig sein kann.

Fachanwalt für Arbeitsrecht Thomas Wahlig, und Rechtsanwältin Dr. Anja Jeschke, Berlin*

Betriebsbedingte Kündigung versus Kurzarbeit

Die Einführung geförderter Kurzarbeit war das prägende Instrument der Unternehmen zur Bekämpfung der durch die Finanz- und Wirtschaftskrise entstandenen Auftragsrückgänge und Arbeitskräfteüberhänge. So gab es noch im ersten Quartal 2010 ca. 850 000 Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld bezogen haben. Große betriebsbedingte Entlassungswellen sind deshalb ausgeblieben. Viele, insbesondere mittelständische Unternehmen müssen inzwischen feststellen, dass die Kosten der Kurzarbeit sie stark belasten und der Rückgang des Auftragsvolumens nachhaltiger ist als befürchtet. Die Unternehmen erwägen deshalb, zum Mittel betriebsbedingter Kündigungen zu greifen. Im nachfolgenden Beitrag soll deshalb das umstrittene Verhältnis von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung eingehend untersucht werden.

I. Einleitung

Auch nach über einem Jahr Wirtschaftskrise zeigt sich der deutsche Arbeitsmarkt verhältnismäßig robust¹. Der alten Bundesregierung ist es gelungen, die Unternehmen vom massiven Abbau von Arbeitsplätzen abzuhalten und die Entwicklung der Arbeitslosigkeit weitgehend zu stabilisieren. Entscheidend hierfür waren zahlreiche Verbesserungen beim Kurzarbeitergeld, die die mit der Einführung von Kurzarbeit verbundenen Einspareffekte deutlich gesteigert und zur Attraktivität der Kurzarbeit beigetragen haben. Die neue Bundesregierung hat beschlossen, diesen Weg fortzusetzen und die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld für bis März 2012 begonnene Kurzarbeit über die gesetzliche Regelfrist von sechs Monaten hinaus auf 18 Monate zu verlängern².

Gleichwohl stellen viele Unternehmen inzwischen nach Einführung der Kurzarbeit ernüchtert fest, dass der krisenbedingte Auftragsrückgang einerseits nachhaltiger ist als erwartet, andererseits Kurzarbeit trotz der gesetzlichen Verbesserungen nach wie vor nicht zum „Nulltarif“ zu haben ist. Vielmehr verbleiben nach Schätzungen des IAB³ – je nach Höhe der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge Restkosten in Höhe von ca. 24% – 35% pro Ausfallstunde. Gerade mittelständische und kleinere Unternehmen können sich daher Kurzarbeit häufig nicht (mehr) leisten. Zunehmend wird daher auch der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen erwogen.

Von gewerkschaftlicher Seite wird dies kritisiert und offensiv die Auffassung vertreten, dass unter Beteiligung der Betriebsräte jede betriebsbedingte Kündigung durch Kurzarbeit abgewendet werden müsse⁴. Zur Durchsetzung dieser Forderung werden Betriebsräte sogar zur Beantragung einstweiliger Verfügungen aufgerufen. Eine ohne Ausschöpfung der Möglich-

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Kanzlei *Pusch Wahlig Legal* in Berlin.

1 Vgl. Spiegel v. 31. 3. 2010, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,686677.html>.

2 Vgl. Handelsblatt v. 18. 4. 2010, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/entlastung-bis-maerz-2012-koalition-verlaengert-kurzarbeit; 2563776>.

3 IAB-Kurzbericht 17/2009, <http://doku.iab.de/kurzber/2009/kb1709.pdf>.

4 Vgl. Musterschriftsatz „Kurzarbeit statt Entlassung: Antrag auf einstweilige Verfügungen gegen Kündigungen“, <http://www.igmetall-unterelbe.de/w2k/file/dcmid/Musterschriftsatz-EV%20gegen%20K%C3%BCndigung.doc>.

keiten der Kurzarbeit ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung sei unwirksam.

Die dabei relevante Frage des Verhältnisses von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung hat das BAG in der Vergangenheit unterschiedlich beurteilt, ohne jedoch eine abschließende Klärung herbeizuführen. Nun hat erstmals wieder ein ArbG Stellung bezogen⁵. In Anlehnung an die frühe Rechtsprechung des BAG hat das ArbG *Dessau-Roßlau* eine betriebsbedingte Kündigung als sozial ungerechtfertigt angesehen, da nur ein vorübergehender Arbeitsrückgang vorgelegen habe und die mögliche Einführung von Kurzarbeit vom Arbeitgeber nicht genutzt worden sei. Die Kündigung sei daher wegen Verstoßes gegen das Ultima-Ratio-Prinzip unwirksam.

II. Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BAG zum Verhältnis von betriebsbedingter Kündigung und Kurzarbeit entwickelte sich über die Jahrzehnte keineswegs homogen. In einem Urteil aus dem Jahre 1964⁶ hatte der für Kündigungen zuständige 2. Senat zunächst entschieden, dass im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung⁷ auch die Möglichkeit, betriebsbedingte Kündigungen durch die Einführung von Kurzarbeit zu vermeiden, berücksichtigt werden müsse. Da allerdings einem Auftragsmangel in der Regel nur durch Entlassungen und nicht durch Kurzarbeit abzuwehren sei, müsse der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, dass ausnahmsweise die Einführung von Kurzarbeit eine mögliche und sinnvolle Alternative gewesen sei. Während der 2. Senat im Urteil vom 7. 2. 1985⁸ stark zweifelnd offen gelassen hat, ob an diesen Grundsätzen weiterhin festgehalten werden könne, vertrat der für betriebsverfassungsrechtliche Fragen zuständige 1. Senat im Jahr darauf unter Inanspruchnahme betriebsverfassungsrechtlicher Gesichtspunkte eine andere Rechtsauffassung. Am 4. 3. 1986 entschied dieser in einem obiter dictum⁹, dass das ArbG nicht zu prüfen habe, „ob eine ausgesprochene Kündigung durch die Anordnung von Kurzarbeit hätte vermieden werden können“. Ob durch die Einführung von Kurzarbeit Entlassungen verhindert werden können, müssten die Betriebspartner gemeinsam entscheiden. Dem Betriebsrat stünde insoweit ein Mitbestimmungsrecht zu, das er nötigenfalls über das Einigungsstellenverfahren erzwingen könne. Der Arbeitgeber könne daher erst Recht nicht auf Kurzarbeit verwiesen werden, wenn schon der Betriebsrat von seinem Initiativrecht nach § 87 I Nr. 3 BetrVG zur Einführung von Kurzarbeit keinen Gebrauch gemacht habe. Diese Rechtsansicht des 1. Senats übernahm der 2. Senat im Urteil vom 11. 9. 1986¹⁰ ohne weitere eigenständige Begründung. In einem Urteil vom 15. 6. 1989¹¹ konstatierte der 2. Senat des BAG, dass der vorliegende Fall keinen Anlass böte, um zu überprüfen, ob ein Arbeitnehmer sich auf die Einführung von Kurzarbeit berufen könne, wenn der Betriebsrat noch damit befasst sei, die Einführung von Kurzarbeit durchzusetzen. Der späteren Entscheidung vom 26. 6. 1997¹² hingegen kann zumindest mittelbar entnommen werden, dass das BAG Kurzarbeit bei vorübergehendem Arbeitsmangel den Vorrang einräumt. Entsprechend heterogen hat sich auch die unterinstanzliche Rechtsprechung zu einem Vorrang der Kurzarbeit bei betriebsbedingten Kündigungen eingelassen¹³.

III. Vorrang der Einführung von Kurzarbeit vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung?

Sowohl die Einführung von Kurzarbeit als der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen dienen der Anpassung des in

einem Betrieb vorhandenen Arbeitskräftevolumens an einen gesunkenen Arbeitskräftebedarf. In der Literatur wird teilweise die Auffassung¹⁴ vertreten, dass es wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen von Kurzarbeit¹⁵ und betriebsbedingter Kündigung praktisch nie oder nur in seltenen Ausnahmefällen zu einem Alternativitätsverhältnis dieser beiden arbeitsrechtlichen Instrumente kommen kann. Unserer Auffassung nach ist diese Aussage zu pauschal und undifferenziert:

1. Alternativität von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung?

a) *Anwendungsbereich der Kurzarbeit.* Die Einführung von Kurzarbeit erfordert zunächst eine arbeitsrechtliche Grundlage, in der Praxis ist dies häufig – auch wegen des bestehenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 3 BetrVG – eine Betriebsvereinbarung. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld richten sich nach den §§ 169 ff. SGB III. Wesentliche Voraussetzung ist das Vorliegen eines nur vorübergehenden Arbeitsmangels (§ 170 I Nr. 2 SGB III). Kurzarbeit kann und soll nur eingesetzt werden, wenn ein Ende des gesunkenen Bedarfs an Arbeitsleistung in Sicht ist, nicht jedoch, wenn der Arbeitsbedarf unabsehbar oder dauerhaft gesunken ist. Aus den maßgeblichen sozialrechtlichen Bestimmungen zum Kurzarbeitergeld (§§ 170 I Nr. 2, 177 I, 182 I Nr. 3 b SGB III), ergibt sich, dass ein Arbeitsmangel im Sinne des Arbeitsförderungsrechts noch vorübergehend ist, wenn innerhalb der maximalen Bezugsfrist von nunmehr 18 Monaten (bei Kurzarbeit vor dem 31. 12. 2009 24 Monate) damit zu rechnen ist, dass wieder zur Vollarbeit übergegangen werden kann¹⁶. Der lange Bezugszeitraum soll Arbeitsplätze auch in Fällen sichern, in denen früher bereits zum Mittel betriebsbedingter Kündigungen gegriffen worden wäre.

b) *Anwendungsbereich der betriebsbedingten Kündigung.* Anders als bei der Gewährung von Kurzarbeitergeld, gibt es für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung keinen fixen Zeitmaßstab für die erforderliche Dauer des Arbeitsausfalls. Notwendig ist grundsätzlich ein dauerhafter Wegfall des Arbeitsplatzes. Dabei kann bereits ein Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für annähernd neun Monate als dauerhaft gelten und eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen¹⁷. In der Rechtsprechung zum Betriebsübergang ist eine Tendenz zu verzeichnen, eine Un-

5 *ArbG Dessau-Roßlau*, (18. 6. 2009), ArbR 2009, 171 = BeckRS 2009, 73232.

6 BAG (25. 6. 1964), BAGE 16, 134 = NJW 1964, 1921 = AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14.

7 Diese umfassende Interessenabwägung hat das BAG inzwischen aufgegeben.

8 BAG (7. 2. 1985), NZA 1986, 260 = NJW 1986, 2336 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 9.

9 BAG (4. 3. 1986), NZA 1986, 432 = NJW 1987, 1844 = DB 1986, 1395 (1398).

10 BAG (11. 9. 1986), BB 1987, 1882 (1883).

11 BAG (15. 6. 1989), NZA 1990, 65 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 45.

12 BAG (26. 6. 1997), NZA 1997, 1286 = NJW 1998, 627 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 86.

13 Vgl. nur *ArbG Mannheim* (9. 12. 1982), BB 1983, 1031; *LAG Düsseldorf* (21. 6. 1983), DB 1984, 565; *LAG Schleswig-Holstein* (29. 9. 1988), NZA 1989, 275; *KreisG Schwerin-Stadt* (24. 10. 1991), AuA 1992, 251.

14 In diese Richtung *MünchArbR/Berkowsky*, 3. Aufl. (2009), § 133 Rdnr. 17; *B. Preis*, NZA 1997, 625 (630).

15 Gemeint ist stets die durch den Bezug von Kurzarbeitergeld geförderte Kurzarbeit.

16 So auch *v. Steinau-Steinrück/Mosch*, NJW-Spezial 2009, 18; ebenso *Cobnen/Röger*, BB 2009, 46.

17 BAG (27. 4. 1995), EzA Nr. 83 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

terbrechung der Betriebstätigkeit von ca. sechs bis neun Monaten als erforderlich für eine Betriebsstilllegung zu erachten¹⁸. Freilich kommt es stets auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an¹⁹.

c) *Zwischenfazit.* Bei Vergleich der Anwendungsbereiche von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung ergibt sich demnach eine zeitliche Schnittmenge: Bei einem zu erwartenden Arbeitsausfall²⁰ zwischen neun und 18 bzw. 24 Monaten kommen beide Instrumente in Betracht. Wird der Bezug von Kurzarbeitergeld ab 2012 wieder auf die Regelfrist von sechs Monaten reduziert, so gibt es keine zeitliche Schnittmenge mehr. Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung schließen einander dann wieder aus.

2. Prognose der Dauerhaftigkeit des Arbeitsausfalls – Reine Unternehmerangelegenheit?

Grundsätzlich obliegt es dem Arbeitgeber, die Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs für seinen Betrieb einzuschätzen. Es ist jedoch umstritten, ob die Einschätzung des Arbeitgebers arbeitsgerichtlich auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft oder nur einer Willkürkontrolle unterzogen werden kann. Nach einer Ansicht soll die Prognose über die Dauer eines Arbeitsmangels als „materiell-rechtliche“ Frage voller gerichtlicher Kontrolle unterliegen²¹. Es sei im Kündigungsschutzrecht allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber im Prozess die Grundlagen seiner Negativprognose umfassend darlegen müsse; für den Fall der Kurzarbeit könne nichts anderes gelten. Der Arbeitgeber habe nachzuweisen, dass der Arbeitsmangel nicht nur vorübergehend bestehe. Nach anderer Auffassung gehört diese Prognose zum Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und darf daher nur einer Missbrauchskontrolle unterzogen werden²².

Eine umfassende gerichtliche Kontrolle ist richtigerweise abzulehnen. Die Prognose des Arbeitsmangels gehört zum Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung, die einer inhaltlichen gerichtlichen Kontrolle entzogen bleiben muss. Es handelt sich bei dieser Prognose um eine wirtschaftliche Beurteilung, die von zahlreichen zum Teil unwägbar und zum Teil unvorhersehbaren Faktoren abhängt. Niemand außer dem Arbeitgeber selbst kann diese wirtschaftliche Beurteilung sachgerecht vornehmen, er kann die Marktsituation, die Stellung seines eigenen Unternehmens im Markt, die Auftragslage und -entwicklung besser als ein Arbeitsrichter beurteilen, der mit der inhaltlichen Überprüfung einer solchen Einschätzung überfordert wäre. Es handelt sich deshalb um eine Entscheidung, die einer Einschätzungsprärogative des Arbeitgebers unterliegen muss²³. Die Gegenauffassung, die die Prognose einer vollen inhaltlichen Kontrolle unterziehen will, greift nach unserer Auffassung in unverhältnismäßiger Weise in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein.

Geht der Arbeitgeber also nach seiner willkürfreien unternehmerischen Einschätzung davon aus, dass der Arbeitsmangel in seinem Betrieb von unabsehbarer Dauer ist, oder zumindest nicht mit einer Rückkehr zur Vollarbeit innerhalb der maximalen Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld zu rechnen ist²⁴, so kann er nicht auf den Einsatz von Kurzarbeit als mildere Alternative zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen verwiesen werden. Geht der Arbeitgeber hingegen selbst davon aus, dass innerhalb der Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld wieder mit einer Steigerung des Arbeitskräftebedarfs zu rechnen ist, so kommt an Stelle betriebsbedingter Kündigungen auch die Einführung von Kurzarbeit als milderes Mittel in Betracht.

3. Einordnung der Abgrenzung in das System des Kündigungsschutzrechts

Jeder betriebsbedingten Kündigung liegt eine unternehmerische Entscheidung zu Grunde. Diese kann als selbstbindende Entscheidung unmittelbar auf außerbetriebliche Umstände gestützt oder als gestaltende Entscheidung aus innerbetrieblichen Gründen getroffen werden. Diese Unterscheidung zwischen außerbetrieblichen und innerbetrieblichen Gründen für eine betriebsbedingte Kündigung ist für das Verhältnis von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung bedeutsam.

a) *Arbeitsfortfall bei gestaltenden Unternehmerentscheidungen.* Die gestaltende Unternehmerentscheidung führt im Regelfall immer zu einem dauerhaften Wegfall von Arbeitsplätzen und damit zu einem Arbeitsmangel, dem nicht mit dem Mittel der Kurzarbeit begegnet werden kann. Restrukturierende unternehmerische Entscheidungen führen unabhängig von den außerbetrieblichen Faktoren, die sie veranlassen haben mögen, zu einer dauerhaften Reduzierung des Beschäftigungsbedarfs²⁵. Entschließt sich ein Arbeitgeber aus Anlass eines nachhaltigen Auftragsrückgangs, einen bestimmten Produktionsbereich seines Betriebs stillzulegen, so führt dies zu einem dauerhaften Wegfall der Arbeitsplätze dieses Bereichs. Kurzarbeit kann hier keine Alternative sein. Könnte ein ArbG dem Arbeitgeber vorhalten, er hätte statt des restrukturierenden Eingriffs in seinen Betrieb zunächst die Möglichkeiten der Kurzarbeit ausschöpfen müssen, so würde es die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers durch eine andere, eigene Entscheidung ersetzen. Dies greift zweifellos in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein und ist daher ausgeschlossen.

b) *Arbeitsfortfall bei selbstbindenden Unternehmerentscheidungen.* Anders ist die Situation bei der Entscheidung zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen auf Grund einer selbstbindenden unternehmerischen Entscheidung. Der Arbeitgeber organisiert und strukturiert hier seinen Betrieb nicht um, sondern nimmt lediglich in dem auf Grund außerbetrieblicher Faktoren erforderlichen Umfang eine Anpassung seines Personalbestands an den gesunkenen Personalbedarf vor. Da dieser Bedarf unmittelbar auf außerbetrieblichen Faktoren, beispielsweise einem wirtschaftskrisenbedingtem *Auftragsrückgang*, beruht, wird der Beschäftigungsbedarf in der Regel nicht dauerhaft sinken. Eine solche Kündigung ist daher auch „anfälliger“ für Einschränkungen

18 Siehe zum vergleichbaren Fall der Unterbrechung der Betriebstätigkeit im Betriebsübergangsrecht HWK/Willemsen, ArbR, 3. Aufl. (2008), § 613 a BGB Rdnr. 182 und Moll, RdA 2003, 129 (132).

19 BAG (21. 6. 2001), NZA 2002, 212; APS/Kiel, KündigungsR, 3. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rdnr. 490.

20 Der sozialrechtliche Begriff des Arbeitsausfalls gem. § 170 SGB III und der für ein dringendes betriebliches Erfordernis erforderliche Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit i. S. des § 1 II KSchG sind nicht identisch. Gleichwohl liegen in den meisten Fallgestaltungen, in denen sich die Arbeitsausfallprognose im Schnittmengenbereich beider Instrumente befindet, sowohl die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld als auch ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. des § 1 II KSchG vor.

21 U. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 405; ErfK/Oetker, 10. Aufl. (2010), § 1 KSchG Rdnr. 288.

22 Löwisch, in: Festschr. zum 70. Geburtstag von Günther Wiese, 1998, S. 256; Stahlhacke, DB 1994, 1361 (1367); APS/Kiel (o. Fußn. 19), § 1 KSchG Rdnr. 573.

23 Ebenso B. Preis, NZA 1997, 625 (630).

24 Angesichts der verlängerten Bezugsfristen für das Kurzarbeitergeld stellt sich durchaus die Frage, ob überhaupt irgendeine seriöse betriebswirtschaftliche Prognose möglich ist.

25 Birk/Burk, BB Special 5 zu H 20, S. 2 ff.; U. Preis, NZA 1995, 241 (247); Bepler, AuR 1999, 219 (223).

durch Alternativmaßnahmen²⁶. Der Arbeitgeber muss hier eine Prognose über die Dauer des Beschäftigungsrückgangs anstellen, die ihn zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen oder der Einführung von Kurzarbeit veranlassen kann. Prognostiziert er einen Beschäftigungsrückgang im Bereich von neun bis 18 (oder 24) Monaten, so kommen beide Alternativen in Betracht.

c) *Zwischenfazit*. Bei gestaltenden unternehmerischen Entscheidungen kann eine darauf beruhende betriebsbedingte Kündigung nicht wegen der Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit unwirksam sein. Bei selbstbindenden unternehmerischen Entscheidungen, bei denen der Arbeitgeber selbst einen Beschäftigungsrückgang prognostiziert, der in dem Schnittmengenbereich liegt, in dem Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung in Betracht kommen, wird die eigentliche Rechtsfrage relevant, ob Kurzarbeit ein milderes Mittel ist, das zur Unwirksamkeit einer gleichwohl ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung führt.

4. Kurzarbeit und Ultima-Ratio-Grundsatz

Ob eine betriebsbedingte Beendigungskündigung als „Ultima-Ratio“ ausgesprochen werden darf oder mildere Mittel vorrangig sind, wird durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Ein Vorrang kommt auch dann nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb rechtlich und tatsächlich überhaupt möglich wäre²⁷. Das unternehmerische Konzept ist insoweit als Ausgangspunkt hinzunehmen²⁸. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist deshalb auf die Prüfung der beiden Stufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit reduziert²⁹; die so genannte Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne spielt bei Kündigungen keine Rolle. Für die Eignung eines Mittels bildet die unternehmerische Entscheidung zur Anpassung des Personalbestands an die im Betrieb vorhandene Arbeitsmenge den Bezugspunkt. Hinter dieser Entscheidung stehen häufig auch Rentabilitätsinteressen des Arbeitgebers³⁰. Diese spielen als mittelbare Interessen des Arbeitgebers für die Eignungsprüfung indes keine Rolle.

a) *Vorrang nur, wenn Kurzarbeit tatsächlich gleich geeignetes Mittel – gerichtliche Überprüfbarkeit?* Unbestritten ist, dass Kurzarbeit im Verhältnis zu einer Beendigungskündigung ein weniger einschneidendes Instrument darstellt. Die Einführung von Kurzarbeit muss aber auch ebenso geeignet sein, die unternehmerische Entscheidung und das hinter dieser Entscheidung stehende betriebliche Interesse zu verwirklichen.

Teilweise³¹ wird vertreten, dass auch die Einschätzung, ob die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb möglich und im Verhältnis zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen gleich geeignet sei, zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gehöre und daher nur auf offenbare Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür zu überprüfen sei.

Nach wohl überwiegender Auffassung im Schrifttum³² ist die Eignung der Kurzarbeit als milderes Mittel hingegen voll gerichtlich überprüfbar. § 1 II KSchG gebe vor, dass der Arbeitgeber darlegen und gegebenenfalls auch beweisen müsse, dass die betrieblichen Erfordernisse durch Kurzarbeit nicht befriedigt werden könnten. Gelänge dies nicht, sei Kurzarbeit als milderes Mittel zu berücksichtigen und die Kündigung mithin unwirksam.

Richtigerweise ist zu differenzieren³³: Soweit es um die Prognose der Dauer des Arbeitsmangels geht, liegt diese – wie dargelegt – im Bereich der nur eingeschränkt kontrollierbaren unternehmerischen Sphäre. Geht der Arbeitgeber aber

selbst von einem nur vorübergehenden Arbeitsmangel aus, dem alternativ zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen auch mit dem Mittel der Kurzarbeit begegnet werden kann, so kann ihm ohne substanziellen Eingriff in seine unternehmerische Freiheit vorgehalten werden, dass Kurzarbeit als milderes Mittel gleich geeignet ist, die von ihm angestrebte vorübergehende Absenkung des Arbeitskräftevolumens zu realisieren. Es liegt in der unternehmerischen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers, durch ein Restrukturierungskonzept für seinen Betrieb, also eine gestaltende Entscheidung, die Möglichkeit von Kurzarbeit als Alternative auszuschließen³⁴.

b) *Berücksichtigung der Kosten der Kurzarbeit bei der Geeignetheitsprüfung*. Sind Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung beide geeignet, die unternehmerische Entscheidung zur vorübergehenden Absenkung des Arbeitsvolumens zu verwirklichen, so ist unter den geeigneten Mitteln das mildere Mittel auszuwählen (Erforderlichkeit). Milder ist das Mittel, das den Betroffenen geringer belastet. Dies ist ohne Zweifel die Kurzarbeit, wenn sie neben einer betriebsbedingten Kündigung zur Auswahl steht. Hat der Arbeitgeber sich trotz der Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit für den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen entschieden, so hat er mithin nicht das mildere Mittel gewählt. Die Kündigung ist dann wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unwirksam. Der Arbeitgeber mag gegen ein solches Ergebnis aus seiner Sicht mit Recht einwenden, dass Kurzarbeit für ihn nicht geeignet sei, weil es ihm vorrangig um eine nachhaltige Absenkung der Kosten gehe und Kurzarbeit auf Grund der hohen weiterlaufenden Remanenzkosten wesentlich teurer als der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen sei. Sie scheidet deshalb für ihn als geeignete Alternative zur Realisierung seines Kostensenkungsziels aus.

Die Absicht zur Kostensenkung ist häufig wesentliches Motiv einer unternehmerischen Entscheidung zum betriebsbedingten Abbau von Arbeitsplätzen. Sie ist aber nicht unmittelbarer Inhalt der unternehmerischen Entscheidung selbst. Die Absicht des Arbeitgebers, seine Kosten in einem bestimmten Umfang abzusenken, trägt eine betriebsbedingte Kündigung nicht. Sie bildet nur den Ausgangspunkt, von dem aus der Arbeitgeber ein betriebliches Konzept entwickeln muss. Richtigerweise ist deshalb der Einwand, mit Kurzarbeit ließe sich eine Kostensenkung nicht in dem gewünschten Umfang realisieren, unbeachtlich. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Kurzarbeit als milderes Mittel ist nur anhand der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers zur vorübergehenden Absenkung seines Arbeitskräftevolumens zu prüfen. Das Kostensenkungsmotiv ist nicht Teil dieser unternehmerischen Entscheidung.

26 Kaiser, in: Festschr. zum 70. Geburtstag von Manfred Löwisch, 2007, S. 165.

27 v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rdnr. 737.

28 APS/Kiel (o. Fußn. 19), § 1 KSchG Rdnr. 563.

29 BAG (27. 9. 2001), NZA 2002, 696 Os. = NJOZ 2002, 1487; v. Hoyningen-Huene/Linck (o. Fußn. 27), § 1 KSchG Rdnrn. 724 u. 726; a. A. Wank, RdA 1987, 129 (136); ErfK/Oetker (o. Fußn. 21), § 1 KSchG Rdnr. 235.

30 U. Preis (o. Fußn. 21), S. 312.

31 Dencker, ZfA 1985, 249 (261); v. Hoyningen-Huene/Linck (o. Fußn. 27), § 1 KSchG Rdnr. 737; Stahlhacke, DB 1994, 1361 (1367).

32 Stahlhacke/Preis/Vossen, KSchR, 9. Aufl. (2005), § 2 Rdnr. 1021; MünchArbR/Berkowsky (o. Fußn. 14), § 112 Rdnr. 154; KR-Griebling, 9. Aufl. (2009), § 1 KSchG Rdnr. 531; U. Preis, NZA 1998, 449 (455); Bepler, AuR 1999, 219 (222).

33 Differenzierend auch Löwisch, in: Festschr. zum 70. Geburtstag von Günther Wiese (o. Fußn. 22), S. 255.

34 U. Preis, NZA 1995, 241 (247).

Ein Kostenvergleich zwischen den Remanenzkosten der Kurzarbeit und den Kosten eines Personalabbaus durch betriebsbedingte Kündigungen ist auch wenig sinnvoll. Handelt es sich bei dem beabsichtigten Personalabbau um eine interessenausgleichs- und sozialplanpflichtige Betriebsänderung i. S. von § 111 BetrVG, so entstehen Kosten durch die notwendigen Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen sowie den Sozialplan. Diese Kosten sind im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen häufig noch unwägbar. Sie in ein Verhältnis zu den Remanenzkosten der Kurzarbeit zu setzen und davon die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit einer Kündigungsentscheidung abhängig zu machen, wäre deshalb verfehlt.

c) *Einfluss des Verhaltens des Betriebsrats auf den Vorrang der Kurzarbeit.* In einem obiter dictum der Entscheidung vom 4. 3. 1986³⁵ hat das BAG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für relevant gehalten, ob der Betriebsrat sein Initiativrecht zur Einführung von Kurzarbeit zur Anwendung gebracht habe. Unternehme schon der Betriebsrat als Vertreter der Arbeitnehmerschaft keinen Versuch, Kurzarbeit einzuführen, könne es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, zu Kurzarbeit, statt zum Mittel betriebsbedingter Kündigungen zu greifen. Dieses Argument hat nur dann eine gewisse Überzeugungskraft, wenn dem Betriebsrat für die Einführung von Kurzarbeit ein Initiativrecht zusteht. Nur dann stünde ihm nämlich die Möglichkeit zur Verfügung, den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen durch Ausübung seines Initiativrechts und nötigenfalls auch Erzwingung seines Mitbestimmungsrechts zu verhindern. In der Tat befürworten sowohl das BAG als auch große Teile der Literatur³⁶ ein erzwingbares Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit.

d) *Bestehen und Umfang eines Initiativrechts des Betriebsrats.* Nach unserer Auffassung kann kein uneingeschränktes Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit bestehen, weil dies in unzulässiger Weise in Grundrechte (Art. 14 I, 12 I, 2 I GG) des Unternehmers eingreifen würde.

Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Mitbestimmung bei der Festlegung der Arbeitszeiten im Betrieb festgestellt, dass die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats einschränkbar ist³⁷. In anderem Zusammenhang hat es aber entschieden, dass die Grundrechte auf wirtschaftlichem Gebiet einen angemessenen, unantastbaren Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative gewähren³⁸.

Wenn sich das BAG zur Rechtfertigung des Initiativrechts zur Einführung von Kurzarbeit ausdrücklich darauf beruft, dass es keinen allgemeinen Vorbehalt gebe, dass Mitbestimmungsrechte nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen dürfen³⁹, so verkennt es nach unserer Überzeugung, dass hierdurch in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingegriffen wird. Es ist für andere Mitbestimmungsrechte anerkannt, dass diese in Bezug auf das Bestehen eines Initiativrechts teleologisch zu reduzieren sind⁴⁰ und die entgegenstehenden Rechtspositionen der Parteien in praktische Konkordanz gebracht werden müssen⁴¹.

Ein uneingeschränktes Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit ist aus denselben Gründen abzulehnen, aus denen wir bereits eine gerichtliche Überprüfbarkeit der Prognoseentscheidung des Arbeitgebers über die zu erwartende Dauer des Beschäftigungsfortfalls abgelehnt haben. Geht der Arbeitgeber willkürfrei von einem dauerhaften Beschäftigungsfortfall aus, so kann diesem nicht mit dem Mit-

tel der Kurzarbeit begegnet werden. Könnte der Betriebsrat hier die Einführung von Kurzarbeit gleichwohl über die Ausübung eines Initiativrechts erzwingen, so würde im Ergebnis die Einigungsstelle darüber befinden, ob die Prognose des Arbeitgebers zu akzeptieren oder durch eine andere Prognose, nämlich die Annahme eines nur vorübergehenden Arbeitsausfalls, zu ersetzen ist. Hierzu ist die Einigungsstelle weder berufen noch in der Lage. Käme sie zu einem vom Arbeitgeber abweichenden Ergebnis, so wäre der Arbeitgeber bei Beantragung des Kurzarbeitergelds gegenüber der Bundesagentur für Arbeit gezwungen, (aus seiner Sicht) falsche Angaben zu machen: Er müsste nämlich angeben, dass er von einem nur vorübergehenden Beschäftigungsfortfall ausgeht, obwohl er selbst anderer Auffassung ist. Ein uneingeschränktes Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit scheidet deshalb aus.

Mit Friedmann⁴², B. Preis⁴³ und Reuter⁴⁴ gehen wir von einem eingeschränkten Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit aus. Die Prognose, ob ein Arbeitsausfall als dauerhaft oder nur vorübergehend zu bewerten ist, muss der Einschätzungsprärogative des Arbeitgebers unterliegen. Diese Prognose ist sowohl vom Betriebsrat als auch von einer möglichen Einigungsstelle zu Grunde zu legen⁴⁵. Nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsausfall selbst als nur vorübergehend bewertet, sollte dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung der Kurzarbeit zustehen.

e) *Verknüpfung zwischen Initiativrecht und Wirksamkeit der Kündigung.* Da ein uneingeschränktes Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit nicht besteht, kann auch kein prinzipieller Zusammenhang zwischen der Tatenlosigkeit des Betriebsrats in Bezug auf die Einführung von Kurzarbeit und der Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung existieren. Relevant wird die Frage aber in Konstellationen, in denen der Arbeitgeber selbst von einem vorübergehenden Beschäftigungsfortfall ausgeht und deshalb der Betriebsrat die Einführung von Kurzarbeit hätte anregen und über ein Einigungsstellenverfahren gegebenenfalls auch erzwingen können.

Auch in dieser Konstellation ist es jedoch befremdlich, dass die Nichtausübung eines kollektiven Mitbestimmungsrechts Einfluss auf die individualrechtliche Wirksamkeit einer Kündigung haben soll. Der Betriebsrat könnte die Belegschaft durch seine mangelnde Initiative bestrafen, seine Tatenlosigkeit würde zu Lasten Dritter, nämlich der Arbeitnehmer des Betriebs, wirken.

Betriebsräte haben verschiedene Aufgaben und Interessen wahrzunehmen, nicht zuletzt sind sie bei ihrer Tätigkeit auf

35 BAG, NZA 1986, 432 = NJW 1987, 1844, vgl. II.

36 *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl. (2008), § 87 BetrVG Rdnr. 159; *Erk/Kania* (o. Fußn. 21), § 87 BetrVG Rdnr. 35; a. A. *Wiese*, GK-BetrVG, 8. Aufl. (2005), § 87 BetrVG Rdnr. 367 m. w. Nachw.

37 *BVerfG* (18. 12. 1985), NZA 1986, 199.

38 *BVerfG* (1. 3. 1979), *BVerfGE* 50, 290 = NJW 1979, 699 (so genanntes Mitbestimmungsurteil).

39 BAG, NZA 1986, 432 = NJW 1987, 1844; BAG (31. 8. 1982), NJW 1983, 953.

40 Vgl. beispielsweise. teleologische Reduktion des Mitbestimmungsrechts zu § 87 I Nr. 6, BAG (28. 11. 1989), NZA 1990, 406; *Wiese*, Ann. zu BAG (4. 3. 1986), AP BetrVG § 87 Kurzarbeit Nr. 3; *Stegel Weinspach/Schiefer*, Komm. zum BetrVG, 9. Aufl. (2002), § 87 BetrVG Rdnr. 20.

41 BAG, NZA 1986, 432 = NJW 1987, 1844.

42 *Friedmann*, Das Initiativrecht des Betriebsrats, 1995, S. 114.

43 *B. Preis*, NZA 1997, 625 (630).

44 *Reuter*, JuS 1986, 917 (918).

45 S. schon III 3 a; Vgl. insoweit *Löwisch*, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Günther Wiese (o. Fußn. 22), S. 249, 253; *Friedmann* (o. Fußn. 42), S. 114; *Reuter*, JuS 1986, 917 (918).

die Zustimmung der für sie relevanten Mitarbeitergruppe, in der Regel der Mehrheit der Belegschaft, angewiesen⁴⁶. Nicht selten wird deshalb die Entscheidung, ob Kurzarbeit eingeführt werden soll, von diesen verschiedenen Interessen beeinflusst. Die Verfasser haben es in der Praxis bereits mehrfach erlebt, dass Betriebsräte Kündigungen gegenüber der Einführung von Kurzarbeit bevorzugt haben, weil dann nur wenige Arbeitnehmer von der Maßnahme betroffen waren, während bei Einführung von Kurzarbeit alle Mitarbeiter des Betriebs einen solidarischen Beitrag durch Verzicht auf einen Teil ihrer Vergütung hätten leisten müssen.

Der Kündigungsschutz des einzelnen Mitarbeiters darf nicht auf diese Weise zum Spielball von Betriebsratspolitik werden. Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Ausübung bzw. Nichtausübung des Initiativrechts und der Frage, ob Kurzarbeit kündigungsschutzrechtlich als milderes Mittel in Betracht kommt, ist deshalb abzulehnen.

IV. Betriebsbedingte Kündigungen in der Kurzarbeitsphase

Unternehmen in Deutschland haben im Jahr 2009 ganz erheblich von der Möglichkeit geförderter Kurzarbeit Gebrauch gemacht. So waren in der Metallindustrie im Oktober 2009 ca. 35,3% der Beschäftigten in Kurzarbeit⁴⁷. Bei Beantragung des Kurzarbeitergelds müssen diese Unternehmen von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen sein und entsprechende Angaben gegenüber der Bundesagentur für Arbeit gemacht haben.

Revidiert der Unternehmer diese Entscheidung nun und geht von einem nachhaltigeren Beschäftigungsrückgang aus, dem er mit betriebsbedingten Kündigungen begegnen möchte, so ist zu fragen, ob und welche besonderen Anforderungen an seine korrigierende unternehmerische Entscheidung zu stellen sind.

Das BAG hielt betriebsbedingte Kündigungen in der Kurzarbeitsphase früher zwar nicht für ausgeschlossen, sah sie aber nur dann als gerechtfertigt an, wenn über die Umstände hinaus, die die Kurzarbeit begründet haben, weitergehende inner- oder außerbetriebliche Umstände vorlagen, die die Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne Arbeitnehmer dauerhaft entfallen ließen⁴⁸. Im Übrigen war der Arbeitgeber an seine einmal geäußerte Einschätzung der Dauer des Arbeitsmangels gebunden.

Diese Rechtsprechung hat das BAG teilweise aufgegeben⁴⁹. Die Gewährung von Kurzarbeitergeld indiziert zwar, dass der Arbeitgeber von einem nur vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen sei. Dieses Indiz könne der beweisbelastete Arbeitgeber aber entkräften. Außerdem beziehe sich die Prognose des Arbeitgebers bei der Einführung von Kurzarbeit auf die Beschäftigungsmöglichkeiten der Gesamtheit aller davon betroffenen Arbeitnehmer im Betrieb, während für einzelne Arbeitnehmer auf Grund zusätzlicher Umstände durchaus auf Dauer eine Beschäftigungsmöglichkeit entfallen könne. Auch wenn kurz gearbeitet und dafür Kurzarbeitergeld gewährt werde, seien betriebsbedingte Kündigungen nicht generell ausgeschlossen, es bestehe lediglich eine höhere Darlegungslast.

Der Auffassung des BAG ist grundsätzlich zuzustimmen. Indes ist wiederum nach den unterschiedlichen Formen unternehmerischer Entscheidungen zu differenzieren.

Trifft der Arbeitgeber in der Kurzarbeitsphase eine gestaltende unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt, so setzt er eine neue Ursache, die in

keiner Beziehung mehr zu der früheren Einführung von Kurzarbeit und der dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Prognose steht. Es bestehen hier keine erhöhten Darlegungsanforderungen für den Arbeitgeber.

Trifft der Arbeitgeber hingegen eine selbstbindende unternehmerische Entscheidung, die unmittelbar an den Beschäftigungsrückgang anknüpft, der bereits der Einführung der Kurzarbeit zu Grunde lag, so bestehen erhöhte Darlegungsanforderungen: Der Arbeitgeber wird im einzelnen darzulegen haben, auf Grund welcher Umstände jetzt von einem dauerhaften und nicht mehr nur von einem vorübergehenden Beschäftigungsrückgang auszugehen ist. Reine Kosten- oder sonstige Opportunitätserwägungen des Arbeitgebers dürften dabei für den Wechsel von Kurzarbeit zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen unbeachtlich sein. Der Arbeitgeber wird vielmehr darzulegen haben, auf Grund welcher veränderten Umstände er jetzt von einer anderen Prognose über die Dauer des Beschäftigungsrückgangs als bei Einführung der Kurzarbeit ausgeht.

V. Fazit

1. Die Anwendungsbereiche von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung überschneiden sich bei der Dauer des Arbeitsmangels. Innerhalb dieses Überschneidungszeitraums von neun bis 18 (bzw. bis 31. 12. 2009 24) Monaten kommen beide Instrumente alternativ in Betracht. Eine Überschneidung kommt grundsätzlich nur bei selbstbindenden unternehmerischen Entscheidungen in Betracht, bei denen der Arbeitgeber einen außerbetrieblichen Faktor unmittelbar zum Anlass für eine Anpassung seines Arbeitskräftevolumens nimmt. Bei gestaltenden unternehmerischen Entscheidungen liegt in der Regel ein dauerhafter Wegfall von Arbeitsplätzen vor. Kurzarbeit scheidet deshalb als Alternative aus.
2. Kurzarbeit kann im Überschneidungsbereich zur betriebsbedingten Kündigung ein milderes Mittel sein und zur Unverhältnismäßigkeit und damit Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung im Anwendungsbereich des KSchG führen. Kostengesichtspunkte spielen für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Kurzarbeit als milderes Mittel gegenüber betriebsbedingten Kündigungen keine Rolle.
3. Die Prognose über die voraussichtliche Dauer des Arbeitsmangels obliegt allein der unternehmerischen Einschätzung des Arbeitgebers. Sie kann nur einer gerichtlichen Missbrauchskontrolle unterzogen werden.
4. Dem Betriebsrat steht kein generelles, erzwingbares Initiativrecht zur Einführung von Kurzarbeit zu. Dieses Recht besteht vielmehr nur dann, wenn der Arbeitgeber selbst von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgeht, für den Kurzarbeit als Alternative zu betriebsbedingten Kündigungen in Betracht kommt.
5. Kündigungen in der Kurzarbeitsphase sind nicht ausgeschlossen. Den Arbeitgeber trifft jedoch eine erhöhte Darlegungslast, wenn er die Kündigungen auf den Beschäftigungsrückgang stützt, der ihn bereits zur Einführung von Kurzarbeit veranlasst hatte. ■

⁴⁶ In diese Richtung auch *Löwisch*, in: Festschr. zum 70. Geburtstag von Günther Wiese (o. FuBn. 22), S. 249.

⁴⁷ Insgesamt waren im Oktober 2009 ca. 5,2% der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigten in Kurzarbeit, vgl. „Ein Jahr Krise auf dem deutschen Arbeitsmarkt“, Broschüre der BA, <http://www.pub.arbeitsagentur.de/hst/services/statistik/interim/arbeitsmarktberichte/berichts-broschueren/arbeitsmarkt.shtml>.

⁴⁸ BAG (17. 10. 1980), NJW 1981, 1686 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10.

⁴⁹ BAG, NZA 1997, 1286 (1287) = NJW 1998, 627.