

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

KARL-JÜRGEN BIEBACK

*Leistungen der Arbeitslosenversicherung bei
Fernwirkungen von Arbeitskämpfen – Rechtshistorische
Ausführungen zu § 116 AFG 1986/§ 160 SGB III*

Seite 82

JUDITH BROCKMANN

*Schnittstellen von Leistungserbringungsrecht und Tarifrecht:
Exploration eines Problemfelds am Beispiel des SGB XI*

Seite 89

BERENIKE BREMME/LAURA GRASSL

*Zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht:
Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld im Wandel – Lehren aus der
(Corona-)Krise und Perspektiven für die Zukunft*

Seite 99

MARTIN GRUBER-RISAK

*Laudatio:
Tobias Vogt, Betrieb und Betriebsteil als zweiteiliges Puzzle*

Seite 113

Soziales Recht
3/2025
ISSN 2193-5157
Juni 2025, 15. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/Main

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551/39 – 279 48
Fax: 0551/39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH
Geschäftsführer: Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Irgard Schmalix (Leitung)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
kontakt@bund-verlag.de
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Susann Schlicht (verantwortlich)
Thomas Schrader
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de
Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Gestaltung

fsvk.design

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder
bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt
die Meinung der Herausgeber, der Redaktion
oder des Verlages wieder.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages. Die Inhalte
dürfen nicht zur Entwicklung, zum Training und/oder
zur Anreicherung von KI-Anwendungen, insbesondere
von generativen KI-Anwendungen verwendet werden.
Dies umfasst auch jede Verwendung der digitalen
Inhalte in KI-Anwendungen. Die Nutzung der Inhalte
für Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG
ist ausdrücklich vorbehalten und damit verboten.

Über »Soziales Recht«

»Soziales Recht« umfasst als klassifikatorischer Begriff in Anlehnung an *Hugo Sinzheimer* die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das soziale Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht. Formal relativiert das Konzept des Sozialen Rechts die vor allem in Deutschland traditionell betonte Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht. Inhaltlich greift es die Wechselbeziehungen des

Arbeitsverhältnisses mit den gesellschaftlichen Verhältnissen auf und steht für eine an der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen orientierten rechtlichen Regulierung, die angesichts einer sich verändernden Arbeitswirklichkeit einer ständigen Weiterentwicklung bedarf, um diese Leitgedanken jeweils zu aktualisieren. *Hugo Sinzheimer* (1875-1945) selbst war Rechtswissenschaft-

ler, Rechtspraktiker, Rechtspolitiker sowie Rechtssoziologe und gilt als Vater des deutschen kollektiven Arbeitsrechts.

- Zum Begriff »Soziales Recht«: *Seifert*, SR 2011, 62–73 sowie *Eichenhofer*, SR 2012, 76–83 und SR 2022, 170–192.
- Zur früheren »Zeitschrift für soziales Recht«: *Kocher*, SR 2013, 53–63.

Editorial

Es ist in diesen Tagen mit Händen zu greifen, dass Sicherheit, auch soziale Sicherheit, für die Bürgerinnen und Bürger in diesem Land und insbesondere die große Gruppe der abhängig Beschäftigten und der Sozialleistungsempfänger ein hohes Gut ist, das von vielen als gefährdet angesehen wird. Der Ausgang der letzten Bundestagswahl zeigt dies deutlich. Populisten, nicht nur hier zu Lande, versuchen sich dies zu Nutze zu machen. Das zeigt, dass soziale Stabilität eine notwendige Bedingung für gesellschaftliche Stabilität ist, wenn auch nicht eine hinreichende. Einige wichtige Faktoren werden in diesem Heft aufgegriffen, die Tarifbindung, das Kurzarbeitergeld und die betriebliche Interessenvertretung.

Judith Brockmann zeigt in ihrem Beitrag die Bedeutung von Tarifverträgen für das Leistungserbringungsrecht der sozialen Pflegeversicherung auf. Dabei wird deutlich, dass im Spannungsfeld von Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeitsgebot der Tarifvertrag als Kostenfaktor im Rahmen der Refinanzierung drohte, auf Arbeitgeberseite in einen Wettbewerbsnachteil umgemünzt zu werden. *Brockmann* zeichnet nach, wie das Sozialrecht dem allmählich begegnete. Die jüngste Entwicklung im Bereich der Pflege macht deutlich, dass sozialrechtliche Rahmenbedingungen sogar dafür genutzt werden können, Tarifbindung der Arbeitgeber attraktiv zu machen. Mit Blick auf die eingangs aufgeworfene Frage sozialer Stabilität ist für die Gruppe des Pflegepersonals jedenfalls eine Erhöhung der Entgelte zu verzeichnen. *Brockmann* untersucht darüber hinaus, inwieweit die Regelung zur Stärkung der Tarifbindung beiträgt. Ihr Ertrag ist nicht nur wichtig für die rechtspolitische Debatte, sondern liefert auch erhellende Einsichten für die Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung.

In einer Zeit multipler Krisen rücken Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld in zunehmend kürzeren Intervallen in den Fokus. Während die Wirtschafts- und Finanzkrise schon einige Zeit zurückliegt, hat die Kurzarbeit in Zeiten von Pandemie und Ukraine-Krise fortlaufend Konjunktur gehabt. *Berénike Bremme* und *Laura Graßl* zeigen die stabilisierende Wirkung von Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld für Unternehmen und Beschäftigte auf und zeichnen instruktiv die legislativen und administrativen Nachsteuerungen während der jüngsten Krisen nach. Ein rechtvergleichend gesehen deutscher Sonderweg ist die strenge dogmatische Trennung von Sozial- und Arbeitsrecht, deren Nachteil in dem Beitrag von *Bremme* und *Graßl* wie unter einem Brennglas am Beispiel der Kurzarbeit deutlich wird, setzt das Kurzarbeitergeld doch die arbeitsrechtlich wirksame Einführung von Kurzarbeit voraus, ohne dass der Gesetzgeber die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen dafür konturiert hat. Der Beitrag zeigt deutlich, dass insoweit an vielen Stellen noch ungeklärte Fragen bleiben.

Dies waren nur zwei Schlaglichter. Baustellen in Hinsicht auf soziale Stabilität gibt es zahlreiche. Der gerade unterzeichnete Koalitionsvertrag zwischen Union und SPD benennt eine ganze Reihe. Die Stärkung der Tarifbindung ist hier (wie bereits in der letzten Koalition) benannt. Die Mindestlohnkommission soll sich künftig auch an 60 % des Bruttomedianlohns orientieren, verknüpft mit der koalitionsvertraglichen Hoffnung auf das Erreichen eines gesetzlichen Mindestlohns von 15 € im Jahr 2026. Während das digitale Zugangsrecht der Gewerkschaften ebenfalls ein Wiedergänger nach dem Untergang der »Ampel« ist, sind andere »Koalitionsvertragsdauer-

brenner« wie etwa die Reform des Befristungsrechts stillschweigend beerdigt worden. Auch ein früherer rechtspolitischer Dauerbrenner taucht nicht auf. Der »Streikparagrah« (§ 160 SGB III) hat mit dem Neutralitätsgesetz vor knapp 40 Jahren seine heutige Fassung erhalten und knapp zehn Jahre später verfassungsgerichtlich »gerade noch« Unbedenklichkeit bescheinigt bekommen. *Karl-Jürgen Bieback* zeichnet in seinem Beitrag die historische Entwicklung nach, zeigt die vielen Unwägbarkeiten auf, die die gesetzliche Regelung mit sich bringt, und weist darauf hin, dass der gerichtliche »Nageltest« ein Wagnis wäre, sodass gesetzliche Korrekturen notwendig wären.

Um das Thema ist es angesichts der mangelnden Befassung der Justiz ruhig geworden. Der Koalitionsvertrag schweigt, wohl nicht zuletzt daher, zu diesem Thema. Da es sich um einen typischen Kompromiss handelt, werden zudem nicht nur Geschenke für die Arbeitnehmer, sondern auch für die Arbeitgeber angekündigt, etwa im Arbeitszeitrecht. Vieles bleibt überdies vage, etwa was »die richtigen Rahmenbedingungen« sind, damit Herausforderungen durch Digitalisierung und KI sozialpartnerschaftlich gelöst werden können. Und was hat man sich unter der im Koalitionsvertrag in Aussicht gestellten Weiterentwicklung der Mitbestimmung vorzustellen? Wenn die Koalitionäre dies nicht näher ausbuchstabieren, liegt es nahe, die zahlreichen Vorschläge dazu aufzugreifen, wie sie etwa im Entwurf des DGB »Betriebliche Mitbestimmung für das 21. Jahrhundert« enthalten sind. Bei der Gelegenheit sei den Leserinnen und Lesern die Laudatio von *Martin Gruber-Risak* anlässlich der Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises 2024 an *Tobias Vogt* zur Lektüre empfohlen. Die Arbeit widmet sich der Suche nach der passenden Einheit für die betriebliche Interessenvertretung. *Gruber-Risak* präsentiert und diskutiert den innovativen Ansatz von *Vogt*, die Definition des Betriebsteils zu nutzen, um eine effektive Interessenvertretung zu ermöglichen.

Doch zurück zum Koalitionsvertrag. Man muss kein Hellseher sein, um zu prognostizieren, dass in den Vorhaben allein im Arbeits- und Sozialrecht einiges Streitpotenzial schlummert. Erinnerung sei nur daran, dass der Koalitionsvertrag auf Zuwanderungsbegrenzung angelegt ist, zugleich aber die Fachkräftezuwanderung erleichtern und die Dauer des Arbeitsverbots für Asylbewerber reduzieren möchte. Wie die Rentenstabilisierung erfolgreich aufs Gleis gesetzt werden soll, bleibt wolkig, obwohl einige Stellschrauben beschrieben werden. Auch die Zusammenführung von Sozialleistungen, bessere Abstimmung und Transparenz auf diesem Feld sind sicher begrüßenswerte Ziele. Dies im Detail durchzudeklinieren, wird aber eine Herkulesaufgabe sein. Die gescheiterte Kindergrundsicherung aus Ampelzeiten gibt dafür einen Vorgeschmack. Die Schwere der Aufgabe bedeutet indes nicht die Unmöglichkeit ihrer Bewältigung. Es ist zu hoffen, dass die Koalitionäre sich des Ernstes der Lage bewusst sind und es sich bei dem Label des Vertrages »Verantwortung für Deutschland« nicht nur um Lippenbekenntnisse handelt. Von daher ist der neuen Koalition zu wünschen, dass sie mit möglichst vielen ihrer Vorhaben Beiträge zur sozialen und so auch gesellschaftlichen Stabilität leistet.

Olaf Deinert
Mitherausgeber

Leistungen der Arbeitslosenversicherung bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen – Rechtshistorische Ausführungen zu § 116 AFG 1986/§ 160 SGB III

PROF. DR. KARL-JÜRGEN BIEBACK, UNIVERSITÄT HAMBURG*

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag zeichnet die gesetzliche Regulierung und Rechtsprechung zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung bei der Fernwirkung von Arbeitskämpfen der vergangenen rund 100 Jahre kritisch nach. Er arbeitet heraus, dass auch unter der bestehenden Rechtslage des so genannten »Streikparagrafen« in § 160 SGB III nach wie vor regulatorische Unstimmigkeiten sowie Auslegungsschwierigkeiten bestehen und schlägt mögliche Lösungen vor.

ABSTRACT This article critically examines the statutory regulation and case law on unemployment insurance benefits in the event of the remote effect of industrial disputes over the past 100 years. It shows that even under the existing legal situation of the so-called »strike paragraph« of § 160 SGB III, there are still regulatory inconsistencies and difficulties of interpretation and suggests possible solutions.

I. Einleitung: Worum geht es?

Setzen Arbeitgeber ihre Beschäftigten frei, weil der Betrieb nach Aussage des Arbeitgebers wegen eines Arbeitskamps in einem anderen Betrieb nicht arbeiten kann, so regelt § 160 SGB III (früher § 116 AFG), ob die Freigesetzten Lohnersatzleistungen der Arbeitslosenversicherung erhalten. Dies sind Regelungen des Arbeitslosenversicherungssystems. Die vorhergehenden Lösungen des Problems durch die (spezielle) Fürsorge für Arbeitslose nach dem ersten Weltkrieg folgten einer anderen Logik; sie werden nur zum Teil als Vorläufer der versicherungsrechtlichen Lösung hier erörtert werden.

Schon die erste deutsche Arbeitslosenversicherung von 1927 versagte in § 94 AVAVG solchen freigesetzten Beschäftigten in der Regel Arbeitslosenunterstützung. Das war einer der »umstrittensten Paragraphen des ganzen Gesetzes«. ¹ § 94 AVAVG war für Abgeordnete der SPD und KPD ein »verkapptes Antistreikgesetz«, ² weil er Beschäftigte, die nicht streikten, völlig ohne Lohn und Lohnersatz lasse und damit den Druck auf die Streikenden erhöhe. Für die Regierungsvertreter wie die parlamentarische Mitte ³ war der Leistungsausschluss notwendig, um die finanzielle Leistungsfähigkeit der Versicherung zu schützen und zu verhindern, dass die Gewerkschaften mit einem kleinen Streik unter Umständen breitere Wirkungen erzielen könnten. ⁴

Auch wenn es erst in den 1970er Jahren thematisiert wurde, ⁵ war und ist das auch ein Konflikt zwischen den unterschiedlichen Logiken von Sozialrecht und Arbeitsrecht. Es ging einerseits um die soziale Absicherung des Lohnverlusts durch

die Sozialversicherung und andererseits um Regeln für das kollektive Arbeitsrecht des Arbeitskampfes. Ohne das Prinzip der »Einheit der Rechtsordnung« ⁶ überzustrapazieren, ist es notwendig, anzuerkennen, dass (1) beide Rechtsgebiete sich gegenseitig beeinflussen ⁷ und (2), dass die Ziele und Regelungen des jeweils anderen Rechtsgebiets anerkannt und miteinander über das Instrument, der »praktischen Konkordanz« abgestimmt, beide Seiten optimal zur Geltung gebracht werden sollten. ⁸ Dies bedeutet in der Regel die verhältnismäßige Einschränkung, die »verhältnismäßige Zuordnung« beider. ⁹

II. Das AVAG 1927

1. Allgemeine Grundsätze schon vor dem AVAVG 1927

(1) In der Entwicklung der kommunalen Arbeitsnachweise, die sich schon vor und dann nach dem ersten Weltkrieg als Standardmodell der Arbeitsvermittlung durchsetzen, galt einmal der *Grundsatz der Unparteilichkeit* sowohl in der paritätischen Organisation (Beteiligung von Arbeitgebern und Gewerkschaften) wie auch in der Vermittlungstätigkeit. ¹⁰ Ohne Ausrichtung an der Unparteilichkeit, ein anderes Wort für »Neutralität«, blieben die Arbeitsnachweise ineffektiv, was für den Gesetzgeber des Arbeitsnachweis-Gesetzes von 1922 die Erfahrung mit den nicht erfolgreichen Arbeitsnachweisen der Arbeitgeber wie der Gewerkschaften zeigte. ¹¹ Der Kompromiss lag hier

* Erweiterte Fassung eines Vortrags auf der Jahrestagung 2024 der Initiative Arbeitsrechtsgeschichte (MPI für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, HSI und UAS Frankfurt) am 13.12.2024. Der Verfasser war bis 2009 ordentlicher Professor für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Hamburg

1 RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 82.

2 RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 83 ff. durchgängig.

3 RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 83 f., 90.

4 RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 86.

5 Vgl. Schmidt, AuR 1997, 461 ff.; v. Maydell, FS Kissel, 1994, S. 761 ff.

6 Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Baden-Baden 2007, S. 67 ff.

7 Ausführlich Deinert (Fn. 6), S. 29 ff., 56 ff.

8 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 176; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 232; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961, S. 125 ff.

9 Deinert (Fn. 6), S. 29 ff., 56 ff.; Gagel, Jura 1986, 281; Bender, in: Knickrehm/Deinert (Hrsg.), BeckOGK SGB III, München Stand 1.9.2017 (im Folgenden: BeckOGK SGB III), § 160 Rn. 70 mwN.

10 §§ 39–43 ANG 22.7.1922, RGBl. 657; Weller, Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht, Stuttgart 1969, S. 13 f., 18 f., 27 mit Fn. 3, 45 f.

11 Weller (Fn. 10), S. 45–47.

oft darin, bei Arbeitskämpfen weiter zu vermitteln, aber die Arbeitgeber mussten die umkämpften Betriebe melden.¹²

Wenn es schon nicht ohne Weiteres schlüssig war, das »Neutralitätsprinzip« auf die ganz andere Aufgabe der finanziellen Absicherung bei Arbeitslosigkeit zu übertragen, umso mehr hatte die Verpflichtung zur Neutralität die gegenteilige Folge: Statt die Aufgabe (vorher Arbeitsvermittlung, jetzt Lohnersatzleistung) weiter zu erfüllen, sollte sie nun ausgesetzt werden.

(2) Ebenso war schon vor dem AVAVG allgemein, explizit auch von den Gewerkschaften anerkannt, dass an Streikende selbst keine öffentliche Unterstützung geleistet wurde. Ihre Absicherung war Aufgabe der Gewerkschaften.¹³

(3) Immer ging es auf Ebene der Gesetzgebung in diesem Zusammenhang um den »Arbeitskampf« als Oberbegriff von Streik und Aussperrung, obwohl beide zumindest tatsächlich und in der Wahrnehmung der Arbeitsmarktparteien und teilweise der öffentlichen und wissenschaftlichen Diskussion völlig unterschiedliche Funktion hatten und haben. Erst das BVerfG gab diesem Unterschied auch rechtliches Gewicht (unten IV.3.).

(4) Sobald es besondere (Versicherungs-) Systeme zur speziellen Absicherung gegen die Arbeitslosigkeit gab, war nicht umstritten, dass die Freigesetzten nicht alle Voraussetzungen für die Leistungen bei »Arbeitslosigkeit« erfüllen müssen, vor allem nicht die Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung.¹⁴ Davon sah man praktisch ab bzw. man sah in der gesetzlichen Regelung zu Recht die grundsätzliche Aussage, dass Leistungen bei Arbeitslosigkeit in Betracht kamen, also zumindest ein Sonderfall des Arbeitslosengelds (Alog) vorlag.¹⁵ Später gewann das Kurzarbeitergeld (Kug) immer mehr an Bedeutung, da es für kurze Freisetzung bei weiterbestehendem Arbeitsverhältnis präziser passt (unten IV.2.).

(5) Umstritten, aber letztlich konstant, wurde die Freisetzung im mittelbar betroffenen Betrieb arbeitsrechtlich nicht abgesichert. Entscheidend war das Urteil des Reichsgerichts für einen Teilstreik in einem Gesamtunternehmen von 1923¹⁶ dem das Reichsarbeitsgericht 1928¹⁷ ausweitend für die Folgen eines Streiks in einer ganz anderen Branche folgte. Die Lösung liege nicht in den individualistisch-einzelvertraglichen Normen des BGB, vor allem nicht in der normativen Vorgabe, dass der Arbeitgeber gem. § 615 BGB das allgemeine Betriebsrisiko zu tragen hat. Das entspräche nicht dem kollektivistischen Zeitgeist der »Betriebsgemeinschaft« (RG),¹⁸ bzw. jede Seite habe die Störungen zu tragen, die aus ihrer »Sphäre« kämen, also alle Folgen eines Streiks müssten die »Seite« der Beschäftigten treffen (RAG)¹⁹.

Man befreit sich einmal von einer fundierten Interpretation des § 615 BGB und seiner Entstehungsgeschichte, auch um eigene vom allgemeinen Zivilrecht des Dienstver-

trags gesonderte Lösungen zu etablieren.²⁰ Man befreite sich aber auch von einer genaueren Analyse, wer welche Risiken beherrschen kann und tragen soll, durch einen Rückgriff auf vieldeutige Prinzipien. Nach der »Betriebsgemeinschaft« und »Sphäre« war das ab 1980 (unten III.1.a) die »Wahrung des Verhandlungsgleichgewichts« (»Parität«) zwischen den Tarifvertragsparteien. Zwar hat der Gesetzgeber das Betriebsrisiko des Arbeitgebers 2001 explizit geregelt (§ 615 S. 3 BGB nF²¹), zugleich aber in den Materialien auf die Besonderheit der Rechtsprechung zum »Arbeitskampfrisiko« verwiesen, ohne ihr Verhältnis zum neuen Normtext und das Verhältnis von Richterrecht zu Gesetzesrecht zu klären.²² Wenn es überhaupt thematisiert wird, spricht dies nach herrschender Meinung dafür, dass das »Arbeitskampfrisiko« als eigener, arbeitskampfrechtlicher Sonderfall erhalten bleibt.²³

(6) Die Tätigkeit der Gewerkschaften wurde in der Weimarer Reichsverfassung direkt in Art. 159 und mittelbar in Art. 157 und 165 garantiert. Aber eine grund-/freiheitsrechtliche Position, geschweige denn eine Garantie des Streikrechts folgten daraus nach herrschender Meinung nicht.²⁴

2. AVAVG 1927 im Einzelnen

Das AVAVG 1927 übernahm diese schon allgemein anerkannten Grundsätze: Die Unparteilichkeit für die Arbeitsvermittlung (§ 59), die dann als »Interventionsverbot« in § 94 Abs. 3 S. 1 bei der Leistung von Arbeitslosenunterstützung wieder auftauchte und – noch verschärfend – die grundsätzliche Versagung der Unterstützung an Personen, deren Arbeitslosigkeit »durch einen inländischen Ausstand oder eine inländische Aussperrung verursacht ist« in § 94 Abs. 1.

a) Grundzüge und Neuheiten

(1) Nach dem alten Recht der speziellen Erwerbslosenfürsorge entfiel der Anspruch nach dem Kausalprinzip, wenn der Arbeitsausfall »überwiegend«²⁵ durch einen Arbeitskampf (und nicht durch die Demobilisierung oder die Konjunktur) verursacht wurde. Nach § 94 Abs. 1 AVAVG galt die sehr pauschale Regel: Beruht die Arbeitslosigkeit auf einem Arbeitskampf, wird nicht geleistet.

(2) Leistungen als Ausnahme haben gem. Abs. 2 zwei Voraussetzungen:

- a) Wenn die Arbeitslosigkeit nur »mittelbar« durch einen Arbeitskampf verursacht wird, dh. der Streik findet »außerhalb des Betriebs, des Berufskreises oder des Arbeits- oder Wohnorts« statt. Das entspricht dem Kompromiss, den der paritätisch besetzte »Reichswirtschaftsrat«²⁶ zur Bestimmung der Fälle gefunden hatte, bei denen eine Leistung in Betracht zu ziehen sei.

12 Der Kompromiss lag hier oft darin, weiter zu vermitteln und die Arbeitgeber mussten die umkämpften Betriebe melden, *Weller* (Fn. 10), S. 18 f. und 26 f., 47.

13 *Weller* (Fn. 10), S. 51.

14 So in der Reichstagsdebatte auch klar Ministerialdirigent *Weigert*, RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 82, 83 f.

15 Vgl. dafür zB. *Dräger/Buchwitz/Schönefelder*, Kommentar zum AVAVG, Stuttgart 1961, § 84 Rn. 11; *Krebs*, AVAVG, München Stand 1966, § 84 Rn. 6.

16 RG, 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272. Zur umfangreichen Kritik an diesem Urteil und seiner weitgehenden Beachtung in der unterinstanzlichen Rechtsprechung: *Rückert*, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. III, Tübingen 2013, § 615 S. 1061–1195, Rn. 228 f. und zur Beachtung in der folgenden Rechtsprechung Rn. 176 ff., 212 f.

17 RAG, 20.6.1928 – RAG 72/28 – ARS 3, 116.

18 RG, 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272.

19 RAG, 20.6.1928 – RAG 72/28 – ARS 3, 116.

20 Dazu, zum Einfluss der »Freirechtsschule« und zur gesamten Entwicklungsgeschichte *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann-Rückert* (Fn. 16), § 615 S. 1061–1195, Rn. 176 ff., 212 f., 241 (zu den freirechtlichen Wurzeln).

21 Gesetz vom 26.11.2001 BGBl. 2001 I, S. 3138.

22 BT-Drs. 14/7052, S. 204 (zu Nummer 36a) mit Verweis auf BT-Drs. 14/6857, S. 42 f. (zu Nummer 21).

23 *So Preis*, in: *Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl., München 2024 (im Folgenden: *ErfK*), § 615 BGB Rn. 125 unter Verweis auf *Luke*, *NZA* 2004, 244, 246. Gegenargumente bei *Ögüt*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 19 Rn. 102 ff. mwN.

24 Dazu ausführlich *Nogler*, *AuR* 1996, 206 ff.

25 § 6 VO Erwerbslosenfürsorge vom 23.4.1919, *RGBl.*, S. 416 und 16.2.1924, *RGBl.*, S. 127; Entwurf eines Gesetzes über eine vorläufige Arbeitslosenversicherung RT Aktenstück 5531 vom 29.1.1923, *RGBl.*, S. 6166, § 16, S. 6189.

26 RT Aktenstück 2885 (Regierungsentwurf) vom 16.12.1926, S. 90.

b) Und wenn die Versagung *unbillig*²⁷ wäre. Das sollte im AVAVG kompromisshaft alle Fälle bezeichnen, die der Gesetzgeber so nicht genauer bestimmen konnte.²⁸ Hier war der Reichswirtschaftsrat etwas präziser: »Unbillig« sei die Nichtgewährung, wenn es nur einen losen Zusammenhang zum Streik gäbe.

(4) Die Fälle der »unbilligen Härte« sollten – in Anlehnung an den Vorschlag des Reichswirtschaftsrats – durch eine Richtlinie des drittelparitätisch besetzten Verwaltungsrats der Reichsanstalt nach ministerieller Genehmigung konkretisiert werden. Dabei ist »vorzusorgen, dass durch die Arbeitslosenunterstützung nicht in die Wirtschaftskämpfe eingegriffen wird« (Abs. 3 S. 1 – »Beeinflussungstatbestand«). Die konkrete Entscheidung vor Ort trifft dann idR. der Verwaltungsausschuss des Landesarbeitsamts plus zwei von den Gewerkschaften/Arbeitgebern bestimmte Beisitzer.

Diese parlamentarische Verweigerung größerer Prägnanz und die Auslagerung der Entscheidung auf die eher politisierten Instanzen der Reichsanstalt und ihrer Landesorgane setzten das § 116 AFG 1969/1984 und § 160 SGB III fort.

b) Die restriktive Interpretation der »Unbilligkeit«

Die Richtlinien der Reichsanstalt von 1928²⁹ waren dann extrem restriktiv.³⁰ Teil I, Nr. 1 versagte Leistungen in der Karenzzeit der ersten 14 Tage eines Arbeitskampfes ganz, ansonsten verneinten sie die »Unbilligkeit« in mehreren Fällen (Nr. 2 bis 5), schlossen also ua. Leistungen aus, wenn das »Kampfergebnis die mittelbar arbeitslos gewordenen Arbeitnehmer unmittelbar betreffen wird« (Nr. 2 »Partizipation«) oder »eine Beeinflussung des Arbeitskampfes zu erwarten ist« (Nr. 3). Nach den Erläuterungen des Verwaltungsrats³¹ zählen zur Nr. 2 auch Beschäftigte, deren Arbeitsvertrag nur auf den umkämpften TV verweist.³² Vor allem die Nr. 3 ist sehr offen.

Die Karenzzeit von 14 Tagen wie auch die Leistung nach Ermessen, sollten die breit definierten Fälle der Billigkeit nicht vorliegen (Teil II), dürften wohl kaum mit der Ermächtigung in § 94 AVAVG übereingestimmt haben.

3. Verschärfung in § 84 AVAVG von 1957

Die Neufassung in § 84 AVAVG 1957³³ durch die konservative zweite Adenauerkoalition führte nun ausdrücklich auch im Gesetzestext das Ermessen bei der Gewährung wegen »Unbilligkeit« ein, wobei die Richtlinie 1928 weiter galt.³⁴ Die Materialien begründen diese Änderung nicht.³⁵ Dagegen wird das »Neutralitätsprinzip« in Abs. 1 zur zentralen Festlegung – ohne dass seitdem klar ist, was darunter zu verstehen ist.³⁶ Allerdings

ruht nach Abs. 2 der Anspruch nur noch – explizit die einzige Anpassung³⁷ auf den Anforderungen des Art. 69 lit. i ILO-Übereinkommen 102 (sogleich III.1.b). Die früher erweiterbare Ausnahmeregelung für Leistungen an mittelbar Betroffene wird jetzt abschließend. Ohne eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen und Falllösungen, betont der Regierungsentwurf: »Es ist Sache derjenigen, die einen Streik oder eine Aussperrung veranlassen, die gesamten Folgen auch die Härten, die für mittelbar Betroffene entstehen, zu berücksichtigen.«³⁸ Im Bericht des Bundestagsausschusses wird immerhin die grundsätzliche Kontroverse geschildert.³⁹

Wenn festgestellt wird,⁴⁰ die »wenigen« Änderungen von 1957 wären »eher formaler Natur«, stimmt das schon rein textvergleichend nicht.⁴¹ Da aber die Richtlinien von 1928 weitergalten, ist der alte Rechtszustand insgesamt bewahrt.

4. Fazit

Schon mit dem AVAVG 1927 und seiner parlamentarischen Diskussion wie seiner praktischen Umsetzung durch die Reichsanstalt werden alle Probleme virulent, die seitdem die sozialpolitische Diskussion bestimmen. Letztlich wird aber bei Freisetzungen wegen mittelbarer Folgen eines Arbeitskamps überhaupt nicht geleistet.

III. Neuer Ansatz im AFG 1969

1. Ausgangslage

Nach 1945 gab es fast nur noch Branchen- und Einheitsgewerkschaften, die für das gesamte Bundesgebiet Tarifverträge schlossen.⁴² Die mittelbare Betroffenheit wegen eines Teilstreiks innerhalb eines Betriebs/Unternehmens oder eine Region war damit ein klarer Fall der Nichtleistung«. Andererseits wurde an mittelbar Betroffene in anderen Branchen geleistet. Problematisch blieb die Leistung für die mittelbar betroffenen Beschäftigten innerhalb einer Branche, aber unter Geltung anderer, regionaler Tarifverträge. Das war jetzt vor allem ein Problem der *IG Metall*, die innerhalb einer Branche, aber getrennt in Tarifbezirken verhandelte und streikte.

a) Arbeitsrecht: Prinzipien dominieren, Nichtberücksichtigung des Sozialrechts

Schritt für Schritt wurde die alte Arbeitskampfdoktrin mit einer Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG untermauert. So hielt das BVerfG 1991⁴³ die Rechtsprechung des BAG zur Begrenzung der Arbeitskämpfe nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip mit dem Ziel, die »Parität« (»ungefähres Verhandlungsgleichgewicht«)⁴⁴ zu wahren, für verfassungsgemäß.

Die Betriebs- und Wirtschaftsrisikolehre des RG wurde erst 1980 vom BAG⁴⁵ speziell als »Arbeitskampfrisiko« definiert und

27 RT Aktenstück 2885 (Regierungsentwurf) vom 16.12.1926, S. 90; RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 84.

28 RT Aktenstück 2885 (Regierungsentwurf) vom 16.12.1926, S. 90; RT Aktenstück 3622 (Ausschussbericht) vom 18.8.1927, S. 88 f.

29 RArbBl. 1928 I, S. 97. Auch bei *Seiter*, Staatsneutralität im Arbeitskampf, Tübingen 1987, S. 380 f.

30 Dazu und zu einigen Gründen *Kittner*, Arbeitskampf, München 2005, S. 451 f.

31 RArbBl. 1928 I, S. 163, abgedruckt bei *Seiter* (Fn. 29), S. 381.

32 Vgl. grundsätzliche Entscheidung 4080 des Reichsversicherungsamts, in Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts 1931, S. 102 und 3679 AN 1930, S. 102.

33 BGBl. 1957 I, S. 321.

34 Art. IX § 9 des Gesetzes vom 23.12.1956 BGBl. I, S. 1018.

35 BT-Drs. II/1274, S. 124.

36 Immer noch zentral *Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v.d.H. 1968. Zum AFG/SGB III: *Tennstedt*, AuR 1973, 168; BeckOGK SGB III/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 52 f.

37 BT-Drs. II/2714, S. 76 f.

38 BT-Drs. II/1274, S. 125.

39 BT-Drs. II/2714 und II/3003, jeweils S. 8 f.

40 *Seiter* (Fn. 29), S. 60; ähnlich BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 29.

41 »Wesentliche Änderungen« *Dräger/Buchwitz/Schönefelder* (Fn. 15), § 84 Rn. 1; *neutraler Krebs* (Fn. 15), § 84 Rn. 1.

42 *Kittner* (Fn. 30), S. 542–547.

43 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 ff. Rn. 32 ff.

44 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 ff. Rn. 36 f. Zur Kritik an der Parität: *Colneric*, AuR 1986, 8 mwN. in Fn. 22.

45 BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C.I.2.; BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 76/79 – AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Diese »Umstellung« wurde schon länger gefordert, vgl. *Seiter*, Anmerkung zu BAG, 7.11.1975 – 5 AZR 61/75 – AP Nr. 30 § 615 BGB Betriebsrisiko mwN. unter IV.

unter Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG auf das Prinzip der Wahrung der »Kampfparität«/des Verhandlungsgleichgewichts umgestellt. Hier setzte das BAG⁴⁶ drei Weichenstellungen. (1) Das Arbeitskämpfrisiko wurde auf den fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags begrenzt. (2) Die Vorinstanz⁴⁷ hatte noch mit Verweis auf die Risikoverteilung des Sozialrechts in § 116 AFG nF (sogleich III.2.) das Betriebsrisiko beim Arbeitgeber belassen. (3) Zur Erhaltung der Kampfparität wurde die Wirkung des Streiks auf die Arbeitgeber mittelbar betroffener Betriebe analysiert (»Binnendruck«). Unerörtert blieb der »Binnendruck« bei den Gewerkschaften, wenn keine Lohnersatzleistungen an die Stelle der Lohnzahlung traten, zumal die Lohnersatzleistungen selbst auch nur leicht mehr als die Hälfte des Lohns ersetzen.⁴⁸

Damit gingen die Lösungen des Arbeits- und des Sozialrechts weiterhin eigene Wege. Sie wurden zwar durch das BVerfG 1995⁴⁹ zu § 116 AFG von 1986 unter dem verfassungsrechtlich begründeten Prinzip der Wahrung der Parität⁵⁰ wieder zusammengeführt und ausdrücklich als gleichberechtigt nebeneinander diskutiert, aber letztlich nicht abgestimmt, denn die arbeitsrechtlichen Grundsätze des Arbeitskämpfrisikos standen 1995 nicht zur Debatte.

b) Zunehmende Bedeutung des internationalen Rechts

Schließlich wurde das von Deutschland unterzeichnete ILO Abkommen Nr. 102 relevanter, weil der Sachverständigenausschuss monierte, Deutschland erfülle nicht Art. 69 Buchst. i, der Leistungen nur ruhen ließ bei »unmittelbaren« Folgen eines Arbeitskamps.⁵¹ In der Diskussion um das AFG 1969 forderte der Bundesrat,⁵² unter Verweis auf das Abkommen nur bei den »unmittelbaren« Folgen von Arbeitskämpfen, die Leistungen ruhen zu lassen. Das und erst recht die europäischen Grundrechtskodifizierungen spielten aber in der Gesetzgebung zum AFG/SGB III keine dominante Rolle.

2. § 116 AFG 1969

a) Neues Konzept

Der Regierungsentwurf der ersten großen Koalition von CDU/SPD zum AFG 1979⁵³ sah noch die exakte Übernahme des § 84 AVAVG und die Weitergeltung der Richtlinie von 1928 (§ 235 Abs. 16 AFG) vor. Erst der Bundestagsausschuss⁵⁴ setzte die Neuregelung durch, die erstmals Leistungen der Arbeitslosenversicherung gewährleistete.

Einerseits bleibt der Grundsatz in § 116 Abs. 1 AFG vorangestellt, dass durch die Leistung von Alog nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden darf. Bei mittelbar Betroffenen nahmen § 116 Abs. 2 und 3 AFG eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses vor. Die Nichtleistung (»Ruhen«) trifft aus-

nahmsweise⁵⁵ in zwei Fällen ein (Abs. 3). (1) Wenn der Arbeitskampf auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen der mittelbar Betroffenen »abzielt«, dh. es gilt derselbe TV. (2) Der Anspruch soll ruhen, wenn »die Gewährung des Arbeitslosengeldes den Arbeitskampf beeinflussen würde«. Das Nähere zu Abs. 3 kann eine Anordnung der Bundesagentur für Arbeit (BA) unter Zustimmung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) bestimmen, um bei der »Vielfalt der bei Arbeitskämpfen möglichen Interessenlagen«⁵⁶ die allgemeine Neutralität der BA abzusichern. Abs. 4 enthielt die alte Unbilligkeitsregelung, wonach – hier der Verwaltungsrat der BA – Leistung gewähren kann, wenn das Ruhen nach Abs. 3 »nicht gerechtfertigt« ist.

Schließlich werden mit der sorgfältigen Ausformulierung der Regelungen des Kug nunmehr auch sehr spezifisch § 116 Abs. 1, Abs. 3 und 4 AFG auf das Kug angewandt (§ 70 AFG), während der entsprechende § 129 AVAVG pauschal geblieben und kaum praktisch relevant war. Aber erst § 116 AFG 1986 regelt einige Kug-spezifische Probleme genauer (unten IV.2.).

b) Vages Gesetz und klare Rechtslage

Für 15 Jahre bis 1984 blieb § 116 AFG weitgehend unangefochten. Allerdings brachte erst der große »Praxistest« durch die massenhaften Fernwirkungen des Metallstreiks von 1971⁵⁷ eine klare Lösung. Der Präsident der BA *Stingl* ordnete die Nichtzahlung von Leistungen an, da überall die gleichen Forderungen erhoben würden, was der Verwaltungsrat über die Billigkeitsklausel in § 116 Abs. 4 AFG wieder beseitigte. Der Konflikt wurde anschließend in der Sozialgerichtsbarkeit entschieden und hatte eine Neutralitätsanordnung des Verwaltungsrats von 1973 zur Folge.

LSG B-W 1972 und BSG 1975⁵⁸ erklärten den *Stingl*-Erlass für gesetzeswidrig. Sie verstanden den Grundsatz des § 116 Abs. 1 AFG (Eingriffsverbot) unter Bezug auf das Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG als Gebot radikaler Enthaltung. Die BA müsse ihre Leistungen Alog und Kug wie immer erbringen und jegliche Wertung hinsichtlich des Arbeitskampfes und seiner Folgen vermeiden.⁵⁹ Dass man das mit dem BSG »passive Neutralität« nennt und sich damit in die semantischen Untiefen des »Neutralitäts-Verständnisses« begibt,⁶⁰ hilft nicht weiter. § 16 Abs. 3 Nr. 1 (»Abzieltatbestand«) beschränkt sich nach Ansicht des BSG auf Arbeitskämpfe für denselben fachlichen und räumlichen tarifvertraglichen Geltungsbereich. § 16 Abs. 3 Nr. 2 (»Einflussatbestand«) gelte nur für den Fall, dass die Leistung von Alog die Kampfsituation in *wesentlichem* Umfang ändern könnte. Dies ist zwar auch eine Wertung, aber sie wird mit »wesentlich« eng gehalten. Und sie etabliert eine strenge Beweislast der BA, will sie Leistungen versagen.

Obwohl nicht Streitgegenstand, sah das BSG 1975⁶¹ auch in der NeutralitätsAnO der BA von 1973⁶² die Gefahr eigener Wertung bei den Einzelfallentscheidungen nach § 4 Nr. 2

46 BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C.1.2.b) (2). Ausführlich und krit. Däubler-Ögüt (Fn. 23), § 19 Rn. 87–106.

47 LAG NRW, 3.11.1978 – 3 TaBV 96/78 – EZA § 76 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 6.

48 Dazu deutlich Gagel, NZA 1985, 793 und Jura 1989, 281; BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 35–39; umfassend: Patett, Arbeitskämpferfernwirkungen, Lohnrisiko und Mitbestimmung, 1984 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 1984), S. 360 ff.

49 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 129 f.

50 Zur Kritik an der Parität: Colneric, AuR 1986, 8–11 mwN. in Fn. 22.

51 Ausführlich Colneric, AuR 1986, 8, 12–14. Überhaupt nicht erwähnt bei Seiter (Fn. 29), S. 65–75.

52 BT-Drs. V/2291, S. 111.

53 BT-Drs. V/2291, S. 81 f. zu § 105 AFG eine kleine Änderung in Abs. 4 S. 3.

54 BT-Drs. V/4110, S. 19 f.

55 BT-Drs. V/4110, S. 20.

56 BT-Drs. V/4110, S. 19.

57 Zu ihm www.gewerkschaftsgeschichte.de/1967-bis-1974-gewerkschaften-55484-1971-der-grosse-metall-tarifkonflikt-56859.htm (18.3.2025).

58 BSG, 9.9.1975 – 7 RAR 5/73 – BSGE 40, 190.

59 BSG, 9.9.1975 – 7 RAR 5/73 – BSGE 40, 190, 197 f., juris Rn. 58 f.; ebenso BSG, 5.6.1991 – 7 RAR 26/89 – NZA 1991, 982, 985 f.; BSG, 4.10.1994 – 7 KAR 1/93 – NZA 1995, 320, 341 f.

60 Das BSG, 9.9.1975 – 7 RAR 5/73 – BSGE 40, 190 Rn. 52 mit Verweis auf die Kritik am Prinzip von *Tennstedt*, AuR 1973, 168.

61 BSG, 9.9.1975 – 7 RAR 5/73 – BSGE 40, 190, 197 f., juris Rn. 49.

62 Amtliche Nachrichten der BA (ANBA) 1973, 365.

NeutralitätsAnO, wonach die Leistungen ruhten, wenn die Gewerkschaft für den mittelbar betroffenen Bereich »nach Art und Umfang gleiche Forderungen« (Nr. 2) erhoben hatte.

3. Fazit

Letztlich ging es um eine weitgehend unabhängige Realisierung des Sicherungsauftrags der Sozialversicherung: Nur dann, wenn der Einfluss auf den Arbeitskampf es zwingend erforderte, sollten Leistungen versagt werden. Das brachte Rechtssicherheit und machte § 116 AFG praktikabel. Selbst *Seiter*, ab 1984 ein eifriger Verfechter einer Gesetzesänderung, bespricht 1979⁶³ das Urteil des BSG von 1975 im Hinblick auf die Kampfparität (noch) positiv, weil der Lohnverlust nach der Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung des BAG und der nur teilweise Lohnersatz durch Leistungen der BA die Beschäftigten schon stark genug treffe.

Zwar gab es neben der restriktiven Interpretation des BSG⁶⁴ auch andere Interpretationsmöglichkeiten. Etwa die, dass nach dem Neutralitätsgebot und dem »Beeinflussungstatbestand« Leistungen zu versagen seien, wenn die »Partizipation« am Ergebnis des Arbeitskampfes wahrscheinlich sei.⁶⁵ Oder beide Aspekte seien in einer klaren und dominanten Interpretation des Partizipationstatbestands zu verbinden.⁶⁶ Aber die Lösung des BSG schuf Rechtssicherheit und wurde in der Praxis akzeptiert.⁶⁷

IV. Endstand § 116 AFG 1986 (später § 146/160 SGB III)

1. 1986 Partizipation als Ruhensgrund

Der Streik und die folgende massive Aussperrung von 1984 in der Metallindustrie um die 35-Stunden-Woche⁶⁸ führten zu vielen Freigesetzten in anderen Tarifbezirken und zur Weisung des Präsidenten der BA *Franke* vom 18. Mai 1984,⁶⁹ wonach an die mittelbar in den anderen Metallbezirken Betroffenen keine Leistungen zu zahlen seien, denn in den anderen Tarifbezirken seien »nach Art und Umfang gleiche Forderungen« im Streit. Das war der Wortlaut der Neutralitätsanordnung vom 22. März 1973 mit der Ausnahme, dass nun auch entschieden wurde, es reiche die Gleichheit hinsichtlich der »Hauptforderung« (35-Stunden-Woche) aus. Die Sozialgerichte erklärten den Erlass im einstweiligen Rechtsschutz unter Verweis auf die übliche restriktive Interpretation des § 116 AFG 1969 für rechtswidrig.⁷⁰

Die dann folgende massive rechts- und sozialpolitische Auseinandersetzung mündete in der Neufassung des § 116 AFG 1986 durch die CDU-FDP-Koalition, die an den *Franke*-Erlass anknüpfte. Sie behielt das Regel-Ausnahme-Muster des AFG 1969 bei. Klar gestellt wird in Abs. 1 S. 2 nunmehr ausdrück-

lich, dass Leistungen immer zu gewähren sind an Beschäftigte außerhalb des fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften TV. Und es wird jetzt allein auf die Partizipation am Ergebnis des Arbeitskampfes abgestellt, es gelte einem sog. Stellvertreterarbeitskampf⁷¹ die Wirksamkeit zu nehmen:

- a) Abs. 3 S. 1 Nr. 1 enthält noch einmal die alte (enge) Fassung des Partizipationstatbestands (gleicher fachlicher und räumlicher Geltungsbereich), womit bei einem bundesweiten TV und regionalen Streiks alle Freigesetzten keine Leistungen erhalten.⁷²
- b) Völlig neu ist die zweite, zweigliedrige Variante des Partizipationstatbestands in Nr. 2: (1) es sind Beschäftigte mittelbar betroffen im fachlichen, aber nicht räumlichen Geltungsbereich, (2) für sie wird ebenfalls eine Hauptforderung erhoben, die einer Hauptforderung im Streikgebiet nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinzustimmen und das Ergebnis des Arbeitskampfes würde auch »aller Voraussicht nach« für sie übernommen werden. Die Nr. 2. beschränkt vor allem – wenn nicht gar allein – die Streiktätigkeit der IG Metall,⁷³ die getrennt in Bezirken verhandelt und Tarifverträge schließt, aber nur in einigen Bezirken streikt.

Die Entscheidung, ob der Tatbestand des § 116 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 erfüllt ist, trifft ein »Neutralitätsausschuss« dem unter Leitung des Vorsitzenden des Vorstands je drei Vertreter der Beschäftigten- und der Arbeitgeberbank des Verwaltungsrats angehören (§ 380 AFG).

Der Anspruch der nicht tarifvertragsgebundenen Außen-seiter im fachlichen Geltungsbereich (zB. Metallindustrie) ruht gem. § 116 Abs. 3 S. 3 AFG, wenn der umkämpfte oder ähnliche Tarifvertrag nach den Arbeitskämpfen auf sie »angewandt würde« – was auch immer das heißen mag.

Abs. 4 enthält die alte Billigkeitsklausel. Der Verwaltungsrat der BA kann für »eine bestimmte Gruppe« von Beschäftigten Leistungen ermöglichen, wenn das Ruhen »ausnahmsweise nicht gerechtfertigt« ist.

Das Hessische LSG⁷⁴ hatte den Tarifparteien wegen möglicher Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG einen (einstweiligen) Rechtsschutz gegenüber den »internen« Regelungen der BA gegeben, was in Abs. 6 nunmehr für die Beschlüsse des Neutralitätsausschusses übernommen wird. Damit wird der Streit auf die kollektive Ebene gezogen, wo er ja auch real stattfindet.

2. Kurzarbeitergeld in §§ 72 Abs. 1a, 133 AFG (§§ 174/100 SGB III)

Die Regelung wurde mit § 100 SGB III in das Recht des Kug eingepasst. Auch Kurzarbeit-Null ist ein Versicherungsfall,⁷⁵ so dass das »Arbeitskampfrisiko« voll erfasst wird. Kug setzt voraus, dass die Reduktion der Arbeitszeit »unvermeidbar« ist und Kug ist in einem kollektiven Leistungsprozess eingebunden. Zur »Unvermeidbarkeit« gibt es nun umfangreiche Darlegungs-

63 *Seiter*, FS 25 Jahre BSG, 1979, S. 515, 533 f. Anders dann *Seiter* (Fn. 29), S. 167 ff.

64 Ähnlich *Schwerdtfeger*, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf: neue Aspekte zum unbestimmten Gesetzesbegriff, Berlin 1974, S. 72 ff.

65 *Kreuzer*, Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Freiburg iB. 1975, S. 47–68.

66 *Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1974.

67 So *Mückenberger*, Produktionsverflechtung und Risikoverantwortung, Baden-Baden 1992, S. 20–30; *Schwerdtfeger*, Rechtsfragen zu § 116 AFG nF., Berlin 1990, S. 17 ff.

68 *Kittner* (Fn. 30), S. 707–710.

69 Runderlass des Präsidenten der BA vom 18.5.1984 – IIIa 4-7116, abgedruckt bei Hessisches LSG, 22.6.1984 – L 10/Ar 813, 814, 815/84 (A) – juris Rn. 6 ff. *Unterhinninghofen*, DuR 1985, 5; *Kittner* (Fn. 30), S. 706–710.

70 SG Frankfurt, 12.6.1984 – S 7/Ar 534/84 (A); Hessisches LSG, 22.6.1984 – L 10/Ar 813, 814, 815/84 (A) – juris. Nachgehend im Hauptsacheverfahren dann BSG, 5.6.1991 – 7 RA 26/89 – BSGE 69, 25.

71 BT-Drs. 10/4989, S. 7 f.

72 BT-Drs. 10/4989, S. 5.

73 Ausführlicher *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 SGB III, Frankfurt aM. 2017, S. 44 f. und 56 ff.

74 Hessisches LSG, 22.6.1984 – L 10/Ar 813, 814, 815/84 (A) – juris Rn. 56 ff.

75 BeckOGK/Bieback (Fn. 9), § 96 Rn. 196 f.

pflichten des Arbeitgebers mit Stellungnahme des Betriebsrats. Das ist eine Lösung, die rein sozialrechtlich ohne Bezug auf die restriktive Rechtsprechung⁷⁶ zur »Neutralitätspflicht« des Betriebsrats bei Arbeitskämpfolgen ist. Ist die BA der Ansicht, der Arbeitsausfall sei keine Folge eines Arbeitskampfes, *hat* die BA »gleichwohl« zu leisten, obwohl der Arbeitsausfall vermeidbar wäre, an sich also kein Kug-Fall vorliegt. Problematisch bleibt die schutzlose Stellung der Beschäftigten in betriebsratslosen Betrieben, denn Kug können nur der Arbeitgeber oder der Betriebsrat beantragen.⁷⁷

3. Maßgebliche Festlegungen und Interpretationen des BVerfG 1995

Es dauerte fast 10 Jahre der Gewöhnung der Arbeitskämpfpraxis an die Neuregelung⁷⁸ bis das BVerfG auf die vielen Prüfungsanträge zum neuen AFG 1995 reagierte. Nach Ansicht des BVerfG beschränke § 116 Abs. 2 AFG die mit Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Streikfreiheit der Gewerkschaften erheblich und zwingt ihnen eine andere Streiktaktik auf. Die Regelung bewege sich aber »noch« im weiten Spielraum rechtmäßiger Regulierungen, den der Gesetzgeber habe, um in verhältnismäßiger Weise die Parität der Tarifvertragsparteien und die Tarifautonomie zu sichern⁷⁹ (fördernde, positive Neutralität⁸⁰). Damit wird akzeptiert, dass der Gesetzgeber den Grundsätzen der Arbeitskämpfdogmatik des BAG gefolgt ist. Auch die Festlegung des Gesetzes, Leistungen nicht nur wegen tatsächlicher, sondern auch möglicher (»aller Voraussicht nach«) Partizipation zu versagen, hält das Gericht angesichts der Vielzahl der Fälle für sachgerecht.

4. Zwischenfazit

Der Gesetzgeber hat den neuen § 116 AFG 1986 von den Axiomen des Arbeitskämpfrechts her konzipiert. Das BVerfG hat das 1995 wegen des legitimen Spielraums des Gesetzgebers verfassungsrechtlich akzeptiert. Dabei hatte das BSG 1991⁸¹ zum Arbeitskampf 1984 noch unter Geltung des § 116 AFG 1969 auf zwei Punkte hingewiesen, die schon in der Neutralitäts-AnO von 1973 ähnlich wie dann im § 116 AFG 1984 (zu) große Spielräume eröffnen und Unsicherheiten bringen: (1) Die Forderungen in den unterschiedlichen Tarifvertrags-Bezirken wären nicht gleich gewesen, sondern hätten erheblich differiert und (2) die Prognose wäre unsicher gewesen, ob die im Kampfgebiet erreichten Ergebnisse in den anderen Bezirken übernommen werden würden.

V. Was bleibt an Problemen?

§§ 116 und 72 Abs. 1a AFG 1986 wurden in §§ 146/160 und § 100 SGB III ohne Änderungen übernommen. Mit der Entscheidung des BVerfG sind die Probleme ruhiggestellt, aber nicht beseitigt. Auf einige sei hingewiesen.

76 BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; ErfK/Kania (Fn. 23), § 87 BetrVG Rn. 38.

77 BeckOGK/Bieback (Fn. 9), § 100 Rn. 43; BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 81.

78 Kittner, in: Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (Hrsg.), Gewerkschaftsrechte heute, HSI-Schriftenreihe Band 52, Frankfurt aM. 2024, S. 107, 116–119, dort auch zur lückenhaften Rezeption des Bayernstreiks 1995; Deinert, AuR 2010, 290 und in Fn. 45–48.

79 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 105 ff. So schon BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229, juris Rn. 36 ff. BAG, 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292, NJW 1971, 1668, 1669 unter III.B.1.

80 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 114 ff., 125 f.

81 BSG, 5.6.1991 – 7 RAR 26/89 – BSGE 69, 25.

1. Ausgangspunkt: Grundrechtskonkurrenz und aktive versus passive Neutralität

In der intensiven verfassungsrechtlichen Diskussion um § 116 AFG 1986 war Ausgangspunkt des Gesetzgebers wie auch des BVerfG, es gebe eine Konkurrenz zwischen gleich wichtigen Grundrechten der Gewerkschaften und der Arbeitgeber, zwischen denen ein gesetzlicher Ausgleich notwendig sei, um das »Verhandlungsgleichgewicht« zu gewährleisten. Aber das verlangt eine Analyse der Ausgangsbedingungen. Immerhin prüft das BVerfG vor allem einen Eingriff in die Streikfreiheit und stellt fest, dass sie gefährdet sei,⁸² wie es auch offenlässt, ob § 116 AFG 1984 umstandslos für die Aussperrung gelten sollte, und ob dann nicht ein Übergewicht der Arbeitgeber drohe (sogleich 7).

Geht es dem BVerfG darum, dass beide Seiten ihre Grundrechte ausüben können,⁸³ sind auf Seiten der Beschäftigten zuerst Streikfreiheit und Streikdrohung notwendig, um überhaupt ein kollektives Verhandlungssystem zu schaffen.⁸⁴ Das wiederum spricht bei der Interpretation des Gesetzes für den Vorrang des freiheitsrechtlichen Ansatzes beim Schutz der Koalitionsfreiheit der Beschäftigten und für eine restriktive Interpretation der staatlichen Regulierung, ähnlich dem BSG von 1975⁸⁵ – eine Kontroverse, die auch die gegenwärtige Kommentarliteratur durchzieht.⁸⁶ Zentral für eine aktive Grundrechtsausübung ist aber, dass ihre rechtlichen Folgen für die Grundrechtsträger berechenbar sind. Das war beim AFG 1969 in der Interpretation des BSG eher gewährleistet, als beim AFG 1986 mit einer Anhäufung von vagen Begriffen.

2. Fakten zur Gefährdung des Verhandlungsgleichgewichts

Die Orientierung der Gesetzgebung am »Verhandlungsgleichgewicht«, der »Parität«, hätte einmal eine realistische Einschätzung der Optionen und Kräfte erfordert. Die fehlt. Einmal tragen die mittelbar betroffenen Beschäftigten ein erhebliches,⁸⁷ oft sogar das ganze Lohnrisiko,⁸⁸ während die Arbeitgeber das Ausfallrisiko in den Lieferverträgen durch Freizeichnungsklauseln⁸⁹ oft abwälzen können. Zudem haben die Arbeitgeber jederzeit die Möglichkeit, die bis dahin nur mittelbar Betroffenen auszusperrten und sie so direkt in den Arbeitskampf einzubeziehen und damit Leistungen der BA an sie auszuschließen, wie es im Arbeitskampf 1984⁹⁰ geschah. Finanziell kann die Gewerkschaft schnell an den Rand ihrer finanziellen Möglichkeiten geraten.

Für die reine Beeinträchtigung des Verhandlungsgleichgewichts ist die alte »Beeinflussungs-Doktrin« viel geeigneter als die gewählte »Partizipations-Doktrin«. Mangelnde empirische Fundierung der Bedrohungen der Parität und die Wahl eines problematischen Maßstabs fängt das BVerfG mit dem »Gestal-

82 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 105, 113, 121 f., 123 f. Ausführliche Analyse bei Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger (Fn. 73), S. 24–33 mwN.

83 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365 Rn. 107.

84 Früh Ausgangspunkt bei Jülicher, DB 1973, 721; Muhr, RDA 1973, 12; Muhr, AuR 1966, 13.

85 BSG, 9.9.1975 – 7 RAR 5/73 – BSGE 40, 190, juris Rn. 52–64.

86 Einerseits restriktive Interpretation: Schubert, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB III, 3. Aufl., Saarbrücken 2023 (im Folgenden jurisPK-SGB III), § 160 Rn. 48 f.; Valgolio, in: Oppermann (Hrsg.), Hauck/Noftz SGB III, Berlin 2020 (im Folgenden: Hauck/Noftz), § 160 Rn. 41; Deinert, AuR 2010, 290, 294 f.; andererseits gestaltende Neutralität BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 13.

87 Selbst bei Leistung der BA machte die einzige genaue Berechnung Mückenberger (Fn. 67), S. 186 ff.

88 Die einzige genaue Berechnung zum Lohnverlust bei Leistung der BA machte Mückenberger (Fn. 67), S. 186 ff. Insgesamt jetzt dazu Kittner (Fn. 78), S. 107–113.

89 Dazu Kittner (Fn. 78), S. 107 f.

90 Vgl. Kittner (Fn. 30), S. 707–710.

tungsspielraum des Gesetzgebers« auf. Das ist konsistent, denn grundsätzlich ist der Sozialgesetzgeber nach Ansicht des BVerfG nicht gezwungen, unter mehreren geeigneten Orientierungen und Mitteln immer das absolut am wenigsten eingreifende zu wählen, soweit die Wahl nicht auf ein »ganz untaugliches« und »abwegiges« Mittel fällt.⁹¹ Aber wo endet eine schlechte Gesetzgebung und wo beginnt der nicht mehr zu rechtfertigende Eingriff in Grundrechte?

3. Vage Begrifflichkeiten: Rechtssicherheit und Auslegung

Seit dem AFG 1969 steht im Zentrum der sozialrechtlichen Diskussion die Rechtssicherheit der Gewährung. Klar und sicher in der Normierung war auch § 116 AFG 1969 nicht, wie schon die Literatur vor dem großen Konflikt von 1984 ff. zeigte. Erst LSG Baden-Württemberg und BSG fanden eine handhabbare restriktive Interpretation.

Die Fassung von 1986 bringt noch mehr vage Begriffe. In § 116 AFG sind es: »gleich, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen«, »aller Voraussicht nach«, »im Wesentlichen [...] übernommen [...] wird«, »auf Grund des Verhaltens [...] als beschlossen gilt«, »auf ihn angewendet würden«. In § 110 AFG sind es: »unvermeidbar«, »Vertretbarkeit der Fortführung der Arbeit zu berücksichtigen«. Und dann ist oberste Richtschnur die Wahrung der »Parität«, für die selbst nach Formulierung des BVerfG⁹² gilt: »Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen.«

4. Entscheidend sind unsichere Prognosen

Die mit dem Partizipationstatbestand verbundene Prognose, ob das Arbeitskampfergebnis bei den mittelbar Betroffenen im fachlichen Geltungsbereich tatsächlich übernommen wird, ist hochproblematisch. Welcher Grad an Wahrscheinlichkeit soll es sein? Das BVerfG spricht von »aller Voraussicht nach«⁹³ und meint damit wohl ein tatsächliches Verhalten sehr unterschiedlicher Akteure auf Arbeitgeberseite. Die aber sind nicht einheitlich, wie die Arbeitskämpfe der *IG Metall* in Ostdeutschland 1993 und 2003 zeigen.⁹⁴

Ein jetziges Ruhen kann von einem zukünftigen Ereignis nur abhängig gemacht werden, wenn der Eintritt dieses Ereignisses schon beim Arbeitskampf weitgehend normativ gesichert ist. Wie soll das zB. bei nicht Tarifgebundenen gehen?⁹⁵ Die BA kann die Übernahme im Zeitpunkt des Arbeitskampfes nicht eruieren. Die internen Weisungen der BA⁹⁶ enthalten dazu nichts.

5. Risikotragung und Vermeidbarkeit der Freisetzung

Ein großer Vorteil der Änderung von 1986 ist, dass erstmals überhaupt eine angemessenere Einordnung in das System des

Kug erfolgt. Ist die Einstellung der Produktion wegen der Streiks in anderen Betrieben gem. § 96 Abs. 4 SGB III »vermeidbar«?⁹⁷ Welche Anforderungen an die vorausschauende Lagerhaltung sind zu stellen? Die BA hat hierzu ausführliche Weisungen erlassen, die die Komplexität deutlich machen.⁹⁸ Wie sollen die unter Zeitdruck überprüft werden? Und ohne Betriebsrat können die Beschäftigten ihre Ansprüche nicht realisieren.

6. Kausalitäten und betriebliche Einzelentscheidungen

§ 116 Abs. 3 EinlS. AFG 1986 setzt Entscheidungen über *Kausalität* voraus, die das strikte Konzept des §116 AGB 1969 weitgehend, aber nicht völlig vermied. Das sozialrechtliche Konzept der »wesentlichen Kausalität«⁹⁹ anzuwenden, formuliert das Problem nur neu: Es sind oft wenig transparente Entscheidungen der Arbeitgeber zu beurteilen, deren tatsächliche Grundlage nicht klar ist; für die Wertung ihrer »Unvermeidbarkeit« fehlt es an Maßstäben. Auf der Basis mehr oder weniger plausibler Vermutungen werden durch Beitragszahlungen begründete Ansprüche versagt. Bei Nicht-Tarifgebundenen sind das sogar unzählige Einzelfallentscheidungen der BA, denen unmöglich hinreichende Ermittlungen vorausgehen können. Der Neutralitätsausschuss beurteilt nicht diese Kausalitäten, sondern nur die Übernahmewahrscheinlichkeit.

Was gilt bei Kausalitätsketten, wenn die Produktionseinstellung der mittelbar betroffenen Betriebe wieder andere Betriebe mittelbar betrifft?¹⁰⁰ Ähnlich vage bleibt die Ausnahme, bei »Härtefällen« zu leisten, früher individuell, jetzt gruppenbezogen (§ 116 Abs. 4 AFG).

7. Probleme der Aussperrung

Traditionell gelten alle Lösungen gleichermaßen für Streik und Aussperrung. Hier hat das BVerfG 1995¹⁰¹ gesehen, dass die mittelbare Betroffenheit bei einer Aussperrung das Verhandlungsgleichgewicht zu Lasten der Gewerkschaften erheblich stören kann. Das BAG, ging bei seinen Grundlagenurteilen zum Arbeitskampsrisiko von der Geltung des alten AFG 1969 aus und es hat zu dieser neuen Konstellation bei ebenfalls grundsätzlicher Zurückhaltung gegenüber der Aussperrung, nichts gesagt.¹⁰² Diese Unsicherheit trifft die Arbeitgeber, lässt ihnen aber ein Drohpotential.

8. Probleme der Tarifaußenseiter im fachlichen Geltungsbereich

Ein völlig unterbelichteter Aspekt¹⁰³ ist in der gesamten Dogmatik des »Arbeitskampsrisikos« wie des § 116 AFG 1986/§ 160 SGB III die mangelnde Absicherung der Tarifaußenseiter in nicht streikenden Betrieben außerhalb des regionalen, aber im fachlichen Geltungsbereich des umstrittenen Tarifvertrags. Für sie sind, wie gerade (in 4., 5. und 6.) dargelegt, die Voraussetzun-

91 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit) Rn. 127, immerhin unter Verweis auf einige Ausnahmen; BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht) Rn. 93 und 95; BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – BVerfGE 77, 84 (Verbot AN-Überlassung) Rn. 75 (Zitat).

92 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 110.

93 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 156.

94 Kittner (Fn. 30), S. 687–694.

95 Vgl. die Diskussion bei jurisPK SGB III-Schubert (Fn. 86), § 160 Rn. 82; Hauck/Noftz-Valgolio (Fn. 86), § 160 Rn. 41; Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Hrsg.), NomosKommentar SGB III, 7. Aufl., Baden-Baden 2021, § 160 Rn. 103. Sehr oberflächlich dazu Kreuzer (Fn. 65), S. 90–93, 98 f.

96 Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch – SGB III § 160 SGB III Ruhen bei Arbeitskämpfen vom 1.8.2024; Weisungen zum Kug 202410002 vom 4.10.2024 – Ruhen von Ansprüchen auf Kurzarbeitergeld bei Arbeitskampf nach § 100 SGB III.

97 Kein Kug; jurisPK SGB III-Schubert (Fn. 86), § 160 Rn. 62; Hauck/Noftz-Valgolio (Fn. 86), § 160 SGB III Rn. 26; Düe, in: Brand (Hrsg.), SGB III, 9. Aufl., München 2021, § 160 SGB III Rn. 26.

98 Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – SGB III §§ 95–100 und 103–109 SGB III vom 20.12.2018, Nr.6, S. 55–62; Weisungen zum Kug 202410002 vom 4.10.2024 – Ruhen von Ansprüchen auf Kurzarbeitergeld bei Arbeitskampf nach § 100 SGB III.

99 BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 110 mwN.

100 Ruhen vereinend für das AFG 1969 BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 165 mwN.

101 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 128.

102 Gut vertretbar, hier häufiger das Ruhen zu verneinen, s. jurisPK SGB III-Schubert (Fn. 86), § 160 Rn. 26 mwN.

103 Keiner der Kommentare zu § 160 SGB III hat für sie eine Lösung, bis auf die Nennung des Problems und Lösungsansätze bei BeckOGK/Bender (Fn. 9), § 160 Rn. 118.

gen nicht angemessen geregelt und praktisch nicht umsetzbar. Und bei ihnen wird spätestens deutlich, wie wenig die Ableitung der Lösungen aus den vagen Prinzipien des Arbeitskampfrechts passt: Die Tarifaußenseiter werden weder an der Lösung des Tarifkonflikts auch nur halbwegs überzeugend prognostizierbar teilhaben; noch wird die Zahlung von Alog oder Kug an sie den Arbeitskampf beeinflussen, allenfalls übt sie Druck auf die Organisierten aus, die keine Leistungen erhalten.

9. Zentralisierung und Auslagerung der Entscheidungen

Schon im AVAVG sollte die Reichsanstalt die vagen Rechtsbegriffe durch Richtlinien konkretisieren, und damit letztlich handhabbar machen. Das AFG 1969 verdoppelte dieses System noch um die grundlegende Konkretisierung über eine Anordnung der Spitze der BA und eine »Billigkeitsentscheidung« des Verwaltungsrats. Das führte dann auch beim Arbeitskampf 1971 zum Konflikt zwischen beiden Gremien.

Die Regelung von 1986 trennt die Kompetenzen klarer, da die Gewährung nach Billigkeit nur noch für begrenzte Regionen und Gruppen durch den Verwaltungsausschuss des Landesarbeitsamts erlassen werden kann. Im paritätisch besetzten Neutralitätsausschuss (§ 380 SGB III) hat der Vorsitzende des Vorstands das entscheidende Gewicht. Jetzt fehlt es aber völlig an einer rechtlich bindenden Konkretisierung dieser Entscheidungen, was die Rechtsunsicherheit noch steigern wird. Die direkte Klagemöglichkeit zum BSG (§ 160 Abs. 6 SGB III) wird immer erst im Nachhinein Klarheit verschaffen.

10. Revision?

Das BVerfG hatte 1995 deutlich gemacht, dass der Spielraum des Gesetzgebers nicht auf die 1986 erlassene Regelung reduziert war. § 116 AFG 1986 sei zwar noch verfassungsgemäß. Es gäbe aber eine Pflicht zur Nachregulierung,¹⁰⁴ wenn die Streikfreiheit der Gewerkschaften und das Verhandlungsgleichgewicht zukünftig gefährdet seien. Explizit nennt es¹⁰⁵ die fortschreitende Vernetzung, eine verstärkte Aussperrungsaktivität auf Arbeitgeberseite und die nachlassende Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden.

Dass dies nach 22 Jahren eingetreten sei, wird von einer Autorengruppe 2017 umfangreich festgestellt:¹⁰⁶ »Ein Erzwingungsstreik hat für die IGM heute mit hoher Wahrscheinlichkeit unkontrollierbare Fernwirkungen«. Umso ernüchternder ist, dass die nach 1984 folgenden rot-grünen oder schwarz-roten Koalitionen sich nicht an eine Neuregelung gemacht haben.

Auch die vielen vagen Begriffe in § 160 SGB III können restriktiv interpretiert werden. *Deinert*¹⁰⁷ hat eine Interpretation des § 146 bzw. 160 SGB III vorgelegt, die im Ergebnis das Niveau der klaren Interpretation des BSG von 1975 und 1991 erreicht. Nur ist das jetzt (noch) nicht sozialgerichtlicher Standard. Zu diesem Zweck justitiable Konflikte zu initiieren, ist risikoreich.

Im Ergebnis schaden diese vielfältigen Rechtsunsicherheiten vor allem den Gewerkschaften.

¹⁰⁴ BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 113.

¹⁰⁵ BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, juris Rn. 127–130.

¹⁰⁶ *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger* (Fn. 73), S. 33 ff., 84 ff., (Zitat S. 85). Vgl. auch *Berg/Kocher/Schumann* (Hrsg.), TVG/AKR, 7. Aufl., Frankfurt aM. 2021, Teil 4, Rn. 352; *Hlava*, SR 2021, 233, 247.

¹⁰⁷ *Deinert*, AuR 2010, 290, 295 ff.

Schnittstellen von Leistungserbringungsrecht und Tarifrecht: Exploration eines Problemfelds am Beispiel des SGB XI

PROF. DR. JUDITH BROCKMANN, MAÎTRE EN DROIT, UNIVERSITÄT KASSEL¹

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag analysiert die Schnittstelle von Leistungserbringungsrecht und Tarifrecht im SGB XI. Ein echter Tarifbezug kann gute Arbeitsbedingungen sichern und einem Personalkostenwettbewerb entgegenwirken. Kritisch sind jedoch die Beschränkung auf einzelne Entgeltbestandteile sowie die Auflösung des Tarifbezugs in der aktuellen Gesetzesfassung zu sehen. Plädiert wird für eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens, der die Bedeutung kollektiver Regelungen anerkennt und Tarifverträge als tragende Säule sozialstaatlicher Qualitätssicherung nutzt.

ABSTRACT The article analyses the interface between service provision law and collective bargaining law in SGB XI. A genuine reference to collective agreements can ensure good working conditions and counteract personnel cost competition. However, the restriction to individual remuneration components and the dissolution of the collective bargaining reference in the current version of the legal text must be viewed critically. A plea is made for further development of the legal framework that recognizes the importance of collective regulations and uses collective agreements as a mainstay of quality assurance in the welfare state.

I. Einleitung

Aktuelle Entwicklungen im Gesundheits-, Sozial- und Pflegewesen sowie den entsprechenden sozialrechtlichen Regelungen sind Anlass, die Bedeutung von Tarifverträgen im sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht näher zu untersuchen.²

Die Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht sind nicht von der Hand zu weisen und grundsätzlich anerkannt. Dabei wird der Fokus in der rechtswissenschaftlichen Forschung allerdings bisher primär auf den Zusammenhang von Arbeitsverhältnissen, Arbeitnehmeneigenschaft und sozialer Sicherung (Statusfragen, Versicherungs- und Beitragspflicht einschließlich der Leistungsansprüche) gelegt und nur vereinzelt auf kollektiv-arbeitsrechtliche Bezüge. Zu letzteren gehört etwa die Rolle der Verbände und Gewerkschaften in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger.³ Obgleich *Hlava* in seiner Bestandsaufnahme gezeigt hat, dass Tarifverträge in unterschiedlicher Weise in zahlreichen sozialrechtlichen Vorschriften Erwähnung finden,⁴ und die hier relevante Entwicklung der Berücksichtigung von Tariflöhnen in der Langzeitpflege von der rechtswissenschaftlichen Literatur begleitet worden ist, ist die grundlegende rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Verhältnis von Tarif- und Sozialrecht bislang weitgehend ein Desiderat.⁵

Auslöser aktueller rechtlicher und rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen ist eine Reform der Regelung des § 72 SGB XI über die Zulassung von Pflegeeinrichtungen zur Leistungserbringung. Sie ist als Maßnahme zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen durch eine Stärkung der Tarifbindung intendiert, die ein erklärtes sozialpolitisches Ziel der Regierungskoalitionen sowohl in der 19. als auch in der 20. Legislaturperiode war,⁶ und zwar insbesondere in der Kranken- und Altenpflege.⁷ Durch die jüngsten Reformen wurde die Zulassung von Pflegeeinrichtungen zur Leistungserbringung – vereinfacht gesprochen – an die Voraussetzung geknüpft, dass sie Pflege- und Betreuungskräften Arbeitsentgelte zahlen, die in Tarifverträgen oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart oder an diesen orientiert sind. Alternativ können auch an regionalen Durchschnittswerten orientierte Entgelte gezahlt werden.⁸

Diese Regelung ist Ausgangspunkt des vorliegenden Beitrags, denn es ist zu Recht gefragt worden, ob die Anerkennung von Tarifentgelten als wirtschaftlich und Zahlung von Tariflohn als Zulassungsvoraussetzung auch auf andere Sozialleistungsbereiche zur Stärkung der Tarifbindung übertragen werden

kann.⁹ Insofern sollen diese soweit möglich im Folgenden mit berücksichtigt werden, ohne dass im Rahmen des vorliegenden Beitrags eine umfassende Untersuchung vorgenommen werden könnte.¹⁰ Zudem ist auch vor dem Hintergrund der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2022/2041¹¹ zur Entwicklung eines nationalen Aktionsplans mit dem Ziel der Erhöhung der Tarifabdeckung¹² zu prüfen, ob die Regelung insoweit als Modell bei der Entwicklung geeigneter Instrumente und Maßnahmen dienen kann. Eine Untersuchung des sozialrechtlichen Regelungsgefüges und eine Analyse aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse zeigen, dass noch erhebliche Forschungsbedarfe bestehen. Die derzeitigen Befunde deuten darauf hin, dass die Regulierung in ihrer derzeitigen Fassung keinen nachhaltigen Beitrag zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch eine Stärkung der Tarifbindung oder mindestens -wirkung¹³ leistet, sondern im ungünstigsten Fall sogar gegenteilige Effekte hervorruft. Dabei zeigen bestehende Tarifverträge, dass sie ein probates Mittel sind, auch im Bereich der sozialrechtlichen Leistungserbringung einen Beitrag zu besseren Arbeitsbedingungen zu leisten.

In einem ersten Schritt ist die Rolle der Leistungserbringer als Arbeitgebende in den Blick zu nehmen (II.). Anschließend soll der sozialrechtliche Regelungszusammenhang erläutert werden (III.). Im Hinblick darauf werden unter Berücksichtigung empirischer Befunde arbeitsrechtliche Aspekte untersucht (IV.), bevor eine erste Einschätzung zu den Anreizwirkungen zur Stärkung der Tarifbindung getroffen werden kann, die von den Regelungen ausgehen (VI.). Abschließend werden weitere Forschungsbedarfe formuliert (VII.).

II. Die Leistungserbringer als Arbeitgebende im Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen

Dienste und Einrichtungen des Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesens werden in Deutschland vor allem durch öffentliche Sozialleistungsträger finanziert, die als Sozialversicherungsträger (Krankenkassen, Pflegekassen, Renten- und Unfallversicherungsträger) oder als kommunale Körperschaften (Sozialhilfe, Eingliederungshilfe, Jugendhilfe) organisiert sind. Diese schließen mit den Diensten und Einrichtungen im Rahmen gesetzlicher und untergesetzlicher Regelungen Verträge über die zu erbringenden Leistungen und deren Vergütung.

1. Trägervielfalt

Hinsichtlich der Dienste und Einrichtungen herrscht entsprechend der gesetzlichen Konzeption Trägervielfalt. Die Träger sind teils öffentlich (zB. Universitätsklinik, kommunale Krankenhäuser und Heime), wobei der Anteil der öffentlichen Träger in den letzten Jahren durch Privatisierungen abgenommen hat. Traditionell war und ist weiterhin ein großer Teil der Träger frei-gemeinnützig. Hierzu zählen die Träger der freien Wohlfahrtspflege, zB. die Arbeiterwohlfahrt, Rotes Kreuz und der

1 Prof. Dr. Judith Brockmann leitet das Fachgebiet Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsrecht am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel.

2 Der Beitrag ist im Rahmen des vom HSI geförderten Projekts »Sozialrechtliches Leistungserbringungsrecht und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie« entstanden.

3 Dazu Braun/Klenk/Nullmeier/Kluth/Welti, SozSich 2008, 245 ff. sowie Welti, SGB 2011, 485 ff. je mwN.; zur Doppelrolle der Gewerkschaften als Tarifvertragsparteien und Interessenvertretung in der sozialen Selbstverwaltung auch Welti/Wiebelitz-Spangenberg, AuR 2017, 59.

4 *Hlava*, SR 2021, 233 ff. sowie *Hlava*, in: Brockmann/Welti (Hrsg.), Sozialrecht und Tarifbindung – Regulierung von Arbeitsbedingungen durch Leistungserbringungsrecht, HSI-Schriftenreihe, Frankfurt aM., im Erscheinen.

5 Dies schmälert freilich nicht den Beitrag der hier zitierten Literatur.

6 Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 96, https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f-9f21a92a618c77aa330foed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag.pdf (24.2.2025).

7 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP vom 24.11.2021, S. 56 und 64, <https://www.spd.de/koalitionsvertrag2021/> (24.2.2025).

8 § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI.

9 *Hlava*, FS Kittner, 2021, S. 161, 167 f.

10 Zum Recht der Eingliederungshilfe ausführlich *Schaumburg*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen sowie zur Leistungserbringung im Krankenhaus nach dem SGB V eingehend *Deister*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

11 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

12 Dazu *Hensel*, AuR 2025, 15 ff.

13 Zu den Begriffen und Konzepten s.u. IV.1.

Paritätische Wohlfahrtsverband, aber auch die konfessionell gebundenen Träger wie Diakonie und Caritas. Zunehmend betätigen sich im Gesundheits-, Sozial- und Pflegebereich aber auch private, gewinnorientierte Unternehmen.¹⁴

Ausdrücklich bestimmt § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI, dass die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren ist und deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten sind. Im Zusammenhang mit der Bedeutung von Tarifverträgen besonders beachtlich ist § 11 Abs. 2 S. 2 SGB XI. Danach ist dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und im Sterben zu begleiten, Rechnung zu tragen. Der vormals bestehende Vorrang öffentlicher Träger wurde aufgegeben.¹⁵ Nunmehr regelt § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI, dass frei-gemeinnützige und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben. Etwas zurückhaltender, aber auch im Sinne einer Subsidiarität eigener Angebote öffentlicher Träger, formulieren § 4 SGB VIII für das Recht der Kinder- und Jugendhilfe, § 96 SGB IX für die Eingliederungshilfe und § 5 SGB XII für die Sozialhilfe das Verhältnis zur freien Wohlfahrtspflege, den Kirchen und Religionsgesellschaftern des öffentlichen Rechts bzw. der freien Jugendhilfe. § 2 Abs. 3 SGB V gibt ebenfalls vor, dass bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten und den religiösen Bedürfnissen der leistungsberechtigten Versicherten Rechnung zu tragen ist.¹⁶ Insgesamt besteht damit ein rechtlich gewollter Markt unterschiedlicher Leistungsanbieter, der reguliert werden muss.

2. Tarifbindung der Träger

Entsprechend der diversen Trägerstrukturen ist auch die Zuordnung zu Arbeitgeberverbänden und die Tarifbindung unterschiedlich. Während die Tarifbindung bei den öffentlichen und nicht-konfessionellen frei-gemeinnützigen Trägern eher hoch ist, gilt dies nicht für die privatwirtschaftlich-gewinnorientierten Träger.¹⁷ Für die konfessionellen Träger findet dagegen das kirchliche Arbeitsrecht Anwendung.¹⁸ Dies führt zu einer Bereichsausnahme für die Geltung des staatlichen Rechtsrahmens ua. für kollektive Arbeitsbeziehungen.¹⁹ Dies entspricht zwar dem religiösen Selbstverständnis der Kirchen und ihrer karitativ-diakonischen Einrichtungen, ist angesichts der Art und Weise ihrer Marktteilnahme und aktueller arbeitsrechtlicher Entwicklungen aber zu Recht kritisiert worden.²⁰ Nur vereinzelt haben Landeskirchen und Trägerverbände für den so genannten Zweiten Weg optiert, also den Abschluss von Tarifverträgen.²¹ Als Rahmenbedingung der hier behandelten Fragen ist entscheidend, dass die Arbeitsverhältnisse derzeit überwiegend auf Basis des so genannten Dritten Weges durch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen festgelegt werden, insbesondere Arbeitsvertragsricht-

linien.²² In der Vergangenheit sind gesetzgeberische Ansätze gescheitert, die auf eine Erstreckung tarifautonomer Regelungen gesetzt hatten.²³ Entscheidende Ursache dafür war eine Veto-Position kirchlicher Träger, die mehrheitlich gegen eine Nutzung von Tarifverträgen entschieden haben.²⁴

III. Der sozialrechtliche Regelungszusammenhang

Nach § 1 SGB I soll das Recht des Sozialgesetzbuchs zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten. Es soll unter anderem dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu schaffen, den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen. Dazu gehört auch, dass die zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig, ausreichend und auf einem angemessenen fachlich-qualitativen Niveau zur Verfügung stehen. Unangemessene Arbeitsbedingungen als Folge eines Kostenwettbewerbs können sich allerdings negativ auf die Qualität sozialer Leistungen auswirken und sind daher auch zu einem sozialrechtlichen Regelungsgegenstand geworden.²⁵

1. Wirkungen sozialrechtlicher Regelungen im Arbeitsrecht

Sozialrechtliche Regelungen haben mehr oder weniger intendierte und mehr oder weniger offensichtliche Wirkungen im Arbeitsrecht. Die Beispiele dafür sind zahlreich.²⁶ Dies gilt auch für die schon angesprochenen Regelungen zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Kosten im Rahmen leistungserbringungsrechtlicher Refinanzierungsregelungen.²⁷ Arbeitsbeziehungen, Arbeitsbedingungen und insbesondere das Arbeitsentgelt werden nach der Konzeption des Art. 9 Abs. 3 GG im Rahmen der Sozialpartnerschaft durch Tarifverträge geregelt. Diese Tatsache wirkt sich nicht nur im Leistungs-, sondern auch im Leistungserbringungsrecht aus. Wenn Leistungserbringer – dies gilt sowohl in der Sozialversicherung wie in anderen Sozialrechtsbereichen – durch öffentliche Mittel vergütet werden, erfolgt immer dann, wenn die Leistungserbringer sich ihrerseits Arbeitnehmender zur Erfüllung ihrer Pflichten bedienen, eine jedenfalls teilweise Refinanzierung der so entstandenen Personalkosten. Deren Höhe ist, soweit Tarifverträge angewandt werden, von diesen abhängig und somit von den Leistungserbringern nicht zu beeinflussen. Das birgt das Risiko, dass ein Wettbewerb zwischen den Anbietern vor allem im Hinblick auf die Personalkosten stattfindet,²⁸ weil es sich um personalintensive Dienstleistungen handelt und die Personalkosten einen gewichtigen, wenn nicht den größten

14 Zum Ganzen *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

15 Am Beispiel des SGB XII *Neumann*, SRa 2007, 216 ff.

16 Dieser Grundsatz wird beispielsweise in § 132 Abs. 2 S. 2 SGB V für die Auswahl von Leistungserbringern von Haushaltshilfe nochmals konkretisiert.

17 *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen; *Schroeder*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

18 *Franzen*, RdA 2020, 75 ff.

19 Statt vieler *Waltermann*, FS Fuchs, 2020, S. 319 ff.

20 *Waltermann*, FS Fuchs, 2020, S. 319 ff.; *Stein*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsrecht und seine Grenzen, Frankfurt aM. 2023, S. 74 ff., je mwN.

21 Bestandsaufnahme bei *Stein* (Fn. 20), S. 75. Zum Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen s. auch *Kettler/Schubert*, FS Preis, 2021, S. 583, 585 sowie https://ag-mav.org/wp-content/uploads/2024/12/TVDN_2024.pdf (24.2.2025).

22 Kritisch wegen des fehlenden Ausgleichs bestehender Machtasymmetrien *Lührs*, AuR 2025, 64 ff.

23 Eingehend *Bieback*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

24 Dazu *Waltermann*, FS Fuchs, 2020, S. 319, 328 f.

25 In diesem Sinne auch *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 60.

26 Besonders prominent ist sicher das Beispiel der sozialversicherungsrechtlichen Privilegierung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse iSd. § 8 SGB IV im Hinblick auf die Sozialversicherungspflicht. Diese führt in der Praxis vielfach und nach wie vor zu Sonderbehandlungen und tatsächlicher Schlechterstellung der Arbeitnehmenden, und zwar trotz des Diskriminierungsverbots in §§ 4 iVm. 2 Abs. 2 TzBfG, exemplarisch BAG, 18.1. 2023 – 5 AZR 108/22 – juris.

27 S.u. Fn. 62.

28 Dazu auch *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen; *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 60.

Ausgabeposten darstellen. Diesen negativen Anreizen will das Sozialrecht entgegenwirken.

Dabei ist im Zusammenhang mit der Neufassung der Vorschrift des § 72 SGB XI kritisiert worden, der Gesetzgeber überschreite seine Kompetenz, wenn er arbeitsrechtliche Regelungen im Sozialrecht treffe.²⁹ Das Argument trägt allerdings nicht. Man mag die Dispersität arbeitsrechtlicher Regelungen bedauern. Ein Verbot, arbeitsrechtliche Regelungen in das SGB einzufügen, ergibt sich daraus aber nicht.³⁰ Zumal, wenn und soweit das Sozialrecht unerwünschte Wirkungen im Arbeitsrecht entfaltet, muss der Gesetzgeber die Möglichkeit haben, insofern gestaltend einzugreifen.

2. Historischer Kontext

Spätestens seit den 1990er-Jahren wird über den Zusammenhang zwischen dem Leistungserbringungsrecht der Sozialleistungsträger und den Arbeitsbedingungen der Beschäftigten diskutiert.³¹ In diese Zeit fallen sozialrechtliche Reformen mit dem Ziel von Kosteneinsparungen und Kosteneffizienz, die unter anderem durch die Einführung von (mehr) Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern erreicht werden sollten.³² Frühere Regelungen über den Vorrang der freien Wohlfahrtspflege vor privaten Unternehmen bei der Erbringung von Sozialleistungen wurden aufgegeben.³³ Gleichzeitig wurde im Vergütungsrecht das Kostendeckungsprinzip abgeschafft und es wurden im Einzelnen differenzierte Regelungen geschaffen: So wurde für stationäre Krankenhausbehandlungen die Vergütung mit den DRGs auf Fallpauschalen umgestellt.³⁴ Auch in der 1995 neu eingeführten Pflegeversicherung und in der Sozialhilfe mit den Einrichtungen der Eingliederungshilfe wurde eine prospektive Vereinbarung von Vergütungen vorgesehen.³⁵ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip wurde hier durch den »externen Vergleich« konkretisiert. Das führte zu einer Orientierung am jeweils unteren Drittel der Vergütungen.³⁶ Daran wurde kritisiert, dass der rechtliche Rahmen Privatisierung und Tariffucht fördere und Druck auf die Lohnentwicklung im Ganzen ausübe.³⁷ Statt eines Qualitätswettbewerbs setzte daher ein Kostenwettbewerb ein.³⁸ Diese Entwicklung führte bereits ab ca. 2008 zu Veränderungen in der Rechtsprechung des BSG³⁹ und in der Gesetzgebung⁴⁰. Es wurde festgehalten, dass Entgelte von Pflegeeinrichtungen nicht als unwirtschaftlich gelten könnten, wenn sie auf tariflichen Regelungen beruhten. Als Resultat verschiedener Reformen wurde dieser Grundsatz in unterschiedlichen Sozialgesetzbüchern kodifiziert.⁴¹

29 So etwa Schraml, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

30 Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele, verwiesen sei an dieser Stelle nur auf § 41 SGB VI, über die Rittweger/Zieglmeier, NZA 2024, 1233, 1234 schreiben: »Diese Norm ist ein Kuriosum, handelt es sich doch um eine arbeitsrechtliche Schutzvorschrift, die sich im SGB VI findet, dem Sozialgesetzbuch des Rentenrechts.«

31 ZB. Welti/Wiebelitz-Spangenberg, AuR 2017, 59 ff.; guter Überblick bei Bieback, SGB 2023, 8 ff.

32 Eingehend Bieback, SR 2024, 189, 190 f. mwN.

33 Am Beispiel des SGB XII Neumann, SRA 2007, 216 ff.

34 Dazu Wodarz/Sellmann, NZS 2008, 466 ff.

35 Bieback, SGB 2023, 8 ff. für die Pflegeversicherung sowie Schaumberg, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

36 ZB. BSG, 14.12.2000 – B 3 P 19/00 – juris.

37 Welti/Wiebelitz-Spangenberg, AuR 2017, 59 ff.

38 Zur unionsrechtlichen Dimension der Bedeutung angemessener Arbeitsbedingungen im Verhältnis von Kosten- und Qualitätswettbewerb s. auch EuGH, 8.10.2020 – C-620/18 – juris.

39 Nunmehr ständige Rechtsprechung seit BSG, 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – BSGE 102, 227 (Juris) sowie BSG, 17.12.2009 – B 3 P 3/08 R – BSGE 105, 126 (Juris).

40 Überblick bei Bieback, SR 2024, 189, 190 f. mwN.

41 Zur Entwicklung Hänlein, SGB 2023, 201 ff. sowie Bieback, SR 2024, 189, 190 f., je mwN. Zum aktuellen Stand der Regelungen s.u. Fn. 62.

Inzwischen haben sich die Rahmenbedingungen weiter verändert: In Zeiten des Fachkräftemangels sind nicht mehr nur die Kosten relevant, sondern es muss auch das Angebot gesichert werden. Daher liegt es nahe, die Attraktivität von Beschäftigung durch gute Arbeitsbedingungen zu erhöhen, um Personal zu gewinnen. Dies gilt umso mehr, als die Gesundheits- und Pflegebranche sowie die Eingliederungshilfe zu den vom Fachkräftemangel besonders betroffenen Branchen gehören. Dies ist auch der Hintergrund der gesetzlichen Neuregelungen. In der Folge wurden im Rahmen der Konzertierte Aktion Pflege Vorschläge entwickelt, wie unter Wahrung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und der Tarifvertragsfreiheit eine angemessene Vergütung von Beschäftigten in der Pflege erreicht werden könnte.⁴² Diesen Vorschlägen folgend soll Tarifbindung nicht nur respektiert, sondern auch gefördert werden. Sie sind Hintergrund der im Folgenden analysierten Regelungsstrukturen des § 72 SGB XI.

3. Regelungsstrukturen im SGB XI

Die Regelung des § 72 Abs. 3a f. SGB XI wurde Mitte 2021 verabschiedet⁴³ und hat bereits kurz nach ihrer Einführung eine wesentliche Reform erfahren,⁴⁴ die ihren Inhalt im Hinblick auf den hier untersuchten Tarifbezug grundlegend verändert hat.

a) Tarifierung als Zulassungsvoraussetzung

In der ursprünglichen Fassung formulierte § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI aF im Hinblick auf die Vergütung des Pflegepersonals die auch heute noch in § 72 Abs. 3a und 3b S. 1 Nr. 1–3 SGB XI nF enthaltenen sechs alternativen Voraussetzungen: Entweder musste die Einrichtung ihren Arbeitnehmenden, die Leistungen der Pflege oder Betreuung von Pflegebedürftigen erbringen, Gehälter zahlen, die (Var. 1) in Tarifverträgen oder (Var. 2) kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart sind, an die die jeweiligen Pflegeeinrichtungen gebunden sind.⁴⁵ Zusätzlich zu diesen beiden Möglichkeiten konnte und kann nach § 72 Abs. 3b SGB XI auch eine Vergütung erfolgen, die die Höhe einer bestimmten Entlohnung nicht unterschreitet, und zwar nach (Var. 3) einem Tarifvertrag oder (Var. 4) einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung, dessen bzw. deren räumlicher, zeitlicher, fachlicher und persönlicher Geltungsbereich eröffnet ist oder schließlich nach (Var. 5) eines Tarifvertrages oder (Var. 6) einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung, deren fachlicher Geltungsbereich mindestens eine andere Pflegeeinrichtung in der Region erfasst, in der die Pflegeeinrichtung betrieben wird.

Nach wirtschaftspolitischer und rechtswissenschaftlicher Kritik an der Regelung wegen eines vermeintlich unverhältnismäßigen Eingriffs in die unternehmerische Freiheit sowie die Tarifautonomie und infolge veränderter parlamentarischer Regierungsmehrheiten wurde die Vorschrift Mitte 2022 reformiert, noch bevor die Regelungen ab Anfang September 2022 für die Zulassung von Einrichtungen zur Versorgung und den Abschluss bzw. die Anpassung von Versorgungsverträgen praktisch wirksam wurden.⁴⁶

42 Eingehend Hänlein, SGB 2023, 201, 202.

43 Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz (GVWG), Art. 2 Nr. 21 Buchst. c vom 11.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2754 mWV. 20.7.2021, noch nicht enthalten in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/26822 vom 19.2.2021, sondern erst in der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses aufgenommen, BT-Drs. 19/30550 vom 9.6.2021.

44 Art. 2 Nr. 2 Buchst. a Gesetz vom 28.6.2022, BGBl. 2022 I, S. 938 mWV. 30.6.2022.

45 BGBl. 2021 I, S. 2754.

46 S. dazu § 72 Abs. 3a, 3b und 3e SGB XI.

b) Regional übliches Entgeltniveau als Alternative

Durch das Pflegebonusgesetz⁴⁷ wurden § 72 Abs. 3a ff. SGB XI neu gefasst und ergänzt. Neben den genannten sechs Optionen ist eine Zulassung zur Versorgung nach § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 4 SGB XI auch dann möglich, wenn bei der Vergütung hinsichtlich mehrerer im Gesetz festgelegter Entgeltbestandteile für Arbeitnehmende bestimmter im Gesetz benannter Qualifikationsgruppen bestimmte ermittelte Durchschnittsentgelte nicht unterschritten werden. Dabei sind nach § 72 Abs. 3b S. 2 Nr. 1–6, S. 3 f. SGB XI folgende Entgeltbestandteile im Rahmen der Regelung zu berücksichtigen: der Grundlohn, regelmäßige Jahressonderzahlungen, vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebenden, pflegetypische Zulagen, der Lohn für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft sowie pflegetypische Zuschläge. Bei Letzteren handelt es sich um Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschläge für im Gesetz näher festgeschriebene Zeiträume (§ 72 Abs. 3b S. 3 SGB XI).

Zur Ermittlung der sog. regional üblichen Durchschnittsentgelte werden nach der aktuellen Regelung des § 72 Abs. 3e iVm. 82c die nach § 72 Abs. 3a SGB XI tarifgebundene bzw. an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundene Einrichtungen verpflichtet, mitzuteilen, an welche Tarifverträge bzw. kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen sie gebunden sind und wie hoch die den unterschiedlichen Qualifikationsgruppen des Pflegepersonals gezahlten Entgelte bzw. maßgeblichen Entgeltbestandteile sind. Das Berichtsverfahren wird im Einzelnen durch Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen nach § 82c Abs. 4 SGB XI festgelegt. Das regional übliche Entlohnungsniveau ist anhand des Durchschnitts der pflegetypischen Entlohnungsbestandteile festzustellen, differenziert nach Entgeltniveaus für 1. Pflege- und Betreuungskräfte ohne mindestens einjährige Berufsausbildung, 2. Pflege- und Betreuungskräfte mit mindestens einjähriger Berufsausbildung und 3. Fachkräften im Bereich Pflege- und Betreuung mit mindestens dreijähriger Berufsausbildung. Die Werte werden gem. § 82c Abs. 5 SGB XI vom Spitzenverband Bund der Pflegekassen veröffentlicht.⁴⁸

4. Refinanzierung der Personalkosten

Im Hinblick auf die Refinanzierung der Personalaufwendungen, deren Höhe im Rahmen prospektiver Vergütungsverhandlungen zwischen den Einrichtungsträgern und den Landesverbänden der Pflegekassen nach § 72 SGB XI festgelegt wird, enthält § 82c SGB XI eine differenzierte Regelung zur Anerkennung von Personalaufwendungen im Hinblick auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Danach können die gezahlten Arbeitsentgelte nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden

- einerseits für tarifgebundene oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundene Einrichtungen, also diejenigen, die unter § 72 Abs. 3a SGB XI fallen, bis zu der sich aus der Bindung ergebenden Höhe,
- sowie andererseits für alle anderen Einrichtungen, bei denen die Vergütung nach § 72 Abs. 3b Nr. 1 bis 5 SGB XI

erfolgt, soweit diese insgesamt das regional übliche Entlohnungsniveau nicht um mehr als 10 % übersteigt.

5. Zwischenfazit: Anerkennung der Wirtschaftlichkeit tariflicher Vergütung als allgemeiner Grundsatz des Leistungserbringungsrechts?

Sukzessive hat der Gesetzgeber Regelungen, die vorsehen, dass tariflich oder in kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbarte Vergütungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden dürfen, in unterschiedliche leistungserbringungsrechtliche Vorschriften übernommen. Dies erfolgte zunächst punktuell im SGB XI,⁴⁹ und später auch im Leistungserbringungsrecht der Eingliederungshilfe⁵⁰ sowie weiteren leistungserbringungsrechtlichen Vorschriften⁵¹. Daher kann wohl angenommen werden, dass die Anerkennung von Personalkosten in Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen als wirtschaftlich inzwischen einen allgemeinen Grundsatz des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts darstellt. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist keine Begründung für prekäre Arbeitsbedingungen.⁵²

Vergleicht man die Regelungen allerdings im Detail, gibt es zahlreiche Unterschiede im Wortlaut und auch der Reichweite der Regelungen. Vereinzelt Bezüge zu tarifvertraglicher Vergütung enthalten auch die für das Leistungserbringungsrecht der Krankenhäuser relevanten Regelungen, diese betreffen insbesondere die Berücksichtigung von Tarifierhöhungen im Pflegepersonalbudget.⁵³ Hier besteht weiterer Untersuchungsbedarf und – so die These – auch der Bedarf an systematisch-inhaltlicher und klarstellender redaktioneller Vereinheitlichung.⁵⁴

IV. Arbeitsrechtliche Perspektiven und empirische Befunde

Vor allem im sozialpolitischen Diskurs werden unterschiedliche Begriffe verwendet, wenn es um den Zusammenhang von Tarifverträgen und einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen geht. Die Rechtswissenschaft tut gut daran, hier zu differenzieren,⁵⁵ dies gilt auch und insbesondere im Hinblick auf die sozialrecht-

47 Entwurf eines Gesetzes zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz), BT-Drs. 20/1331 vom 5.4.2022.

48 Vgl. Spitzenverband Bund der Pflegekassen, Veröffentlichung der Übersichten zu den Entlohnungsniveaus und Zuschlägen sowie Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nach § 82c Abs. 5 SGB XI nach Bundesländern, Stand 31.1.2025, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2025-04-30_GS-Tarife_Veroeffentlichung_nach_82c_Abs.5_SGB_XI.pdf (24.2.2025).

49 S. § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI aF.: Seit dem ersten Pflegestärkungsgesetz vom 17.12.2014, BGBl. 2014 I, S. 2222 konnte die Zahlung von tariflichen oder tarifvertragsähnlichen Entgelten nicht mehr als unwirtschaftlich betrachtet werden; heute differenzierter in § 82c SGB XI im Zusammenhang mit der Neufassung des § 72 SGB XI, durch Gesetz vom 11.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2754.

50 § 38 Abs. 2 SGB IX normiert dies als allgemeinen Grundsatz für Verträge der Rehabilitationsträger mit Leistungserbringern seit 1.1.2018 (vgl. Art. 1 BTHG vom 23.12.2016, BGBl. 2016 I, S. 3234). Ebenfalls idF. des BTHG enthalten § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX eine entsprechende Regelung für das Recht der Eingliederungshilfe und § 196 SGB IX seit 2016 durch das gleiche Änderungsgesetz für die Beauftragung von Integrationsfachdiensten.

51 Dies gilt inzwischen auch für das Leistungserbringungsrecht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, vgl. § 111 Abs. 5 S. 3 f. SGB V (eingeführt durch Gesetz vom 23.10.2020, BGBl. 2020 I, S. 2220) für Versorgungsverträge mit Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und entsprechend im Bereich der Eltern-Kind-Einrichtungen nach § 111c Abs. 3 S. 3 f. SGB V (ebenfalls durch Gesetz vom 23.10.2020, BGBl. 2020 I, S. 2220), § 132 Abs. 1 S. 2. Hs. 1, S. 3 SGB V (eingeführt durch Gesetz vom 11.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2754) für die Versorgung mit Haushaltshilfe. Der Grundsatz ist ebenfalls enthalten in § 132a Abs. 1 S. 4 Nr. 5 SGB V (eingeführt durch Gesetz vom 12.12.2023, BGBl. I, Nr. 359) für die häusliche Krankenpflege und § 132l Abs. 5 S. 2 ff. SGB V für die außerklinische Intensivpflege (ebenfalls durch Gesetz vom 12.12.2023, BGBl. I, Nr. 359), wobei die beiden letztgenannten Vorschriften außerdem auf § 82c SGB XI verweisen.

52 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 60.

53 ZB. § 4 Abs. 9 S. 11 KHEntG für die Vergütung von Hebammen im Krankenhaus sowie §§ 6a Abs. 2 S. 5 Hs. 2 und Abs. 4 S. 5, 9 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 10 h), 10 Abs. 5 und 11 Abs. 1 S. 5 KHEntG, zur Berücksichtigung und Rückzahlungen im Rahmen des Pflegepersonalbudgets, jeweils seit Gesetz vom 11.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2754. Dazu auch *Deister*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 4), im Erscheinen.

54 In diesem Sinne wohl auch *Hlava*, FS Kittner, 2021, S. 161, 167 f.

55 So auch *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688; *Seiwert*, NZA 2025, 137, 138.

lichen Regelungen. Die begriffliche Differenzierung ist allerdings kein Selbstzweck. Sie ist einerseits für die rechtliche Einordnung und Behandlung der fraglichen Regelungen von Bedeutung.⁵⁶ Sie ist andererseits vor allem deshalb relevant, weil der jeweilige Ansatzpunkt und Fokus für die Beurteilung der Wirkung von rechtlichen Maßnahmen im Sinne einer Stärkung der Tarifbindung einen erheblichen Unterschied machen.⁵⁷

1. Begriffsklärung

In einem Gesetzentwurf aus der gerade beendeten 20. Legislaturperiode,⁵⁸ aber auch im Zusammenhang mit der viel diskutierten und hier näher untersuchten Regelung des § 72 Abs. 3a bis 3g SGB XI wird im Zusammenhang mit einer »Stärkung der Tarifautonomie« der Begriff der *Tariftreue* verwendet. Dieser ist vor allem in der vergaberechtlichen Diskussion geprägt worden, etwa mit der Einführung tarifvertragsbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Schaffung von Vergabegesetzen verschiedener Bundesländer seit den späten 1990er-Jahren.⁵⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat Anforderungen an eine verfassungsrechtlich zulässige Gestaltung solcher Tariftreueklauseln formuliert.⁶⁰ Sogenannte Tariftreuregelungen haben auch europarechtliche Fragen aufgeworfen, wobei nach der inzwischen sehr ausdifferenzierten Rechtsprechung des EuGH⁶¹ Tariftreuregelungen unionsrechtskonform ausgestaltet werden können.⁶²

Die *Tarifautonomie* bezeichnet demgegenüber einen Aspekt der grundrechtlichen Garantien aus Art. 9 Abs. 3 GG.⁶³ In positiver Wirkrichtung gewährt die Tarifautonomie die Freiheit zur autonomen vertraglichen Rechtsgestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Rahmen eines kollektiven Aushandlungsprozesses, mit der in negativer Hinsicht eine prinzipielle staatliche Neutralitätspflicht einhergeht.⁶⁴ Allerdings bestehen ein Gestaltungsauftrag und eine staatliche Handlungspflicht zur Schaffung eines Rechtsrahmens für die Verwirklichung der Tarifautonomie.⁶⁵

Daneben tritt der Begriff der *Tarifbindung*. Dieser wird mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt. *Seiwerth* verwendet ihn, vor allem in Abgrenzung von der Tarifautonomie, in einem weiten Sinn, der nicht nur die Tarifgebundenheit, sondern die Tarifgeltung aus anderen Gründen einschließt.⁶⁶ Dafür spricht etwa der Wortlaut von § 5 Abs. 4 S. 1 TVG, in dem es heißt,

dass die für allgemeinverbindlich erklärten »Rechtsnormen des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer« erfassen. *Waltermann* weist dagegen darauf hin, dass etwa im Hinblick auf die Regelungen der §§ 10 ff. AEntG zwischen Tarifbindung und *Tarifgeltung* zu differenzieren sei.⁶⁷ Denn diese Regelungen ermöglichen die Erstreckung der Geltung von Tarifnormen durch Rechtsverordnung gerade auf nicht-tarifgebundene Arbeitnehmende und Arbeitgebende. Rechtsfolge ist die Geltung ausgewählter tarifvertraglicher Regelungen,⁶⁸ nicht aber die Tarifbindung. Schließlich ist in rechtlicher Hinsicht noch nach dem Geltungsgrund zu differenzieren: Die *Tarifanwendung* kann aufgrund gesetzlicher Regelungen etwa des TVG oder des AEntG beruhen, bekanntermaßen ist davon eine Tarifanwendung zu unterscheiden, die auf einer vertraglichen Einbeziehung im Rahmen sog. Verweisungsklauseln beruht. Dies führt zu relevanten Unterschieden in der Beurteilung der Rechtsnatur der Regelungen, Tarifnormcharakter hier, vertragliche Natur dort. Dies hat erhebliche Folgen für den rechtlich zwingenden Charakter und die Abdingbarkeit der tarifvertraglichen Vorschriften.⁶⁹ Demgegenüber wird in Statistiken oder empirischen Studien häufig die tatsächliche Anwendung von tariflichen Regelungen auf Arbeitsverhältnisse unabhängig von dem Geltungsgrund erfasst. Insofern hat *Schlachter* vorgeschlagen, in diesem Zusammenhang den Begriff der *Tarifwirkung* zu verwenden.⁷⁰

Im Unionsrecht hat in der sog. Mindestlohn-Richtlinie⁷¹ mit der *tarifvertraglichen Abdeckung* ein weiterer Begriff Einzug in die Diskussion gehalten. Dieser bezeichnet nach Art. 3 Nr. 5 RL (EU) 2022/2041 den »Anteil der Arbeitnehmer auf nationaler Ebene, für die ein Tarifvertrag gilt, berechnet als das Verhältnis der Zahl der Arbeitnehmer, für die ein Tarifvertrag gilt, zu der Zahl der Arbeitnehmer, deren Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge gemäß dem nationalen Recht und im Einklang mit den nationalen Gepflogenheiten geregelt werden können.« Angesichts der unterschiedlichen Arbeitsrechtssysteme der Mitgliedstaaten ist offen, ob damit auch eine Aussage zum Geltungsgrund von Tarifverträgen getroffen wird. Wenn und weil es um eine Förderung der Sozialpartnerschaft und von Tarifverhandlungen geht, spricht manches dafür, die Tarifabdeckung im Sinne einer mindestens arbeitgebendenseitigen Tarifbindung zu verstehen.⁷² Allerdings legen der unionsrechtliche Kontext und die Interpretation im Lichte anderer Sprachfassungen ein weiteres Verständnis nahe, das allerdings jedenfalls eine rechtsverbindliche Geltung voraussetzt.⁷³ Danach wäre es ausreichend, wenn bei der Bestimmung der Tarifabdeckung die Tarifgeltung durch Bezugnahmeklauseln hergestellt würde.⁷⁴ Das Ziel, nämlich eine Stärkung der Sozialpartnerschaft und Kollektivverhandlungen, kann allerdings nur durch Maßnahmen erreicht werden, die das jeweils nationale Tarifvertragssystem unterstützen.⁷⁵

56 Eingehend *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

57 Dazu eingehend *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 138 ff. sowie noch unten VI.

58 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes (Tariftreuegesetz), BT-Drs. 20/14345 vom 20.12.2024, im Folgenden TariftreueG-E. Nach § 3 TariftreueG-E ist unter der Überschrift »Tariftreueversprechen« vorgesehen, dass Bundesauftraggeber Auftragnehmer verbindlich vorgeben, dass letztere den Arbeitnehmenden bei der Ausführung des Auftrags bestimmte Mindestarbeitsbedingungen gewähren. Diese Arbeitsbedingungen werden in einem ähnlichen Verfahren wie nach § 7 AEntG, allerdings auf Antrag einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes, nach § 5 TariftreueG-E festgesetzt. Anders als § 72 SGB XI sieht § 4 TariftreueG-E auch einen entsprechenden individuellen Anspruch der betroffenen Arbeitnehmenden vor.

59 Überblick bei *Schulten/Pawicki*, WSI-Mitteilungen 4/2008, 184, 186.

60 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 ff.

61 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry); EuGH, 17.11.2015 – C-115/14 (Regio Post).

62 Siehe zuletzt EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry) sowie die Vergabe-RL 2014/24/EU, ABl. 2014, L 94/65, insbes. ErwGr. 39.

63 So auch *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 138.

64 *Linsenmaier*, in: Müller-Glöße/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025, Art. 9 GG Rn. 51 in Bezugnahme auf: BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52; Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 105. EL., München 2024, Art. 9 Rn. 165, 283 f.

65 *Hensel*, AuR 2025, 15, 18 mwN.

66 *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 139.

67 *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688.

68 Vgl. § 11 Abs. 1 AEntG.

69 *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

70 *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

71 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

72 Von Tarifbindung sprechen auch *Eichenhofer*, AuR 2021, 148, 149 ff. und *Hensel*, AuR 2025, 15 ff., ob im Sinne einer ein- oder beiderseitigen Tarifbindung, bleibt offen.

73 *Franzen*, EuZA 2024, 3, 15 f. mwN.

74 Für so ein weites Verständnis plädiert allerdings *Franzen*, EuZA 2024, 3, 15 f.

75 *Pedersen/Picot*, Socio-Economic Review, 2023, 293 ff., <https://doi.org/10.1093/ser/mwad019> (24.2.2025).

Vorrangig dürfte aus einer sozial- und ordnungspolitischen Perspektive eine Sicherstellung qualitativ hochwertiger sozialer Dienstleistungen durch Vermeidung eines Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten (so § 7a Abs. 1 S. 1 aE. AEntG) und die Gewährleistung guter Arbeitsbedingungen sein, indem der rechtliche Rahmen so gestaltet wird, dass eine flächendeckende Tarifgeltung erreicht wird.⁷⁶ Dies ist grundsätzlich nicht nur durch mitgliederschaftlich begründete Tarifbindung, sondern auch durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung und Erstreckung von Tarifverträgen möglich, die auch im kirchlichen Arbeitsrecht vollzogen werden könnten.⁷⁷ Sie scheitert aber aus prinzipiellen Erwägungen an einer gegenteiligen Praxis der kirchlichen Träger.⁷⁸ Letztere erklärt auch das differenzierte Regelungskonzept der §§ 7a und 10 ff. AEntG und auch die Fassung des § 72 Abs. 2a bis 2f SGB XI.

Im Folgenden sollen der Tarifbezug und die darauf bezogenen Wirkungen der Regelungen in §§ 72 Abs. 2a ff. und 83c SGB XI bewertet werden. Dadurch, dass die bestehenden Regelungen es ausreichen lassen, dass das Pflege- und Betreuungspersonal im Hinblick auf bestimmte Entgeltbestandteile in Höhe regionaler Durchschnittswerte vergütet wird, entstehen neue Herausforderungen bzw. werden bestehende Probleme nicht adressiert oder sogar verstärkt.

2. Keine Absicherung des subjektiven Entgeltanspruchs der Arbeitnehmenden

§ 72 SGB XI enthält keine (arbeitsrechtlichen) Regelungen hinsichtlich des Vergütungsanspruchs der Arbeitnehmenden. Die Vorschrift begründet eine leistungserbringungsrechtliche Verpflichtung der Einrichtungen zur Zahlung der Vergütung nach einer der dort enthaltenen Varianten und entsprechende Mitteilungspflichten. Darauf bezogene Verfahrens- und Prüfgrundsätze werden nach § 72 Abs. 3c SGB XI durch Richtlinien des Spitzenverbands Bund der Pflegekassen festgelegt.⁷⁹ Diese sind vom Bundesministerium für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zu genehmigen. In den Richtlinien sind nach § 72 Abs. 3c S. 2 und 3 SGB XI verhältnismäßige Folgen der Schlecht- oder Nichterfüllung bzw. der verspäteten Erfüllung der Mitteilungspflichten festzulegen.⁸⁰

Angesichts dieser Regelungen ist nur im Falle der Var. 1, also einer beiderseitigen Tarifbindung wegen § 4 TVG, sichergestellt, dass ein subjektiver Anspruch der Arbeitnehmenden auf die Zahlung der tariflichen Vergütung unabhängig von den sozialrechtlichen Verpflichtungen besteht. In allen anderen Fällen fehlt es an einer Absicherung des Zahlungsanspruchs der Arbeitnehmenden. Wie dargestellt sichern die leistungserbringungsrechtlichen Vorschriften nur Mitteilungspflichten, aber nicht die tatsächliche Zahlung des Entgelts.⁸¹

⁷⁶ Waltermann, NZA 2018, 686, 688.

⁷⁷ Waltermann, FS Fuchs, 2020, S. 319, 328.

⁷⁸ Kettler/Schubert, FS Preis, 2021, S. 583, 597; Waltermann, NZA 2018, 686, 692.

⁷⁹ Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) vom 24.1.2022 zuletzt geändert durch Beschluss vom 12.7.2023, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2024_01_30_Zulassungs-Richtlinien_nach_72_Abs.3c_SGB_XI_genehmigt.pdf (24.2.2025). Zu verfassungsrechtlichen Bedenken der Ermächtigung des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen wegen der Publikationsform und der mangelnden demokratischen Legitimation Hänlein, SGB 2023, 201, 205 f.

⁸⁰ Vgl. § 9 der Zulassungs-Richtlinien (Fn. 81).

⁸¹ So auch ArbG Nürnberg, 11.1.2024 – 7 Ca 2699/23 – juris, Rn. 60 ff.

Die Regelung setzt dem Wortlaut nach keine arbeitsvertragliche Verpflichtung der Einrichtung zur Zahlung einer Vergütung in der genannten Höhe voraus. Die bislang vorliegenden empirischen Ergebnisse zeigen, dass Beschäftigte nicht immer über die von der Einrichtung gewählte Zulassungsoption informiert sind.⁸² Daher können sie auch nicht kontrollieren, ob entsprechende arbeitsrechtliche Zahlungsansprüche vereinbart wurden bzw. werden müssten. Dies ist aber erforderlich, insbesondere wenn und soweit keine anderen Kontrollmechanismen greifen. Dies betrifft besonders Arbeitnehmende in kleineren nicht-tarifgebundenen Einrichtungen, in denen nur selten ein Betriebsrat gebildet worden ist.⁸³ Hier fehlt es an Transparenz, die im Hinblick auf die Beurteilung (attraktiver) Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten aber relevant ist.⁸⁴ Dies ist auch rechtlich anerkannt und findet im arbeitsrechtlichen Regelungsrahmen Niederschlag.⁸⁵

Zwar enthält § 84 Abs. 7 SGB XI wie andere leistungserbringungsrechtliche Vorschriften auch eine Verpflichtung, die Entlohnung nach § 82c Abs. 2 SGB XI jederzeit einzuhalten und auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen.⁸⁶ Es besteht allerdings ersichtlich keine Informationspflicht gegenüber den Beschäftigten. Schließlich ist zu konstatieren, dass es in § 72 SGB XI – oder alternativ an anderer Stelle – an einer Regelung wie in § 4 TariftrueG-E⁸⁷ fehlt, die den Arbeitnehmenden einen subjektiven Anspruch auf das leistungserbringungsrechtlich maßgebliche Entgelt verleihen würde.

3. Fehlende Berücksichtigung der Arbeitsbedingungen

Die Regelungen des § 72 Abs. 2a ff. SGB XI sollen durch den Tarifbezug eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege als Beitrag zur Attraktivitätssteigerung des Berufsfeldes und Bekämpfung des Fachpersonalmangels herbeiführen.

Für den Bereich der Pflege sind der Fachkräftemangel und dessen künftig zu erwartende Verschärfung – mit Varianzen im Detail – statistisch und empirisch gut belegt.⁸⁸ Entscheidend ist allerdings der Zusammenhang von Arbeitsbedingungen und Fachkräftemangel. Der Fachkräftemangel kann einerseits Ursache schlechter Arbeitsbedingungen und in der Folge einer geringen Qualität der erbrachten Sozialleistungen sein. Zugleich kann er Folge schlechter Arbeitsbedingungen sein, wenn diese zu einem Berufsausstieg führen.⁸⁹

Tatsächlich sind Arbeitsbedingungen und Arbeitsentgelte regelmäßig dort besser, wo sie von Tarifverträgen geregelt werden.⁹⁰ Es ist daher nötig und konsequent, dass die entsprechenden leistungserbringungsrechtlichen Vergütungsvorschriften (bestehenden) tarifvertraglichen Regelungen besonders Rechnung tragen. Denn Koalitionsfreiheit und Sozialpartnerschaft haben

⁸² *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

⁸³ *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

⁸⁴ *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

⁸⁵ S. insbes. ErwGr 4 und 20 der RL (EU) 2019/1152, ABl. 2019, L 186/105. Zum NachweisG siehe zuletzt Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts, BT-Drs. 20/1636, S. 18.

⁸⁶ Entsprechende Regelungen finden sich zB. im Krankenversicherungsrecht in §§ 111 Abs. 5 S. 4, 132a Abs. 1 S. 4 Nr. 5, 132 Abs. 1 S. 3, 132l Abs. 2 S. 2 Nr. 7 SGB V sowie im Recht der Rehabilitation und Teilhabe in § 38 Abs. 2 S. 2 SGB IX.

⁸⁷ Dazu oben Fn. 60.

⁸⁸ *Trumpa/Schöner*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen, mwN.

⁸⁹ Dazu schon *Evans*, Public Health Forum 26 (1) 2018, 7 ff. sowie *Trumpa/Schöner*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

⁹⁰ *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

Verfassungsrang und sind durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt und die Tarifvertragsparteien daher berufen, Arbeitsbedingungen zu regeln und Arbeitsentgelte festzulegen.

Die untersuchten Regelungen im SGB XI beziehen sich allerdings ausschließlich auf Arbeitsentgelt und nicht auf sonstige Arbeitsbedingungen, damit fehlt eine entscheidende Variable. Zudem werden auch im Hinblick auf das Arbeitsentgelt nur einzelne Entgeltbestandteile berücksichtigt. Es fehlen weitere Vergütungselemente wie zusätzliches Urlaubsgeld. Auch die betriebliche Altersversorgung bleibt außer Betracht.⁹¹ Dies gilt, und das ist wenig sachgerecht, schließlich für solche Zuschläge, die im Rahmen sog. Ausfallkonzepte oder Entlastungstarifverträge vereinbart werden.⁹²

Die Konzentration auf Arbeitsentgelte ist nachvollziehbar, weil sie in personalintensiven Bereichen wie dem Gesundheits-, Pflege- und Sozialwesen einen erheblichen Anteil der Arbeitskosten ausmachen. Darüber hinaus liegt die große Bedeutung des Arbeitsentgelts für die Attraktivität eines Arbeitsverhältnisses aus Arbeitnehmendenperspektive auf der Hand. Zweifelsohne trägt die Vergütung einer Tätigkeit zu ihrer Attraktivität bei. Und es ist auch richtig, dass die Beschäftigten im Sozial- und Gesundheitswesen einschließlich der Pflegebranche die »schlechte« Vergütung beklagt haben. Allerdings zeigen die empirischen Befunde weiterhin, dass Arbeitsbedingungen jenseits der Vergütung eine zentrale Bedeutung für die Arbeitszufriedenheit nicht nur, aber auch in den Pflegeberufen haben.⁹³

Dieser Befund kann aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht überraschen. Er ist einer der Gründe dafür, dass in Tarifverträgen nicht nur Arbeitsentgelte geregelt werden, sondern eine Vielzahl von Arbeitsbedingungen. Diese für die Beschäftigten relevanten Arbeitsbedingungen und nicht-monetären Vorteile werden aber nicht erfasst.

Zentrale Themen sind neben der Entlohnung die Arbeitszeit und Arbeitszeitgestaltung, berufliche (Weiter-)Bildung und sonstige Arbeitsbedingungen.⁹⁴ Dazu gehören etwa auch vereinbarkeitsfreundliche Teilzeitmodelle und Entlastungskonzepte, einschließlich neuer Wege einer alter(n)sgerichteten Arbeitsorganisation. Auch (tarifvertragliche) Mindestpersonalbesetzungsregelungen können hierzu gezählt werden.⁹⁵ Es sind gerade solche Gestaltungsoptionen, die ausweislich der empirischen Befunde für die Beschäftigten besonders bedeutsam sind.⁹⁶

Die Tatsache, dass alle genannten Vorschriften nur die Entlohnung betreffen, zeigt eine Schwäche im Verhältnis zu einer echten Stärkung der Tarifbindung. Sie unterscheiden sich im »Ausmaß« des Tarifbezuges deutlich etwa von einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder einer gesetzlich angeordneten Tarifgeltung. Es ist wesentlicher Ausdruck der Tariflogik, dass die Vereinbarungen über unterschiedliche Regelungsgegenstände einander bedingen. Auch wenn Arbeitsentgelte typischerweise in Entgelttarifverträgen mit kürzeren Laufzeiten verhandelt

werden⁹⁷, als sog. Mantel- oder sonstige Tarifverträge, die die übrigen Arbeitsbedingungen beinhalten,⁹⁸ stehen die Regelungen über das Arbeitsentgelt und andere Arbeitsbedingungen doch in einem engen sachlichen Zusammenhang. Der Abschluss von Tarifverträgen beruht auf Kompromissen.⁹⁹ Die Tarifvertragsparteien beurteilen im Rahmen ihrer Verhandlungsautonomie, wie einzelne Vereinbarungsinhalte im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinanderstehen, so dass insgesamt ein interessengerechter »Gesamtausgleich« erfolgt.¹⁰⁰ Dieser Zusammenhang wird durch die Selektion einzelner Entgeltbestandteile und einzelner Beschäftigtengruppen aufgelöst. Insofern bleiben Regelungen des § 72 SGB XI mit einer Beschränkung des Tarifbezugs auf ausgewählte Entgeltbestandteile deutlich hinter einer Garantie von Mindestarbeitsbedingungen nach den allgemeinen Regelungen der § 5 iVm. § 7a bzw. § 11 AEntG zurück.

4. Entsolidarisierung

Der Geltungsbereich tarifvertraglicher Regelungen ist Verhandlungsgegenstand. Die Tarifvertragsparteien sind im Rahmen ihrer satzungsgemäßen Tarifzuständigkeit frei darin zu verhandeln, ob ein Tarifvertrag branchenweit als Flächen- oder Firmentarifvertrag gelten soll. Dabei können die Tarifvertragsparteien grundsätzlich auch die Arbeitnehmendengruppen bestimmen, die von einem Tarifvertrag erfasst werden sollen. Eine Stärke von Tarifverträgen im Hinblick auf die Befriedung von Verteilungskonflikten ist die Geltung für Kollektive, die sich nicht auf einzelne Berufsgruppen beschränken. Sie erfüllen ihre Funktion dort besonders gut, wo alle Beschäftigten eines Arbeitgebenden von den tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden. Dies bleibt in Tarifverträgen jedenfalls der sog. Industriegewerkschaften der Regelfall. Freilich gibt es angesichts der Aktivitäten sog. Sparten- oder Berufsgewerkschaften, die nur einzelne Berufsgruppen vertreten, auch Gegenbeispiele. Im Gesundheitswesen gibt es mit dem Marburger Bund als Gewerkschaft der Ärztinnen und Ärzte eine lange Tradition berufsgruppenspezifischer Interessenvertretung und entsprechender Tarifverträge.¹⁰¹ Allerdings bergen solche Tarifverträge das Risiko einer Entsolidarisierung der Arbeitnehmendenkollektive¹⁰² und können bestehende soziale Ungleichheiten festschreiben oder verstärken.¹⁰³ Für das Pflegepersonal wurde zwar mit dem Bochumer Bund eine Spartengewerkschaft gegründet, die allerdings bislang keine Verhandlungsmacht erreicht hat.¹⁰⁴ Dafür führt die Regelung des § 72 SGB XI potenziell zu einer Ungleichbehandlung von Beschäftigten in Pflegeeinrichtungen. Denn die Vorgaben zur tarifbezogenen oder an den regionalen Pflegevergütungsbestandteilen orientierten Bezahlung beziehen sich ausdrücklich nur auf das in der Pflege- und Betreuung pflegebedürftiger Menschen beschäftigte Personal. Besteht nur bezogen auf diesen Personenkreis eine besondere Anforderung an die Vergütungshöhe, lässt das ausdrücklich eine relative Schlechterstellung anderer Beschäftigter zu.

91 Zum Ganzen auch *Bieback*, SR 2024, 189, 195.

92 ZB. § 17 Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen, s.o. Fn. 24.

93 Eingehend *Senghaas/Struck*, Arbeits- und Personalsituation in der Alten- und Krankenpflege. Wie beurteilen Beschäftigte und Führungskräfte Belastungsfaktoren, Ressourcen und Handlungsmöglichkeiten, IAB-Forschungsbericht 8/2023, Nürnberg 2023 sowie *Trumpa/Schöner*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

94 *Evans*, Public Health Forum 2018; 26(1), 7, 8.

95 Zur Personalbemessung, Tarifverträgen und möglichen Tarifvorbehalten im Leistungserbringungsrecht des SGB V: *Deister*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

96 *Evans*, Public Health Forum 2018; 26(1), 7, 8 sowie *Trumpa/Schöner*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

97 *Nebe*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler TVG), § 1 Rn. 84 ff.

98 Däubler TVG-*Nebe* (Fn. 97), § 1 Rn. 100 ff., 108.

99 Däubler TVG-*D. Ulber* (Fn. 97), Einl. Rn. 380 mwN.

100 Däubler TVG-*D. Ulber* (Fn. 97), Einl. Rn. 379 mwN.

101 S. auch *Schroeder/Greef*, Industrielle Beziehungen, 15 (4) 2008, 329, 337 ff.

102 *Keller*, Industrielle Beziehungen, 23 (3) 2016, 253, 258.

103 *Dribbusch*, WSI-Mitt. 4/2009, 193 ff.

104 *Schroeder*, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

5. Probleme der Organisation kollektiver Interessen

Die Regelungen zur Stärkung der Tarifbindung sind auch eine Reaktion auf den tatsächlichen Zustand der kollektiven Arbeitsbeziehungen in der Pflegebranche. Dies gilt im Hinblick auf die erläuterten Spezifika sowohl auf Arbeitgebendenseite¹⁰⁵ als auch auf Arbeitnehmendenseite. Auch wenn die Interessengegensätze von Arbeitgebenden- und Arbeitnehmendenseite im Pflege-, Gesundheits- und Sozialwesen grundsätzlich die gleichen sind wie in anderen Wirtschaftsbereichen,¹⁰⁶ bestehen Besonderheiten im Hinblick auf die kollektiven Arbeitsbeziehungen.

In allen Wirtschaftsbereichen ist ein Rückgang des Organisationsgrads der Arbeitnehmenden in Gewerkschaften zu beobachten. Dieser ist auf unterschiedliche Ursachen zurückgeführt worden. Dazu gehören etwa prekäre Beschäftigungsverhältnisse,¹⁰⁷ eine generelle Individualisierungstendenz¹⁰⁸ oder Herausforderungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung von Arbeitsbeziehungen. Empirische Befunde zeigen aber, dass der besonders geringe Organisationsgrad im Gesundheits- und Sozialwesen einschließlich der Pflegeberufe spezifische Gründe hat.¹⁰⁹ Die Pflegebranche und die dortigen Arbeitsbeziehungen unterscheiden sich wesentlich von denen zB. klassischen industriell geprägten Branchen mit einer langen gewerkschaftlichen Tradition. Eine gewichtige Ursache hierfür ist die arbeitgebendenseitig fragmentierte Trägerlandschaft mit ganz unterschiedlichen kollektiven oder nicht-kollektiven Regelungsmodellen.¹¹⁰ Aber auch das berufliche Selbstverständnis von Pflegenden und das gering ausgeprägte Arbeitnehmendenbewusstsein spielen hier eine erhebliche Rolle.¹¹¹ Der Organisationsgrad bei Pflegekräften in der ambulanten und stationären Langzeitpflege ist besonders gering.¹¹² Angesichts fehlender betrieblicher Interessenvertretungen oder anderer Mitarbeitervertretungsstrukturen im karitativ-diakonisch-kirchlichen Bereich sind die Arbeitnehmenden für die Mitgliederakquise durch Gewerkschaften besonders schlecht erreichbar.¹¹³ Mit diesen Schwierigkeiten sind ver.di als langjährig bestehende Gewerkschaft¹¹⁴ und der Bochumer Bund als berufsgruppenbezogene Neugründung gleichermaßen konfrontiert; dies kann erklären, weshalb der Bochumer Bund bislang keinen nennenswerten Einfluss in der Langzeitpflege erreichen konnte. Allerdings geht mit der Fragmentierung der gewerkschaftlichen Organisationen zusätzlich das Risiko einer gegenseitigen Schwächung in der Konkurrenz um schwer organisierbare Arbeitnehmende einher.¹¹⁵

V. Anreize zur Stärkung der Tarifbindung

Anreize zur Stärkung der Tarifbindung können auf der Arbeitgebendenseite ansetzen oder bei den Beschäftigten. Für die einzelnen Arbeitnehmenden bieten die Regelungen kaum einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt. Denn tarif-

gebundene Arbeitgebende müssen die Entgelte und Arbeitsbedingungen den Arbeitnehmenden ohne Rücksicht auf deren Gewerkschaftsmitgliedschaft gewähren.¹¹⁶

Aber auch für Arbeitgebende muss eine positive Anreizwirkung im Sinne einer Stärkung der Tarifbindung bezweifelt werden: Die Regelungen des § 72 Abs. 3a ff. SGB XI sind vielfach als »Tarifreueeregungen« bezeichnet worden,¹¹⁷ Henssler spricht zurückhaltender von einem »in der Funktionsweise einem Tarifreueerfordernis ähnlichen Weg«¹¹⁸. Das Schlagwort der »Tarifreue« ist mindestens ungenau,¹¹⁹ und kann allenfalls mit Blick auf den Inhalt des § 72 Abs. 3a Var. 1 SGB XI bestehen. Die Gesamtregelung in § 72 Abs. 3a ff. SGB XI kann nicht so qualifiziert werden.

Das ergibt sich aus folgendem Befund: Die Regelung des § 72 Abs. 3a SGB XI setzt in Var. 1 eine Tarifbindung voraus. Festzuhalten ist insofern, dass damit eine einseitige Tarifbindung der Arbeitgebenden gemeint ist. Entscheidend ist, dass in der Pflegeeinrichtung deshalb für die Vergütung des Pflegepersonals ein Tarifvertrag gilt. Über den Rechtsgrund der Tarifgeltung im einzelnen Arbeitsverhältnis ist damit keine Aussage getroffen. Er kann sich aus der beiderseitigen Tarifbindung nach § 4 TVG oder aus arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln ergeben. Dies ist konsequent, denn die Gewerkschaftsmitgliedschaft der Beschäftigten liegt außerhalb des Einflussbereichs der Einrichtungen als Arbeitgebende.

Zugleich trägt die Regelung mit Var. 2 der Tatsache Rechnung, dass die konfessionell gebundenen und kirchlichen Träger kirchliche Arbeitsrechtsregelungen anwenden. Sie stellt diese Tarifverträge gleich. Diese Gleichstellung ist der arbeitsrechtlichen Praxis dieser Träger geschuldet,¹²⁰ setzt aber eben gerade keine Tarifbindung voraus und schon hier wird deutlich, dass Tarifreue iSv. Tarifbindung keine zwingende Zulassungsvoraussetzung nach § 72 SGB XI ist.

Aus dem Verhältnis von § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI ergibt sich auch, dass Abs. 3b solche Fälle erfasst, in denen nicht tarifgebundene Arbeitgebende tarifliche Entgeltregelungen freiwillig anwenden. Es ist naheliegend, dass es sich hierbei nicht um beliebige Tarifverträge handeln kann, sondern dass es sich um Tarifverträge handeln muss, die bezogen auf den Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen bedeutsam sind. Insofern ist die Regelung des § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 1 SGB XI nachvollziehbar, weil sie auf Tarifverträge rekurriert, deren räumlicher, zeitlicher, fachlicher und persönlicher Geltungsbereich eröffnet ist. Die Vorschrift geht allerdings noch weiter und bezieht nach § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 2 SGB XI auch Tarifverträge ein, deren zeitlicher und persönlicher Geltungsbereich einbezogen ist, an die in der betreffenden Region mindestens eine andere Pflegeeinrichtung gebunden ist.

Diesen drei Konstellationen, die sich auf eine Zahlung tariflicher Vergütungen bzw. Entgeltbestandteile beziehen, wird durch § 72 Abs. 3a Var. 2 und Abs. 3b Nr. 3 SGB XI die Entlohnung nach entsprechenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen

105 S.o. unter II.

106 Lührs, AuR 2025, 64.

107 Eingehend Schlachter, SR 2020, 205, 206 mwN.

108 Dazu auch Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, HSI-Schriftenreihe Nr. 25, Frankfurt aM. 2018, S. 14 ff. mwN.

109 Für den Pflegebereich ist dies gut empirisch belegt, vgl. Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen, mwN.

110 S.o. unter II. Eingehend Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

111 Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

112 Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

113 Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

114 S. dazu auch Evans-Borchers, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

115 Zum Ganzen eingehend Schroeder, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen, mwN.

116 Dazu auch Franzen, RdA 2020, 75 ff.; Seiwert, NZA 2025, 137 138 f.

117 ZB. ArbG Nürnberg, 11.1.2024 – 7 Ca 2699/23 – juris; statt vieler Hartmann, RdA 2023, 90 ff.; Richter, NZS 2023, 481 ff.; Bauckhage-Hoffer, ZAT 2024, 62 ff.; Tillmanns, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024 (im Folgenden: H/W/K), § 13 AEntG 2009 Rn. 1; Schumann, in: Udsching/Schütze (Hrsg.), SGB XI Soziale Pflegeversicherung Kommentar, 6. Aufl., München 2024, SGB XI § 72 Rn. 7c ff.

118 H/W/K-Henssler (Fn. 117), Vorb. vor § 1 Rn. 4.

119 So zu Recht Hänlein, SGB 2023, 201.

120 S.o. II. sowie kritisch Waltermann, FS Fuchs, 2020, S. 319, 328.

gleichgestellt. Auch hier zeigt sich, dass von Tariftreue gerade keine Rede sein kann, denn es werden arbeitsrechtliche Gestaltungen außerhalb des staatlich-demokratischen Ordnungsrahmens mitberücksichtigt.¹²¹

Belastbare empirische Erkenntnisse über die Auswirkungen der Neuregelungen liegen noch nicht vor. Dazu wird man die Ergebnisse der laufenden Evaluation nach § 72 Abs. 3f SGB XI abwarten müssen, die bis Ende 2025 abgeschlossen sein soll.¹²² Tatsächlich hat die Neuregelung zu einer Erhöhung der durchschnittlichen Entgelte in der Pflege geführt.¹²³ Allerdings gibt es bislang kaum Anhaltspunkte dafür, dass die arbeitgebenseitige Tarifbindung erhöht worden wäre. Dies überrascht angesichts der zahlreichen Alternativen zur Tarifbindung in § 72 Abs. 2c SGB XI kaum. Der Großteil der nicht an Tarifverträge oder kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Arbeitgebenden optiert derzeit für die Vergütung nach den regionalen Durchschnittswerten.¹²⁴

Auch hinsichtlich der übrigen angesprochenen Kostenerstattungsregelungen¹²⁵ wäre eine Erhebung der tatsächlichen Auswirkungen in der Praxis nützlich. Hier deuten erste Berichte darauf hin, dass die Regelung des § 72 Abs. 2b SGB XI im Zusammenwirken mit § 82a SGB XI zu einer Benachteiligung tarifgebundener Einrichtungsträger führen kann.¹²⁶

Die Regelungen des § 72 Abs. 3b iVm. § 82c SGB XI in der Fassung des Pflegebonusgesetzes setzen innerhalb des Leistungserbringungsrechts – anders als die ursprüngliche Fassung von § 72 Abs. 3a f. SGB XI – keine erkennbaren Positivanreize zur Tarifbindung oder -anwendung. Sie erlegen den tarif- und an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Pflegeeinrichtungen umfassende Mitteilungs- und Berichtspflichten auf. Diese Regelungen dienen dem Bürokratieabbau auf Seiten der Landesverbände der Pflegekassen, zugleich belasten sie aber die tarifgebundenen Einrichtungen, und zwar stärker als diejenigen Einrichtungen, die nur tarif- oder am regionalen Durchschnittsentgelt orientiert vergüten.¹²⁷ Diese Regelung kann insofern allenfalls als Negativanreiz qualifiziert werden. Überdies haben die nicht-tarifgebundenen Pflegeanbieter eine deutlich höhere Flexibilität bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Während die tarifynwendenden Arbeitgebenden tarifliche Entgeltregelungen und andere nicht erfasste Arbeitsbedingungen garantieren, und zwar nicht nur dem Pflege- und Betreuungspersonal, sondern allen Beschäftigten, beschränkt sich die »Verpflichtung« der nicht-tarifgebundenen Einrichtungen auf die gesetzlich erwähnten Entgeltbestandteile und das gesetzlich erfasste Pflege- und Betreuungspersonal. So können die Erstattungsregelungen nach § 82c SGB XI, die für die Anerkennung von Personalkosten die regionalen Durchschnittsentgelte nebst eines zehnpromzentigen Aufschlages zugrunde legen, zu einer Privilegierung nicht tarifgebundener Einrichtungen im Verhältnis zu tarifgebundenen bzw. -anwendenden Einrichtungen führen.¹²⁸

Daher begegnen die Regelungen in ihrer derzeitigen Fassung auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese bestehen allerdings nicht aus den Gründen, mit denen § 72 Abs. 2a und 2b SGB XI aF, also der Zustand, in dem die Zulassung – restriktiver als inzwischen – an eine Bindung an oder Anwendung von Tarifverträgen oder Arbeitsrechtsregelungen geknüpft war, wegen Verstoßes gegen die Rechte nicht-tarifgebundener Arbeitgebender aus Art. 9 Abs. 3, 12 GG als verfassungswidrig kritisiert worden ist.¹²⁹ Deshalb hat der Bundesverband der privaten Pflegeanbieter (bpa) Verfassungsbeschwerde erhoben, über die noch zu entscheiden sein wird. Insoweit ist in Rechnung zu stellen, dass Art. 9 Abs. 3 GG gerade kein allgemeines Abwehrrecht gegen eine staatliche Regulierung des Tarifwesens enthält.¹³⁰ Zudem ging und geht von der Regelung kein erheblicher Druck oder Zwang zu einem Verbandseintritt aus, weil die Regelung stets die Möglichkeit einer selektiven Anwendung tariflicher bzw. kirchenarbeitsrechtlicher Regelungen vorsah. Daher ist ein Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG am Maßstab der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG¹³¹ in dieser Hinsicht zu verneinen.¹³² Dies gilt nach der Flexibilisierung infolge der Neufassung des § 72 Abs. 2b SGB XI, nach der eine Zahlung ausgesuchter Entgeltbestandteile auf dem regional üblichen Entlohnungsniveau ausreicht, erst recht. Allerdings wird die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen aus anderen Gründen in Frage gestellt. Dies gilt etwa im Hinblick auf den Erlass der Zulassungsrichtlinien durch den Spitzenverband Bund der Pflegekassen¹³³ und die gesetzliche Grundlage der Sanktionen bei Verstößen gegen die Mitteilungspflichten der Pflegeeinrichtungen.¹³⁴ Schließlich kann auch gefragt werden, ob die Regelungen nach Erweiterung um die Option der Zahlung bestimmter Vergütungsbestandteile in Höhe des regional üblichen Entgeltniveaus im Zusammenspiel mit den Erstattungsregelungen Eingriffe in die von Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der nicht an Tarifverträge oder kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Pflegeanbieter rechtfertigen können.¹³⁵ Das gleiche gilt insbesondere angesichts der beschriebenen tatsächlichen Probleme und Anreizwirkungen für einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG zulasten der tarifgebundenen Arbeitgebenden, Arbeitnehmenden und Tarifvertragsparteien.¹³⁶

VI. Fazit und Forschungsperspektiven

Die Regelungen der §§ 72 und 82c SGB XI in ihrer jetzigen Fassung haben zwar zu einer Erhöhung des Entgeltniveaus in der Pflege geführt,¹³⁷ können das Ziel verbesserter Arbeitsbedingungen durch eine Stärkung der Tarifbindung in ihrer jetzigen Fassung aber kaum erreichen. Sie scheinen weder für Einrichtungsträger noch für Arbeitnehmende einen Anreiz zum Verbands- oder Gewerkschaftsbeitritt, zum Abschluss von Tarifverträgen oder zur Tarifynwendung zu setzen. Für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen, die zu einer Verbesserung der Qualität der Sozialleistungen führt, greift die Beschränkung auf ausgewählte Entgeltbestandteile und bestimmte Beschäftigtengruppen zu

121 Kritisch auch sowie kritisch Waltermann, FS Fuchs, 2020, S. 319, 328.

122 S. auch https://www.iat.eu/projekte/2024/eva_tarif_evaluierung_der_wirkung_der_regelungen_zur_entlohnung_nach_tarif_von_pflege_und_betreuungskraefte_in_der_langzeitpflege.html (24.2.2025).

123 Evans-Borchers, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

124 Evans-Borchers, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

125 S. Fn. 51.

126 Wie hier Bieback, SR 2024, 189 ff.

127 Schraml, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

128 Schraml, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

129 Hartmann, RdA 2023, 90 ff.

130 Hänlein, SGB 2023, 201, 207 mwN.

131 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 218.

132 Wie hier Hänlein, SGB 2023, 201, 207; Bieback, SR 2024, 189, 198.

133 Hänlein, SGB 2023, 201, 205 ff. sowie Bieback, SR 2024, 200 f.

134 Hänlein, SGB 2023, 201, 210 f.

135 Differenzierend Hänlein, SGB 2023, 201, 207 ff. sowie Bieback, SR 2024, 189, 197 f.

136 Eingehend Bieback, SR 2024, 189, 198 ff.

137 Evans-Borchers, in: Brockmann/Welti (Fn. 4), im Erscheinen.

kurz. Für die Weiterentwicklung von rechtlichen Instrumenten zur Stärkung der Tarifbindung im Gesundheits-, Sozial- und Pflegewesen wird es entscheidend darauf ankommen, den empirischen Befunden über die Arbeitsbedingungen auch jenseits der Vergütung sowie über die Arbeitsbeziehungen in den jeweiligen Bereich der Sozialleistungserbringung Rechnung zu tragen. Insofern ist zunächst zu ermitteln, ob und inwiefern die Rahmenbedingungen etwa in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen oder auch Einrichtungen der Eingliederungshilfe, für die bislang ja keine der Regelungen zur Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen greift, vgl. § 10 S. 1 und 4 AEntG, denen in der Langzeitpflege vergleichbar sind. Dabei ist auch zu untersuchen, welche der bisherigen Vereinbarungen zum Beispiel zu Arbeitszeitmodellen, Mindestbeset-

zungsregelungen oder auch anderen Ausgleichsmechanismen etwa in sog. Entlastungstarifverträgen zu verbesserten Arbeitsbedingungen führt, die geeignet sind, die Attraktivität dieser Berufsfelder zu erhöhen und dem Fachkräftemangel entgegenzuwirken. Auf dieser Basis sind die rechtlichen Regelungen weiterzuentwickeln. Sollten sich die derzeitigen Regelungen im SGB XI als ungeeignet erweisen, scheint – nachdem die möglichst »schonenden« Regelungsversuche im AEntG fruchtlos geblieben sind – etwa eine Stärkung tarifvertraglicher Vereinbarungen durch eine Erstreckung durch Rechtsverordnung, ohne den kirchlichen und konfessionellen Trägern eine Veto-Position einzuräumen, als ein möglicher Weg.¹³⁸

138 In diesem Sinne auch *Waltermann*, FS Fuchs, 2020, S. 319, 328.

Zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht: Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld im Wandel – Lehren aus der (Corona-)Krise und Perspektiven für die Zukunft

BERENIKE BREMME, WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITERIN AM BUNDESARBEITSGERICHT, KASSEL/DR. LAURA GRASSL, RICHTERIN AM ARBEITSGERICHT HANNOVER*

ZUSAMMENFASSUNG Die Verfasserinnen beschreiben die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit sowie die sozialrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld. Pandemiebedingte Änderungen von Gesetz- und Verordnungsgeber werden vorgestellt und die Folgen für den Arbeitsmarkt – auch mit Blick in andere OECD-Länder – beschrieben. Abschließend wird auf einschlägige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts hingewiesen.

ABSTRACT The authors describe the labour law requirements for the introduction of short-time work and the social law requirements for entitlement to short-time work benefits. Pandemic-related changes by legislators and regulators are presented and the consequences for the labour market – also with a view to other OECD countries – are described. Finally, reference is made to relevant decisions of the Federal Labor Court and the Federal Social Court.

I. Einleitung

Zu Beginn der Coronakrise kam es auch in Deutschland zu einem dramatischen Einbruch der Wirtschaftsleistung. Durch den erleichterten Zugang zur Kurzarbeit haben Gesetz- und Verordnungsgeber gerade in der frühen Phase der Pandemie maßgeblich zur Arbeitsplatzsicherung beigetragen. Im Frühjahr 2020 waren insgesamt sechs Millionen Arbeitnehmende in etwa 600.000 Betrieben in Kurzarbeit, im Durchschnitt für bis zu 50 % ihrer Arbeitszeit.

Der folgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit sowie die sozialrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld. Die Rechtsfolgen der unwirksamen Einführung von Kurzarbeit sowie der Rückabwicklung

von Kurzarbeitergeld-Bewilligungen auf den Entgeltanspruch der Arbeitnehmenden werden beleuchtet. Leistungsumfang und Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens zum Kurzarbeitergeld werden dargestellt. Sodann werden die Entwicklungen von Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld während der Coronakrise in den Blick genommen: Wie haben Gesetz- und Verordnungsgeber reagiert? Welche Folgen haben sich für den Arbeitsmarkt ergeben? Welche Maßnahmen zur Arbeitsplatzsicherung wurden in anderen OECD-Ländern ergriffen? Anschließend sollen die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sowie des Bundessozialgerichts der vergangenen vier Jahre dargestellt werden, die zur Kurzarbeit und zum Kurzarbeitergeld ergangen sind. Auf derzeit noch anhängige Verfahren wird hingewiesen.

II. Kurzarbeit

1. Ein arbeitsmarktpolitisches Instrument

Kurzarbeit ist die vorübergehende Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit bei entsprechender Minderung der Entgeltansprüche

* Die Autorin *Bremme* ist Richterin am Sozialgericht Duisburg. Sie ist derzeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundessozialgericht abgeordnet. Die Autorin *Graßl* war bis zum 31.10.2024 als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundesarbeitsgericht in Erfurt abgeordnet.

des Arbeitnehmenden. Dabei kann der Begriff »Kurzarbeit« die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit, aber auch das Einlegen einer Freischicht, den Arbeitsausfall an bestimmten Wochentagen oder für mehrere Wochen beinhalten.¹ Sofern eine vollständige Suspendierung der Arbeitspflichten durch ein Absenken der Arbeitszeit auf keine Arbeitszeit erfolgen soll, wird dies als »Kurzarbeit Null« bezeichnet.

Kurzarbeit ist ein zentrales arbeitsmarktpolitisches Instrument, um Beschäftigung in Krisenzeiten zu sichern. Der Einsatz von Kurzarbeit ist für alle Seiten mit Nutzen und Risiken verbunden. Der zentrale Vorteil aus Sicht der Arbeitgebenden ist, dass ihnen bei vorübergehenden wirtschaftlichen Problemen durch die Absicherung von Arbeitsplätzen firmenspezifische Qualifikationen erhalten bleiben und Entlassungs- und mögliche Wiedereinstellungskosten vermieden werden können. Kurzarbeit sorgt gleichzeitig für Arbeitnehmende dafür, dass deren Einkommensverluste eingedämmt werden, sowohl kurzfristig als auch längerfristig, weil Arbeitslosigkeit in vielen Fällen vermieden wird. Sie wirkt übermäßigen Entlassungen in einer Rezession und damit der Zunahme von Arbeitslosigkeit in einer Situation entgegen, wenn es ohnehin schwer ist, einen alternativen Arbeitsplatz zu finden. Die Ausgestaltung der Kurzarbeit erlaubt zudem eine hohe Flexibilität in Arbeitsstunden, die es den Betrieben ermöglicht, im Zuge eines Aufschwungs wirtschaftliche Aktivitäten schnell wieder hochzufahren. Flexibel ist Kurzarbeit zudem, weil sie für alle oder auch nur einen Teil der Arbeitnehmenden in Anspruch genommen werden kann.

Dem Nutzen der Kurzarbeit stehen auch Risiken gegenüber. Durch einen übermäßigen Einsatz der Kurzarbeit könnten auch bereits unrentable Arbeitsplätze finanziert werden, die mittelfristig dann doch verloren gehen. Die notwendige Reallokation von Arbeitskräften wird so durch eine zu geringe Fluktuation abgeschwächt. Dadurch könnten in zukunftssträchtigen Bereichen Arbeitskräfte fehlen. Schließlich besteht das Risiko, Geschäftsmodelle mit flexiblem Stundeneinsatz zu subventionieren.

Um mögliche Risiken zu begrenzen, werden beim Einsatz der Kurzarbeit Arbeitnehmende und Betriebe üblicherweise an den »Kosten« für die nicht gearbeiteten Stunden beteiligt: Arbeitnehmende, indem das Kurzarbeitergeld niedriger als das Monatsentgelt außerhalb der Kurzarbeit ausfällt; Betriebe, indem sie insbesondere die Sozialversicherungsbeiträge (wenn es keine anderslautenden Sonderregelungen gibt) übernehmen.

2. Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit

a) Rechtsgrundlage für das einzelne Arbeitsverhältnis

(1) Individualrecht

Arbeitnehmende haben grundsätzlich Anspruch auf die vereinbarte Arbeitszeit und die daraus resultierende Vergütung aus der jeweiligen arbeitsvertraglichen Absprache. Allein die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Agentur für Arbeit ändert nichts an diesem vertraglichen Anspruch. Die Einführung von Kurzarbeit gegenüber den Arbeitnehmenden bedarf daher einer besonderen Rechtsgrundlage.

(a) Direktionsrecht

Das Direktionsrecht Arbeitgebender nach § 106 GewO umfasst zwar die Lage der Arbeitszeit; vorbehaltlich entgegenstehender einzelvertraglicher, kollektivvertraglicher oder gesetzlicher Regelungen kann die Arbeitszeit daher auf die einzelnen Wochentage verteilt sowie Beginn und Ende der Arbeitszeit und deren Unterbrechung durch Pausenzeiten festgelegt werden. Das Direktionsrecht umfasst hingegen nicht die Dauer der Arbeitszeit. Allein das Direktionsrecht ist daher kein geeignetes Instrument, die vertragliche Vergütungspflicht einzuschränken.² Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Einführung von Kurzarbeit positiv auf das Entgelt der Arbeitnehmenden auswirken kann: Durch die Einführung von Kurzarbeit wird das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vergütung und Arbeitsleistung prozentual in der Regel gar nicht zulasten der Arbeitnehmenden beeinträchtigt. Denn mit Einführung der Kurzarbeit wird im gleichen Umfang zur Vergütungspflicht auch die geschuldete Arbeitspflicht abgesenkt. Bei Gewährung von Kurzarbeitergeld kann sich der effektive Stundenlohn tatsächlich auch erhöhen. Entscheidend dafür, dass die Einführung von Kurzarbeit dennoch nicht dem Direktionsrecht unterliegt, ist, dass die gegenseitigen Hauptleistungspflichten zum unantastbaren Kernbestandteil des Arbeitsverhältnisses gehören, der allein durch gesetzliche, kollektiv- oder einzelvertragliche Regelung gestaltbar ist.³

(b) (Formularvertragliche) Absprache im Arbeitsvertrag

Eine Ermächtigungsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit kann bereits im Arbeitsvertrag enthalten sein. Gemeint ist damit eine Klausel im Arbeitsvertrag, die es Arbeitgebenden ermöglicht, zukünftig kraft einseitiger Bestimmung Kurzarbeit anzuordnen (sog. Vorratsklausel).⁴ Aus rechtlicher Sicht bedarf es hier einer »Doppelprüfung«: Einerseits muss die Klausel im Arbeitsvertrag an sich rechtswirksam sein. Schließlich muss die arbeitgebende Person die Anordnung der Kurzarbeit sodann wirksam nach § 315 BGB treffen (Ausübungskontrolle). Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt ist hingegen, welchen Voraussetzungen eine derartige Klausel und ihre Ausübungskontrolle unterliegen.

Eine solche Klausel wird sich jedenfalls am Maßstab der AGB-Kontrolle messen lassen müssen.⁵ Zwar betrifft die Einführung von Kurzarbeit mit ihrer Auswirkung auf Arbeitszeit und Vergütung die Hauptleistungspflichten, die nach § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sind. Jedoch soll durch die Einführung der Kurzarbeit von der ursprünglichen Vereinbarung der Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht abgewichen werden. Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die Verwender*innen das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen hingegen der Inhaltskontrolle. Denn sie weichen von dem allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge einzuhalten sind.⁶

Einige Stimmen sehen die Klausel jedenfalls dann als wirksam an, wenn sie sich an den Voraussetzungen des Kurzarbei-

¹ Vgl. BAG, 13.7.1977 – 1 AZR 336/75 – AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 2.

² BAG, 18.11.2015 – 5 AZR 491/14 – AP BGB § 615 Nr. 142.

³ Vgl. BAG, 12.12.1984 – 7 AZR 509/83 – AP KSchG 1969 § 2 Nr. 6.

⁴ Daneben besteht natürlich noch die Möglichkeit für die Arbeitsvertragsparteien, für einen bestimmten Zeitraum Kurzarbeit (isoliert) zu vereinbaren. Eine Verlängerung oder Verkürzung der Kurzarbeit bedarf sodann eines Folgevertrags. In diesem Fall ist eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers hingegen gerade nicht möglich.

⁵ Näher zur AGB-Kontrolle von Kurzarbeitsklauseln im Arbeitsvertrag *Klocke*, RdA 2020, 331.

⁶ BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 151.

tergelds nach §§ 95 ff. SGB III orientieren.⁷ Allerdings setzen die §§ 95 ff. SGB III die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Anordnung von Kurzarbeit ihrerseits voraus. Die sozialrechtlichen Normen enthalten damit keine Aussage dazu, in welchem Umfang der Eingriff in das Synallagma zwischen Arbeitszeit und Vergütungspflicht zulässig ist bzw. wann zwingende Kündigungsschutzvorschriften umgangen werden.⁸

Ebenfalls noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob die vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Anforderungen an eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit auch auf die Einführung von Kurzarbeit durch AGB übertragbar sind. Die instanzliche Rechtsprechung bejaht dies teils,⁹ lehnt dies aber teils ebenso ab. Der ablehnenden Ansicht genügen bereits geringere Anforderungen als bei Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung, insbesondere bedarf es demnach noch keiner Regelung zur Auswahl der betroffenen Arbeitnehmenden im Vertrag. Dabei beruft sie sich einerseits auf das Argument, dass die vertragliche Klausel anders als die Betriebsvereinbarung keine normative Wirkung entfalte¹⁰, aber auch darauf, dass das unverzichtbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strengere Voraussetzungen erfordere als eine vertragliche Regelung¹¹.

Bei der Inhaltskontrolle ist im Speziellen das Benachteiligungsverbot und das Transparenzgebot gem. § 307 BGB zu beachten.

Die Klausel zur Einführung der Kurzarbeit sollte zur Wahrung des Transparenzgebots iSv. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nach der instanzrechtlichen Rechtsprechung daher jedenfalls Anlass, zeitliche Dauer und Umfang einer möglichen Kurzarbeit angeben.¹² Gefolgert wird dies teils aus einem Gleichlauf mit den Anforderungen der Rechtsprechung an vorformulierte Änderungsverbote, wonach zumindest die Richtung angegeben werden muss, aus der der Widerruf möglich sein soll, zB. wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmenden.¹³ Zum Teil wird dies auch aus einem Gleichlauf zu den Anforderungen zur Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung abgeleitet.¹⁴ Zu bedenken ist jedoch, dass eine abstrakte Klausel, die es der Seite der Arbeitgebenden ermöglichen soll, zukünftig durch einseitige Erklärung Kurzarbeit anzuordnen, auch abstrakt gefasst sein muss, wenn sie nicht leerlaufen soll. Je spezifischer die Anforderungen genannt sein müssen, damit eine abstrakte Anordnungsklausel wirksam wäre, umso eher wird genau dieser Fall bei der Vielzahl der denkbaren Lebenssachverhalte nicht einschlägig sein und eine derartige Klausel verlöre ihre Wirkung. Zudem sind die von der Rechtsprechung benannten Anforderungen nicht zwingend, um einen ausreichenden Rechtsschutz des Einzelnen gewährleisten zu können. Gerade die Punkte der zeitlichen Dauer und des Umfangs der Kurzarbeit lassen sich kaum abstrakt im Vorhinein absehen. Im Rahmen des billigen

Ermessens der Ausübungskontrolle hingegen könnten beide Punkte sehr viel besser auch anhand der Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden.¹⁵

Bei der Prüfung der Wahrung des Benachteiligungsverbots iSv. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wird eine Abwägung mit dem Grundgedanken aus § 615 BGB zu erfolgen haben. Danach tragen die Arbeitgebenden das Wirtschaftsrisiko im Sinne der Pflicht zur Entgeltzahlung, auch wenn sie die Arbeitsleistung nicht nutzen können, während Arbeitnehmende nicht zur Nachleistung verpflichtet sind. Generell werden Klauselgestaltungen für unangemessen erachtet, wenn das auf Seite der Arbeitgebenden bestehende Risiko auf die Arbeitnehmenden verlagert wird. Bei Einführung von Kurzarbeit könnte zwar vermutet werden, dass dies in erheblichem Maße der Fall sei. Denn das Risiko der wirtschaftlichen Rentabilität ist ein solches der Arbeitgebenden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen zum Kurzarbeitergeld handelt es sich jedoch um Fallgestaltungen von existenzgefährdendem Produktionsausfall. In dieser Sondersituation hat indes auch die Seite der Arbeitnehmenden ein Interesse an einem Abweichen von diesem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 615 BGB, da der Bestand des Arbeitsverhältnisses gänzlich in Gefahr ist. Bei Absehen von betriebsbedingten Kündigungen unter Zahlung des Kurzarbeitergelds bleibt Arbeitnehmenden zumindest ein Einkommen gesichert, das den Lebensstandard (vorübergehend) absichert. Die Arbeitnehmenden müssen sich nicht einer beruflichen Unsicherheit stellen, die eine Beendigungskündigung mit sich bringen würde und durch die Fortführung des Arbeitsverhältnisses wird der Besitzstand gesichert im Hinblick auf Betriebszugehörigkeitszeiten und etwaige Anwartschaften. Da die Einführung der Kurzarbeit daher nicht ein einseitiges Risiko der Arbeitgebenden betrifft, kann nicht davon ausgegangen werden, dass in den Konstellationen des Kurzarbeitergelds von wesentlichen Grundgedanken des § 615 BGB zulasten der Arbeitnehmenden abgewichen wird.¹⁶

Ganz überwiegend wird in der Literatur das Einhalten einer Ankündigungsfrist vor Einführung der Kurzarbeit gefordert. In Anlehnung an tarifvertragliche Regelungen und § 4 KSchG wird die Einhaltung einer Frist von drei Wochen von der Ankündigung bis zur Umsetzung der Kurzarbeit für ausreichend erachtet.¹⁷ Die instanzliche Rechtsprechung hat selbst das gänzliche Fehlen einer Ankündigungsfrist für unschädlich hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Einführung von Kurzarbeit bewertet.¹⁸ Dies geschah allerdings mit der Begründung, dass die Vereinbarung zu einer Zeit geschlossen worden sei, die es beiden Parteien aufgrund der gerade erst beginnenden Covid-19-Pandemie unmöglich gemacht habe, alle etwaigen Eventualitäten in einer vertraglichen Regelung abzubilden. Dieses Argument dürfte mittlerweile nicht mehr verfangen.

(c) Konkludente Einigung zur Einführung von Kurzarbeit

Nicht selten werden sich sowohl Arbeitgebende als auch Arbeitnehmende nicht über die Hürden zur Einführung von Kurzarbeit bewusst sein. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Vertrag über die Kurzarbeit auch durch schlüssiges Tun zustande kommen kann, beispielsweise indem die Seite der Arbeitgebenden die

7 Linck, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023 (im Folgenden: ArbR-HdB), § 47 Rn. 7; Bauer/Günther, BB 2009, 662, 664; aA. Klocke, RdA 2020, 331, 337.

8 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, 7.2.2023 – 8 Sa 392/21 – AuR 2023, 475; Klocke, RdA 2020, 331, 337.

9 Vgl. ArbG Frankfurt/Oder, 10.2.2021 – 1 Ca 1076/20 – ArbRAktuell 2021, 225.

10 Vgl. LAG Baden-Württemberg, 17.10.2023 – 15 Sa 5/23 – ArbRAktuell 2024, 196.

11 Vgl. ArbG München, 19.7.2021 – 33 Ca 13634/20 – DB 2021, 2626; ArbG Villingen-Schwenningen, 7.10.2021 – 1 Ca 163/21 – BeckRS 2021, 53380.

12 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, 7.2.2023 – 8 Sa 392/21 – AuR 2023, 475; ArbG München, 19.7.2021 – 33 Ca 13634/20 – DB 2021, 2626; ArbG Villingen-Schwenningen, 7.10.2021 – 1 Ca 163/21 – BeckRS 2021, 53380.

13 So wohl auch Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 209 f.

14 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10 – NZA-RR 2011, 65.

15 So auch Klocke, RdA 2020, 331, 338.

16 So auch Klocke, RdA 2020, 331, 338.

17 Vgl. Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 209, 210; Grimm, ArbRB 2011, 169; LAG Berlin-Brandenburg, 19.1.2011 – 17 Sa 2153/10 – BeckRS 2011, 69844.

18 Vgl. LAG Baden-Württemberg, 17.10.2023 – 15 Sa 5/23 – ArbRAktuell 2024, 196.

Einführung von Kurzarbeit verkündet und die Arbeitnehmenden das Kurzarbeitergeld widerspruchslos hinnehmen.

Von der instanzlichen Rechtsprechung ist dies bereits angenommen worden.¹⁹ Dabei wird auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²⁰ – ohne Bezug zur Kurzarbeit – verwiesen, wonach Arbeitnehmende, die sich nach dem Angebot einer verschlechternden Vertragsänderung von Seiten der Arbeitgebenden nicht äußern, sondern widerspruchslos die Arbeit fortsetzen, durch schlüssiges Verhalten mindestens dann die Vertragsänderung angenommen haben, wenn sie von der Durchführung der nachteiligen Vertragsgestaltung unmittelbar und sogleich betroffen werden. Und auch Stimmen in der Literatur scheinen dem zuzustimmen.²¹ Dogmatisch wird dies hingegen zumindest in Bezug auf die Einführung von Kurzarbeit nicht immer einfach begründbar sein.²² So müssen die Erklärungen der Arbeitgebenden zur Einführung von Kurzarbeit zunächst einmal überhaupt als ein Angebot auf eine Vertragsänderung ausgelegt werden können. Dies könnte in all den Fallkonstellationen Schwierigkeiten bereiten, in denen sich Arbeitgebende rechtsirrig aufgrund einer (unwirksamen) Ermächtigungsgrundlage für bereits ermächtigt ansehen, die Kurzarbeit einseitig anzuordnen und die Äußerungen daher überhaupt nicht als ein Angebot betrachtet werden können.²³ Auch könnte das Handeln der Arbeitgebenden nach §§ 133, 157 BGB keinen Rechtsbindungswillen aufweisen, wenn beispielsweise nur angekündigt und damit informiert wird, alsbald Kurzarbeit einführen zu wollen. Zudem gilt es, eine Annahme des Angebots durch die Arbeitnehmenden zu erkennen. Dabei ist der allgemeine Grundsatz zur Auslegung von Willenserklärungen zu beachten, dass das bloße Schweigen grundsätzlich nicht als Willenserklärung und damit auch nicht als Annahme zur Änderung eines bestehenden Vertrags gedeutet werden kann. Allein das »Nicht-Arbeiten« im Anschluss an die Äußerung Arbeitgebender zur Einführung von Kurzarbeit könnte insofern jedoch eher einem Schweigen gleichstehen oder diesem zumindest nahekommen.²⁴

(d) Wirksame Änderungskündigung

Da in den meisten Arbeitsverträgen eine sog. »Vorratsklausel« zur Einführung von Kurzarbeit nicht enthalten ist, können Arbeitgebende ohne eine kollektivrechtliche Möglichkeit nur auf die Änderungskündigung zurückgreifen, wenn sie Kurzarbeit einführen möchten.

Eine betriebsbedingte ordentliche Änderungskündigung ist grundsätzlich sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse das Änderungsangebot bedingen. Dabei müssen sich Arbeitgebende darauf beschränken, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die Arbeitnehmende billigerweise hinnehmen müssen. Die Unrentabilität des Betriebs kann ein solches dringendes betriebliches Erfordernis sein.

Zudem ist folgender arbeitsrechtlicher allgemeine Grundsatz zu beachten: Eine von Seite der Arbeitgebenden geplante

Entgeltreduzierung im Wege der Änderungskündigung soll nur dann zulässig sein, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind. Regelmäßig bedarf es deshalb eines umfassenden Sanierungsplans, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.²⁵ Hintergrund für diese hohen Anforderungen ist, dass Arbeitgebende mit einer Änderungskündigung in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreifen und hierzu der Grundsatz gilt, dass Verträge einzuhalten sind – »pacta sunt servanda«.

Ob diese relativ hohen Hürden für eine Entgeltreduzierung auch gelten, wenn mittels Änderungskündigung Kurzarbeit eingeführt werden soll, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt. Dies könnte deshalb fraglich sein, weil bei der Einführung von Kurzarbeit nicht einzig das Entgelt, sondern zugleich auch die Arbeitszeit reduziert wird. Kompensationen für den Entgeltverlust entstehen durch den Bezug des Kurzarbeitergelds. Die Vertragsänderung zur Kurzarbeit soll zudem nicht dauerhaft sein. Zudem könnte die gesetzgeberische Intention zum Kurzarbeitergeld – also die Existenz dieses Mittels zur Abwendung von Wirtschaftskrisen – zu einer abweichenden Bewertung der Voraussetzungen führen: Der Gesetzgeber hat das Bedürfnis der Arbeitgebenden anerkannt, auf Auftragsschwankungen mit der Verringerung von Arbeitszeit und Vergütung flexibel reagieren zu können. Hierfür unterstützt die Legislative mit der Zahlung von Kurzarbeitergeld. Quasi im Gegenzug soll dadurch der Bestand der Arbeitsverhältnisse an sich als gesichert gelten.²⁶

In diesem Sinne auch noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob bei der Einführung von Kurzarbeit eine außerordentliche Änderungskündigung ausgesprochen werden kann oder zwingend die ordentlichen Kündigungsfristen einzuhalten sind. Zuzugestehen ist, dass bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen eine allzu kurzfristige Einführung der Kurzarbeit nicht durchführbar sein. Ob allerdings allein die »sozial- und arbeitsmarktpolitische Absicht des Gesetzgebers« dazu führt, dass Arbeitnehmende eine außerordentliche Änderungskündigung – ggf. unter Beachtung einzig einer Umsetzungsfrist von drei Wochen –²⁷ zu akzeptieren haben, bleibt fraglich. In die Interessenabwägung einzubeziehen und für eine außerordentliche Änderungskündigung wird hingegen sprechen, wenn ein Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist zu einer unzumutbaren finanziellen Belastung für die arbeitgebende Person wird, die den Fortbestand des ganzen Betriebes oder Unternehmens gefährdet.

(2) Kollektivrechtliche Vereinbarungen

(a) Tarifliche Vereinbarung

Durch Tarifvertrag kann einerseits Kurzarbeit unmittelbar eingeführt werden. Durch Tarifvertrag können andererseits aber auch Arbeitgebende ermächtigt werden, unter Einhaltung einer

19 Vgl. LAG Düsseldorf, 14.10.1994 – 10 Sa 1194/94 – DB 1995, 682; ArbG Marburg, 17.12.1999 – 2 Ca 203/99 – NZA-RR 2001, 144.

20 Grundlegend BAG, 20.5.1976 – 2 AZR 202/75 – AP BGB § 305 Nr. 4; BAG, 17.8.2021 – 1 AZR 56/20.

21 Preis/Greiner, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 749; Fuhlrott, ArbRaktuell 2021, 231, 232; ArbR-HdB-Linck (Fn. 7), § 47 Rn. 8.

22 Zweifelnd auch Hennige, NZA 1999, 281, 284.

23 Insofern die Auslegung der Willenserklärung durch das LAG als kein Vertragsänderungsangebot billigend BAG, 14.2.1991 – 2 AZR 415/90 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4.

24 So auch Klocke, RdA 2020, 331, 334.

25 St. Rspr. vgl. nur BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07 – AP KSchG 1969 § 2 Nr. 142.

26 Für weniger strenge Anforderungen an die Wirksamkeit einer Änderungskündigung iSv. § 2 KSchG bei Einführung von Kurzarbeit im Gegensatz zu einer reinen Entgeltreduzierung sprechen sich daher aus Bauer/Günther, NZA 2020, 419, 420 f.

27 So Bauer/Günther, NZA 2020, 419, 421; Schmidt, Kurzarbeit in Zeiten von Corona, 2. Aufl., München 2021, 11.7. Änderungskündigung.

Ankündigungsfrist Kurzarbeit einzuführen, wobei zugleich das Verfahren genau geregelt wird, das bei Einführung von Kurzarbeit einzuhalten ist.

Eine pauschale Regelung im Tarifvertrag, wonach die »Einführung von Kurzarbeit zulässig« sei, genügt hingegen nicht als Rechtsgrundlage für die Reduzierung der Arbeitszeit bei gleichzeitiger Vergütungskürzung. Eine derartig voraussetzungslose Ermächtigungsgrundlage würde Arbeitgebenden ermöglichen, zu einem von ihnen bestimmten Zeitpunkt und in einem von ihnen bestimmten Umfang den Beschäftigungs- und Entgeltanspruch der Arbeitnehmenden auf unbestimmte Zeit zu verkürzen oder sogar ganz auszuschließen. Arbeitgebende erhielten ein einseitiges Gestaltungsrecht, das sie berechtigte, ohne Bindung an Kündigungsfristen und Kündigungsgründe einseitig in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses einzugreifen. Die Arbeitsleistung würde in unzulässiger Art zu ihrer alleinigen Disposition gestellt.²⁸ Damit würde eine solche Tarifnorm eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungsrechts darstellen. Der Tarifvertrag muss daher vielmehr die Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit – wie etwa deren Anlass, Ankündigungsfristen, Dauer und Umfang und ggf. die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Arbeitsverwaltung – bestimmen.

Problematischer ist hingegen, gegenüber wem ein derartiger Tarifvertrag (mit wirksamer Ermächtigung) zur Einführung von Kurzarbeit Wirkung entfalten kann. Dies und mithin die praktische Bedeutung dieser Ermächtigungsform hängt davon ab, ob solche Tarifklauseln als Inhaltsnormen iSv. § 1 Abs. 1 TVG betrachtet werden, die nur für die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmenden normativ gelten, oder ob sie auch für Nichttarifgebundene geltende und bindende Betriebsnormen iSv. § 3 Abs. 2 TVG darstellen. Korrekterweise müssen derartige Klauseln als Inhaltsnormen angesehen werden. Es fehlt für eine Bewertung als Betriebsnormen bereits an der evident sachlogischen Zweckmäßigkeit²⁹, Kurzarbeit als eine unerlässliche einheitliche Regelung auf betrieblicher Ebene anzuordnen. Zudem und inhaltlich gewichtiger ist ferner der Umstand, dass der mit der Einführung von Kurzarbeit verbundene Eingriff in das arbeitsvertragliche Synallagma für einzelne Personen so weitreichende Folgen hat, dass er einer – zumindest durch den Koalitionsbeitritt mitgliederschaftlich vermittelten – privatautonomen Legitimationsgrundlage bedarf.³⁰ Insofern entfalten tarifliche Kurzarbeitsklauseln gegenüber Nichttarifgebundenen nur Wirkung, wenn der Tarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt worden ist oder wenn eine Bezugnahmeklausel auf den Tarifvertrag im Arbeitsvertrag vorliegt.

(b) Betriebliche Vereinbarung

Aufgrund der vielfachen praktischen Schwierigkeiten der individualrechtlichen Einführung von Kurzarbeit könnte es in Betrieben mit Betriebsräten weit interessanter sein, mittels Betriebsvereinbarung mit unmittelbarer und zwingender Wirkung (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) Kurzarbeit einzuführen.

²⁸ Vgl. BAG, 18.10.1994 – 1 AZR 503/93 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 11.

²⁹ Vgl. zu dieser Voraussetzung in st. Rspr. BAG, 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 62.

³⁰ So auch Bieder, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, München Stand: 1.7.2022, § 615 BGB Rn. 139.2; ArbR-HdB-Linck (Fn. 7), § 47 Rn. 4; ErfK-Franzen (Fn. 21), § 1 TVG Rn. 41; aA. Nebe, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 TVG Rn. 353.

Nach der Rechtsprechung ist dies aufgrund des Mitbestimmungsrechts zur vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG grundsätzlich möglich, sofern keine tarifvertragliche Regelung zur Kurzarbeit besteht. Eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit muss allerdings die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmenden zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Personen.³¹ Diese Rechtsprechungssicht wird zum Teil abgelehnt mit dem Argument, dass § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keine Ermächtigungsgrundlage darstelle, um eine für Arbeitnehmende verschlechternde Entgeltregelung zu vereinbaren.³²

Umstritten ist, ob sich das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch auf die Milderung finanzieller Folgen der Kurzarbeit bezieht, also beispielsweise auf einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld.³³ Das Mitbestimmungsrecht bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bezieht sich mit der wohl hM. jedoch nicht auf Entgeltfragen.³⁴ Dieser Mitbestimmungstatbestand ist allein auf Arbeitszeitfragen beschränkt und etwaige Entgeltkürzungen sind einzig Folge einer verkürzten Arbeitszeit.

Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG steht dem Betriebsrat auch ein Initiativrecht zu, sodass er die Einführung von Kurzarbeit mit dem Ziel, Kündigungen zu vermeiden, verlangen und ggf. mit Hilfe der Einigungsstelle durchsetzen kann.³⁵

b) Ermächtigung durch die Bundesagentur für Arbeit

Fehlt es an einer kollektivrechtlichen Regelung zur Einführung von Kurzarbeit, so müssen Arbeitgebende sich also grundsätzlich mit den Arbeitnehmenden einzelvertraglich auf Kurzarbeit verständigen. Hiervon abweichend besteht eine Besonderheit bei anzeigepflichtigen Massenentlassungen. Die Bundesagentur für Arbeit kann Arbeitgebende gem. § 19 KSchG ermächtigen, für die Dauer der Entlassungssperre des § 18 KSchG einseitig Kurzarbeit für alle Arbeitnehmende einzuführen. In diesem Fall haben Arbeitgebende das Recht, durch einseitige Ankündigung gegenüber den Arbeitnehmenden Kurzarbeit einzuführen. Die Lohnkürzung tritt dabei jedoch erst zu dem Zeitpunkt ein, an dem das Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen enden würde. Nur ausnahmsweise kann die Lohnkürzung mit sofortiger Wirkung oder mit abgekürzter Frist erfolgen, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung erfolgt oder die Lohnkürzung für den Fall der Kurzarbeit vorgesehen war.³⁶

Nach hM. bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch bei einer Ermächtigung zur Kurzarbeit von der Agentur für Arbeit bestehen.³⁷

³¹ BAG, 18.11.2015 – 5 AZR 491/14 – AP BGB § 615 Nr. 142.

³² Vgl. Heinze, RdA 1998, 14, 19; Waltermann, NZA 1993, 679, 681; Boecken, RdA 2000, 7, 11 f.; Hensler, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2023 (im Folgenden: MüKo BGB), § 615 BGB Rn. 94.

³³ Bejahend mit einer Übersicht zum Meinungsstand: Klebe, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 19. Aufl., Frankfurt aM. 2024, § 87 BetrVG Rn. 129.

³⁴ Maschmann, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2022, § 87 BetrVG Rn. 383; ErfK-Kania (Fn. 21), § 87 BetrVG Rn. 37; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl., München 2024, § 87 BetrVG Rn. 155.

³⁵ ErfK-Kania (Fn. 21), § 87 BetrVG Rn. 35; Fitting (Fn. 34), § 87 BetrVG Rn. 161.

³⁶ Vgl. Neumann, in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Westphal/Krohne (Hrsg.), Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – SGB IX, 15. Aufl., München 2024, § 168 Rn. 62.

³⁷ Vgl. ErfK-Kiel (Fn. 21), KSchG § 19 Rn. 4; Fitting (Fn. 34), § 87 BetrVG Rn. 157, jew. mwN.

Arbeitnehmende, die von der Lohnkürzung aufgrund der eingeführten Kurzarbeit betroffen sind, sind nicht rechtslos gestellt. Sie können einerseits durch Erhebung einer Zahlungsklage die arbeitsgerichtliche Inzidentprüfung der wirksamen Anordnung von Kurzarbeit erreichen. Allerdings ist diese äußerst eingeschränkt. So hat das Arbeitsgericht zwar zu prüfen, ob eine Ermächtigung der Agentur für Arbeit überhaupt vorliegt und ob sich die Arbeitgebenden an den Rahmen dieser Ermächtigung gehalten haben. Im Übrigen wäre allerdings nur eine Prüfung der Nichtigkeit der Entscheidung der Agentur für Arbeit vom Arbeitsgericht zu berücksichtigen, nicht jedoch deren Anfechtbarkeit oder die richtige Ermessenausübung durch die Agentur für Arbeit. Von daher ist auch die Vorfrage, ob die Agentur für Arbeit rechtmäßig die Voraussetzungen einer anzeigepflichtigen Entlassung angenommen hat, anders als bei der Kündigung nicht zu überprüfen, da eine Verkennung dieser Voraussetzungen nur zur Anfechtbarkeit der Entscheidung führt, nicht aber zu deren Nichtigkeit.³⁸

Daneben besteht für Arbeitnehmende die Möglichkeit, die Entscheidung der Agentur für Arbeit im sozialgerichtlichen Verfahren nachprüfen lassen. Da die Entscheidung die Arbeitgebenden durch die Einräumung eines einseitigen Gestaltungsrechts begünstigt und die Arbeitnehmenden durch den unmittelbaren Eingriff in den Beschäftigungs- und Entgeltanspruch belastet, liegt ein Verwaltungsakt mit Doppelcharakter vor.³⁹

3. Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung

Da die Einführung von Kurzarbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument zum Erhalt der Arbeitsplätze gedacht ist und eine weniger einschneidende Maßnahme gegenüber einer betriebsbedingten Kündigung darstellen könnte, um einen vorübergehenden Arbeitsausfall aufzufangen, stellt sich die Frage, in welchem Wechselspiel betriebsbedingte Kündigungen und Kurzarbeit stehen.

Einigkeit besteht dahingehend, dass die Einführung von Kurzarbeit und der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen grundsätzlich auch nebeneinander bestehen können.⁴⁰ Es stellt sich aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei eingeführter Kurzarbeit noch betriebsbedingt gekündigt werden kann.⁴¹

Ein entscheidender Unterscheid zwischen Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung ist, dass ersteres auf die Fälle vorübergehender Verringerung des Beschäftigungsbedarfs zugeschnitten ist, wie sich aus § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III ergibt. Eine betriebsbedingte Kündigung können Arbeitgebende indes nur aussprechen, wenn es um die dauerhafte Verringerung des Beschäftigungsbedarfs geht. Abzustellen ist dabei auf die Prognoseentscheidung zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs: Entweder geht die arbeitgebende Person zu diesem Zeitpunkt von einem vorübergehenden Wegfall des Beschäftigungsbedarfs aus und kann sodann bei Vorliegen der weiteren Voraussetzun-

gen Kurzarbeitergeld beantragen und Kurzarbeit einführen. Oder sie geht von einem dauerhaften Beschäftigungsrückgang aus, mit der Folge, dass ihr die Beantragung von Kurzarbeitergeld verwehrt wäre und einzig eine betriebsbedingte Kündigung zur Senkung der Personalkosten in Betracht käme. Insofern muss die Kurzarbeit eher als Aliud denn als Minus gegenüber der Kündigung betrachtet werden und kommt gerade nicht als milderer Mittel in Betracht.⁴² Demgemäß kommt im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung auch gar nicht die Frage auf, ob Arbeitgebende eine ausgesprochene Kündigung durch die Anordnung von Kurzarbeit hätte vermeiden können und ob die Einschätzung zum vorübergehenden Wegfall des Arbeitsmangels arbeitsgerichtlich auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft⁴³ oder nur einer Willkürkontrolle⁴⁴ unterzogen werden kann.⁴⁵ Im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung haben Arbeitgebende (einzig) den prognostizierten dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit nachzuweisen und darzulegen, dass es sich nicht nur um eine vorübergehende Schwankung des Personalbedarfs handelt.⁴⁶

Haben Arbeitgebende einmal Kurzarbeit eingeführt, hindert sie auch dies grundsätzlich nicht, im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen. Allerdings kommt der Einführung von Kurzarbeit indizielle Wirkung zu, dass der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs eben nur vorübergehender Natur war. Insofern muss dargelegt werden, welche Umstände sich seit dem Zeitpunkt der Einführung der Kurzarbeit verändert haben und ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 KSchG mit der Prognose der dauerhaften Verringerung der Arbeitsmenge zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist muss begründet werden.⁴⁷

4. Rechtsfolgen der unwirksamen Einführung von Kurzarbeit

Die wirksame Einführung von Kurzarbeit führt dazu, dass die Arbeitszeit vorübergehend zeitlich (bis auf eine Arbeitszeit von Null Stunden) reduziert wird und suspendiert die korrespondierende Lohnzahlungspflicht der Arbeitgebenden.⁴⁸

Fehlt es hingegen an einer wirksamen Einführung der Kurzarbeit, besteht das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Die Arbeitnehmenden bleiben weiterhin in vollem Umfang zur Arbeitsleistung verpflichtet und können im Gegenzug ihren vollen Lohn verlangen.

Zwar werden die Arbeitnehmenden in Zeiten der (vermeintlichen) Kurzarbeit – wenn überhaupt – nur in reduziertem Maße gearbeitet haben. Sie können aber dennoch den vollen Lohn gem. § 615 S. 2 BGB beanspruchen, wenn sich die arbeitgebende Person während der (vermeintlichen) Kurzarbeit im Annahmeverzug befunden hat. Arbeitgebende kommen gem. § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn sie im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihnen angebotene Leistung nicht anneh-

38 *Bieback*, in: Knickrehm/Deinert (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum SGB, München Stand: 1.5.2020 (im Folgenden: BeckOGK-SGB), § 95 SGB III Rn. 173.

39 BeckOGK-SGB-*Bieback* (Fn. 38), § 95 SGB III Rn. 172.

40 Vgl. grundlegend BAG, 17.10.1980 – 7 AZR 675/78 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10; *Weber/Graßl*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), NomosKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2023 (im Folgenden: NK-ArbR), KSchG § 1 Rn. 1173.

41 Vgl. zu den uneinheitlichen Ansichten der Rechtsprechung *Kiel*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 7. Aufl., München 2024 (im Folgenden: A/P/S), KSchG § 1 Rn. 535; NK-ArbR-*Weber/Graßl* (Fn. 40), § 1 KSchG Rn. 1172.

42 So auch NK-ArbR-*Weber/Graßl* (Fn. 40), § 1 KSchG Rn. 1172; *Seidler/Josephs*, NZA 2020, 1227, 1228; *Schmädicke/Stark*, ArbRAktuell 2020, 278, 279; aA. wohl ErfK-*Oetker* (Fn. 21), § 1 KSchG Rn. 288; *Wahlig/Jeschke*, NZA 2010, 607, 608; *Geulen/Vogt*, ArbRAktuell 2020, 181, 183.

43 So ErfK-*Oetker* (Fn. 21), § 1 KSchG Rn. 288.

44 So A/P/S-*Kiel* (Fn. 41), § 1 KSchG Rn. 536.

45 So auch NK-ArbR-*Weber/Graßl* (Fn. 40), § 1 KSchG Rn. 1173; aA. A/P/S-*Kiel* (Fn. 41), § 1 KSchG Rn. 535; ErfK-*Oetker* (Fn. 21), § 1 KSchG Rn. 288.

46 Vgl. NK-ArbR-*Weber/Graßl* (Fn. 40), § 1 KSchG Rn. 1173.

47 BAG, 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 189.

48 Siehe bereits oben.

men. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis müssen Arbeitnehmende die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB genügt nur, wenn Arbeitgebende erklärt haben, sie werden die Leistung nicht annehmen oder sie seien nicht verpflichtet, die Arbeitnehmenden in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen.⁴⁹ Durch die Einteilung zur Kurzarbeit werden Arbeitgebende regelmäßig zu erkennen geben, in diesen Zeiträumen jede weitere Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden nicht annehmen zu wollen. Insoweit wird ein wörtliches Angebot der Arbeitnehmenden ausreichend, aber auch erforderlich sein.⁵⁰

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht besteht ohne wirksame arbeitsrechtliche Einführung der Kurzarbeit auch kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, da die wirksame Einführung nach § 95 SGB III Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Leistung ist. Deckt die Bundesagentur für Arbeit in einer Nachprüfung die fehlende oder unwirksame arbeitsrechtliche Basis für bezogenes Kurzarbeitergeld auf, droht daher eine Rückabwicklung sowohl für das erhaltene Kurzarbeitergeld als auch für die von der Bundesagentur für Arbeit getragenen Sozialversicherungsbeiträge, bei der der Arbeitgeber das finanzielle Risiko trägt.⁵¹

Folgt auf eine unwirksame Einführung von Kurzarbeit eine (vorsätzliche oder fahrlässige) unrechtmäßige Beantragung von Kurzarbeitergeld, kann dies außerdem eine Ordnungswidrigkeit darstellen bzw. strafrechtlich relevant werden.⁵²

Insbesondere der während der Corona-Pandemie gewährte erleichterte Zugang zum Kurzarbeitergeld wird von den zuständigen Kontrollbehörden derzeit aufgearbeitet und die damaligen Anträge und Auszahlungen kritisch überprüft.⁵³

5. Rechtsfolgen der Rückabwicklung rechtswidriger Kurzarbeitergeld-Bewilligungen auf Lohnansprüche

Nachdem aufgezeigt worden ist, welche Fallstricke es bei der wirksamen Vereinbarung von Kurzarbeit zu umgehen gilt, soll auch die Frage beantwortet werden, wie sich etwaige Rückabwicklungen vorläufiger Kurzarbeitergeld-Zahlungen auf die Lohnansprüche der Arbeitnehmenden auswirken. Entscheidend dafür ist, was dogmatisch mit dem Lohnanspruch der Arbeitnehmenden passiert, wenn die Beantragung von Kurzarbeitergeld bei eingeführter Kurzarbeit vereinbart wird.

Die Rechtsprechung scheint hier noch uneinheitlich zu sein. So führte der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung zum Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV Bau), welches sich auf Saison-Kurzarbeitergeld bezog, aus, dass Arbeitnehmende den Lohnanspruch in Höhe des Kurzarbeitergelds behalten und damit die Vergütungspflicht der Arbeitgebenden gerade nicht vollständig entfällt.⁵⁴ In einer früheren Entscheidung hatte das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden, dass der Widerruf der Bewilligung des Kurzarbeitergelds keinen Einfluss auf die mit dem Betriebsrat wirksam vereinbarte Kurzarbeit hätte. Aufgrund der konkret getroffenen Regelung in der Betriebsvereinbarung könnten die Arbeitnehmenden Verdienstausschluss nur in Höhe des Kurzarbeitergeldes

beanspruchen.⁵⁵ Eine darauffolgende Entscheidung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts⁵⁶ zur Frage, ob Arbeitnehmende Schadensersatz von Arbeitgebenden verlangen können, wenn die Bundesagentur für Arbeit das Kurzarbeitergeld in der Höhe falsch berechnet hat, rekurriert zwar auf die vorhergehende Entscheidung des Fünften Senats, wonach der Senat »einen Anspruch des Arbeitnehmers auf ›Verdienstausschluss‹ anerkannt« habe. Der Achte Senat distanziert sich aber sprachlich und inhaltlich von der Entscheidung und scheint vom Erlöschen des Anspruchs nach § 611a Abs. 2 BGB und stattdessen vom Entstehen eines Anspruchs auf Kurzarbeitergeld auszugehen, indem er den Arbeitnehmenden einzig einen Anspruch in Höhe des Kurzarbeitergelds zuspricht.

Auch die Kommentierungen sind, soweit sie die Problematik überhaupt thematisieren, uneinheitlich, neigen aber wohl dazu, den Arbeitnehmenden ihren Vergütungsanspruch, allerdings gekürzt in Höhe des Kurzarbeitergelds, zuzusprechen.⁵⁷ Andererseits soll den Arbeitnehmenden auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Arbeitgebenden zustehen, wenn diese die unterbliebene Auszahlung des Kurzarbeitergelds durch die Agentur für Arbeit zu verschulden haben.⁵⁸ Allerdings erschließt sich nicht sogleich, worin der Schaden zu sehen ist, wenn Arbeitnehmende jedenfalls einen Lohnanspruch in Höhe des Kurzarbeitergelds gegen den Arbeitgebenden hätten. In dogmatische Schwierigkeiten gerät der Ansatz, dass der Lohnanspruch erhalten bleibe, auch und gerade im Fall der Kurzarbeit Null: Für § 614 BGB, wonach die Vergütung nach der Leistung der Dienste fällig ist und § 326 BGB mit seiner Befreiung von der Gegenleistung, wenn der Schuldner nicht zu leisten braucht, bedürfte es eines – in der Praxis wohl allenfalls konstruierten – Parteiwillens, mit dem auf die Anwendung dieser Vorschriften verzichtet würde.⁵⁹

Konsistenter erscheint es daher, den Entgeltanspruch der Arbeitnehmenden entfallen zu lassen. Mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kann sodann davon ausgegangen werden, dass Anspruchsinhaber des Kurzarbeitergelds allein die Arbeitnehmenden sind.⁶⁰ Auch die Voraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergelds durch die Agentur für Arbeit, dass Lohn entfallen sein muss, erklärt sich bei Kurzarbeit Null gerade nur, wenn davon ausgegangen wird, dass der Lohnanspruch der Arbeitnehmenden komplett entfällt.

In der Praxis wird es maßgeblich darauf ankommen, auf welche Vereinbarung sich die Parteien des Arbeitsverhältnisses konkret verständigt haben. Rechtlich möglich müsste es jedoch sein, dass sich Arbeitgebende – gerade bei Kurzarbeit Null – darauf zurückziehen, dass der Lohnanspruch vollständig entfällt und Arbeitnehmende einzig den Anspruch auf Kurzarbeitergeld erhalten.

49 BAG, 23.8.2023 – 5 AZR 349/22 – AP GewO § 106 Nr. 49.

50 BAG, 18.11.2015 – 5 AZR 491/14 – AP BGB § 615 Nr. 142.

51 Vgl. Voelzke, FS Schlegel, 2024, S. 661 ff.; hierzu ausführlich Schmidt (Fn. 27), VIII.4.

52 Ebd.

53 Vgl. ebd. sowie Buhlmann/Weitzell, BB 2023, 1801.

54 Vgl. BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 310/08 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 311.

55 Vgl. BAG, 11.7.1990 – 5 AZR 557/89 – AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 32.

56 Vgl. BAG, 19.3.1992 – 8 AZR 301/91 – AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 6.

57 Vgl. MüKo BGB-Henssler (Fn. 32), § 615 BGB Rn. 101; ErfK-Preis/Greiner (Fn. 21), § 615 BGB Rn. 15; Tillmanns, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht, 6. Aufl., München 2024 (im Folgenden: MHD ArbR), § 76 Rn. 42; Klocke, RdA 2020, 331, 332.

58 Vgl. ArbR-HdB-Linck (Fn. 7), § 47 Rn. 13; Bauer/Günther, BB 2009, 662, 665.

59 Vgl. Klocke, RdA 2020, 331, 332.

60 St. Rspr. schon zum Kurzarbeitergeld nach dem AVAVG seit BSG, 29.8.1974 – 7 RA 17/72 – BSGE 38, 94, 95; zum Kurzarbeitergeld nach dem SGB III BSG, 21.11.2002 – B 11 AL 17/02 R – SozR 3-4300 § 172 Nr. 1 S. 3, juris Rn. 15; zuletzt BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 1/23 R – juris Rn. 12 und BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 3/23 – juris Rn. 12.

III. Kurzarbeitergeld

Kurzarbeitergeld gehört zu den ältesten Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Schon § 130 AVAVG in der Fassung vom 16. Juli 1927 sah vor, dass Arbeitnehmende bei Arbeitsmangel und dadurch bedingte Lohnkürzungen eine Kurzarbeiterunterstützung erhalten konnten.⁶¹

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld soll bei konjunkturell bedingten Arbeitsausfällen der Verhinderung von Arbeitslosigkeit und der Stabilisierung bestehender Beschäftigungsverhältnisse dienen. Den Arbeitnehmenden sollen die Arbeitsplätze und den Betrieben die eingearbeiteten Arbeitnehmenden erhalten bleiben. Die Vermeidung von Entlassungen liegt im übereinstimmenden Interesse von Arbeitnehmenden, Arbeitgebenden und Beitragszahlenden.⁶² Damit liegen Sinn und Zweck von Kurzarbeitergeld und Kurzarbeit (hierzu bereits oben) – logisch verknüpft – nah beieinander.

Neben dem »klassischen« Kurzarbeitergeld gibt es die Sonderformen »Saison-Kurzarbeitergeld« (§ 101 SGB III), »Ergänzende Leistungen« (§ 102 SGB III) und »Kurzarbeitergeld für Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter« (§ 103 SGB III), auf die in diesem Beitrag aber nicht näher eingegangen wird.

1. Die Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldanspruchs

Arbeitnehmende haben Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (1.), die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (2.), die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (3.) und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (4.; § 95 Abs. 1 S. 1 SGB III). Im Folgenden werden zunächst die Regel-Voraussetzungen dargestellt. Änderungen, die Gesetz- und Verordnungsgeber während der Covid-19-Pandemie im Wesentlichen vorübergehend eingeführt hatten, werden später in diesem Beitrag unter IV.1.a) bis c) dargestellt.

1. Ein Arbeitsausfall ist erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er vorübergehend ist, er nicht vermeidbar ist und im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmenden von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist; der Entgeltausfall kann auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen (§ 96 Abs. 1 S. 1 SGB III).⁶³ Bei diesen Berechnungen sind Auszubildende nicht mitzuzählen (Satz 2). Die für den erheblichen Arbeitsausfall erforderlichen wirtschaftlichen Gründe liegen vor, wenn der Arbeitsausfall durch eine Veränderung der betrieblichen Strukturen verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist (Abs. 2). Ein unabwendbares Ereignis liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsausfall auf ungewöhnlichen, von dem üblichen Witterungsverlauf abweichenden Witterungsverhältnissen beruht oder wenn ein Arbeitsausfall durch behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen verursacht ist, die vom Arbeit-

gebenden nicht zu vertreten sind (Abs. 3). Ein Arbeitsausfall ist nicht vermeidbar, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern (Abs. 4 S. 1).

2. Die für einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld erforderlichen betrieblichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn in dem Betrieb mindestens eine arbeitnehmende Person beschäftigt ist. Betrieb im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld ist auch eine Betriebsabteilung (§ 97 SGB III).⁶⁴

3. Die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die arbeitnehmende Person nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt, aus zwingenden Gründen aufnimmt oder im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt, das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst ist und die arbeitnehmende Person nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist (§ 98 Abs. 1 SGB III). Die persönlichen Voraussetzungen sind auch erfüllt, wenn die Person während des Bezugs von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig wird, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall besteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde (Abs. 2). Nicht erfüllt sind die persönlichen Voraussetzungen demgegenüber unter anderem bei Arbeitnehmenden während der Teilnahme an einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme mit Bezug von Arbeitslosengeld, Qualifizierungsgeld oder Übergangsgeld, wenn diese Leistung nicht für eine neben der Beschäftigung durchgeführte Teilzeitmaßnahme gezahlt wird, während des Bezugs von Krankengeld sowie bei Arbeitnehmenden die bei einer Vermittlung nicht in der von der Agentur für Arbeit verlangten und gebotenen Weise mitwirken (Abs. 3 und 4).⁶⁵

4. Der Arbeitsausfall ist bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Die Anzeige kann nur von Arbeitgebenden oder Betriebsvertretungen (= Betriebs- oder Personalrat) erstattet werden. Der Anzeige Arbeitgebender ist eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Mit der Anzeige ist glaubhaft zu machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind (§ 99 Abs. 1 SGB III).⁶⁶

2. Leistungsumfang

Die Regelbezugsdauer für Kurzarbeitergeld beträgt zwölf Monate (§ 104 Abs. 1 S. 1 SGB III). Die Bezugsdauer wurde während der Covid-19-Pandemie auf bis zu 24 Monate verlängert (dazu noch unter IV.1.). Eine neue Regelbezugsdauer beginnt, wenn seit dem letzten Bezug von Kurzarbeitergeld mindestens drei Monate ohne Bezug von Kurzarbeitergeld verstrichen sind. Das Kurzarbeitergeld wird auf Grundlage des entgangenen Entgelts berechnet.

61 RGL. 1927, S. 187.

62 Vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 183; vgl. zum Funktionswandel bzw. zur Funktionserweiterung des Kurzarbeitergeldes Voelzke, FS Schlegel, 2024, S. 661 ff.

63 Vgl. zur Erheblichkeit des Arbeitsausfalls im Einzelnen Bieback, in: Knickrehm/Deinert (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR (Gagel), München Stand: 1.6.2021 (im Folgenden: BeckOGK-Gagel), Rn. 22 ff.; Petzold, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB III, 2. Ergänzungslieferung, Berlin 2025, § 96 SGB III Rn. 7 ff.; Müller-Grune, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB III, 3. Aufl., Saarbrücken Stand: 19.2.2024, § 96 SGB III Rn. 22 ff.

64 Vgl. zu den betrieblichen Voraussetzungen im Einzelnen zuletzt BSG, 12.3.2025 – B 11 AL 1/24 R und B 11 AL 5/24 AL (Terminberichte, die Urteile sind derzeit noch nicht veröffentlicht); BeckOGK-Gagel-Bieback (Fn. 63), (Stand: 1.5.2024) Rn. 5 ff.; Hauck/Noftz-Petzold (Fn. 63), § 97 SGB III Rn. 4 ff.; Schlegel/Voelzke-Müller-Grune (Fn. 63), § 97 SGB III Rn. 13 ff.

65 Vgl. zu den persönlichen Voraussetzungen im Einzelnen BeckOGK-Gagel-Bieback (Fn. 63), Rn. 24 ff.; Hauck/Noftz-Petzold (Fn. 63), § 98 SGB III Rn. 5 ff.; Schlegel/Voelzke-Müller-Grune (Fn. 63), § 98 SGB III (Stand: 3.4.2024) Rn. 21 ff.

66 Vgl. zur Anzeige des Arbeitsausfalls im Einzelnen BeckOGK-Gagel-Bieback (Fn. 63), (Stand: 1.2.2025) Rn. 13 ff.; Hauck/Noftz-Petzold (Fn. 63), § 99 SGB III Rn. 4 ff.; Schlegel/Voelzke-Müller-Grune (Fn. 63), § 99 SGB III (Stand: 26.11.2024) Rn. 19 ff.; vgl. zur Abgrenzung der Anzeige vom Antrag BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 1/23 R – juris Rn. 30.

Es existieren zwei Leistungssätze; der normale Leistungssatz für Arbeitnehmende ohne Kinder (60 % der Nettoentgelt-differenz) und der erhöhte Leistungssatz (67 %; § 105 SGB III). Die Nettoentgeltdifferenz entspricht der Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt (§ 106 Abs. 1 S. 1 SGB III).⁶⁷ Auch hinsichtlich der Höhe des Kurzarbeitergeldes wurden während der Covid-19-Pandemie vorübergehend Änderungen vorgenommen (dazu noch unter IV.1.c) zu § 421c SGB III).

3. Verfahren für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Um Kurzarbeitergeld zu beantragen, ist der Arbeitsausfall – wie oben beschrieben – zunächst bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, anzuzeigen. Auf die Anzeige des Arbeitsausfalls hin eröffnet die Bundesagentur für Arbeit das bis zur Gewährung von Kurzarbeitergeld zu durchlaufende zweistufig ausgestaltete Verfahren.⁶⁸

Auf der ersten Stufe entscheidet die Bundesagentur für Arbeit durch schriftlichen Verwaltungsakt darüber, ob aufgrund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 99 Abs. 3 SGB III). Die erste Stufe wird als Anerkennungsverfahren bezeichnet, das mit einem sog. Anerkennungsbescheid abschließt.⁶⁹ Dieser enthält eine gesetzlich ausdrücklich zugelassene Elementenfeststellung zu den im Rahmen des § 99 Abs. 3 SGB III feststellungsfähigen Voraussetzungen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld. Sie betrifft das Vorliegen des erheblichen Arbeitsausfalls und der betrieblichen Voraussetzungen. Zu diesen Punkten gibt die Mitteilung des positiven Prüfergebnisses auf der Grundlage der von der arbeitgebenden Person glaubhaft gemachten Tatsachen – verbindlich verfestigt durch eine feststellende Regelung (§ 31 S. 1 SGB X) – den Betroffenen Sicherheit, insbesondere der arbeitgebenden Person, der das Kurzarbeitergeld zu errechnen und auszuzahlen hat.⁷⁰

Dem Anerkennungsverfahren schließt sich auf der zweiten Stufe das Leistungsverfahren an. Hier werden jeweils für Zeiträume, die durch den Leistungsantrag (§ 323 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB III) bestimmt werden, das der einzelnen arbeitnehmenden Person zustehende Kurzarbeitergeld und die der arbeitgebenden Person zustehenden Zuschüsse bewilligt, wenn die oben beschriebenen persönlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld vorliegen.⁷¹

IV. Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld während der Coronakrise

1. Maßnahmen der Gesetzgebung

Auf die Krisensituation der Covid-19-Pandemie und die sich aus ihr ergebenden Belastungen haben Gesetz- und Verordnungsgeber reagiert; so wurden insbesondere Verordnungsermächtigungen normiert, der Zugang zum Kurzarbeitergeld deutlich erleich-

tert und die Bezugsdauer sowie der Leistungssatz erhöht. Die wesentlichen, das Kurzarbeitergeld betreffenden Maßnahmen sollen im Folgenden dargestellt werden.⁷²

a) Verordnungsermächtigungen

Ermächtigungen für BMAS und Bundesregierung, Regelungen zum Kurzarbeitergeld durch Rechtsverordnung zu normieren, enthält (und enthielt auch bereits vor März 2020) § 109 SGB III. Mit dem zum 15. März 2020 in Kraft getretenen Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13. März 2020⁷³ wurde § 109 SGB III zunächst ein neuer Absatz 5 angefügt. Dieser ermächtigte die Bundesregierung, erleichterte Bedingungen für den Zugang zu Kurzarbeitergeld zu schaffen, nämlich zu regeln, dass es ausreichend ist, wenn 10 % der Arbeitnehmenden eines Betriebs von Arbeitsausfall betroffen sind (regulär mindestens ein Drittel), Sozialversicherungsbeiträge bei Kurzarbeit von der Bundesagentur für Arbeit vollständig erstattet werden und auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden zur Vermeidung von Kurzarbeit vollständig oder teilweise verzichtet werden kann. Das innerhalb eines Tages am 13. März von Bundestag und Bundesrat beschlossene Gesetz stellte eine Reaktion auf die durch die schnelle Verbreitung des Coronavirus COVID 19 hervorgerufene konjunkturelle Herausforderung dar.⁷⁴ Ursprünglich war ein Außerkrafttreten mit Ablauf des 31. Dezember 2021 geregelt. Die Frist wurde erst bis zum 31. März 2022 und später bis zum 30. September 2022 verlängert.⁷⁵ Zum 15. März 2020 wurde neben § 190 Abs. 5 SGB III eine weitere Verordnungsermächtigung in § 11a AÜG normiert,⁷⁶ deren Frist erst bis zum 30. September 2022⁷⁷ und später bis zum 30. Juni 2023⁷⁸ verlängert wurde. Die Bundesregierung wurde ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass das in § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG geregelte Recht von Leiharbeitnehmenden auf Vergütung bei Vereinbarung von Kurzarbeit für den Arbeitsausfall und für die Dauer aufgehoben ist, für die Leiharbeitnehmenden Kurzarbeitergeld nach dem SGB III gezahlt wird.

Nach der letzten Änderung durch Art. 1d des Gesetzes zur Anpassung der Verordnungsermächtigungen beim Kurzarbeitergeld und anderer Regelungen vom 19. Oktober 2022⁷⁹ traten die Ermächtigungen zum 23. Juni 2023 außer Kraft.⁸⁰ Art. 1 des Gesetzes gab der Vorschrift des § 109 mit Wirkung vom 1. Oktober 2022 eine veränderte Struktur; darüber hinaus erfolgten zeitlich befristete inhaltliche Ergänzungen.⁸¹

72 Vgl. zu weiteren pandemiebedingten Maßnahmen von Gesetz- und Verordnungsgeber auch *Bieback*, NZS 2020, 441 ff.; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 ff.; *dies.*, NZA 2020, 409 ff.; *Schaumberg*, ASR 2020, 128; *Schmidt*, NZS 2021, 963 ff.; *Bienert*, NZS 2022, 371 ff.; *ders.*, NZS 2023, 529 ff.

73 BGBl. 2020 I, S. 493; BT-Drs. 19/17839.

74 BT-Drs. 19/17839, S. 1.

75 Durch Art. 12a Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10.12.2021 (BGBl. 2021 I, S. 5162) sowie durch Art. 1b des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 466).

76 Durch Art. 2 des Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020 (BGBl. 2020 I, S. 493).

77 Durch Art. 1a des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 466).

78 Durch Art. 2 des Gesetzes zur Anpassung der Verordnungsermächtigungen beim Kurzarbeitergeld und anderer Regelungen vom 19.10.2022 (BGBl. 2022 I, S. 1790).

79 BGBl. 2022 I, S. 1790; Entwurf vom 20.9.2022 (BT-Drs. 20/3494).

80 Auf die durch Art. 1 Nr. 17 des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20.5.2020 (BGBl. 2020 I, S. 1044) erfolgten Änderungen des Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 1a wird hier nicht weiter eingegangen.

81 Vgl. hierzu im Einzelnen Schlegel/Voelzke-Müller-Grune (Fn. 63), § 109 SGB III (Stand: 31.10.2025), Rn. 5.

67 Vgl. zum pauschalierten Nettoentgelt § 106 Abs. 1 S. 6 iVm. § 153 SGB III.

68 Vgl. zu dem zweistufig ausgestalteten Verfahren ausführlich BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 1/23 R – juris Rn. 20 ff.

69 Vgl. für die Ablehnungsentscheidung im Rahmen des § 99 Abs. 3 SGB III als »negativer Anerkennungsbescheid« BSG, 21.6.2018 – B 11 AL 4/17 R – juris Rn. 14; zuletzt BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 1/23 R – juris Rn. 21 und BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 3/23 – juris Rn. 18.

70 Vgl. BSG, 5.6.2024 – B 11 AL 1/23 R – juris Rn. 21.

71 Vgl. ebenda Rn. 24.

b) Rechtsverordnungen

Der Ordnungsgeber hat von den Verordnungsmächtigungen des § 109 Abs. 5 SGB III und des § 11a AÜG umgehend Gebrauch gemacht und am 25. März 2020 die Kurzarbeitergeldverordnung⁸² (KugV) – zunächst befristet bis zum 31. Dezember 2020 – erlassen. Sie ist rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft getreten (§ 4). Die Bundesregierung senkte die Anforderungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ab (§ 1). Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld wurden danach bereits geleistet, wenn 10 % der Arbeitnehmenden eines Betriebs von Arbeitsausfall betroffen waren (regulär mindestens ein Drittel). Außerdem wurde auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden vollständig verzichtet. Gleichzeitig wurde eine pauschalierte Erstattung der von Arbeitgebenden während des Bezugs von Kurzarbeitergeld zu tragenden Sozialversicherungsbeiträgen normiert (§ 2) und das Recht von Leiharbeitnehmenden auf Vergütung bei Vereinbarung von Kurzarbeit für den Arbeitsausfall und für die Dauer des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgehoben (§ 3). Der Ordnungsgeber änderte die KugV in der Folgezeit mehrfach ab: Er verlängerte die Fristen der §§ 1, 2 und 3 KugV bis zum 31. Dezember 2021, zunächst für Betriebe, die bis zum 31. März 2021⁸³ Kurzarbeit eingeführt hatten. Im Verlauf reichte eine Einführung der Kurzarbeit zunächst bis zum 30. Juni⁸⁴, dann bis zum 30. September⁸⁵ und zuletzt bis zum 31. Dezember 2021⁸⁶ aus. Die pauschalierte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge reduzierte er erst vom 1. Juli⁸⁷, später vom 1. Oktober 2021⁸⁸ an von einer vollständigen auf eine hälftige Erstattung. Für die Zeit ab dem 23. Juni 2021 schloss der Ordnungsgeber den Anspruch auf Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge bei laufendem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus.⁸⁹ Die Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverlV)⁹⁰ löste die KugV mit Ablauf des 31. Dezember 2021 ab. Sie galt ihrerseits (nur) bis zum 31. März 2022. Hierdurch wurden die Regelungen aus §§ 1–3 KugV (zum erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld) bis zum 31. März 2022 erneut verlängert (§§ 2–4).

Für die Zeit zwischen dem 1. April und dem 30. Juni 2022 waren Zugangserleichterungen vorübergehend in § 421c Abs. 4 SGB III⁹¹ normiert.

Durch die Kurzarbeitergeldzugangsverordnung⁹² wurde der erleichterte Zugang zum Kurzarbeitergeld zunächst bis zum Ablauf des 30. September 2022 weiter verlängert (§ 1). Die Frist wurde sodann durch die Verordnung zur Änderung der Kurzar-

beitergeldzugangsverordnung⁹³ bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 verlängert (§ 1). Danach war es für Betriebe bis zum 31. Dezember 2022 weiterhin ausreichend, wenn mindestens 10 % ihrer Arbeitnehmenden vom Arbeitsausfall betroffen waren. Zur Vermeidung der Kurzarbeit sollten die Arbeitnehmenden nach wie vor keine Minusstunden vor dem Bezug von Kurzarbeitergeld aufbauen müssen. Auch Betriebe, die ab 1. Juli 2022 neu oder nach einer mindestens dreimonatigen Unterbrechung erneut Kurzarbeit anzeigen mussten, konnten bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 von den Zugangserleichterungen profitieren. Zuletzt wurde der erleichterte Zugang durch Artikel 1 der Verordnung über den erweiterten Zugang zum Kurzarbeitergeld⁹⁴ mit Blick auf den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine und die sich daraus ergebenden erheblichen Auswirkungen auf Lieferketten, die Preisbildung auf den Weltmärkten, insbesondere im Energiesektor, und damit auf die wirtschaftliche Entwicklung und den Arbeitsmarkt in Deutschland bis zum 30. Juni 2023 verlängert.

Durch die Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung⁹⁵ wurde die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld für Arbeitnehmende, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. Dezember 2019 entstanden war, über die übliche Bezugsdauer von zwölf Monaten (§ 104 Abs. 1 S. 1 SGB III) hinaus zunächst auf bis zu 21 Monate verlängert (§ 1). Diese Verordnung trat mit Wirkung vom 31. Januar 2020 in Kraft und sollte zunächst mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft treten (§ 2 Abs. 1). Sie löste die Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld vom 7. Dezember 2012 (BGBl. I, S. 2570), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 13. November 2014 (BGBl. I, S. 1749) geändert worden war, ab (§ 2 Abs. 2). Durch die Zweite Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung⁹⁶ wurde die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld für Arbeitnehmende, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. Dezember 2020 entstanden war, auf bis zu 24 Monate, längstens bis zum 31. Dezember 2021, verlängert. Durch die KugverlV⁹⁷ wurde die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld für Arbeitnehmende, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum Ablauf des 31. März 2021 entstanden war, schließlich längstens bis zum 31. März 2022, verlängert (§ 1).

Die zuletzt durch die Dritte Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung⁹⁸ erneut erfolgte Verlängerung der Bezugsdauer auf bis zu 24 Monate mit Wirkung zum 1. Januar 2025 hat ihren Hintergrund (ebenfalls) nicht mehr in der Covid-10-Pandemie, sondern erfolgte angesichts der aktuell schwierigen wirtschaftlichen Lage.

Durch die Kurzarbeitergeldöffnungsverordnung⁹⁹ wurde die Zahlung von Kurzarbeitergeld an Leiharbeitnehmende befristet für die Zeit vom 1. Oktober 2022 zunächst bis zum

82 Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV) vom 25.3.2020 (BGBl. 2020 I, S. 595).

83 Art. 1 Erste Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 21.10.2020 (BGBl. 2020 I, S. 2259).

84 Art. 1 Zweite Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 25.3.2021 (BGBl. 2021 I, S. 381).

85 Art. 1 Dritte Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 17.6.2021 (BGBl. 2021 I, S. 1821).

86 Art. 1 Vierte Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 23.9.2021 (BGBl. 2021 I, S. 4388).

87 Art. 1 Zweite Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 25.3.2021 (BGBl. 2021 I, S. 381).

88 Art. 1 Dritte Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 17.6.2021 (BGBl. 2021 I, S. 1821).

89 Ebd.

90 Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverlV) vom 30.11.2021 (BGBl. 2021 I, S. 5042).

91 In der Fassung des Gesetzes zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen vom 23.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 482).

92 Verordnung zur Verlängerung der Zugangserleichterungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld (Kurzarbeitergeldzugangsverordnung – KugZuV) vom 23.6.2022 (BGBl. 2022 I, S. 985).

93 Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldzugangsverordnung vom 15.9.2022 (BGBl. 2022 I, S. 1507).

94 Verordnung über den erweiterten Zugang zum Kurzarbeitergeld vom 19.12.2022 (BANz. AT 21.12.2022 V3).

95 Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld (Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung – KugBeV) vom 16.4.2020 (BGBl. 2020 I, S. 801).

96 Zweite Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld (Zweite Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung – 2. KugBeV) vom 12.10.2020 (BGBl. 2020 I, S. 2165).

97 Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverlV) vom 30.11.2021 (BGBl. 2021 I, S. 5042).

98 Dritte Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld (Dritte Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung – 3. KugBeV) vom 20.12.2024 (BGBl. 2024 I, S. 432). Die Verordnung trat am 1.1.2025 in Kraft und gilt bis zum 31.12.2025.

99 Verordnung über die Öffnung des Kurzarbeitergeldbezugs für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiternehmer (Kurzarbeitergeldöffnungsverordnung – KugÖV) vom 28.9.2022 (BANz. AT 29.9.2022 V1).

31. Dezember 2022 ermöglicht. Die Frist wurde durch Art. 2 der Verordnung über den erweiterten Zugang zum Kurzarbeitergeld¹⁰⁰ bis zum 30. Juni 2023 verlängert.

c) § 421c SGB III

Als eine weitere Maßnahme zur Abfederung der spürbaren Auswirkungen auf Wirtschaft und Beschäftigung durch die Coronakrise, die das Kurzarbeitergeld betrifft, führte der Gesetzgeber durch das Sozialschutz-Paket zum 28. März 2020 § 421c SGB III¹⁰¹ ein. Nebeneinkommen aus einer Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen auf das Kurzarbeitergeld blieb hiernach bis zur Höhe des bisherigen Monateinkommens anrechnungsfrei (abweichend von § 106 Abs. 3 SGB III).

Um die Arbeitsabläufe der Bundesagentur für Arbeit zu vereinfachen, wurde zum 1. April 2020 ein neuer Satz 2 eingefügt.¹⁰² Entgelte aus geringfügigen Beschäftigungen blieben danach anrechnungsfrei.

Um die wirtschaftlichen und sozialen Härten der Krise so weit wie möglich abzufedern, erfolgte eine Änderung durch Art. 1 Nr. 2 des Sozialschutz-Pakets II¹⁰³ zum 29. Mai 2020. Aus dem vormaligen Wortlaut des § 421c SGB III wurde mit Änderungen zum zeitlichen Geltungsbereich (31. Dezember 2020 statt bisher 31. Oktober 2020) und der Streichung der bis dahin bestehenden Beschränkung für Beschäftigungen in »systemrelevanten Branchen und Berufen« der neue Absatz 1. Angefügt wurde Absatz 2, der die Vorschrift des § 105 SGB III zur Höhe des Kurzarbeitergelds zeitlich befristet bis 31. Dezember 2020 modifiziert hat.

Zum 1. Januar 2021 wurde Absatz 1 wesentlich gekürzt und enthielt im Unterschied zur vorherigen Fassung für 2021 nur noch die Regelung zur Nichtanrechnung eines Entgelts aus geringfügiger Beschäftigung. In Absatz 2 wurde der bisherige Geltungszeitraum um ein weiteres Jahr bis zum 31. Dezember 2021 verlängert und die Einschränkung aufgenommen, dass der maßgebliche Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. März 2021 entstanden sein muss.¹⁰⁴ Die Fristen wurden in beiden Absätzen zunächst bis zum 31. März 2022¹⁰⁵ und später bis zum 30. Juni 2022¹⁰⁶ verlängert.

Zum 1. März 2022 wurde § 421c SGB III um Absatz 3 (Bezugsdauer), zum 1. April 2022 um die Absätze 4 (erheblicher Arbeitsausfall) und 5 (Verordnungsermächtigung) ergänzt.¹⁰⁷

Die dargestellten, zeitlich befristeten Regelungen des § 421c wurden zum 1. Januar 2023 durch die vollständige

Neufassung ersetzt.¹⁰⁸ Die Norm sieht in der aktuellen Fassung Erleichterungen für die Bundesagentur für Arbeit für den Abschluss der vorläufigen Entscheidungen nach § 328 Abs. 1 Nr. 3 über die Zahlung von Kurzarbeitergeld für die Monate März 2020 bis Juni 2022 vor.¹⁰⁹ Diese können auch ohne eine abschließende Prüfung der Voraussetzungen und des Umfangs des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld (Abschlussprüfung) durch eine endgültige Entscheidung abgeschlossen werden, wenn der Gesamtauszahlungsbetrag des Kurzarbeitergeldes und der der arbeitgebenden Person erstatteten Sozialversicherungsbeiträge für den jeweiligen Arbeitsausfall 10.000 € nicht überschreitet (Satz 1). Anlassbezogene Prüfungen erfolgen in den Fällen des Satzes 1, wenn Hinweise auf einen Missbrauch von Leistungen vorliegen oder die arbeitgebende Person oder die Betriebsvertretung die Durchführung der Abschlussprüfungen verlangen (Satz 2). Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, dass in diesen Fällen mögliche Fehler in der Erstattung des Kurzarbeitergeldes weniger ins Gewicht fallen würden als bei Auszahlungsbeträgen die 10.000 € überschreiten würden. Es könne also bei geringerem Risiko bereits eine wesentliche Entlastung der Bundesagentur für Arbeit erreicht und so früher Rechtssicherheit für Arbeitgebende geschaffen werden.¹¹⁰

2. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

Die Zahlen zur Nutzung der Kurzarbeit zeigen, dass in der frühen Phase der Coronakrise so viele Arbeitnehmende in Kurzarbeit waren wie noch nie zuvor:¹¹¹ Mit knapp sechs Millionen Personen und einem Beschäftigungsäquivalent (= Vollzeitstellen) von gut drei Millionen erreichte die realisierte Kurzarbeit im April 2020 ihren Höhepunkt. Mit den Lockerungen im Sommer 2020 und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Erholung sank sie schnell auf etwa zwei Millionen Personen und ein Beschäftigungsäquivalent von etwa 750.000 im Oktober 2020. Im Winter 2020/2021 stieg die Zahl angesichts der erneuten, längeren Eindämmungsmaßnahmen auf über drei Millionen Personen, bevor sie ab Februar 2021 zunächst kontinuierlich zurückging. Zeitlich zusammenfallend mit häufig mit der Pandemie in Verbindung stehenden Lieferengpässen und der durch den Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine ausgelösten Energiekrise, zeigte sich im Winter 2021/2022 eine gewisse Stagnation bei der Inanspruchnahme der Kurzarbeit, ab April 2022 zunächst ein deutlicher Rückgang. Die Anzahl der Arbeitnehmenden in Kurzarbeit betrug im Juni 2021 noch 1,56 Millionen Personen. Seit Juni 2022 bewegt sich die Anzahl der Arbeitnehmenden in Kurzarbeit zwischen knapp 100.000 und gut 200.000 Personen. Die Tendenz ist seit Juni 2022 jedenfalls nicht mehr rückläufig. Das Beschäftigungsäquivalent ist nach einem deutlichen Rückgang in dem Zeitraum Sommer 2022 bis Sommer 2023 seit Herbst 2023 zuletzt eher nochmals gestiegen.

¹⁰⁰ Verordnung über den erweiterten Zugang zum Kurzarbeitergeld vom 19.12.2022 (BAnz. AT 21.12.2022 V3).

¹⁰¹ Durch Art. 2 des Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket) vom 27.3.2020 (BGBl. 2020 I, S. 575).

¹⁰² Durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20.5.2020 (BGBl. 2020 I, S. 1044).

¹⁰³ Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) vom 20.5.2020 (BGBl. 2020 I, S. 1055).

¹⁰⁴ Durch Art. 1 des Beschäftigungssicherungsgesetzes (BeschStG) vom 3.12.2020 (BGBl. 2020 I, S. 2691).

¹⁰⁵ Durch Art. 12a des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10.12.2021 (BGBl. 2021 I, S. 5162).

¹⁰⁶ Durch Art. 1 des Gesetzes zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen vom 23.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 482).

¹⁰⁷ Ebenfalls durch Art. 1 des Gesetzes zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen vom 23.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 482).

¹⁰⁸ Art. 5 des Achten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (8. SGB IV-Änderungsgesetz – 8. SGB IV-ÄndG) vom 20.12.2022 (BGBl. 2022 I, S. 2759).

¹⁰⁹ Vgl. zur Rückabwicklung rechtswidriger Kurzarbeitergeld-Bewilligungen Voelzke, FS Schlegel, 2024, S. 670 ff.

¹¹⁰ Ausschussbegründung, BT-Drs. 20/4706, S. 24.

¹¹¹ Vgl. zur realisierten Kurzarbeit die Statistik der Bundesagentur für Arbeit: Dezember 2024 – Deutschland, Bundesländer, Kreise, Regionaldirektionen und Agenturen für Arbeit (Aktuelle Ausgabe), https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche_Formular.html?nn=1524090&topic_f=kurzarbeit-hr (25.3.2025); vgl. zur angezeigten Kurzarbeit auch Zeitreihen der Bundesagentur für Arbeit, <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Navigation/Statistiken/Interaktive-Statistiken/Kurzarbeitergeld/Kurzarbeitergeld-Nav.html> (25.3.2025).

Während der Coronakrise lag die Zahl der Betriebe mit Kurzarbeit damit um ein Vielfaches höher als in der Finanzkrise 2009. Die Anteile einzelner Branchen an der Gesamtzahl der Arbeitnehmenden in Kurzarbeit haben sich im Zeitverlauf deutlich verändert: So war die Zahl der Kurzarbeitenden in den Bereichen Dienstleistungen und Handel von März 2020 bis Frühjahr 2022 deutlich größer als im produzierenden Gewerbe. Im Winter 2020/2021 überstieg sie diese sogar um ein Vielfaches. Eine Besonderheit der Coronakrise war es, dass Kontaktbeschränkungen und Schließungsmaßnahmen staatlich verordnet wurden. Dies führte dazu, dass Betriebe in Dienstleistungsbranchen (zum Beispiel Hotel, Gastronomie und Veranstaltungen) besonders stark betroffen waren. Erst seit April 2022 kommt die Mehrzahl der Kurzarbeitenden wieder aus dem produzierenden Gewerbe. Damit entspricht die aktuelle Verteilung im Wesentlichen wieder der Situation vor Ausbruch der Coronakrise.¹¹²

Kurzarbeit ist für Arbeitgebende in Deutschland ein wichtiges Instrument der Personalsteuerung in Krisenzeiten. Der Wunsch, Arbeitnehmende zu halten, die man auf dem Arbeitsmarkt nur schwer findet, spielt für die Betriebe die wichtigste Rolle. Ein weiteres sehr starkes Motiv ist der Bedarf der Unternehmen, koordinierte Arbeitsprozesse aufrecht zu erhalten. Es gibt zudem nicht wenige Betriebe, die auf die mit der Kurzarbeit verbundene Liquiditätsverbesserung angewiesen sind.¹¹³

Wird Kurzarbeit über längere Zeiträume bezogen, besteht in Einzelfällen jedoch auch ein Risiko von Fehlsteuerungen bis hin zum Missbrauch. Es wächst das Risiko, dass Unternehmen nach Ende der Kurzarbeit ihre Beschäftigung nicht mehr auf demselben Niveau halten können, obwohl Arbeitnehmende zunächst Kurzarbeitergeld bezogen hatten. Nach längerem Bezug könnten schließlich doch betriebsbedingte Entlassungen vorgenommen werden. Und unter den Unternehmen, die in der Coronakrise in Kurzarbeit waren, könnte es einen kleinen Anteil von Unternehmen geben, die am Leben erhalten worden sind, obwohl sie sonst keine wirtschaftliche Zukunft gehabt hätten.¹¹⁴ Neuere Berichte weisen darauf hin, dass es solche Entwicklungen durchaus gegeben hat.¹¹⁵

An dieser Stelle wird auf die Vielzahl der Publikationen hingewiesen, die das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) unter dem Thema »Folgen der Covid-19-Pandemie« und im Rahmen der Serie »Corona-Krise: Folgen für den Arbeitsmarkt« veröffentlicht hat.¹¹⁶

3. Maßnahmen zur Arbeitsplatzsicherung in anderen OECD-Ländern

Die Coronakrise hat nicht nur Deutschland vor immense arbeitsmarkt- und sozialpolitische Herausforderungen gestellt. Sie führte in vielen Ländern zu umfangreichen staatlichen Stützungsmaßnahmen zur Arbeitsplatzsicherung, um eine sich verstärkende Rezession und eine Destabilisierung des Arbeitsmarktes zu vermeiden. Die politischen Maßnahmen fielen von Land zu Land unterschiedlich aus. Die OECD unterscheidet bei

den Maßnahmen zur Arbeitsplatzsicherung (»job retention schemes«) zwischen direkten Lohnsubventionen und Kurzarbeitsprogrammen, mit und ohne die Möglichkeit einer nur teilweisen Reduktion der Arbeitszeit. Charakteristisch für beide Maßnahmentypen ist, dass sie bei Bedarf Zahlungen an Betriebe und/oder Arbeitnehmende bei Weiterbestehen des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.¹¹⁷

Deutschland ist eines der Länder, in denen Kurzarbeit eine etablierte Leistung des Staates als Teil der Arbeitslosenversicherung ist, die in der Krise sofort als Regelleistung genutzt werden konnte. Gleiches gilt für Frankreich, Italien und Spanien. In diesen Ländern wurden in der Coronakrise die Zugangsregeln erleichtert und die Unterstützungsleistungen im Fall der Nutzung generöser gestaltet. In Frankreich und Spanien wurde der Zugang in der Coronakrise durch die Feststellung höherer Gewalt (Force majeure) administrativ deutlich erleichtert. In Italien wurden die existierenden Programme vereinheitlicht und effizienter organisiert. Italien und Spanien haben zusätzlich zu Beginn der Coronakrise ein Kündigungsverbot bei Bezug der Leistungen eingeführt.¹¹⁸

Die USA haben zwar ein Kurzarbeitsprogramm, das jedoch in der Coronakrise nicht in großem Umfang genutzt wurde. Zur Abfederung der Krise wurde die Arbeitslosenunterstützung generöser gestaltet und die Dauer der Unterstützung verlängert, die (wohl) typische Politikreaktion in den USA in einer Rezession. Ergänzt wurde dies durch zusätzliche pauschale Maßnahmen der Einkommensunterstützung. Australien ist eines der Länder, die in der Coronakrise auf eine pauschale und generöse, als Krisenreaktion neu eingeführte Lohnsubvention gesetzt hat.¹¹⁹

In der OECD insgesamt betrug der durchschnittliche Anteil der Arbeitnehmenden, die Maßnahmen der Arbeitsplatzsicherung zu Beginn der Coronakrise im April/Mai 2020 genutzt haben, 20 %. In Deutschland war die Nutzung mit 15 % unterdurchschnittlich und damit weit niedriger als in Frankreich (35 %), Italien (30 %) und Spanien (21 %). Eine vergleichbar hohe Nutzung von Lohnsubventionen als Maßnahme der Arbeitsplatzsicherung zeigte sich in Australien mit 30 %, während die Nutzung in den USA unter 1 % lag. Im Zeitverlauf ging die Nutzung der Kurzarbeit und ähnlicher Maßnahmen in den OECD-Ländern sehr schnell zurück, Ende 2021 betrug sie 1,3 % und im Frühjahr 2022 noch 0,9 %. In Australien und USA wurden diese Maßnahmen recht schnell nahezu überhaupt nicht mehr genutzt. Unter den betrachteten europäischen Ländern ging die Nutzung in Spanien am schnellsten zurück und betrug im Frühjahr 2022 nur noch etwa 0,5 %. Ausgehend von einem höheren Nutzungsniveau als in Deutschland ging die Nutzung auch in Frankreich und Italien schneller als in Deutschland zurück. Alle drei Länder wiesen im Frühjahr 2022 noch eine Nutzung von etwa 1 % auf, wobei der genaue Prozentwert in Deutschland zu diesem Zeitpunkt noch einer der höchsten der betrachteten sechs Länder ist. Höher als in Deutschland lag die Nutzung unter den OECD-Ländern im Frühjahr 2022 nur noch in Belgien und Irland.¹²⁰

112 Vgl. Fitzenberger/Kagerl, IAB-Forum vom 20.3.2023.

113 Vgl. Kuhn ua., IAB-Forum vom 13.9.2021.

114 Vgl. hierzu Fitzenberger/Walwei, Kurzarbeitergeld in der Covid-19-Pandemie: Lessons learned, IAB-Forschungsbericht 5/2023, S. 15.

115 Vgl. Bossler/Fitzenberger ua., IAB-Kurzbericht 9/2024, <https://iab.de/publikationen/publikation/?id=2148982> (25.3.2025); Kagerl, IAB-Discussion Paper 14/2024, S. 41 f., <https://iab.de/publikationen/publikation/?id=14266261> (25.2.2025); verhaltens hierzu noch Fitzenberger/Walwei, Kurzarbeitergeld in der Covid-19-Pandemie: Lessons learned, IAB-Forschungsbericht 5/2023, S. 15.

116 <https://www.iab-forum.de/category/abgeschlossene-serien/corona-krise-folgen-fuer-den-arbeitsmarkt/> (25.3.2025).

117 OECD, OECD Employment Outlook 2021, NAVIGATING THE COVID 19 CRISIS AND RECOVERY, OECD Publishing, Paris, S. 101, <https://doi.org/10.1787/5a700c4b-en> (25.3.2025).

118 Vgl. Fitzenberger/Walwei, Kurzarbeitergeld in der Covid-19-Pandemie: Lessons learned, IAB-Forschungsbericht 5/2023, S. 16 f.

119 Ebd., S. 17.

120 Ebd.

4. Aktuelle Rechtsprechung von BAG und BSG

Bedingt durch die enorme Inanspruchnahme von Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld, kam es zu einer spürbaren Zunahme entsprechender gerichtlicher Verfahren in allen Instanzen sowohl in der Arbeits- als auch in der Sozialgerichtsbarkeit. Auf einige der in den letzten vier Jahren durch das Bundesarbeitsgericht (BAG) und die in diesen Jahren durch das Bundessozialgericht (BSG) ergangenen Entscheidungen wird im Folgenden kurz hingewiesen.

a) Entscheidungen des BAG

(1) Kurzarbeit und Urlaub

Die Frage, ob Arbeitgebende berechtigt sind, den Urlaubsanspruch zu kürzen, wenn ganze Arbeitstage wegen Kurzarbeit ausfallen, hatte der Neunte Senat des BAG zu klären. Zwei Arbeitnehmer hatten sich gegen die Vorgehensweise ihres Arbeitgebers gewehrt mit dem Argument, dass die aufgrund von Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs wie Tage mit Arbeitspflicht zu behandeln seien. Sie hätten sich in der Zeit der Kurzarbeit Null zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereithalten müssen aufgrund der arbeitgeberseitigen Befugnis zum kurzfristigen Rückruf der Arbeitnehmenden aus der Kurzarbeit. Das BAG teilte diese Ansicht nicht und stellte klar, dass arbeitsrechtlich wirksam eingeführte Kurzarbeit Null – unabhängig, ob dies individualrechtlich¹²¹ oder kollektivrechtlich¹²² geschehen ist – den Urlaubsanspruch mindert. Der Urlaubsanspruch ist an die durch Kurzarbeit herabgesetzte Arbeitspflicht anzupassen, weil das Erholungsbedürfnis in Anbetracht der Kurzarbeit geringer sei als ohne Kurzarbeit. Dies gilt daher selbst dann, wenn die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld nicht vorliegen.¹²³ Zur Berechnung des gesetzlichen Jahresurlaubs bei einer ungleichmäßigen Arbeitszeitverteilung ist demnach, entsprechend der Regelung in § 3 Abs. 1 BUrlG, der gesetzliche Mindesturlaub in Abhängigkeit von der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht zu setzen. Dies lässt sich konkret mit folgender Formel berechnen: Die Anzahl der jährlichen Tage mit Arbeitspflicht sind mit der Anzahl der vertraglich oder gesetzlich zustehenden Urlaubstage zu multiplizieren und bei einer Sechstageswoche durch 312 Werktagen zu teilen bzw. bei einer Fünftageswoche mit 260 möglichen Arbeitstagen im Jahr (5 x 52 Wochen) ins Verhältnis zu setzen. Wenn sich durch die Einführung von Kurzarbeit eine neue, die vertragliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmenden bestimmende Verteilung der Arbeitszeit ergibt, so ist auch eine Neuberechnung der Urlaubstage vorzunehmen – ggf. auch mehrfach im Urlaubsjahr aufs Neue.

Damit ist auch geklärt, dass während Kurzarbeit Null kein Urlaubsanspruch gewährt werden kann, weil die Arbeitspflicht eben gerade schon aufgehoben ist, wie der Neunte Senat per orbiter dictum klarstellte.¹²⁴

An dieser Berechnungsformel ändert sich auch nichts, wenn Arbeitnehmende während der eingeführten Kurzarbeit Null durch Krankheit ausfallen.¹²⁵ Darüber hinaus hat der Neunte Senat klargestellt, dass mit erkrankten Arbeitnehmenden

selbst dann wirksam Kurzarbeit vereinbart werden kann, wenn sie gem. § 47b IV SGB V Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergelds statt Kurzarbeitergeld erhalten, weil sie bereits vor Beginn der beabsichtigten Kurzarbeit erkrankt sind und deshalb nach § 98 III Nr. 2 SGB III nicht die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld erfüllt haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Kurzarbeit »unter dem Vorbehalt« geschlossen wurde, »dass Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III von der Agentur für Arbeit bewilligt wird«. § 98 III Nr. 2 SGB III regelt lediglich die sozialversicherungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Arbeitslosen- und Krankenversicherung. Diese wirkt sich bei objektiver Auslegung der AGB-Klausel nicht auf die Verbindlichkeit der Kurzarbeitsvereinbarung aus, weil es rechtsunkundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern darauf ankommt, dass – kurzarbeitsspezifische – staatliche Ersatzleistungen in einer bestimmten Höhe gewährt werden und nicht darauf, welcher Sozialversicherungsträger die Auszahlungsstelle ist.¹²⁶

(2) Aufstockung des Kurzarbeitergelds

Da die Einführung der Kurzarbeit im Interesse der Arbeitgebenden ist, andererseits aber das Kurzarbeitergeld den Verdienstausfall nicht vollständig kompensiert, sehen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sowie individuelle Zusagen häufig einen Zuschuss der Arbeitgebenden zum Kurzarbeitergeld vor. Wie die häufig verwandte Formulierung »Für die Dauer der Kurzarbeit erhält der betroffene Arbeitnehmer zum Kurzarbeitergeld einen Zuschuss des Arbeitgebers iHv. 16 % des durchschnittlichen Nettoentgelts der letzten 3 Kalendermonate.« zu verstehen ist, legte der Fünfte Senat dar. Demnach ist der Zuschuss für jede durch Kurzarbeit ausgefallene Arbeitsstunde zu zahlen. Für die Arbeitsstunde ist das durchschnittliche Nettostundenentgelt der Summe der Nettoentgelte der letzten drei Monate vor Beginn der Kurzarbeit zugrunde zu legen.¹²⁷

(3) Pflichten der Arbeitgebenden bei Beantragung des Kurzarbeitergelds

Im eigenen Interesse sollten Arbeitgebende bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld die erforderlichen Angaben gegenüber der Agentur für Arbeit ordnungsgemäß und rechtzeitig abgeben. Der Fünfte Senat des BAG stellte nämlich klar, dass Arbeitgebende im Verfahren über die Bewilligung von Kurzarbeitergeld treuhänderisch für die Arbeitnehmenden tätig werden.¹²⁸ Dies ist wenig überraschend, denn bereits im Gesetz angelegt, wonach Arbeitnehmenden kein eigenes Anzeige- und Antragsrecht für die Gewährung von Kurzarbeitergeld zukommt (vgl. nur § 99 Abs. 1 S. 2 SGB III). Ein schuldhafter Verstoß der Arbeitgebenden gegen die im Rahmen des Verfahrens über die Bewilligung von Kurzarbeitergeld nach § 320 Abs. 1 SGB III auferlegten Pflichten – auch wegen der im Arbeitsverhältnis allgemein nach § 241 Abs. 2 BGB obliegenden Rücksichtnahmepflicht, die Interessen der von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden zu wahren – kann daher zur Schadensersatzpflicht führen.

¹²¹ BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 – AP BUrlG § 1 Nr. 25.

¹²² BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 234/21 – AP BUrlG § 1 Nr. 26.

¹²³ Vgl. BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 – AP BGB § 615 Nr. 166 Rn. 38.

¹²⁴ BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 – AP BUrlG § 1 Nr. 25 Rn. 26 bzw. BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 234/21 – AP BUrlG § 1 Nr. 26 Rn. 30.

¹²⁵ BAG, 5.12.2023 – 9 AZR 364/22 – AP BUrlG § 3 Nr. 9.

¹²⁶ BAG, 5.12.2023 – 9 AZR 364/22 – AP BUrlG § 3 Nr. 9.

¹²⁷ BAG, 12.10.2022 – 5 AZR 48/22 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Großhandel Nr. 25.

¹²⁸ BAG, 7.2.2024 – 5 AZR 360/22 – AP BGB § 611a nF. Nr. 11.

b) Entscheidungen des BSG

(1) Der für das Arbeitsförderungsrecht zuständige Elfte Senat des BSG hat in den vergangenen vier Jahren in fünf Fällen über Kurzarbeitergeldansprüche entschieden:

In den unter den Aktenzeichen B 11 AL 1/24 R und B 11 AL 5/24 R geführten Verfahren hat sich der Senat in der Sitzung vom 12. März 2025 mit dem Begriff der Betriebsabteilung befasst. Eine solche gilt nach § 97 S. 2 SGB III als Betrieb und ist damit geeignet die dort formulierten betrieblichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld zu erfüllen. Von einer Betriebsabteilung ist danach auszugehen, wenn es sich um eine im Grundsatz personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgegrenzte Einheit handelt, die in der Regel einen eigenen Betriebszweck verfolgt und mit eigenen Betriebsmitteln ausgestattet ist. Dies hat der Senat sowohl für Heimatbasen einer Fluggesellschaft (B 11 AL 1/24 R) als auch für die Tätigkeit eines in Deutschland tätigen Mitarbeiters einer italienischen Aktiengesellschaft angenommen (B 11 AL 5/24 R).¹²⁹

In dem Urteil vom 5. Juni 2024 (B 11 AL 1/23 R) hat sich der Senat mit dem notwendigen Inhalt eines auf Kurzarbeitergeld gerichteten Antrags beschäftigt: Beim Antrag auf Kurzarbeitergeld müssen innerhalb der Ausschlussfrist die Arbeitnehmende als Inhaber des Leistungsanspruchs benannt und der Zeitraum angegeben werden, für den Kurzarbeitergeld beantragt wird.¹³⁰

In dem Urteil vom selben Tag (B 11 AL 3/23 R) hat der Senat entschieden, dass bei Unmöglichkeit der Übermittlung (hier eines Kurzarbeitergeldantrags) aus Gründen, die in der Sphäre der Behörde liegen, eine Zugangsfiktion in Betracht kommt, wenn die Behörde den Weg zur elektronischen Übermittlung von Daten eröffnet hat. Daneben ist der Senat zu dem Ergebnis gekommen, dass beim Leistungsantrag auf Kurzarbeitergeld eine Wiedereinsetzung in die Antragsfrist nicht ausgeschlossen ist.¹³¹

Zu dem Urteil vom 3. November 2021 (B 11 AL 6/21 R) hat der Senat den folgenden Leitsatz formuliert: Unterliegt ein echter Grenzgänger nach einem Doppelbesteuerungsabkommen nicht der Steuerpflicht im Inland, darf bei der Bemessung des Kurzarbeitergelds mangels Lohnsteuerklasse als Lohnsteuerabzugsmerkmal kein pauschalierter Abzug für Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag berücksichtigt werden.¹³²

(2) Abschließend wird auf zwei derzeit beim BSG noch anhängige Revisionsverfahren hingewiesen, in denen sich der

für das Arbeitsförderungsrecht zuständige Elfte Senat noch mit Fragen zum Kurzarbeitergeld zu befassen haben wird.¹³³

In dem Verfahren B 11 AL 2/24 R wird zu entscheiden sein, ob im Falle einer staatlich angeordneten Schließung von Betrieben infolge der Covid-19-Pandemie nach einer dreimonatigen Unterbrechung der Kurzarbeit für einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld eine erneute Anzeige des Arbeitsausfalls iSd. § 99 Abs. 1 SGB 3 erforderlich ist (vorausgehend Thüringer LSG, 30. November 2023 – L 10 AL 190/22).

In dem Verfahren B 11 AL 7/24 R sind zwei Fragen aufgeworfen worden: Ist § 27 Abs. 1 SGB X (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) auf eine Anzeige über den Arbeitsausfall nach § 99 Abs. 1 SGB III anwendbar? Und: Rechtfertigt der Umstand, dass ein verspäteter Eingang einer Anzeige über den Arbeitsausfall nach § 99 Abs. 1 SGB III bei der Agentur für Arbeit maßgeblich von einem Dritten zu verantworten ist, eine Nachsichtgewährung? (vorausgehend LSG Nordrhein-Westfalen, 13. Mai 2024 – L 20 AL 201/22).

V. Fazit

Die Nutzung von Kurzarbeit erreichte in der Coronakrise in Deutschland einen bisher nie da gewesenen Umfang und hat sich wie schon in der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/2009 als zentraler Rettungsschirm für den Arbeitsmarkt bewährt. Vor allem in der frühen Phase der Coronakrise hat der starke Einsatz von Kurzarbeit einen massiven Rückgang der Beschäftigung verhindert und zur Stabilisierung der Wirtschaft beigetragen. Die Stabilisierungswirkung der Kurzarbeit zeigte sich auch in anderen europäischen Ländern wie beispielsweise Frankreich, Italien und Spanien.

Grundsätzlich stehen Länder in Zeiten einer heftigen Wirtschaftskrise vor der schwierigen Güterabwägung zwischen (erwünschten) Stabilisierungswirkungen einerseits und (unerwünschten) Effizienzverlusten andererseits. Zu bedenkende Fehlanreize sind dabei insbesondere hohe Mitnahmeeffekte und das Risiko, nicht überlebensfähige Unternehmensstrukturen aufrechtzuerhalten und Reallokationsprozesse hin zu neuen zukunftsträchtigen Geschäftsfeldern zu verlangsamen.

¹²⁹ Vgl. Terminbericht zu der Sitzung des Senats vom 12.3.2025, https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Terminberichte/2025/2025_04_Terminbericht.html (25.3.2025) – die Urteile sind noch nicht veröffentlicht.

¹³⁰ Siehe auch Anm. Bieback, jurisPR-SozR 1/2025 Anm. 2.

¹³¹ Siehe auch Anm. Bieback, jurisPR-SozR 24/2024 Anm. 1.

¹³² Siehe auch Anm. Bieback, jurisPR-SozR 7/2022 Anm. 3.

¹³³ Vgl. hierzu die Rechtsfragenübersicht des Bundessozialgerichts, https://www.bsg.bund.de/SiteGlobals/Forms/Suche/DE/Expertensuche_Formular.html?documentType=flyer&sortOrder=dateOfIssue_dt+desc&cl2Categories_Sachgebiet=sachgebiet-al (25.3.2025).

Betrieb und Betriebsteil als zweiteiliges Puzzle – Auslegung und Reformpotenzial unter Einbezug des US-amerikanischen Labor Relations Act

Dissertation von Tobias Vogt, 2024, Mohr Siebeck, Tübingen, XV + 306 S. (ISBN 978-3-16-163281-5), 104,00 €, erschienen als Band 23 der Beiträge zum Arbeitsrecht

Laudatio auf Dr. Tobias Vogt, LL.B.

I. Einführung

Die Jury für den Hugo Sinzheimer Preis 2024, der *Reingard Zimmer* (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin) und *Rüdiger Krause* (Universität Göttingen) sowie ich angehören, hat sich unter all den überaus interessanten Einreichungen für gerade die vorliegende Dissertation von *Tobias Vogt* als die beste des Jahres 2024 entschieden, da sie nicht nur eine herausragende Qualität aufweist – das war auch bei anderen Arbeiten auf unserer internen Shortlist der Fall. Die Arbeit hat uns letztlich deshalb überzeugt, da sie ein arbeitsrechtliches Grundthema, nämlich die Umgrenzung der »Urzelle« der Belegschaftsvertretung, den Betrieb, ins Zeitalter der Digitalisierung befördert und einen überaus praktikablen Reformvorschlag bietet, der auf einem fundierten Rechtsvergleich aufbaut.

Dabei wird nicht nur der Betriebsbegriff behandelt, sondern besonderer Fokus auf den Betriebsteil gerichtet, der als Korrektiv für den Betriebsbegriff, so wie er vom BAG interpretiert wird, zu dienen und dessen Schwächen auszugleichen hat. In diesem Sinne werden Betrieb und Betriebsteil als ein in einander zahnendes zweiteiliges Puzzle gesehen. Erst in ihrem Zusammenwirken können sie die Zwecke der Betriebsverfassung umfassend verwirklichen. Der Reformvorschlag konzentriert sich daher konsequent auf eine Neukonzeption weniger des Betriebes, denn des Betriebsteiles.

II. Der rechtliche Kontext

Bevor ich zur Präsentation und Würdigung der Arbeit des Preisträgers 2024 komme, möchte ich noch den rechtlichen Kontext kurz darlegen und erlaube mir hierbei ein paar rechtsvergleichende Hinweise zum österreichischen Recht zu geben, die sich mir als in Österreich tätigen Juristen geradezu aufdrängen.

Das (deutsche) Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) sieht in § 1 Abs. 1 vor, dass in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmer:innen, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt werden. Anders als das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) in dessen § 34 enthält das deutsche BetrVG keine Legaldefinition des Betriebes, sondern diese wird durch die Rechtsprechung geprägt.

Neben dem Betrieb sind in Deutschland nach § 4 Abs. 1 BetrVG auch Betriebsteile unter bestimmten Voraussetzungen betriebsratsfähig bzw. – so der Gesetzeswortlaut – »gelten diese

als selbständige Betriebe«. Dies ist dann der Fall, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind oder wenn sie durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind. Diesfalls sind in den Betriebsteilen Betriebsräte zu errichten, es sei denn die dort Beschäftigten entscheiden sich mit Stimmenmehrheit an der Wahl des Hauptbetriebes teilzunehmen. Nur zum Vergleich: In Österreich erfolgt eine solche Gleichstellung mit einem Betrieb nach § 35 ArbVG nur auf Antrag durch Urteil, wenn in dem Betriebsteil dauernd mehr als 50 Arbeitnehmer:innen beschäftigt sind, sie vom Hauptbetrieb weit entfernt sind und sie hinsichtlich Aufgabenbereich und Organisation eine Eigenständigkeit besitzen, die der eines Betriebes nahekommt. Es zeigt sich auch hier, dass die deutsche und die österreichische Betriebsverfassung bei gleichem dualem System der Interessenvertretung und insbesondere auch bei ähnlicher Terminologie im Detail doch massive Unterschiede aufweisen.

Doch nun zurück zur Arbeit von *Tobias Vogt*, der sich mit dem – wie er es im Titel treffend bezeichnet – zweiteiligen Puzzle von Betrieb und Betriebsteil beschäftigt und argumentiert, dass erst die Kombination dieser beiden betriebsratsfähigen Einheiten zu einer effektiven betrieblichen Interessenvertretung führen kann. Dieser Ansatz wird dann in einem Reformvorschlag weiterentwickelt, der durch das US-amerikanische Konzept der *community of interest* inspiriert ist.

Das behandelte Thema ist zugegeben recht abstrakt und weist eine hohe Flughöhe auf. Das birgt das Risiko in sich, dass die Gedankengänge und Ableitung wenig konkret sind und im Grundsätzlichen verharren. Dieser Problematik wird vom Autor kundig damit begegnet, dass eingangs fünf Beispielfälle dargelegt werden, in denen das herkömmliche Verständnis des Betriebs- bzw. Betriebsteilbegriffes vor Herausforderungen gestellt wird: Das sind Filialstrukturen, Coworking Spaces, Matrixstrukturen, App-gesteuerte Fahrradkurier und Unternehmen ohne physische Betriebsstätte. Damit zeigt sich die Vielfalt der Art und Weise wie heute Arbeit organisiert wird und dass ein an der Fabrik orientiertes Betriebsverständnis im 21. Jahrhundert hier nur bedingt weiterhilft. Es gilt daher eine zumindest zeitgemäße Begriffsinterpretation oder gar eine gesetzliche Neufassung zu erarbeiten, die sich an den Beispielfällen bewährt. Diese tauchen damit konsequent immer wieder in der Arbeit auf, wenn der Autor die Vorzüge seines Lösungsansatzes argumentiert.

III. Zur Auslegung de lege lata – Zwecke der Betriebsverfassung

Basis aller Überlegungen zu Betrieb und Betriebsteil muss freilich der bestehende Meinungsstand sein, den es in einem ersten Schritt aufzuarbeiten gilt. Hier zeigt sich die Fähigkeit von *Tobias Vogt* klare Linien herauszuarbeiten – das bedarf neben sprachlicher Präzision auch eines nicht geringen Selbstbewusstseins die etablierte Judikatur und wissenschaftliche Größen kritisch zu beleuchten und Pfadabhängigkeiten zu hinterfragen. Noch keine großen Divergenzen bestehen dahingehend, dass sich die Auslegung von Betrieb (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG) und Betriebsteil (§ 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG) primär an den Zwecken auszurichten hat, die betriebsratsfähige Einheiten im BetrVG zu erfüllen haben. Folgende vier Ziele sind dabei nach *Vogt* für betriebsratsfähige Einheiten relevant:

- Die Teilhabefunktion, dh. die Mitwirkung der Arbeitnehmer:innen an unternehmerischen Entscheidungen.
- Die Ausgleichsfunktion und Einheit des Betriebs; damit das Kollektiv der Belegschaft an Entscheidungen ihrer Arbeitgeber:innen teilhaben kann, sind zuvor die divergierenden Individualinteressen innerhalb der Belegschaft auszugleichen.
- Die effektive Betriebsratsarbeit, die zwei Faktoren aufweist: Betriebsräte sollen einerseits nahe an der Entscheidungsmacht angesiedelt sein (Entscheidungsnähe) und andererseits möglichst räumlich nahe an der Belegschaft (Arbeitnehmer:innennähe).
- Die lückenlose Repräsentationsmöglichkeit.

Eine eingehende Auseinandersetzung findet vor allem mit dem Ziel der effektiven Betriebsratsarbeit statt, die beispielhaft für die Arbeitsweise des Autors dienen kann. Es werden fünf Argumentationslinien betreffend die Relevanz der Entscheidungsnähe des Betriebsrates herausgearbeitet und dann hinsichtlich ihrer Geeignetheit noch heute sinnvolle Ergebnisse zu liefern bewertet. Drei von ihnen (die Dauerhaftigkeit der Struktur, die funktionale Betriebszugehörigkeit der Arbeitenden und das Vorliegen von entscheidungsbefugten Ansprechpartner:innen) überzeugen *Vogt*, während die zwei anderen abzulehnen sind. Diese betreffen die räumliche Nähe zu den Ansprechpartner:innen auf Arbeitgeber:innenseite, da technische Möglichkeiten räumliche Distanzen überwinden können und nicht zuletzt wegen der Möglichkeit Betriebsvereinbarungen digital zu signieren (§ 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG) auch die Gesetzgebung diese nicht mehr als bedeutsam ansieht. Auch aus der Definition des gemeinsamen Betriebes seien keine Rückschlüsse zu ziehen.

Letztlich bleibt die Entscheidungsnähe weiterhin relevant. Fraglich ist aber ihr Verhältnis zum zweiten Faktor der effektiven Betriebsratsarbeit, die Arbeitnehmer:innennähe. Begründet wird das mit der Repräsentations- und Vertrauensargumentation, der effektive Betriebsratsarbeit bei lokaler Sachkenntnis, der Interessengemeinschaft durch räumliche Nähe sowie der bewussten gesetzlichen Differenzierung zwischen Betrieb und Rechtsträger. Ich würde hier die Nuancierungen anders vornehmen und bin mir nicht sicher, ob die räumliche Nähe zwischen den Arbeitenden heute noch eine so gewichtige Rolle spielt, wie sie von

Tobias Vogt angenommen wird. Nach meinem Verständnis tritt zum physischen Raum ein digitaler Raum als zweite Handlungsebene hinzu, die nicht nur für die Arbeitserbringung im engeren Sinne, sondern auch für die Interessenvertretung von Bedeutung sein kann. Das zeigt nicht zuletzt die Bestimmung des Art. 20 der neuen Plattformarbeitsrichtlinie (EU) 2024/2831, die Plattformen verpflichtet digitale Kommunikationskanäle für die Plattformbeschäftigten und ihre Vertreter:innen zu eröffnen. Mit anderen Worten: Wenn die Arbeit im Wesentlichen im digitalen Raum stattfindet, dann soll dieser auch für die Organisation der Arbeitnehmer:inneninteressen zur Verfügung stehen. Damit tritt in dieser Hinsicht der physische Raum in den Hintergrund, was sich mE. ebenso für die Belegschaftsorganisation auswirken muss. Diesem kommt somit als Begegnungsraum zum Aufbau gegenseitigen Vertrauens weniger Relevanz zu, wenn Arbeitende ohnehin nur im digitalen Raum in Kontakt treten.

Abseits dieser Details bleibt festzuhalten, dass die beiden Zwischenziele der Entscheidungsnähe und der Arbeitnehmer:innennähe in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Fraglich ist somit welchem der Vorzug zu geben ist. Nach der Rechtsprechung des BAG ist das bekanntlich die Entscheidungsnähe, die hier als »einheitlicher Leitungsapparat« bezeichnet wird. Nach *Vogt* sind diese hingegen mangels eines aus dem BetrVG ableitbaren Vorranges insgesamt gleichwertig – eine Auflösung dieses Zielkonfliktes wird dann später durch die titelgebende Figur des zweiteiligen Puzzles geboten, dh. wenn man Betrieb und Betriebsteil zusammendenkt. Doch dazu später.

Vorerst werden die vier Ziele der Abgrenzung des Betriebes noch durch einen unionsrechtlichen Aspekt angereichert, nämlich im Hinblick auf die sogenannte Mitwirkungs-Richtlinie 2002/14/EG und das aus ihr abgeleitete Untermaßverbot, das aber in den meisten Fällen im Hinblick auf den Betriebsbegriff nicht problematisch ist.

IV. Reality Check – Zeitgemäße Auslegung von Betrieb und Betriebsteil

Nach der Klärung, welche Ziele mit der Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten, dh. von Betrieb und Betriebsteil, verfolgt werden, wird in der Folge eine Art »Reality Check« vorgenommen. Es wird gefragt, ob die gängige Definition von Betrieb und Betriebsteil diesen Zwecken heute noch gerecht werden kann, ob sie sozusagen »fit for purpose« sind. Hier wird der Verfasser erfreulich konkret und testet das herkömmliche Verständnis, das vor allem die einheitliche Leitungsstruktur in den Mittelpunkt stellt (*Vogt* nennt das dann später pointiert »K.O.-Kriterium«), an zahlreichen Spannungsfällen des Betriebes und des Betriebsteiles. Dabei kommt er zum Ergebnis, dass die Leitungsstruktur betreffend die wesentlichen Personalentscheidungen trotz Digitalisierung und der bisweilen daraus resultierenden Auflösung der (physischen) räumlichen Einheit weiterhin relevant ist. Das ist immer dann problematisch, wenn die Leitungsmacht im Ausland zu verorten ist und daher kein Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG im Inland vorliegt – zudem führt der Fokus auf die einheitliche Leitung dazu, dass die Arbeitnehmer:innennähe mitunter irrelevant ist.

Bevor diese Problematik aufgelöst wird, geht *Vogt* noch ausführlich auf die Spannungsfälle des Betriebsteils iSd. § 4

Abs. 1 S. 1 BetrVG ein, die sich daraus ergeben, dass nach herkömmlichem Verständnis eine relative Selbständigkeit durch institutionalisierte Leitung vor Ort notwendig ist, dh. dass dem Betriebsrat ein:e menschliche:r Ansprechpartner:in vor Ort zur Verfügung stehen muss. Das ist nicht nur durch die Digitalisierung überholt, sondern auch durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, das einen digitalen Dialog zwischen Arbeitgeber:in und Betriebsrat zulässt.

Basierend auf dem Befund, dass die herkömmliche Interpretation von Betrieb und Betriebsteil nicht mehr zeitgerecht ist, wird nun die Frage behandelt, wie diese Begriffe so interpretiert werden können, dass den Zielen der Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten auch heute noch in allen Fällen entsprochen werden kann. Dieser Teil ist sehr materialreich ausgefallen und es werden die unterschiedlichen alternativen Auslegungen dieser beiden Kernbegriffe des Betriebsverfassungsrechts in der Literatur dargestellt, kategorisiert und bewertet. Letztlich kommt Tobias Vogt zum eher ernüchternden Ergebnis, dass die Betriebsdefinition des BAG mangels Alternative weiterhin überzeugt und nur der Fokus auf die Entscheidungsmacht die unerlässliche Rechtssicherheit bieten kann. Das sei aber – und das ist nun der originäre Ansatz des Autors – nur dann vertretbar, wenn die unübersehbaren Schwächen des Betriebsbegriffs durch das Korrektiv des Betriebsteils gem. § 4 BetrVG effektiv kompensiert werden. Einerseits werde nämlich die Arbeitnehmer:innennähe als Zwischenziel der effektiven Betriebsratsarbeit vernachlässigt und andererseits das aus der Mitwirkungs-RL 2002/14/EG folgende Untermaßverbot nicht immer ausreichend beachtet.

Der Betrieb sei nämlich nur als eines von zwei Puzzleteilen zu sehen, die nur in ihrem Zusammenwirken alle Zielkonflikte auflösen können. Mit den Worten des Preisträgers »Was nicht durch § 1 I 1 BetrVG verwirklicht werden kann, kann stattdessen in § 4 I 1 BetrVG sichergestellt werden.« (Seite 133).

Damit verlagert sich der Fokus der Untersuchung auf den bislang in Rechtsprechung und Literatur ein Schattendasein fristenden Betriebsteil. Hier wird nun in sorgfältiger Analyse des Meinungsstandes herausgearbeitet, dass die Auslegung des Betriebsteils korrekturbedürftig sei, da sie insbesondere auf einer Judikaturlinie fußt, die sich seit 1960 nicht mehr inhaltlich verändert hat und daher die aktuellen Entwicklungen nicht mit einbezieht. Das betrifft insbesondere den Aspekt der räumlichen Nähe zu den relevanten Entscheidungsträger:innen.

Auf Basis dieser Defizite wird eine neue, überaus innovative Definition entwickelt, die zwei Elemente umfasst: Eine Einheit müsse räumlich abgrenzbar sein und die Arbeitnehmer:innen innerhalb dieser räumlich abgrenzbaren Einheit müssen hinreichend betriebsverfassungsrechtliche Interessen haben, die eine eigene Vertretung rechtfertigen. Das kann zB. ein Bedürfnis nach einheitlichen Unfallverhütungsvorschriften oder die Reaktion auf Überwachungsmaßnahmen an einem konkreten Arbeitsort sein. Wie bereits vorhin angesprochen, bin ich mir nicht sicher, ob die Konzentration auf die räumliche Nähe der Beschäftigten in einer digitalisierten Arbeitswelt tatsächlich noch so relevant für eine effektive Betriebsratsarbeit ist. Die Abgrenzbarkeit kann daher mE. auch im digitalen Raum stattfinden; das Korrektiv der hinreichenden betriebsverfassungsrechtlich relevanten Interessen, die eine eigene Vertretung rechtfertigen, schützt dann ohnehin vor beliebigen Abgrenzungen bzw. Dambrüchen (um

die Diktion des Verfassers zu verwenden). Dazu kommen dann noch die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG, die räumliche weite Entfernung oder der eigenständige Aufgabenbereich und Organisation. Die Notwendigkeit der Betonung von räumlichen Elementen schon bei der Betriebsteildefinition ist daher für mich nicht unbedingt zwingend und daher die in der Arbeit vertretene stark auf den physischen Raum abstellende Auslegung ebenfalls nicht.

Das schmälert jedoch keineswegs die beeindruckende konzeptionelle Leistung und die überaus innovative Erkenntnis, dass Betrieb und Betriebsteil für die Ermittlung der betriebsratsfähigen Einheit zusammen zu lesen sind und in diesem Sinne ein »zweiteiliges Puzzle« darstellen. Erst durch das Zusammenspiel entsteht ein Gesamtbild, das alle relevanten Ziele möglichst widerspruchsfrei umsetzen kann. Das finde ich sehr überzeugend und ich gehe davon aus, dass die Arbeit insbesondere deswegen zitiert werden wird.

Wir sind nun übrigens auf Seite 160 der Arbeit und ich traue mich zu sagen, dass mit ein wenig Zusammenfassung und Ausblick schon mit diesem Inhalt eine promotionswürdige Untersuchung vorgelegen hätte. Dem Verfasser reicht das freilich nicht und er legt noch einiges drauf, nämlich seinen zweiten rechtspolitischen Teil, der nach dem Reformpotenzial für betriebsratsfähige Einheiten fragt und es hier nicht bei einem bloßen Gesetzesvorschlag belässt, sondern weit ausholt.

V. Reformpotenzial für betriebsratsfähige Einheiten

Bei der Frage nach den Reformoptionen der Gesetzgebung wird nämlich als Inspirationsquelle nicht nur im deutschen Recht gesucht, sondern über den Atlantik geblickt, nämlich in das US-amerikanische Recht. In concreto geht es um den Ansatz, dass dort die *community of interest* relevant für die Abgrenzung der *bargaining unit* ist, dh. der Einheit in der kollektiv verhandelt wird. Warum gerade das amerikanische Recht herausgegriffen wird (und nicht zB. das österreichische) wird einerseits damit begründet, dass seit *Gamillscheg* 1975 immer wieder im deutschen Diskurs darauf Bezug genommen werde. Das ist letztlich eine gewisse Pfadabhängigkeit, die mich alleine nicht überzeugen würde. Relevanter erscheint das zweite Argument, dass eine Rechtsordnung untersucht wird, in welcher sich neue Formen der Arbeitsorganisation im Zuge der Digitalisierung schon früh ausgebreitet haben und wo das Recht bereits darauf reagiert hat. Freilich wird nicht verkannt, dass bei einem Rechtstransfer Vorsicht angebracht ist und das doch massiv unterschiedliche rechtskulturelle Umfeld zu beachten ist. Letztlich geht es um die Grundidee, Arbeitnehmer:innen noch stärker als bisher nach ihren Interessen abzugrenzen und damit auch die Belegschaftsautonomie zu stärken.

Ich will an dieser Stelle nicht verhehlen, dass ich – auch als leidgeprüfter Dissertationsbetreuer – rechtsvergleichenden Ansätzen zumeist eher kritisch gegenüberstehe. Oft wird der Rechtsvergleich oberflächlich gemacht ohne Recherche vor Ort und ohne tiefer in den Kontext einzutauchen. Oft sind die Studierenden der Sprache des untersuchten Landes nicht mächtig und greifen allein auf deutsche oder englische Sekundärliteratur zurück. Guter Rechtsvergleich ist hingegen aufwändig – und die

konkret gewonnen Erkenntnisse abseits der allgemeinen und juristischen Horizonterweiterung der Studierenden sind zudem nicht selten eher überschaubar. Das ist hier nicht der Fall, sondern es liegt eine wirklich gute Kontextualisierung des relevanten National Labour Relations Act und dessen Auslegung durch das National Labour Relations Board vor. Letzteres legt im Konfliktfall auf Antrag durch Entscheidung die *bargaining unit* fest, dh. in welcher Einheit kollektiv verhandelt werden kann.

Aus seinen Überlegungen zum US-amerikanischen Recht leitet Tobias Vogt mehrere Erkenntnisse ab, die aus seiner Sicht auch auf das deutsche Recht transferierbar sind und eine aussichtsreiche Inspirationsquelle bieten können. Erstens stellt für ihn die Interessengemeinschaft (die *community of interest*) ein transparentes Kriterium zur Belegschaftsabgrenzung dar. Zweitens wurde bislang die Rolle eines allfällig beschränkt überprüfbar Beurteilungsspielraums der Belegschaft über die Abgrenzung von Mitbestimmungseinheiten zu wenig beachtet. Ein solcher könne sowohl der Belegschaftsautonomie als auch der Rechtssicherheit dienen. Wesentlich sei auch ein Auskunftsanspruch über die Tätigkeiten und Kontaktaufnahmemöglichkeiten der betreffenden Arbeitnehmer:innen damit eine Belegschaftsvertretung initiiert werden könne.

Diese Erkenntnisse werden dann beim Reformvorschlag des Verfassers wieder aufgegriffen – davor wird freilich auf verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Reform des Betriebs- und des Betriebsteilbegriffes eingegangen und geprüft, inwieweit sie den bisherigen Zielen der Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten entsprechen. Nur zur Erinnerung, das sind die Teilhabefunktion, die Ausgleichsfunktion und Einheit des Betriebes, die Effektivität der Betriebsratsarbeit mit den Unterzielen der Entscheidungs- und Belegschaftsnähe, und die lückenlose Repräsentationsmöglichkeit. Zudem muss auch das Untermaßverbot der Mitwirkungs-RL 2002/14/EG beachtet und eine möglichst hohe Rechtssicherheit geboten werden. Als neues Ziel wird als Ergebnis des Rechtsvergleiches mit den USA formuliert, dass zu klären ist, welche Institution den Beurteilungsspielraum zur Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten ausübt. Zudem soll der Vorschlag praxistauglich und in der Lage sein möglichst unterschiedliche Unternehmensstrukturen zu erfassen.

Der Verfasser kommt auf dieser Basis zu dem Ergebnis, dass ihn die bisher diskutierten Reformvorschläge allesamt nicht überzeugen. Vorgeschlagen wird vielmehr – und hier schließt sich der Kreis zum ersten Teil der Arbeit – das zweiteilige Puzzle aus Betrieb und Betriebsteil weiter zu stärken. Statt § 1 BetrVG und somit den Betriebsbegriff zu reformieren, sollte sich eine Reform zur Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten auf den bisher weniger beachteten § 4 BetrVG fokussieren. Hierfür liefert die Arbeit einen konkreten Vorschlag der Neufassung des § 4 BetrVG, welcher zT. auf einem Rechtstransfer der US-amerikanischen *community of interest* beruht.

Dabei sind vier Modifikationen zum *status quo* angedacht: Zuerst soll der bisher in § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG geregelte Zuordnungsbeschluss umgedreht werden. Aktuell müssen Arbeitnehmer:innen mit Stimmenmehrheit beschließen, an der Wahl des Hauptbetriebs teilzunehmen (»opt in«). Der neue Vorschlag sieht vor, dass Arbeitnehmer:innen zukünftig mehrheitlich beschließen, sich vom Hauptbetrieb abzuspalten und einen eigenen Betriebsrat zu wählen (»opt out«). Aus dem Zuordnungsbeschluss wird ein Abspaltungsbeschluss.

Als zweite Modifikation sollen betriebsverfassungsrechtlich relevante Interessen zukünftig die Grundlage des Betriebsteils bilden. Irrelevant soll hingegen sein, ob die Einheit organisatorisch selbstständig ist, ebenso ist eine Leitungsmacht vor Ort nicht (mehr) notwendig. Insoweit beruht der Vorschlag auf dem US-amerikanischen Konzept *community of interest*.

Als dritte Modifikation erhalten Arbeitnehmer:innen einen gerichtlich lediglich eingeschränkt überprüfbar Beurteilungsspielraum, um den Betriebsteil abzugrenzen – es reicht aus, dass »eine vertretbare Interessengemeinschaft« vorliegt. Und zuletzt sollen potenzielle Initiatoren, welche eine eigene Interessengemeinschaft abgrenzen wollen, einen Auskunftsanspruch gegenüber ihren Arbeitgeber:innen erhalten.

All das ist gut argumentiert und ausgewogen sowie durch eine Analyse der potenziellen praktischen Auswirkungen des Reformvorschlages abgerundet. Dabei werden die in der Einleitung dargestellten Beispiele wieder aufgegriffen. Man sieht, alles in allem eine umfassende und in sich geschlossene Arbeit.

VI. Schluss

Zusammenfassend ist somit festhalten, dass Herr Tobias Vogt einem Grundlagenthema durch sowohl einen innovativen Zugang (Stichwort »zweiteiliges Puzzle«) als auch durch fundierte rechtspolitische, auf einem Rechtsvergleich beruhende Überlegungen in gewisser Weise neues Leben eingehaucht hat. Die Arbeit ist von einem klaren Konzept und einem durchgängigen Narrativ getragen. Es werden in ihr nicht nur bemerkenswerte Erkenntnisfortschritte erzielt und Forschungslücken geschlossen, sondern es wird auch in die Zukunft geblickt und versucht Mitbestimmung auch in Zeiten der Digitalisierung weiterhin operabel zu machen. Sie stellt damit in vielerlei Hinsicht einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung der betrieblichen Mitbestimmung in Deutschland nicht nur *de lege lata*, sondern auch *de lege ferenda* dar. Der Hugo Sinzheimer Preis 2024 geht daher sehr zu Recht an Herrn Dr. Tobias Vogt. Herzlichen Glückwunsch!

Prof. Dr. Martin Gruber-Risak,
Universität Wien

NEU

MICHAEL KITTNER

**Arbeitsrecht
und Geschichte**

- Entdeckungen
- Erfahrungen
- Einsichten



Kittner

Arbeitsrecht und Geschichte

Entdeckungen – Erfahrungen – Einsichten

2025. 686 Seiten, gebunden

€ 54,-

ISBN 978-3-7663-7505-6

bund-shop.de/7505

Arbeitsrechtsgeschichte

Spannend, lebendig, erkenntnisreich

Ein ganz besonderes Buch – in mehrfacher Hinsicht: Es stellt erstmals die Geschichte des deutschen Arbeitsrechts in einem Band dar. Es ist handlich und dabei im Umfang stark genug, um den Stoff mit allen wichtigen Details zu vermitteln. Es bringt die Geschichte auf den Punkt, lädt zum Lesen ebenso ein wie zum gezielten Nachschlagen.

Der Autor verzichtet auf Altbekanntes in gedrängter Chronologie. Stattdessen strukturiert er die Fülle der Ereignisse aus unterschiedlichen Blickwinkeln auf Basis neuester Kategorien der Geschichtswissenschaft – von den »Hotspots« der Arbeitsrechtsgeschichte mit Weichenstellungen für die Zukunft über das ewige Ringen zwischen »Regulierung« und »Deregulierung« bis hin zu den handelnden Personen – von Bismarck über Sinzheimer zu Nipperdey.

Und schließlich wird das Werk durch seinen Autor und dessen Wirken zum Unikat: Michael Kittner hat wie kein anderer das Arbeitsrecht in Deutschland als Wissenschaftler und Praktiker geprägt. Er ist Autor zahlreicher grundlegender Werke, insbesondere bekannt als Begründer und Namensgeber des »Kittner«, der jährlich erscheinenden »Arbeits- und Sozialordnung«. Während der letzten 50 Jahre war er nicht nur Zeitzeuge der arbeitsrechtlichen Entwicklung, sondern als Justiziar der IG Metall mitten drin in den größten auch arbeitsrechtspolitischen Auseinandersetzungen der Bundesrepublik. In letzter Zeit hat sich Michael Kittner intensiv mit zentralen Themen der Arbeit und des Arbeitsrechts befasst – Arbeitskampf, Gewerkschaftsgeschichte, Betriebsverfassung und Kündigungsschutz.

Die Erfahrungen und Erkenntnisse aus alledem sowie viele biografische Informationen garantieren eine spannende Lektüre.

Einfach online bestellen:

**1. Einsteigen auf bund-shop.de/7505 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:**

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7505-6	Kittner Arbeitsrecht und Geschichte	54,-

Absender: Frau Herr Divers

Vorname / Name:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main**Infotelefon:**
069 / 79 50 10-20**Fax:**
069 / 79 50 10-11**E-Mail:**
kontakt@bund-verlag.dewww.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Betriebsräte nutzen.
Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.



JAHRE KOMPETENZ AUF JEDER SEITE



**Print und online
– jetzt bestellen!**

Für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline: 069 / 79 501 020