

Henssler Willemsen Kalb

Arbeitsrecht Kommentar

**Herausragende
Aktualität
Ausgewählte
Highlights aus der
Neuaufage**

10. Auflage

Digital

Bei juris und
Otto Schmidt
online

ottoschmidt

Vorwort

Turnusgemäß erscheint die 10. Auflage des „HWK“ als aktuelle Gesamtkommentierung des Arbeitsrechts. Die seit 2004 alle zwei Jahre stattfindende Neubearbeitung hat sich in der Praxis bewährt. Der Kommentar deckt den Informationsbedarf über zahlreiche Gesetzesänderungen und bietet den Vorteil einer vernetzten Darstellung der zahlreichen Einzelgesetze, unter anderem in Form von Querverweisen. Da er alle für die tägliche arbeitsrechtliche Praxis wichtigen Gesetze kommentiert und dabei auch auf die europarechtlichen, sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Bezüge besonderen Wert legt, bietet er den Nutzern einen umfassenden Überblick.

Mit der 10. Auflage befindet sich die Kommentierung auf dem Rechtsstand vom 1.4.2022: Einzuarbeiten waren insbesondere das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, das Zweite Führungspositionengesetz, die Neuregelungen zum elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten und Novellierungen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Nach wie vor sind auch im Arbeits- und Sozialrecht die Folgen der Corona-Pandemie zu bewältigen, die Gesetzgeber und Rechtsprechung vor besondere Herausforderungen stellen. Zuletzt ist etwa das Gesetz zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen beschlossen worden.

Ebenso umfassend eingearbeitet wurden die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Die Spanne reicht vom Arbeitnehmerbegriff („Crowdworker“), Mindestlohn und Arbeitszeitrecht (sog. Live-in-Kräfte in Privathaushalten), Allgemeinem Gleichbehandlungsrecht (Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten) bis zum Arbeitnehmerüberlassungsrecht sowie der betrieblichen Mitbestimmung und dem Tarifrecht. Auch die Pandemie hat die Gerichte für Arbeitssachen vielfältig beschäftigt (Maskenpflicht, Homeoffice, Betriebsrisiko und Lockdown). Im Hinblick auf die verbreitete Nutzung elektronischer Datenbanken wird konsequent und durchgehend jede Entscheidung mit Datum und Aktenzeichen zitiert, womit die sofortige Auffindbarkeit gewährleistet ist. Um den Lesefluss nicht zu stören, werden alle Zitate von Rechtsprechung und Literatur in Fußnoten aufgeführt.

Insgesamt verbindet die Darstellung eine praxisnahe Kommentierung, in der die aktuelle Rechtsprechung ganz im Vordergrund steht, mit dem Streben nach wissenschaftlicher Gründlichkeit, was die Autoren zu einem hohen Maße an Prägnanz und Begrenzung auf das Wesentliche zwingt. Im Fokus steht die problemorientierte Information des Lesers, die insbesondere auch Fragen der rechtssicheren Gestaltung mit einschließt. Dem entspricht es, dass neben Richtern und Hochschullehrern zahlreiche Anwälte an der Kommentierung mitwirken. Die Zusammenfassung in einem einzigen Band erleichtert den schnellen Zugriff.

Angesichts der mit der gewissenhaften Aktualisierung verbundenen Anstrengungen haben wir wieder allen Anlass, den Mitwirkenden an diesem Kommentar unseren herzlichen Dank auszusprechen. Dank gebührt auch den ausgeschiedenen Kollegen *Jürgen Treber* und *Werner Schmalenberg* für die langjährige wertvolle Mitarbeit. Nicht zuletzt danken wir unseren Lesern, deren Nutzen im Zentrum unserer Bemühungen steht und auf deren wohlwollend-kritische Begleitung wir auch für die weitere Zukunft hoffen. Anregungen und Kritik können dem Verlag gern unter lektorat@otto-schmidt.de zugesandt werden.

Köln/Düsseldorf, im April 2022

Martin Hessler

Heinz Josef Willemse

Heinz-Jürgen Kalb

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	VII
Bearbeiterverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
AAG Aufwendungsausgleichsgesetz – Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung	1
ÄArbVtrG Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung	7
AEntG Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen	8
AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Auszug)	45
AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	76
ArbGG Arbeitsgerichtsgesetz	114
ArbPlSchG Arbeitsplatzschutzgesetz – Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst	387
ArbZG Arbeitszeitgesetz	401
AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung	457
BBiG Berufsbildungsgesetz (Auszug)	533
BDSG Bundesdatenschutzgesetz (Auszug)	575
BEEG Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Auszug)	578
BetrAVG Betriebsrentengesetz – Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung	600
BetrVG Betriebsverfassungsgesetz	724
BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Auszug)	1268
BUrlG Bundesurlaubsgesetz – Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer	1818
DrittelpG Drittelparteigesetz – Gesetz über die Drittelpartei der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat	1880
DSGVO Datenschutz-Grundverordnung – Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Auszug)	1908
EBRG Europäische Betriebsräte-Gesetz – Gesetz über Europäische Betriebsräte	1976
EFZG Entgeltfortzahlungsgesetz – Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall	2009
EntgTranspG Entgelttransparenzgesetz – Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern	2079
EStG Einkommensteuergesetz (Auszug)	2103
EUV Vertrag über die Europäische Union (Auszug)	2122
GewO Gewerbeordnung (Auszug)	2130

Inhaltsübersicht

	Seite	
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Auszug)	2189
GKG	Gerichtskostengesetz (Auszug)	2294
HGB	Handelsgesetzbuch (Auszug)	2295
InsO	Insolvenzordnung (Auszug)	2341
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz – Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Auszug) . . .	2359
KSchG	Kündigungsschutzgesetz	2382
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	2637
MiLoG	Mindestlohnsgesetz – Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns	2643
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz – Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	2686
MuSchG	Mutterschutzgesetz – Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium	2745
NachwG	Nachweisgesetz – Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen	2782
PflegeZG	Pflegezeitgesetz – Gesetz über die Pflegezeit	2810
Rom-I-VO	Rom-I-VO Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Auszug) . . .	2831
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz – Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft	2844
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende (Auszug) . . .	2860
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung (Auszug)	2874
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (Auszug)	2931
SGB VI	Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung (Auszug)	2958
SGB VII	Sozialgesetzbuch Siebtes Buch – Gesetzliche Unfallversicherung (Auszug)	2966
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (Auszug)	2991
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (Auszug)	3023
SprAuG	Sprecherausschussgesetz – Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten .	3044
TVG	Tarifvertragsgesetz	3071
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz – Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge	3201
UmwG	Umwandlungsgesetz (Auszug)	3308
WissZeitVG	Wissenschaftszeitvertragsgesetz – Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Auszug)	3332
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Auszug)	3334
Stichwortverzeichnis	3349

Einsatzmöglichkeit täglich im Betrieb des Verleiher anzubieten¹. Vielmehr ist es so, dass der ArbGeb den Arbeits-einsatz des ArbN fortlaufend planen muss. Er muss deshalb dem ArbN täglich einen Arbeitseinsatz in einem be-stimmten Entleiberbetrieb zuweisen. Tut er dies nicht, gerät er in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots durch den ArbN bedarf².

Bedenklich wird die Aufspaltung der Dauer der Arbeitszeit für Überlassungen und überlassungsfreie Zeiten erst dann, wenn eine solche Vertragsgestaltung dazu dient, die Unabdingbarkeit des Anspruchs auf Vergütung bei Annahmeverzug nach Abs. 4 dadurch zu unterlaufen, dass für verleihfreie Zeiten eine ungewöhnlich kurze Arbeitszeit vereinbart wird. Auch das Arbeitszeitkonto im Leihverhältnis darf nicht dazu eingesetzt werden, Abs. 4 S. 2 zu umgehen und das vom Verleiher zu tragende Beschäftigungsrisiko auf den LeihArbN abzuwälzen. Regelungen, die es dem Verleiher ermöglichen, in verleihfreien Zeiten einseitig das Arbeitszeitkonto abzubauen, sind unwirksam³. Allerdings muss sich der LeihArbN wie jeder andere ArbN nach § 615 S. 2 BGB auf seinen Verzugslohnanspruch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens seiner Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitsleistung erwirkt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Das wird durch § 615 S. 2 BGB in gleicher Weise klargestellt wie durch Abs. 4 S. 2 Hs. 2. Allerdings kann diese Anrechnungsbestimmung durch die Parteien des Leiharbeitsvertrags abbedungen werden.

Zwar enthält § 615 BGB keine Bestimmung über die **Anrechnung öffentl.-rechtl. Leistungen**. Erhält ein LeihArbN jedoch Alg I oder II, geht sein Vergütungsanspruch ggü. dem Verleiher gem. § 115 I SGB X kraft Gesetzes auf den Träger der jeweiligen Sozialleistung über. Insoweit verliert der LeihArbN seine Stellung als Gläubiger des Vergütungsanspruchs. In Höhe der erhaltenen Leistungen kann der Verleiher Zahlungen verweigern⁴. Ob die Vorschrift in entsprechender Anwendung die Abbedingung des Betriebsrisikos (§ 615 S. 3 BGB) untersagt, ist umstr.⁵. In Formulararbeitsverträgen stellt die Abweichung von § 615 S. 3 BGB ohne Kompensation jedoch ohnehin eine unangemessene Benachteiligung dar, weil eine Abweichung vom gesetzl. Leitbild vorliegt (§ 307 II Nr. 1 BGB, s. § 307 BGB Rz. 17).

Umstr. ist die Behandlung von **Arbeitszeitkonten** im LeihArbVerh. Sie sind nicht per se unzulässig und können auch einsatzfreie Zeiten umfassen⁶. Mit einem Arbeitszeitkonto wird nämlich zunächst nicht der Vergütungsanspruch verkürzt, sondern dauerhaft im Umfang der vertragl. vereinbarten Arbeitszeit gesichert⁷. Sowohl in TV als auch in BV und Arbeitsverträgen ist es jedoch aufgrund der Wertung des Abs. 4 S. 2 unzulässig, das vereinbarte Arbeitszeitdeputat mit entsprechender Entgeltminderung wegen einsatzfreier Zeiten zu kürzen⁸. Anders als allg. (vgl. Anh. §§ 305–310 BGB Rz. 5) ist Arbeit auf Abruf, die eine bestimmte Mindestarbeitszeit vertragl. festlegt und darüber hinaus bis zu 25 % der wöchentl. Mindestarbeitszeit flexibel ausgestaltet, unzulässig⁹. Diese Vertragsgestaltung verstößt in TV, BV und Arbeitsverträgen gegen die Wertung des Abs. 4 S. 2. Sie birgt typischerweise die Gefahr, dass das Risiko der einsatzfreien Zeiten entgegen der gesetzl. Wertung auf den ArbN verlagert wird und ist damit rechtsunwirksam.

Kurzarbeit nach den §§ 95 ff. SGB III kann für LeihArbN grds. nicht wirksam vereinbart werden¹⁰. Die Vereinbarung von Kurzarbeit mit einem LeihArbN verstößt gegen Abs. 4 S. 2. Es macht keinen Unterschied, ob der ArbGeb mit dem ArbN wegen Auftragsmangels die Regelung des § 615 BGB abbedingt oder bei Auftragsmangel zur Vermeidung des Annahmeverzugs Kurzarbeit mit dem betroffenen ArbN vereinbart wird. Die Vereinbarung von Kurzarbeit führt zu einer unzulässigen Verlagerung der generellen gesetzl. Risikoverteilung. Die gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten sind vielmehr dem Ziel, dem LeihArbN eine verstetigte Vergütung für Zeiten des Nichtverleihs zu garantieren, untergeordnet¹¹. Der durch das Gesetz zur befristeten Krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld¹² eingefügte § 11a ermöglichte als **Ausnahme zu Abs. 4 S. 2** die Vereinbarung von Kurzarbeit und die Gewährung von Kug auf Grundlage einer zeitlich **befristeten Rechtsverordnung** der BReg. für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt bis spätestens zum 31.12.2021 (vgl. § 11a Rz. 2 ff.). Mit dem Gesetz wurde zugleich der inzwischen obsolet gewordene Abs. 4 S. 3 gestrichen, der eine befristete Ausnahme zum Verbot der Kurzarbeit bis zum 31.12.2011 vorgesehen hatte¹³. MWz. 1.4.2022 wird durch S. 3 nF die bis zum 30.6.2022 befristete Möglichkeit eröffnet, durch Vereinbarung von Kurzarbeit den Lohnanspruch des LeihAN auszuschließen¹⁴. Dies soll den wirtschaftl. Auswirkungen des **Ukraine-Krieges** Rechnung tragen¹⁵ und greift auf das bereits in der Corona-Pandemie bis Ende 2021 etablierte Instrumentarium zurück, in Ausnahmesituationen auch im LeihArbVerh die Möglichkeit der Vereinbarung von Kurzarbeit zu eröffnen. Die erneut engen zeitlichen Grenzen wirken einer grds. Verschiebung der in Abs. 4 S. 2 geregelten Risikotragung in verleihfreien Zeiten entgegen.

¹ LAG Hess. v. 23.1.1987 – 13 Sa 1007/86, DB 1987, 1741. || 2 LAG Rh.-Pf. v. 24.4.2008 – 10 Sa 19/08; vgl. auch BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565. || 3 BAG v. 16.4.2014 – 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262. || 4 Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 120 f.; Thüsing/Mengel, § 11 Rz. 46. || 5 Dafür Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 124; abl. Thüsing/Mengel, § 11 Rz. 47; Ulrich, § 11 Rz. 67. || 6 BAG v. 16.4.2014 – 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; LAG BW v. 29.4.2009 – 17 Sa 4/09; LAG Düss. v. 16.11.2011 – 7 Sa 567/11; Boemke/Lembke/Boemke, § 11 Rz. 125; Thüsing/Pötters, BB 2012, 317 (319 ff.); aA LAG Rh.-Pf. v. 24.4.2008 – 10 Sa 19/08; J. Ulber NZA 2009, 232 (233 f.); für Zulässigkeit in TV Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 130. || 7 Vgl. LAG BW v. 29.4.2009 – 17 Sa 4/09; vgl. zum Normzweck der Verstetigung der Vergütung auch BSG v. 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R, NZS 2010, 292; BT-Drs. 15/25, 38. || 8 Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 133. || 9 Weitergehend zum früheren Recht sogar BSG v. 29.7.1992 – 11 Rar 51/91. || 10 BSG v. 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R, NZS 2010, 292. || 11 BSG v. 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R, NZS 2010, 292; vgl. auch BT-Drs. 16/11740, 33. || 12 BGBl. I S. 493. || 13 Vgl. dazu BT-Drs. 16/11740, 33. || 14 BGBl. 2022 I S. 466. || 15 BT-Drs. 20/1094, 7.

die in nicht bestreikten Betrieben des von einem Arbeitskampf betroffenen Entleihers eingesetzt sind. Zu beachten ist allerdings, dass das Leistungsverweigerungsrecht nur besteht, „soweit“ der Entleiherr von einem Arbeitskampf betroffen ist. Trotz des Rechtsträgerbezugs gilt damit im Ergebnis dasselbe wie für das Einsatzverbot: Der LeihArbN kann seine Leistung nur verweigern, wenn er in einem **unmittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieb** eingesetzt wird.

- 41 Im Gegensatz zum Einsatzverbot nach Abs. 5 S. 1 (vgl. Rz. 35) kommt es für das Leistungsverweigerungsrecht des LeihArbN nach S. 3 nicht darauf an, ob der gegen den Entleiherrn geführte **Arbeitskampf rechtmäßig** ist¹. Der LeihArbN soll bei der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts vor dem Risiko eines Irrtums über die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs geschützt werden. Dieses Risiko besteht auch dann, wenn der LeihArbN keine Streikbrechertätigkeit erbringt. Insoweit gilt die instanzgerichtl. Rspr. zu § 11 V aF fort².
- 42 Wenn der LeihArbN von seinem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht, ist er trotz des Arbeitskampfs zur Arbeitsleistung im Betrieb des Entleihers verpflichtet. Beteiligt er sich dort gleichwohl an Arbeitskampfmaßnahmen, verletzt er damit seine Leistungspflicht ggü. dem Entleiherrn und seine Treuepflicht ggü. dem Verleiher³.
- 43 Der Verleiher ist nach Abs. 5 S. 4 verpflichtet, den LeihArbN bei jedem neuen Arbeitseinsatz auf das Leistungsverweigerungsrecht hinzuweisen, wenn der Betrieb des Entleihers von einem Arbeitskampf betroffen ist. Dazu reicht ein allg. gehaltener Hinweis bei Abschluss des Leiharbeitsvertrags nicht aus⁴. Beginnt der Arbeitskampf erst, nachdem der LeihArbN seine Arbeit im Betrieb des Entleihers aufgenommen hat, muss der Hinweis des Verleiher unverzüglich erfolgen⁵.
- 44 **VII. Arbeitsschutz und Arbeitnehmererfindungen (Abs. 6 u. 7).** Die im Betrieb des Entleihers geltenden öffentl.-rechl. Vorschriften des Arbeitsschutzes gelten auch für die dort eingesetzten LeihArbN. Zu diesen Arbeitsschutzvorschriften gehören ua. das ArbSchG, das ArbZG, die LadSchlG der Länder, die GewO, das MuSchG, das JAarbSchG und das SGB IX. Für die Einhaltung dieser Vorschriften sind Verleiher und Entleiherr gemeinsam verantwortlich. Dabei ist der Entleiherr verpflichtet, in seinem Betrieb die praktischen Maßnahmen zur Durchführung des Arbeitsschutzes zu ergreifen, während der Verleiher im Wesentlichen auf die Überwachung und die Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen beschränkt ist⁶.
- 45 Darüber hinaus ist der Entleiherr verpflichtet, den LeihArbN vor Beginn der Beschäftigung und bei jeder Veränderung in seinem Arbeitsbereich über die Gefahren für seine Sicherheit und Gesundheit sowie über Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Diese **Unterrichtungspflicht des Entleihers** erstreckt sich auch auf die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen, beruflicher Fähigkeiten, eine besondere ärztliche Überwachung sowie auf eine erhöhte besondere Gefährlichkeit des Arbeitsplatzes. Verletzt der Entleiherr diese Pflichten, kann dem LeihArbN daraus ein Leistungsverweigerungsrecht erwachsen⁷. Die Pflicht zur Zahlung der Ausgleichsabgabe nach § 160 SGB IX trifft allerdings allein den Verleiher als vertragl. ArbGeb des LeihArbN⁸.
- 46 Nach Abs. 7 gilt der Entleiherr als ArbGeb iSd. ArbNErfG, wenn der LeihArbN während der Dauer der Tätigkeit bei ihm eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag gemacht hat. Diese Bestimmung dient einer interessengerechten Zuordnung der Verwertungsrechte. Denn diese fallen grds. dem Entleiherrn zu, während der LeihArbN entsprechende Vergütungsansprüche ihm ggü. erhält. Allerdings muss es sich um Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge handeln, die sich auf den Betrieb des Entleihers beziehen⁹. Die Vergütungsansprüche des LeihArbN können sich auch aus einem TV oder einer BV ergeben¹⁰.

§ 11a Verordnungsermächtigung

Die Bundesregierung wird ermächtigt, für die Zeit ab dem 1. Juli 2022 durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen, dass das in § 11 Absatz 4 Satz 2 geregelte Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Vereinbarung von Kurzarbeit für den Arbeitsausfall und für die Dauer aufgehoben ist, für die dem Leiharbeitnehmer Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gezahlt wird. Die Verordnung ist zeitlich zu befristen. Die Ermächtigung tritt mit Ablauf des 30. September 2022 außer Kraft.

- 1 Die Vorschrift wurde zu Beginn der **Corona-Pandemie** im Frühjahr 2020 kurzfristig durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld in das AÜG eingefügt¹¹. Sie ersetzt den mit Ablauf des Jahres 2011 gegenstandslos gewordenen § 11 IV 3, der deshalb zugleich gestrichen wurde. **Ihre jüngste Änderung erfuhr die Vorschrift mWz. 1.4.2022**¹², nachdem die aF durch Ablauf der VO-Ermächtigung am 31.12.2021 gegenstandslos geworden war. Für die Zeit ab dem 1.7.2022 – nach Ablauf des Zeitraums

¹ Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 183; Klein/Leist, AuR 2017, 100 (102); aA Hessler/Grau/Wißmann/Krämer, § 5 Rz. 265; Boemke, ZfA 2017, 1 (12 f.). || 2 LAG BW v. 31.7.2013 – 4 Sa 18/13. || 3 Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rz. 127. || 4 Sandmann/Marschall/Schneider, § 11 Anm. 30. || 5 Becker/Wulfgramm, § 11 Rz. 18. || 6 Becker/Wulfgramm, § 11 Rz. 60; s.a. LAG Hamm v. 4.8.2003 – 2 Ta 739/02, NZA-RR 2004, 106. || 7 BVerwG v. 13.12.2001 – 5 C 26/01, NZA 2002, 385. || 8 BAG v. 8.7.1971 – 5 AZR 29/71, AP BGB § 611 Leiharbeitsverhältnis Nr. 2. || 9 Thüsing/Mengel, § 11 Rz. 59. || 10 ArbG Frankfurt/M. v. 10.12.1985 – 8 Ca 50/85. || 11 BGBl. I S. 493. || 12 BGBl. 2022 I S. 466.

aus § 11 IV 3 – kann die BReg. durch RechtsVO bestimmen, dass Kurzarbeit im LeihArbVerh vereinbart werden kann und insoweit § 11 IV 2 nicht gilt.

Mit der in § 11a enthaltenen **Verordnungsermächtigung** kann die BReg. die bereits in der letzten Wirtschafts- und Finanzkrise (vgl. § 11 IV 3 aF) angewandte und bewährte Regelung für Krisenzeiten aktivieren, die ausnahmsweise die Zahlung von Kug an LeihArbN ermöglicht und damit vom Grundsatz des § 11 IV 2 abweicht¹. Die Vorschrift korrespondiert mit der in § 109 V SGB III ebenfalls neu geschaffenen VO-Ermächtigung².

Die aF der Vorschrift stellte noch die Voraussetzung der **außergewöhnlichen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt** auf. **Die seit dem 1.4.2022 maßgebliche Fassung** sieht dies nicht mehr vor, sondern stellt lediglich auf den Zeitraum ab dem 1.7.2022 ab. Sie setzt auf diese Weise keine materiellen, sondern lediglich zeitl. Grenzen. Sie korrespondiert mit § 11 IV 3 und nimmt ebenfalls auf den **Ukraine-Krieg** und damit verbundene Unsicherheiten hinsichtlich der Entwicklungen auf den Arbeitsmarkt Bezug. Die BReg. soll auf die weitere Entwicklung und ihre Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt zumindest in naher Zukunft flexibel reagieren können. Auch hier garantiert die **Befristung der VO-Ermächtigung bis zum 30.9.2022**, dass die grds. Risikoverteilung nach § 11 IV 2 nicht angetastet wird.

Mit der VO-Ermächtigung geht eine Begünstigung der LeihArbGeb einher, die ansonsten nach dem Grundsatz des § 11 IV 2 (vgl. § 11 Rz. 27) Kurzarbeit nicht wirksam vereinbaren könnten. Aufgrund der Ungewissheit der Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt wird so deren wirtschaftl. Entlastung ermöglicht. Nach S. 2 ist die VO **zeitlich zu befristen**. Die maximale Laufzeit der VO wird begrenzt durch das Außerkrafttreten der VO-Ermächtigung nach S. 3 zum **30.9.2022**. Die VO selbst muss diesen Zeitraum allerdings nicht voll ausschöpfen. Zulässig ist auch eine Befristung bis zu einem früheren Zeitpunkt, wenn etwa zu erwarten ist, dass das Bedürfnis nach Kurzarbeit im LeihArbVerh früher wegfällt.

§ 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher

(1) Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend. In der Urkunde hat der Verleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten; Letzteres gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 8 Absatz 2 und 4 Satz 2 genannten Ausnahme vorliegen.

(2) Der Verleiher hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.

I. **Normzweck.** Entgegen der Überschrift enthält § 12 keine konkreten inhaltlichen Vorgaben für die Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher, sondern sieht lediglich ein Schriftformgebot sowie bestimmte Mindestangaben im AÜ-Vertrag vor. Die Regelung bezweckt in erster Linie den Schutz des Entleihers, sollen aber zugleich sicherstellen, dass der Verleiher dem Gleichbehandlungsgebot nach § 8 nachkommen kann³.

II. **Schriftformgebot (Abs. 1 S. 1).** Nach Abs. 1 S. 1 bedarf der AÜ-Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher der Schriftform. Die Schriftform erstreckt sich auf den **gesamten Inhalt** des AÜ-Vertrags einschl. Vergütungspflicht des Entleihers, der Leistungspflichten des Verleiher, dem Beginn und Ende der Überlassung sowie die Laufzeit des AÜ-Vertrags⁴. Auch die **Kennzeichnung** des LeihArbN nach § 1 I 5 hat schriftlich zu erfolgen⁵. Demggü. bedarf die **Konkretisierung** nach § 1 I 6 nicht der Schriftform (vgl. § 1 Rz. 45 f.). Das Schriftformgebot gilt auch für Änderungsverträge⁶, nicht jedoch für Vorverträge, da Abs. 1 S. 1 lediglich für Rechtsklarheit sorgen und nicht vor übereiltem Vertragsschluss schützen soll⁷.

Die Vertragsurkunde muss gem. § 126 BGB von beiden Parteien eigenhändig unterzeichnet werden, bei mehreren gleichlautenden Urkunden genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Die Schriftform kann nach § 126 III BGB durch **elektronische Form** ersetzt werden.

Die Nichteinhaltung der Schriftform hat nach § 125 S. 1 BGB die **Nichtigkeit** des Vertrags zur Folge. Eine Heilung des Formmangels ist nicht möglich⁸.

III. **Widerspruch von Vertrag und tatsächlicher Durchführung (Abs. 1 S. 2).** Für den Fall, dass der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, sieht der zum 1.4.2017 eingeführte Abs. 1 S. 2 vor, dass die **tatsächliche Durchführung** für die rechtl. Einordnung des Vertrags zwischen Verleiher und Entlei-

¹ BT-Drs. 19/17740, 50 f.; zum Grundsatz vgl. § 11 Rz. 27. || 2 Vgl. Waltermann, NZS 2020, 337. || 3 ErfK/Wank/Roloff, § 12 AÜG Rz. 1; Ulber/J. Ulber, § 12 Rz. 1. || 4 Ulber/J. Ulber, § 12 Rz. 17. || 5 Ulber/J. Ulber, § 12 Rz. 4 f.; aA Ulrici, § 12 Rz. 11. || 6 Boemke/Lembke/Lembke, § 12 Rz. 7; Schüren/Hamann/Brors, § 12 Rz. 8; Ulrici, § 12 Rz. 8. || 7 Ulrici, § 12 Rz. 9; aA Boemke/Lembke/Lembke, § 12 Rz. 7; ErfK/Wank/Roloff, § 12 AÜG Rz. 2; Schüren/Hamann/Brors, § 12 Rz. 7; Ulber/J. Ulber, § 12 Rz. 6. || 8 Ähnlich ErfK/Wank/Roloff, § 12 AÜG Rz. 2: Heilung nur in Ausnahmefällen (§ 242 BGB).

Unterrichtung kann unterbleiben, wenn der BR in einem **Regelturnus** tagt (etwa aufgrund BV¹ oder Geschäftsordnung² des BR, vgl. § 29 Rz. 11) und dies dem ArbGeb – wie idR – auch bekannt ist.

3. Nichtöffentlichkeit (Abs. 1 S. 4). Die seit den Anfängen der Betriebsverfassung (§ 30 I 2 BRG 1920) existierende Regel in S. 4, die BR-Sitzungen für **nicht öffentlich** erklärt, soll die von äußeren Einflüssen freie Beratung und Entscheidungsfindung im BR sicherstellen. Die gesetzl. Benennung des Teilnehmerkreises, also insb. die Mitglieder des BR selbst, ggf. die Ersatzmitglieder sowie die in §§ 29, 31, 32, 67 genannten Personen (vgl. § 29 Rz. 12 ff.), ist also **abschließend**. Das schließt nicht andere gesetzl. vorgesehene Ausnahmen aus, etwa wenn der BR bewusst **Sachverständige** oder andere **Auskunftspersonen** zB nach § 80 II 3 oder § 80 III einlädt³. Auch können ArbN bei individueller Betroffenheit in personellen Angelegenheiten (§§ 99 ff.) hinzugezogen werden⁴. Eine audio- oder videotechnische Übertragung der Sitzung in andere Räume ist, unbeschadet der Regelung in Abs. 2, unzulässig⁵. Mit der Nichtöffentlichkeit korrespondiert die in §§ 79, 80 IV angeordnete **Verschwiegenheitspflicht**. Eine generelle Geheimhaltungspflicht für den Verlauf von BR-Sitzungen ergibt sich aus S. 4 jedoch nicht⁶. Die BR-Mitglieder können selbst darüber befinden, ob sie durch die Anwesenheit einer nicht teilnahmeberechtigten Person bei der Wahrnehmung ihres Mandats beeinträchtigt werden. Die zeitweise Anwesenheit von nicht zur Beschlussfassung herangezogenen Ersatzmitgliedern in der BR-Sitzung führt daher nicht zur Unwirksamkeit der während dieses Zeitraums gefassten Beschlüsse, wenn keines der BR-Mitglieder den hierin liegenden Verstoß gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit beanstandet hat.⁷

4. Grundsatz der Präsenzsitzung (Abs. 1 S. 5). Im Zuge der **Novellierung** durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz v. 14.6.2021 (vgl. Rz. 1) sollte mWz. 18.6.2021⁸ wegen der – letztlich pandemiebedingten – Einführung der Abs. 2 und 3 durch den ebenfalls neu hinzugefügten **Satz 5** der gesetzgeberisch gewollte grds. **Vorrang von Präsenzsitzungen** des BR betont werden⁹. Dies wird damit begründet, dass trotz der Möglichkeiten moderner Videotechnik die **Wahrnehmung des Gegenübers** bei der Diskussion und die Möglichkeit des persönlichen Austauschs im Rahmen von digitalen Formaten eingeschränkt seien¹⁰. „Präsenzsitzungen“ zeichnen sich dadurch aus, dass alle Teilnehmer an einem Ort **gleichzeitig körperlich anwesend** sind. Die Durchführung der BR-Sitzung als **Video- und Telefonkonferenz** soll dementsprechend nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Abs. 2 als Ausnahme möglich sein.¹¹

III. BR-Sitzung als Video- und Telefonkonferenz (Abs. 2). **1. Allgemeines.** Der durch die Neuregelung mWz. 18.6.2021¹² neu eingefügte Abs. 2 regelt nun **dauerhaft** die Möglichkeit, BR-Sitzungen als Video- und/oder Telefonkonferenz durchzuführen. Auch sog. **hybride Formate**, also die virtuelle Teilnahme nur einzelner BR-Mitglieder, sollen ermöglicht werden¹³. Die Vorschrift tritt teilweise an die Stelle der befristeten Vorschrift des § 129. Diese Norm, erlassen durch Art. 5, 6, 19 des G v. 20.5.2020¹⁴, war eine Antwort auf die besonderen Herausforderungen der Corona-Pandemie. Sie wurde allerdings im Hinblick auf die Versammlungen nach §§ 42, 53 und 71, dh. Betriebs- bzw. Betriebsräteversammlungen sowie Jugend- und Azubi-Versammlungen, laut § 129 I bis zum Ablauf des 19.3.2022 mit einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit bis zu drei Monaten verlängert¹⁵. Diese Verlängerung gilt laut § 129 II auch für die Teilnahme an Sitzungen der Einigungsstelle inkl. der dortigen Beschlussfassung. Unabhängig von den Gegebenheiten der Corona-Pandemie sah der Gesetzgeber angesichts der voranschreitenden Digitalisierung ein Bedürfnis, die BR-Arbeit dauerhaft zu flexibilisieren, allerdings nur als **Ausnahme von der Regel** einer Präsenzsitzung¹⁶. In Abs. 2 Nr. 1–3 werden die einzelnen Voraussetzungen aufgezählt, unter denen eine **Ausnahme** von dem Grundsatz der präsenten BR-Sitzung gem. Abs. 1 S. 5 möglich sein soll (Rz. 9 ff.).¹⁷

Der reduzierte Anwendungsbereich des Abs. 2 ggü. der Vorschrift des § 129 ist unter dem Aspekt der angestrebten Digitalisierung zutreffend als **unzeitgemäß** kritisiert worden¹⁸. Für die Sitzungen der Wirtschaftsausschüsse (§§ 106 ff.) sollen virtuelle Formate aber weiterhin möglich sein¹⁹. Zu bemängeln ist zudem, dass anders als in § 129 der neue Abs. 2 nur die virtuelle Teilnahme an Beschlussfassungen erlaubt, **nicht auch an Wahlen**²⁰. Zutreffend wird ausgeführt, dass auch die virtuelle Durchführung von Wahlen unter Wahrung der Geheimhaltung möglich sei, so dass die Unterscheidung zwischen Wahlen und Beschlussfassungen nicht gerechtfertigt sei²¹. Dieser Kritik ist zuzustimmen, zumal auch dann, wenn von Gesetzes wegen eine obligatorisch **geheime** Beschlussfassung des BR vorgeschrieben ist, also in den Fällen von § 27 I 5, § 28 I 2 und § 38 II 1, eine virtuelle **Teilnahme** gem. Abs. 2 möglich ist²².

¹ Hierzu vgl. GK-BetrVG/Raab, § 30 Rz. 12; Richardi/Thüsing, § 30 Rz. 7. || 2 DKW/Wedde, § 30 Rz. 10. || 3 ArbG Frankfurt/M. v. 16.9.1988 – 15 BVGa 20/88, AiB 1989, 14; ferner DKW/Wedde, § 30 Rz. 12; Fitting, § 30 Rz. 17; GK-BetrVG/Raab, § 30 Rz. 20 f., die zwischen Sachverst., die der Beratung beiwohnen dürfen, und sonstigen Auskunftspersonen, denen dieses Recht nicht zusteht, differenzieren. || 4 So auch DKW/Wedde, § 30 Rz. 12. || 5 GK-BetrVG/Raab, § 30 Rz. 19; Jesgarzewski/Holzendorf, NZA 2012, 1021 (1022). || 6 LAG Köln v. 6.6.2019 – 4 Sa 18/19, LAGE § 15 KSchG Nr. 27; LAG Hess. v. 16.12.2010 – 9 TaBV 55/10; BAG v. 5.9.1967 – 1 ABR 1/67; BAGE 20, 56; hM, vgl. Fitting, § 30 Rz. 21. || 7 BAG v. 30.9.2014 – 1 ABR 32/13, NZA 2015, 370 Rz. 51. || 8 G v. 14.6.2021, BGBl. I S. 1762. || 9 BT-Drs. 19/28899, 15. || 10 BT-Drs. 19/28899, 19. || 11 G v. 14.6.2021, BGBl. I S. 1762. || 12 BT-Drs. 19/28899, 20. || 13 BGBl. I S. 1044. || 14 BT-Drs. 20/188, 50; näher dazu Komm. zu § 129. || 15 BT-Drs. 19/28899, 15. || 16 Gaul/Kaule, ArbRB 2021, 1198 (1200); Schieferl/Worzalla, NZA 2021, 817 f.; Winzer/Baeck/Hilgers, NZA 2021, 620 (625); gegen eine Ausweitung virtueller Formate zB Boemke/Roloff/Haase, NZA 2021, 827 (828); Hayen, AuR 2020, 249 (252 f.). || 17 BT-Drs. 19/28899, 20. || 18 So LAG Bln.-Bbg. v. 24.8.2020 – 12 TaBVGa 1015/20. || 19 Gaul/Kaule, ArbRB 2021, 1198 (1200); Schieferl/Worzalla, NZA 2021, 817 (818). || 20 Str., aa zB Boemke/Roloff/Haase, NZA 2021, 827 (832), soweit technische Lösungen für „geheime“ virtuelle Wahlen nicht sichergestellt sind.

als die **Einflussnahme auf umweltgerechte und umweltschützende Arbeits- und Betriebsbedingungen verstehten**¹.

Fest steht, dass weder der BR noch der WA umweltrelevante Investitionsentscheidungen des Unternehmens auf halten können². Die Unterrichtungspflicht in Fragen des betriebl. Umweltschutzes ist auch aufgrund der Bußgeldbewehrung in § 121 I und des verfassungsrechtl. Bestimmtheitsgebots (Art. 103 II GG) restriktiv auszulegen³. Die **Unterrichtungspflicht** erstreckt sich nicht auf Geschäfte der laufenden Verwaltung, selbst wenn sie für den betriebl. Umweltschutz relevant sein sollten (vgl. Rz. 38). Vielmehr geht es im Rahmen der Nr. 5a um konkrete Maßnahmen des Umweltschutzes im Betrieb (zB Mülltrennung, Wiederverwertung von Materialresten), deren Kosten und Auswirkungen auf die wirtschaftl. Situation des Unternehmens und die dortigen Arbeitsplätze⁴, die Festlegung umweltpolitischer Ziele des Unternehmens, die Einführung eines Umweltmanagementsystems⁵, die Umweltvorsorge bei der Einführung neuer Produkte, die Verbesserung der Umweltverträglichkeit von Produktionsverfahren uÄ⁶. In Zweifelsfällen ist dem Unternehmer eine **Einschätzungsprärogative** zuzugestehen, welche Angelegenheiten sich für das Unternehmen als „Fragen“ des betriebl. Umweltschutzes stellen.

Im Zusammenhang mit Nr. 5a vorzulegende **Unterlagen** können zB Gutachten von Umweltfachleuten, Analysen und Berichte im Rahmen eines Umwelt-Audits⁷, für das Unternehmen oder die ArbN bedeutende Auflagen und Anordnungen der Umweltschutzbehörden etc. sein.

7. Fragen der unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Nr. 5b). Durch **G v. 16.7.2021** wurde mWv. 1.1.2023 das **LieferkettenSorgfaltspflichtengesetz (LkSG)** erlassen und die neue Nr. 5b in § 106 III eingefügt⁸. Danach beziehen sich die Unterrichtungs- und Beratungsrechte des WA auch auf Fragen der unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten gem. dem LkSG. Laut Gesetzesbegr. ist die Minimierung menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken in Lieferketten ein bedeutsamer Faktor für das wirtschaftl. Handeln des Unternehmens; die Verletzung geschützter Rechtspositionen oder umweltbezogener Pflichten iSd. LkSG bergen ein Reputations- und Performanzrisiko mit unmittelbaren Auswirkungen auf die wirtschaftl. Lage des Unternehmens⁹.

Durch das LkSG werden im Inland ansässige Unternehmen ab einer bestimmten Größe (idR min. 3.000 im Inland beschäftigte ArbN; ab 1.1.2024: 1.000 ArbN, vgl. § 1 LkSG) verpflichtet, in ihren Lieferketten (§ 2 V LkSG), menschenrechtl. Sorgfaltspflichten (hinsichtlich des Verbots von Kinderarbeit, von Zwangsarbeit, der Missachtung der Koalitionsfreiheit, der Ungleichbehandlung in Beschäftigung und des Vorenthaltens eines angemessenen Lohns sowie hinsichtlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit, vgl. § 2 II Nr. 1–12 LkSG) sowie umweltbezogene Sorgfaltspflichten (vgl. § 2 III LkSG) in angemessener Weise zu beachten. Die Sorgfaltspflichten werden im Einzelnen aufgeführt und reichen von der Abgabe einer Grundsatzklärung über Risikomanagement bis hin zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen und der Errichtung eines Beschwerdeverfahrens (vgl. §§ 3 I, 4 ff. LkSG). Flankiert werden die Sorgfaltspflichten durch eine Dokumentations- und Berichtspflicht (§ 10 LkSG), die auch behördlich kontrolliert wird (§§ 12 f. LkSG). Das Gesetz begründet eine Bemühpflicht, aber weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehaftung¹⁰. Nach § 4 III LkSG begründet eine Verletzung der Pflichten aus dem LkSG explizit keine zivilrechtliche Haftung. Vielmehr sind behördliche Durchsetzungsmechanismen durch die zuständige Kontrollbehörde (BAFA, vgl. §§ 14 ff. LkSG), Ordnungswidrigkeiten (§ 24 LkSG) und der Ausschluss von der Vergabe öffentl. Aufträge (§ 22 LkSG) vorgesehen. Ferner besteht die Möglichkeit einer Prozessstandhaft für Gewerkschaften und NGOs zur Geltendmachung der Rechte der Betroffenen (§ 11 LkSG). Diese Rechte richten sich aber nach dem durch das IPR berufenen materiellen Sachrecht. Eigenständige Regelungen zum Kollisionsrecht oder materiell-rechtlicher Natur als Eingriffsrecht iSd. Art. 9 Rom I-VO (zB Schadensersatzansprüche) enthält das Gesetz nicht¹¹. Das LkSG soll künftig an eine noch zu erlassende europäische Regelung angepasst werden mit dem Ziel, Wettbewerbsnachteile für deutsche Unternehmen zu verhindern.

8. Einschränkung oder Stillegung von Betrieben oder Betriebsteilen (Nr. 6). Der Tatbestand der „Einschränkung oder Stillegung von Betrieben oder Betriebsteilen“ (Nr. 6) entspricht im Wesentlichen dem der Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Nr. 1 (s. § 111 Rz. 22 ff.). Allerdings ist der WA auch über derartige Veränderungen bei **nicht wesentlichen** Betriebsteilen zu unterrichten¹². Aus dem systematischen Zusammenspiel mit der beschränkten Generalklausel der Nr. 10 folgt aber, dass eine Beeinträchtigung der Interessen von ArbN des Unternehmens möglich sein muss. Dies dürfte beim Tatbestand der Nr. 6 regelmäßig der Fall sein¹³.

Zu den wirtschaftl. Angelegenheiten iSd. Nr. 6 gehört auch die Stillegung von Betrieben, in denen kein BR gebildet ist¹⁴. Dies gilt umso mehr, als mittlerweile der GBR – dessen Hilfsorgan der WA im Falle eines Unternehmens mit mehreren BR und mehr als 100 ArbN ist (s. Rz. 9) – im Rahmen des § 50 I auch für betriebsratslose Betriebe zuständig ist.

¹ Näher Wiese, BB 2002, 674 (677). || 2 Vgl. BT-Drs. 14/5741, 26; Wiese, BB 2002, 674 (678). || 3 IdS auch Konzen, RdA 2001, 76 (90). || 4 BT-Drs. 14/5741, 51; Richardi/Annuf, § 106 Rz. 49. || 5 Vgl. Wiese, BB 2002, 674 (681). || 6 Vgl. Fitting, § 106 Rz. 66. || 7 Vgl. auch Wiese, BB 2002, 674 (680). || 8 BGBl. I S. 2959; dazu BT-Drs. 19/28649; BT-Drs. 19/30505; Frank/Edel/Heine/Heine, BB 2021, 2165 und 2890; Lutz-Bachmann/Vörbeck/Wengenroth, BB 2021, 906; Niklas/Lex, ArbRB 2021, 212; Wagner/Ruttlöffel, NJW 2021, 2145. || 9 BT-Drs. 19/30505, 44. || 10 BT-Drs. 19/28649, 2. || 11 Deinert/Kittner, RdA 2021, 257 (262). || 12 DKW/Däubler, § 106 Rz. 82. || 13 So auch Richardi/Annuf, § 106 Rz. 38, 50. || 14 BAG v. 9.5.1995 – 1 ABR 61/94, NZA 1996, 55; DKW/Däubler, § 106 Rz. 82; ErfK/Kania, § 106 BetrVG Rz. 13; Richardi/Annuf, § 106 Rz. 50.

§ 127 Verweisungen

Soweit in anderen Vorschriften auf Vorschriften verwiesen wird oder Bezeichnungen verwendet werden, die durch dieses Gesetz aufgehoben oder geändert werden, treten an ihre Stelle die entsprechenden Vorschriften oder Bezeichnungen dieses Gesetzes.

- 1 § 127 stellt klar, dass in anderen Vorschriften (Gesetze und sonstige Vorschriften, zB RechtsVO), die auf die außer Kraft getretenen Bestimmungen des BetrVG 1952 verweisen, die entsprechenden Vorschriften des BetrVG 1972 an die Stelle der außer Kraft getretenen Vorschriften treten.

§ 128 Bestehende abweichende Tarifverträge

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach § 20 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952 geltenden Tarifverträge über die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer für Betriebe, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, werden durch dieses Gesetz nicht berührt.

- 1 § 20 III BetrVG 1952 sah vor, dass durch TV für Betriebe, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von BR besondere Schwierigkeiten entgegenstanden, andere Vertretungen der ArbN errichtet werden konnten. Solche am 19.1.1972 bestehenden TV blieben durch das BetrVG 1972 unberührt. Aus der Sicht der Praxis ist diese Vorschrift überholt!

§ 129 Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie

(1) Versammlungen nach den §§ 42, 53 und 71 können bis zum Ablauf des 19. März 2022 auch mittels audiovisueller Einrichtungen durchgeführt werden, wenn sichergestellt ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis von dem Inhalt der Versammlung nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig.

(2) Die Teilnahme an Sitzungen der Einigungsstelle sowie die Beschlussfassung können bis zum Ablauf des 19. März 2022 auch mittels einer Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig. Die Teilnehmer, die mittels Video- und Telefonkonferenz teilnehmen, bestätigen ihre Anwesenheit gegenüber dem Vorsitzenden der Einigungsstelle in Textform.

(3) Der Deutsche Bundestag kann durch im Bundesgesetzblatt bekannt zu machenden Beschluss einmalig die Fristen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 um bis zu drei Monate verlängern.

- 1 **I. Zweck und Entstehungsgeschichte.** 1. Zweck. § 129 ist durch Art. 5 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie v. 10.12.2021 eingeführt worden². Der Gesetzgeber knüpft damit an die am 30.6.2021 ausgelaufene aF des § 129 an³. Mit § 129 sollen Infektionsrisiken durch die Zusammenkunft vieler ArbN verringert werden. Ferner soll verhindert werden, dass Versammlungen oder Einigungsstellen aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht stattfinden können⁴.
- 2 **Entstehungsgeschichte.** Da es wegen der COVID-19-Pandemie problematisch wurde, die durch das BetrVG geregelten Aufgaben wahrzunehmen⁵, verabschiedete der Gesetzgeber rückwirkend zum 1.3.2020 den Vorgänger des aktuellen § 129⁶. Präsenzsitzungen, die zuvor stets notwendig waren⁷, konnten nun rechtssicher⁸ vermieden werden. § 129 aF sollte zum 1.1.2021 außer Kraft treten. Im Dezember 2020 wurde dies jedoch auf den 30.6.2021 verschoben⁹. Eine weitere Verlängerung erfolgte nicht, da mit dem Betriebsräte-Modernisierungsgesetz¹⁰ eine Regelung für BR-Sitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz unabhängig von der COVID-19-Pandemie geschaffen wurde¹¹. Keine neuen Regelungen gab es indes zu den in § 129 III aF genannten Versammlungen und der in § 129 II aF geregelten Einigungsstelle¹². Dieses Vakuum wurde – befristet bis zum 19.3.2022 mit einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit um bis zu drei Monate – mit dem neuen § 129 gefüllt.
- 3 **II. Inhalt. 1. Abs. 1. a) Anwendungsbereich.** § 129 I findet Anwendung auf **Betriebsversammlungen** (§ 42), **Betriebsräteversammlungen** (§ 53) sowie auf **Jugend- und Auszubildendenversammlungen** (§ 71). Nicht erfasst ist die Betriebsversammlung zur erstmaligen Wahl eines BR nach § 17 II¹³. Das ist sachgerecht, da die technischen Voraussetzungen für virtuelle Betriebsversammlungen nur im Zusammenspiel von BR und ArbGeb zu bewältigen sind.
- 4 **b) „Auch“ mittels audiovisueller Einrichtungen.** Abweichend von § 129 III aF wurde in § 129 I und II ein „auch“ eingefügt: Die Versammlungen können „auch“ mittels audiovisueller Einrichtungen durchgeführt werden. In der Gesetzesbegr. gibt es hierfür zwar keine Erklärung. Jedoch dürfte der zu § 129 aF aufgekommene

¹ DKW/Trümmer, § 128. || 2 BGBl. 2021 I S. 5162, 5170. || 3 BT-Drs. 20/188, 50. || 4 BT-Drs. 20/188, 50. || 5 GK-BetrVG/Raab, § 129 Rz. 1 mwN. || 6 BGBl. 2020 I S. 1044, 1051, 1054. || 7 Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 BetrVG Rz. 4 f. || 8 BT-Drs. 19/18753, 28; GK-BetrVG/Raab, § 129 Rz. 2 f. mwN. || 9 BGBl. 2020 I S. 2691, 2692. || 10 BGBl. 2021 I S. 1762. || 11 BT-Drs. 19/28899, 15. || 12 Krit. Jacobs/Vogt, NZA 2021, 1764; Keitel/Busch, BB 2021, 564 (568). || 13 Bafteh/Vitt, BB 2021, 183 (184).

Streit, ob es einen Vorrang von Präsenzveranstaltungen gibt, mit dieser Änderung beigelegt sein. Schon nach der aF wurden beide Möglichkeiten überwiegend als gleichrangig angesehen¹. Mit dem Einfügen des „auch“ erkennt der Gesetzgeber die **Gleichordnung von virtueller und Präsenzversammlung** an. Der Streit kann damit – auch für Einigungsstellen nach Abs. 2 – als erledigt angesehen werden.

c) Audiovisuelle Durchführung. Unter audiovisuellen Einrichtungen sind Anwendungen zu verstehen, die die allseitige Sicht- und Hörbarkeit und Kommunikation gestatten². Die Vorschrift ermöglicht bei hybriden Veranstaltungen eine Übertragung in Videokonferenzräume des Betriebs und die Übertragung über das Internet³. Auch die gängigen Konferenzplattformen wie WebEx oder Microsoft Teams genügen diesen Anforderungen⁴. Nicht ausreichend (und nicht zulässig) sind Aufzeichnungen des BR oder des ArbGeb mit späterer Zugriffsmöglichkeit auf einen Podcast oder eine Videoaufzeichnung, da die Vorschrift die audiovisuelle Durchführung und damit nur Live-Veranstaltungen erlaubt⁵. Zudem muss eine gegenseitige Kommunikation gewährleistet sein, so dass die ArbN die Möglichkeit haben, ihre Meinung zu äußern, Anträge zu stellen und Beschlüsse zu fassen⁶. Es ist zulässig, dass die gesamte Versammlung im virtuellen Raum stattfindet. Die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Versammlung trifft das zuständige Gremium nach pflichtgemäßem Ermessen, der ArbGeb trägt die Kosten⁷.

d) Grundsatz der Nichtöffentlichkeit. Eine audiovisuelle Durchführung ist nur dann möglich, wenn sichergestellt ist, dass **nur teilnahmeberechtigte Personen** Kenntnis von dem Inhalt der Versammlung nehmen können. Dies ist Ausdruck des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit⁸, der für alle der in § 129 I aufgeführten Versammlungen gilt⁹. Es müssen daher die notwendigen Voraussetzungen getroffen werden, um die Kenntnisnahme durch nicht teilnahmeberechtigte Personen zu verhindern. Dies kann technische Maßnahmen wie bspw. eine Verschlüsselung der Verbindung oder auch organisatorische Maßnahmen wie die Nutzung eines nichtöffentlichen Raumes während der Dauer der Versammlung umfassen. Die zugeschalteten Teilnehmer können außerdem zu Protokoll versichern, dass nur teilnahmeberechtigte Personen in dem von ihnen genutzten Raum anwesend sind und sie unverzüglich darüber informieren werden, sobald nicht teilnahmeberechtigte Personen den Raum betreten¹⁰. Verantwortlich für die Sicherstellung ist der Versammlungsleiter¹¹. Ähnlich wie bei Präsenzveranstaltungen kann jedoch keine absolute Sicherheit gefordert werden, zumal bei einer großen Anzahl an Personen virtuelle Versammlungen sonst unmöglich wären. Vielmehr muss es ausreichen, wenn der Versammlungsleiter ex ante davon ausgehen durfte, dass der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gewahrt ist¹². Die Möglichkeit der Teilnahme aus dem Home-Office generell zu versagen¹³, überzeugt deshalb nicht¹⁴.

e) Aufzeichnungsverbot. Aufzeichnungen der audiovisuellen Durchführung der Versammlung sind **unzulässig**. Auch dies ist eine Ausprägung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit. Ferner wird der Persönlichkeitsschutz der Teilnehmer gewahrt¹⁵. Gemeint ist jede Form einer digitalen Erfassung der akustischen oder optischen Inhalte der Versammlung. Anders als bei Präsenzveranstaltungen kann das Verbot der Aufzeichnung nicht durch eine Abstimmung aller Teilnehmer – auch nicht bloß zu Protokollzwecken – aufgehoben werden¹⁶.

f) Folgen bei Verstößen. Die Folgen bei Verstößen gegen die Vorschriften des § 129 I sind nicht ausdrücklich geregelt. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei Präsenzversammlungen¹⁷. § 129 I enthält Verfahrens- und Formvorgaben für die jeweiligen Versammlungen. Formelle Fehler machen einen Beschluss nur unwirksam, wenn es sich um grobe Verstöße gegen Verfahrensvorschriften handelt, die für das ordnungsgemäße Zustandekommen eines Beschlusses wesentlich sind¹⁸. Ein Verstoß gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit führt nicht zu einer Unwirksamkeit eines Beschlusses, wenn dieser keinen Einfluss auf den Gang der Verhandlungen hat, denn der Zweck des Nichtöffentlichkeitsgrundsatzes ist es, einen unbefangenen und von Dritten unbeeinflussten Austausch zwischen den Teilnehmern zu gewährleisten. Ein beachtlicher Verfahrensmangel liegt bspw. vor, wenn die Anwesenheit einer nicht teilnahmeberechtigten Person von einem Versammlungsteilnehmer gerügt wird und diese dennoch anwesend bleibt oder die unbeanstandete Anwesenheit einer unbefugten Person die Beschlussfassung konkret beeinflusst hat¹⁹. Dies gilt auch für Verstöße gegen das Aufzeichnungsverbot²⁰. Da Beschlüsse der in § 129 I genannten Versammlungen regelmäßig keine Außenwirkung haben, sind die Auswirkungen von Verstößen gering²¹. Eine Aufzeichnung kann nach § 201 StGB strafbar sein²².

2. Abs. 2. a) Anwendungsbereich. Erfasst sind **Sitzungen und die Beschlussfassung der Einigungsstelle**. Sowohl eine Zuschaltung einzelner teilnahmeberechtigter Personen als auch die Durchführung ausschließlich per

¹ LAG Bln.-Bbg. v. 24.8.2020 – 12 TaBVGa 1015/20, NZA-RR 2020, 647 Rz. 38 f.; ErfK/Kania, § 129 BetrVG Rz. 2; Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 Rz. 10, 26; aA Däubler/Klebe, NZA 2020, 545 (548). || 2 Klumpp/Holler, BB 2020, 1268 (1270). || 3 BT-Drs. 20/188, 50. || 4 Klumpp/Holler, BB 2020, 1268 (1270); BT-Drs. 19/18753, 28; krit. Tangemann, BB 2020, 1974 (1975 ff.); Schulze/Helmrich, ArbRAktuell 2020, 253 (254). || 5 Klumpp/Holler, BB 2020, 1268 (1270). || 6 Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 Rz. 28 f. || 7 LAG Hamm v. 5.1.2020 – 13 TaBVGa 16/20, BeckRS 2020, 31563. || 8 Klumpp/Holler, BB 2020, 1268 (1270). || 9 Richardi/Annuf, § 42 Rz. 32 ff., § 52 Rz. 33, § 71 Rz. 19. || 10 BT-Drs. 20/188, 50. || 11 Raab, FA 2021, 286 (294). || 12 Thüsing/Beden, BB 2019, 372 (374 ff.); Günther/Böglmüller/Mesina, NZA 2020, 77 (79). || 13 So aber Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 Rz. 31; Klumpp/Holler, BB 2020, 1268 (1270 f.). || 14 Vgl. Schulze/Helmrich, ArbRAktuell 2020, 253 (255); Däubler/Klebe, NZA 2020, 545 (548 f.). || 15 BT-Drs. 20/188, 50. || 16 Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 Rz. 13. || 17 Reinartz, NZA-RR 2021, 457 (463). || 18 Vgl. BAG v. 23.8.1984 – 2 AZR 391/83, NZA 1985, 254; Löwisch/Kaiser/Klumpp/Löwisch, § 129 Rz. 22. || 19 Mückl/Wittek, DB 2020, 1289 (1292); Tangemann, BB 2020, 1974, 1978 (1980). || 20 Boenke/Roloff/Haase, VSSAR 2021, 223 (246); aA Tangemann, BB 2020, 1974 (1979 f.). || 21 Mückl/Wittek, DB 2020, 1289 (1293 f.). || 22 Reinartz, NZA-RR 2021, 457 (463).

eine **Infektion durch Dritte**, mit denen der ArbN aufgrund seiner betriebl. Tätigkeit in Berührung kommt. Dies ist vor einer Reihe von Jahren für das Aids-Virus intensiv diskutiert worden¹ und gilt aktuell genauso für das Corona-Virus, wobei aber keine Verpflichtung besteht, sämtliche Infektionsrisiken zu eliminieren². Wenn infolge der Eigenart der Tätigkeit die konkrete Möglichkeit einer Infektion besteht, wie es insb. im medizinischen Bereich der Fall ist, muss der ArbGeb zu geeigneten Gegenmaßnahmen greifen, insb. den ArbN über das bestehende Risiko aufklären. Fehlt es an einer arbeitsbedingten Gefährdung, sind vorbeugende Aktivitäten aber nicht geboten. Vor allem besteht keine Pflicht des ArbGeb zur Reihenuntersuchung von ArbN, um außerbetriebl. Ansteckungen vorzubeugen³.

- 26 Zur **Bekämpfung der Corona-Pandemie** sind seit 2020 zahlreiche spezielle Regelungen zur Konkretisierung der abstrakten arbeitsschutzrechtl. Vorgaben entstanden. Hierzu gehören (neben landesrechtl. Vorschriften) zum einen die **SARS-CoV-2-ArbeitsschutzV**, die auf der Grundlage des Ende 2020 im Hinblick auf epidemische Lagen von nationaler Tragweite iSd. § 5 I IfSG neu eingeführten § 18 III ArbSchG erlassen wurde⁴, wobei sich an eine erste Fassung v. 21.1.2021 in den Folgemonaten drei ÄnderungsV sowie eine Neufassung v. 25.6.2021 anschloss, gefolgt von zwei weiteren ÄnderungsV und einer nochmaligen Neufassung v. 17.3.2022, die allesamt befristet bzw. auflösend bedingt gewesen sind (aktuell bis zum Ablauf des 25.5.2022). Zum anderen ist der schon frühzeitig veröffentlichte – als solcher allerdings nicht rechtsverbindliche – **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard** des BMAS v. 16.4.2020 zu nennen, der durch einen neuen Standard v. 22.2.2021 ersetzt, vor allem aber durch die später erlassenen **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel** der Arbeitsschutzausschüsse beim BMAS v. 20.8.2020 (ihrerseits seither dreimal aktualisiert) überwiegend abgelöst worden ist⁵. Zu den zentralen Vorkehrungen zum Pandemieschutz zählen bspw. die Errichtung physischer Barrieren sowie Regelungen zu Personenabständen, Handhygiene oder Lüftungszyklen⁶. Auch kann den ArbGeb die Pflicht treffen, das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes in Innenräumen anzudordnen, soweit ein Mindestabstand nicht gewahrt werden kann⁷. Dagegen ist die gem. § 28b I IfSG seit dem 24.11.2021 geltende Pflicht des ArbGeb zur 3G-Zugangskontrolle mWv. 20.3.2022 wieder aufgehoben worden. IÜ. kann man aus § 618 keine pauschale Pflicht zur Freistellung von Beschäftigten herleiten⁸.
- 27 **5. Erweiterung der Pflichten gem. Abs. 2.** Sofern der Dienstberechtigte den Dienstpflchtigen in die **häusliche Gemeinschaft** aufgenommen hat, ordnet Abs. 2 zusätzliche Pflichten an. Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist nach ganz hM weit zu verstehen. Danach bedarf es keines engen Zusammenlebens mit dem ArbGeb. Vielmehr genügt das Bestehen einer vom ArbGeb geschaffenen Wohn- und Verpflegungsgemeinschaft mit anderen ArbN⁹. Begründet wird dies mit den seit dem Inkrafttreten des BGB erheblich geänderten wirtschaftl. und sozialen Verhältnissen. Eine solche Erweiterung des Pflichtenkreises auf Gemeinschaftsunterkünfte ist im Erg. zutreffend, methodisch aber besser durch eine analoge Anwendung von Abs. 2 zu bewältigen, die sich auf den Aspekt einer vergleichbaren Organisationsgewalt stützen¹⁰. Die dem ArbGeb auferlegte Schutzpflicht wird im Hinblick auf die Bereitstellung von Unterkünften durch Nr. 4.4 Anhang zur ArbStättV konkretisiert. Die Verpflegung muss gesundheitlich unbedenklich sein¹¹. Auf Essgewohnheiten einzelner ArbN muss nur eingeschränkt Rücksicht genommen werden¹². Soweit es um die Arbeits- und Erholungszeiten geht, muss der ArbGeb in erster Linie den öffentl.-rechtl. Arbeitsschutz einhalten. Darüber hinaus ist insb. auf die religiösen Bedürfnisse des ArbN Rücksicht zu nehmen. So ist etwa der Besuch eines Gottesdienstes zu ermöglichen¹³.
- 28 **IV. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung.** **1. Erfüllungsanspruch.** Wenn der ArbGeb seine Pflichten aus Abs. 1 oder 2 nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt, steht dem ArbN ein Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines arbeitsschutzkonformen Zustandes zu¹⁴. Der Erfüllungsanspruch lässt sich im Grundsatz als Bestandteil des allg. Beschäftigungsanspruchs begreifen¹⁵. Der ArbN hat danach kraft seines Vertrags grds. einen Anspruch auf gefahrlose Beschäftigung. Die Schutzpflicht des Dienstberechtigten greift aber darüber hinaus, indem sie auch in den Fällen besteht, in denen der Dienstpflchtige ohne einen Beschäftigungsanspruch im Rahmen eines Vertragsverhältnisses tatsächlich beschäftigt wird und hierdurch den betriebl. Gefahren ausgesetzt ist¹⁶. Der vertragl. Erfüllungsanspruch wird durch § 104 SGB VII nicht berührt, weil sich diese Norm nur auf Schadensersatzansprüche bezieht¹⁷. In inhaltlicher Hinsicht kommt es darauf an, zu was die in den EinzelArbVerh transformierte öffentl.-rechtl. Arbeitsschutznorm den ArbGeb verpflichtet. Wird dem ArbGeb eine konkrete Maßnahme vorgeschrieben, kann der ArbN grds. deren Erfüllung verlangen. Legt die fragliche Bestimmung dagegen nur ein Schutzziel fest, hat der ArbN lediglich einen Anspruch darauf, dass der ArbGeb sein Ermessen fehlerfrei ausübt

1 Vgl. Haesen, RdA 1988, 158 (159 ff.); Löwisch, DB 1987, 936 (937 ff.); Richardi, NZA 1988, 73 (77 f.). || 2 Beden/Rombey, BB 2020, 2870 (2874); v. Steinau-Steinbrück/Jöris, NZA 2020, 1368 (1370). || 3 Löwisch, DB 1987, 936 (937). || 4 Vgl. BT-Drs. 19/21978, 33. || 5 Hierzu Sagan/Brockfeld, NZA-Beil. 2/2020, 17 ff. || 6 Hierzu näher etwa Beden/Rombey, BB 2020, 2870 (2873); Koenen/Lehnart, BB 2020, 1525 (1526 f.); Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1113). || 7 Vgl. ArbG Siegburg v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20, NZA-RR 2021, 129. || 8 Adjan/Lettmeier, NZA 2021, 161 (163); tendenziell aA Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137 (1138). || 9 BAG v. 8.6.1955 – 2 AZR 200/54, BB 1956, 692; Erman/Riesenhuber, § 618 Rz. 29. || 10 Staudinger/Oetker, § 618 Rz. 237 ff. || 11 Soergel/Kraft, § 618 Rz. 19; ErfK/Roloff, § 618 BGB Rz. 14. || 12 Ähnlich Staudinger/Oetker, § 618 Rz. 246; Erman/Riesenhuber, § 618 Rz. 29. || 13 Staudinger/Oetker, § 618 Rz. 247; Erman/Riesenhuber, § 618 Rz. 29. || 14 BAG v. 17.2.1998 – 9 AZR 84/97, NZA 1998, 1231; ErfK/Roloff, § 618 BGB Rz. 15; Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 723 (744 f.); so nunmehr auch Zöllner/Loritz/Hergenröder, ArbR, § 32 Rz. 7 (anders die Vorauff.). || 15 MüKoBGB/Hessler, § 618 Rz. 87; Staudinger/Oetker, § 618 Rz. 251. || 16 Soergel/Kraft, § 618 Rz. 21; MüKoBGB/Hessler, § 618 Rz. 87. || 17 BGH v. 13.3.1984 – VI ZR 204/82, NJW 1985, 2133 (2134); ArbR-BGB/Friedrich, § 618 Rz. 198.

§ 22 Berichtszeitraum und Veröffentlichung

- (1) Arbeitgeber nach § 21 Absatz 1, die tarifgebunden nach § 5 Absatz 4 sind oder die tarifanwendend nach § 5 Absatz 5 sind und die gemäß § 13 Absatz 5 erklärt haben, tarifliche Regelungen zum Entgelt nach § 5 Absatz 5 anzuwenden, erstellen den Bericht alle fünf Jahre. Der Berichtszeitraum umfasst die vergangenen fünf Jahre.
- (2) Alle anderen Arbeitgeber nach § 21 Absatz 1 erstellen den Bericht alle drei Jahre. Der Berichtszeitraum umfasst die vergangenen drei Jahre.
- (3) Die Angaben nach § 21 Absatz 2 beziehen sich nur auf das jeweils letzte Kalenderjahr im Berichtszeitraum. Ab dem zweiten Bericht sind für die genannten Angaben die Veränderungen im Vergleich zum letzten Bericht anzugeben.
- (4) Der Bericht nach § 21 ist dem nächsten Lagebericht nach § 289 des Handelsgesetzbuches, der dem jeweiligen Berichtszeitraum folgt, als Anlage beizufügen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen [ab 1.8.2022: im Unternehmensregister offenzulegen].

Berichtszeiträume für Berichte nach § 21 I. Tarifgebundene und tarifanwendende ArbGeb sowie diejenigen ArbGeb, die nach § 13 V erklärt haben, tarifl. Regelungen zum Entgelt nach § 5 V anzuwenden (**Abs. 1**), haben die Berichte nach § 21 I alle fünf Jahre zu erstellen. Zu berichten ist jeweils über die vergangenen **fünf Jahre**. Den gleichen Berichtspflichten unterliegen ArbGeb, die nur teilweise tarifgebunden oder tarifanwendend sind, s. § 5 Rz. 6. Alle anderen nach diesem Gesetz verpflichteten ArbGeb, die nicht tarifgebunden iSv. § 5 IV und nicht tarifanwendend iSv. § 5 V sind, haben den Bericht alle drei Jahre für einen Berichtszeitraum von **drei Jahren** zu erstellen (**Abs. 2**). Beide ArbGeb hatten den **ersten Bericht im Jahr 2018** zu erstellen (§ 25 II), der den Berichtszeitraum des Jahres 2016 umfasste (§ 25 III). 1

Berichtszeiträume für Berichte nach § 21 III. Die statistischen Angaben nach § 21 II Nr. 1 und Nr. 2 sind jeweils nur für das **letzte Kalenderjahr** im Berichtszeitraum nach Abs. 1 bzw. Abs. 2 in den Bericht aufzunehmen. Dies betrifft für den ersten Bericht gem. § 25 III das Jahr 2016. In den Folgeberichten ist sodann ein Vergleich vorzunehmen zu den statistischen Daten nach § 21 II Nr. 1 und Nr. 2 im ersten Bericht. Hiermit soll eine Entwicklung erkennbar werden. 2

Veröffentlichung, Abs. 4. Nach dem HGB lageberichtspflichtige ArbGeb haben den Bericht nach § 21 im nächsten Lagebericht nach § 289 HGB, der dem jeweiligen Berichtszeitraum folgt, als Anlage beizufügen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. **Ab dem 1.8.2022** ist er im Unternehmensregister offenzulegen¹, und zwar gem. § 25 IV für das nach dem 31.12.2021 beginnende Geschäftsjahr. Hierdurch wird internen und externen Akteuren die Möglichkeit gegeben, die Entwicklung des Unternehmens in den Bereichen der Gleichstellung und der Entgeltgleichheit nachzuverfolgen² und der Erziehungscharakter des Gesetzes gestärkt. 3



Abschnitt 5 Evaluation, Aufgabe der Gleichstellungsbeauftragten, Übergangsbestimmungen (§§ 23–25)

§ 23 Evaluation und Berichterstattung

- (1) Die Bundesregierung evaluiert nach Inkrafttreten dieses Gesetzes laufend die Wirksamkeit dieses Gesetzes und informiert alle vier Jahre, erstmals zwei Jahre nach Inkrafttreten, über die Ergebnisse. Die Evaluation hat die Umsetzung des Gebots des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit in allen Betriebs- und Unternehmensformen und -größen darzustellen, die unter den Anwendungsbereich des Abschnittes 2 dieses Gesetzes unterfallen.
- (2) Über die Entwicklung des Gebots des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit in Betrieben mit in der Regel weniger als 200 Beschäftigten berichtet die Bundesregierung alle vier Jahre, erstmals zwei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes.
- (3) Die Bundesregierung hat in die Evaluation nach Absatz 1 und in die Berichterstattung nach Absatz 2 die Stellungnahme der Sozialpartner miteinzubeziehen.

Evaluierung und Ergebnisbericht. Die Bundesregierung hat im Mai 2018 ein Konsortium aus *Kienbaum, Flick, Gocke, Schaumburg* und UZBONN mit der Evaluation beauftragt. Das Gutachten ist Teil des Berichts der BReg, zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern, der unter www.bmfsfj.de abrufbar ist. Die Studie kommt im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass der Auskunftsaufruf seit Inkrafttreten des Gesetzes sehr zurückhaltend geltend gemacht wird. Die Unternehmen haben nicht erst seit Inkrafttreten des Gesetzes ihre Entgeltstrukturen überprüft. Die Studie empfiehlt Klarstellungen des Gesetzes, zB zur gleichen und gleichwertigen Arbeit (§ 4), zu den Kontrollrechten des BR, zu den Folgen und zur Beweis-

¹ Art. 25 Nr. 1 DiRUG v. 5.7.2021, BGBl. I S. 3338. || 2 BT-Drs. 18/11133, 74.

IV. Mindestlohdokumentationspflichtenverordnung (MiLoDokV). **1. Verordnungsinhalt.** Das BMAS hat mit der MiLoDokV gewisse Verfahrensvereinfachungen umgesetzt. Grundlage ist die VO-Ermächtigung des § 16 III. Mit der MiLoDokV sollen die Melde- und Dokumentationspflichten für „**Besserverdiener**“ eingeschränkt werden. Nach der ursprünglichen Fassung des § 1 S. 1 MiLoDokV galten die Pflichten nach § 16 und die Pflicht nach § 17 nicht für ArbN, deren **verstetigtes regelmäßiges Monatsentgelt 2.958 Euro brutto überschreitet** und für die der ArbGeb seine nach § 16 II ArbZG bestehenden Verpflichtungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit und zur Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen tatsächlich erfüllt. Diese Lohnschwelle wurde vom BMAS durch VO¹ v. 29.7.2015 zum 1.8.2015 auf **2.000 Euro brutto abgesenkt**, wenn der ArbGeb dieses Monatsentgelt für die letzten vollen zwölf Monate nachweislich gezahlt hat. Den ArbGeb trifft jedoch die Pflicht, stets sämtliche Unterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten, aus denen sich die Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen ergibt, § 1 III MiLoDokV. Mit der von der Ampel-Koalition geplanten gesetzl. **Erhöhung des Mindestlohns auf 12 Euro zum 1.10.2022** sollen gleichzeitig die **Schwellenwerte** der MiLoDokV von 2.958 Euro auf 4.176 Euro bzw. von 2.000 Euro auf 2.784 Euro angehoben werden².

2. Inkrafttreten. Die MiLoDokV ist zum 1.8.2015 in Kraft getreten.

7

V. Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV). **1. Verordnungsinhalt.** Wie in § 16 V vorgesehen sollen mit der MiLoMeldV die gesetzl. Meldepflichten nach dem MiLoG, dem AEntG und dem AÜG an die unterschiedlichen Erfordernisse in den betroffenen Branchen angepasst und insg. vereinfacht werden. Zur Vereinfachung sollen die im Ausland ansässigen ArbGeb vorformulierte Vordrucke verwenden, § 1 MiLoMeldV. Eine Pflicht hierzu besteht nicht. In Fällen von **Nacht- und Schichtarbeit**, bei Beschäftigungen mit **wechselnden Beschäftigungsorten am selben Tag** oder bei **ausschließlich mobilen Tätigkeiten** ist lediglich eine **Einsatzplanung** vorzulegen, § 2 I MiLoMeldV. Zu den ausschließlich mobilen Tätigkeiten gehören insb. die Zustellung von Briefen, Paketen und Druckerzeugnissen, der Abfallsammlung, der Straßenreinigung, dem Winterdienst, dem Gütertransport und der Personenbeförderung. Das Erbringen ambulanter Pflegeleistungen wird einer ausschließlich mobilen Tätigkeit gleichgestellt, da eine Prüfung aufgrund des häufig wechselnden Einsatzortes kaum möglich ist. Die Einsatzplanung kann einen Zeitraum von drei bzw. sechs Monaten erfassen. In § 2 II MiLoMeldV wird die vorzulegende Einsatzplanung dahingehend konkretisiert, welche Daten in welchem zeitl. Rahmen gemeldet werden müssen. Nach § 3 I MiLoMeldV ist eine sog. Änderungsmeldung (also eine Abweichung von der eingereichten Planung) bei Nacht- und Schichtarbeit sowie wechselnden Beschäftigungsorten am selben Tag nur in den Fällen notwendig, in denen sich der Einsatz am gemeldeten Ort um mindestens acht Stunden verschiebt. Bei mobilen Tätigkeiten muss gar keine Änderungsmeldung erfolgen (§ 3 II MiLoMeldV).

8

2. Inkrafttreten. Die MiLoMeldV ist am 1.1.2015 in Kraft getreten.

9

10

§ 17 Erstellen und Bereithalten von Dokumenten

(1) Ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 8 Absatz 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch oder in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen beschäftigt, ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren. Satz 1 gilt entsprechend für einen Entleiher, dem ein Verleiher eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer oder mehrere Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einem der in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftszweige überlässt. Satz 1 gilt nicht für Beschäftigungsverhältnisse nach § 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch.

(2) Arbeitgeber im Sinne des Absatzes 1 haben die für die Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen nach § 20 in Verbindung mit § 2 erforderlichen Unterlagen im Inland in deutscher Sprache für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Geltungsbereich dieses Gesetzes, mindestens für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, bereitzuhalten. Auf Verlangen der Prüfbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten.

(3) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtungen des Arbeitgebers oder eines Entleiher nach § 16 und den Absätzen 1 und 2 hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder den Wirtschaftszweigen einschränken oder erweitern.

(4) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers, die tägliche Arbeitszeit bei ihm beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen aufzubewahren, vereinfacht oder abgewandelt werden kann, sofern Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen oder Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges dies erfordern.

¹ BAnz AT v. 31.7.2015 V1. ||² RegE eines Gesetzes zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung, v. 23.2.2022, S. 4, 28.

Die Meldepflicht wurde durch den mWz. 1.1.2009 eingefügten S. 6 verschärft. Nunmehr finden §§ 309 und 310, die nach ihrem Wortlaut nur für Zeiten der Arbeitslosigkeit gelten, auch für die Dauer der Pflicht zur Arbeitssuchendmeldung und damit auch für Nichtleistungsbezieher Anwendung. Nach § 159 I 2 Nr. 9 führen solche Verstöße unter der Voraussetzung einer vorherigen Belehrung durch die AA zu Sperrzeiten von je einer Woche (§ 159 VI). Die Meldepflichten der §§ 309, 310 gelten damit bereits für die Zeit vor dem spätesten Meldetermin nach § 38 I, wenn der Arbeitsuchende sich früher meldet¹. Soweit der 2. Senat des BSG dies im Zusammenhang mit dem Eintritt von Unfallversicherungsschutz nach § 2 I Nr. 14 Buchst. a SGB VII festgestellt hat, ist dem zu folgen. Wenn ferner ausgeführt wird, dass der Wortlaut des § 2 I Nr. 14 Buchst. a SGB VII gerade nicht erfordere, dass die dort genannten Meldeobligationen „sanktionsbewehrt“ seien, erscheint die Frage einer möglichen Sanktion bei Nichtbefolgung von Meldeaufforderungen gem. § 309 oder § 310 vor dem spätesten Meldetermin nach Abs. 1 weiterhin offen. Die Vermittlung darf wegen eines Meldeversäumnisses nicht eingestellt werden (s. zu dieser Möglichkeit § 38 IV 2). Der Gesetzgeber wollte mit S. 6 die Verbindlichkeit im Vermittlungsprozess für Nichtleistungsbezieher erhöhen². Diese Meldepflicht gilt auch für Ausbildungsuchende, auch wenn sie im Rahmen eines betriebl. Ausbildungsverhältnisses grds. von der Meldepflicht ausgenommen sind (Abs. 1 S. 5).

§ 95 Anspruch

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben **Anspruch auf Kurzarbeitergeld**, wenn

1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,
2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,
3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und
4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Betrieben nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 haben in der Schlechtwetterzeit Anspruch auf Kurzarbeitergeld in Form des Saison-Kurzarbeitergeldes.

Die Zahlung von Kug durch die AA dient seit jeher dem Zweck³, **Arbeitsplätze trotz wirtschaftl. bedingten Arbeitsausfalls in den Betrieben zu erhalten**. Obwohl in den durch das SGB III neu gefassten Vorschriften zum Kug⁴ das Ziel des Arbeitsplatzerhalts ggü. dem früheren § 63 AFG weniger deutlich zum Ausdruck kommt (nach § 96 muss es sich um einen „vorübergehenden“ Arbeitsausfall handeln, s. § 96 Rz. 2), scheidet die Gewährung von Kug an gekündigte ArbN grds. aus (§ 98 I Nr. 1 und 2). Mit dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt wurde das ehemals in § 175 aF geregelte Struktur-Kug als eine der flankierenden Transferleistungen für betriebl. Umstrukturierungsprozesse in § 111 durch das Transfer-Kug neben den Transfermaßnahmen in § 110 (ehemals Zuschüsse zu Sozialplänen) ersetzt (s. § 111a Rz. 1). Seit dem 1.2.2009 hatte der Gesetzgeber⁵ mit einer Übergangsvorschrift in § 419 die Inanspruchnahme von Kurzarbeit durch ArbGeb um einige Modalitäten erleichtert (s. im Einzelnen § 96 Rz. 3, 9; § 104 Rz. 1; § 106 Rz. 3). Diese Regelungen sind zum 31.12.2011 aufgehoben worden. Mit dem **Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld**⁶ wurde durch eine Ermächtigung zum Erlass einer RechtsVO durch die BReg. ohne Zustimmung des BR eine zunächst bis 31.12.2021 befristete Regelung zur Herabsetzung der Voraussetzungen für den Zugang zum Kug mit einem erweiterten Leistungsrahmen (Erstattung von bis zu 100 % der SozV-Beiträge ohne Erfordernis der Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen) geschaffen (s. im Einzelnen § 96 Rz. 3, 9; § 106 Rz. 3). Die **Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (KugVO)** v. 25.3.2020⁷ setzte diese Ermächtigung rückwirkend zum 1.3.2020 um; letztmalig wurde die Verlängerung dieser Regelungen **bis 30.6.2022** durch eine weitere Rechts-VO wegen der sog. Vierten Welle der Corona-Pandemie im November 2021 beschlossen, die Erstattung allerdings begrenzt auf 50 % der SozV-Beiträge.⁸ Gleichlaufend wurde der Kreis der Bezugsberechtigten auf LeihArbN ausgedehnt (s. § 98 Rz. 1a). Mit dem sog. **Sozialschutz-Paket**⁹ wurde im Zuge der Eindämmung der wirtschaftl. Folgen der Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des **Coronavirus Sars-CoV-2** zunächst für den Zeitraum v. 1.4.2020 – 31.10.2020, eine erleichterte Hinzuerwerbsmöglichkeit im Zeitraum des Kug-Bezugs geschaffen, um einen zusätzlichen Anreiz für Tätigkeiten in „**systemrelevanten Branchen und Berufen**“ zu setzen. Diese wurde später auf alle Hinzuerwerbsmöglichkeiten im Umfang einer geringfügigen Beschäftigung ausgedehnt (vgl. § 106 Rz. 2a). Alle Erleichterungen mit Ausnahme der Bezugsberechtigung für LeihArbN wurden **nochmals verlängert bis zum 30.6.2022**.¹⁰

1

Das Gesetz zur Beschäftigungssicherung während der Covid-19-Pandemie¹¹ verlängerte die im Sozialschutzz-Paket II¹² zunächst im Zeitraum v. 1.5.–31.12.2020 beschlossene Erhöhung des Kug ab dem 4. Bezugsmonat auf 70/77 % des Nettoentgeltausfalls und auf 80/87 % des Nettoentgeltausfalls ab dem 7. Monat **bis zum 31.12.2021 und nunmehr durch ein weiteres VerlängerungsG**¹³ **bis 30.6.2022** für alle Beschäftigten. Zuvor war bereits mit der 2. VO über die **Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld** v. 22.10.2020¹⁴ für Betriebe, die Kurzarbeit bis zum

1a

¹ So BSG v. 19.6.2018 – B 2 U 1/17 R, NZS 2018, 835. || 2 BT-Drs. 16/10810, 51. || 3 Ausf. zu Funktion und Wirkung von Kurzarbeit Gagel/Bieback, Vor § 95 Rz. 4 ff. || 4 Zu den Neuerungen Hammer/Weiland, BB 1997, 2582; Nimscholz, AuA 1998, 10. || 5 G zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität v. 2.3.2009, BGBl. I S. 416. || 6 G v. 13.3.2020, BGBl. I S. 493. || 7 BGBl. I S. 595. || 8 Verordnung über die Bezugsdauer und Verlängerung der Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung – KugverlV) v. 30.11.2021, BGBl. I S. 5042. || 9 G v. 27.3.2020, BGBl. I S. 575. || 10 G v. 23.3.2022, BGBl. I S. 482. || 11 BeschäftigungssicherungsG v. 3.12.2020, BGBl. I S. 2691. || 12 G v. 20.5.2020, BGBl. I S. 1055. || 13 G v. 23.3.2022, BGBl. I S. 482. || 14 BGBl. I S. 2195.

31.12.2020 eingeführt haben, auf eine Höchstbezugsdauer von **24 Monaten**, längstens aber bis zum 31.12.2021 verlängert worden; die verlängerte Bezugsdauer galt über diesen Zeitpunkt hinaus zunächst noch weiter für Beschäftigte, deren Kug-Anspruch bis 31.3.2021 entstanden ist, bis **einschließlich 31.3.2022**¹. Eine erneute Verlängerung der Bezugsdauer auf bis zu 28 Monate (längstens bis zum 30.6.2022) gilt für Beschäftigte, deren Kug-Anspruch bis 30.6.2021 entstanden ist (§ 421c III)². Auch bleibt eine erneute Verlängerung der Befristung und Bezugsdauer durch VO der BReg. möglich³.

- 2 Mit dem Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung⁴ sollten **Förderungen von Weiterbildungsmaßnahmen** mit den Vorschriften zum Kug verzahnt werden. Mit der neu eingeführten Vorschrift in § 106a sollen Betriebe die infolge des Strukturwandels entstehenden Arbeitsausfälle verstärkt während des Bezugs von Kug für Weiterqualifizierungsmaßnahmen der ArbN nutzen, um die erforderlichen Anpassungen einer digitalisierten Wirtschafts- und Arbeitswelt mit ausgebildeten Fachkräften und die zu erwartenden Substitutionspotenziale der Digitalisierung am Arbeitsmarkt mit den eigenen Beschäftigten zu vollziehen⁵. So sah bereits § 111a eine Übernahme von Lehrgangskosten für Weiterbildungsmaßnahmen und Erstattung eines Teils der SozV-Beiträge vor. Diese Förderung wurde durch das BeschäftigungssicherungsG nochmals erweitert und von den allg. Vorschriften der Förderung betriebl. Weiterbildung (§§ 81 ff.) entkoppelt (Einzelheiten § 106a Rz. 1 und § 111a Rz. 20a).
- 3 Die Zahlung des Kug setzt eine **wirksame Anordnung von Kurzarbeit** (= vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit mit entsprechendem Entgeltausfall) voraus, die nicht dem Direktionsrecht des ArbGeb unterliegt. Bei unwirksamer Anordnung besteht der Lohnanspruch nach § 615 BGB fort und es entsteht kein Lohnausfall und damit kein Bedürfnis für eine versicherungsmäßige Absicherung. Damit setzt das Kug eine arbeitsrechtl. Regelung der Verteilung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos voraus und knüpft an diese an; ersetzt sie aber nicht⁶. Arbeitsvertragl. Grundlagen für die Anordnung/Einführung von Kurzarbeit können der Arbeitsvertrag, eine Zustimmung des ArbN, aber auch kollektivrechtl. Regelungen wie TV⁷ oder BV⁸ sein. Bei den massiven infektionsschutzrechtl. Maßnahmen während der Corona-Pandemie sind auch fristlose Änderungskündigungen zur Einführung von Kurzarbeit möglich⁹. Das BAG¹⁰ hat in einer großen öffentlichen Beachtung findenden Entscheidung für **pandemiebedingte Betriebsschließungen** in Betrieben ohne spezifisches Ansteckungsrisiko einen Arbeitsentgeltanspruch nach § 615 BGB ausgeschlossen, weil sich hier kein bestimmtes, den Betrieb als solchen treffendes Risiko verwirkliche, sondern eine auf staatlichem Eingriff beruhende allgemeine Gefahrenlage.
- 4 Die Einführung der Kurzarbeit unterliegt in mitbestimmten Betrieben der zwingenden **Mitbest. des BR** nach § 87 I Nr. 3 BetrVG (s. im Einzelnen § 87 BetrVG Rz. 83 ff.). Nicht zuletzt der Absicherung seiner Beteiligungsrechte dient die Beifügung einer Stellungnahme des BR bei Erstattung der Anzeige des Arbeitsausfalls durch den ArbGeb. Missachtet der ArbGeb das MitbestR des BR, besteht trotz individualrechtl. oder kollektivrechtl. Ermächtigung zur Einführung von Kurzarbeit ein Lohnanspruch nach § 615 BGB¹¹ (mit der Folge, dass der für das Kug vorausgesetzte Entgeltausfall – § 96 I Nr. 4 – nicht entsteht). Ist der ArbN vom Kug-Bezug ausgeschlossen, besteht sein Vergütungsanspruch in aller Regel fort¹².
- 5 Bei wirksamer Anordnung von Kurzarbeit hat der ArbN Anspruch auf ein **seiner Arbeitsleistung entsprechendes Arbeitsentgelt** sowie einen **arbeitsrechtl. Lohnanspruch in Höhe des Kug aus § 615 BGB**, der aber in der kollektiven oder einzelvertragl. Vereinbarung ausgeschlossen werden kann¹³. Entsprechend verringert sich der Anspruch auf das fortzuzahlende Arbeitsentgelt im Krankheitsfall (§ 4 III EFZG). Für den Anspruch auf Kug enthält § 98 II insoweit eine Klarstellung, dass Kug weiter zu gewähren ist. Ansprüche auf Urlaubsentgelt (§ 11 I 3 BurG) und Feiertagsvergütung (§ 2 II EFZG) bleiben unberührt, die Feiertagsvergütung während einer Kurzarbeitsperiode soll aber nach Auffassung des BAG auf die Höhe des in dieser Zeit bezogenen Kug begrenzt sein¹⁴ (vgl. iÜ § 106 II und § 106 Rz. 2). Die rechtl. Grundlagen für eine Gratifikationszahlung können die Kürzung für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit vorsehen; dies kann auch die Auslegung der jeweiligen Klausel ergeben¹⁵. Urlaub darf für Tage, in denen wegen der Kurzarbeit keine Arbeitspflicht bestand, anteilig gekürzt werden¹⁶.
- 6 Da das Kug der Höhe nach nur dem Alg entspricht (§ 105), seien zahlreiche TV und auch BV **Zuschüsse zum Kug** vor. Solche Zuschüsse sind zwar grds. als Bestand des Arbeitsentgelts steuer¹⁷- und sozialversicherungs-

¹ KugverIV v. 30.11.2021, BGBl. I S. 5042. || 2 G v. 23.3.2022, BGBl. I S. 482. || 3 Bis zum 30.9.2022 befristete Ermächtigung nach § 421c V, G v. 23.3.2022, BGBl. I S. 482. || 4 V. 20.5.2020, BGBl. I S. 1044. || 5 Vgl. die Amtl. Begr. des RegE zum G zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung, BT-Drs. 19/17740, 23 ff. || 6 So aber Eichenhofer, Rda 1981, 208 ff.; Ehmann, NJW 1987, 401 (404); aA Richardi, NJW 1987, 1231 (1232 f.) und BSG v. 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R, NZS 2101, 292; vgl. auch Boecken, Rda 2000, 7 (13) in seiner Auseinandersetzung mit Heinze (Rda 1998, 14). || 7 Auch mit Wirkung ggü. nicht tarifgebundenen ArbN, vgl. Wiedemann/Thüsing, § 1 TVG Rz. 369 mwN; s.a. § 1 TVG Rz. 124. || 8 Str. wie hier BAG v. 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607; Gagel/Bieback, § 95 Rz. 152 ff.; Erfk/Kania, § 87 BetrVG Rz. 35; aA Boecken, Rda 2000, 7 (11); Waltermann, NZA 1993, 679 (681). || 9 ArbG Stuttgart v. 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20, COVuR 2021, 59; ausf. Bauer/Günther, NZA 2020, 419 ff. || 10 BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, NJW 2022, 560. || 11 BAG v. 10.7.1969 – 5 AZR 323/68, NJW 1969, 1734; v. 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67. || 12 BAG v. 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67; v. 22.4.2009 – 5 AZR 310/08, BAGE 130, 331 Rz. 18. || 13 BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 310/08, NZA 2009, 913. || 14 BAG v. 5.7.1997 – 3 AZR 173/78, AP Nr. 33 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG. || 15 Vgl. BAG v. 10.5.1995 – 10 AZR 650/94, EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 128. || 16 LAG Düsseldorf v. 12.3.2021 – 6 Sa 824/20, DB 2021, 1142; ebenso schon EuGH v. 8.11.2012 – C-229/11 und C-230/11, NZA 2012, 1273 (für Transfer-Kug). || 17 BFH v. 12.3.2019 – IX R 44/17, DB 2019, 1367.

merinnen und Arbeitnehmer. Sie beginnt mit dem ersten Kalendermonat, für den in einem Betrieb Kurzarbeitergeld vom Arbeitgeber gezahlt wird.

(2) Wird innerhalb der Bezugsdauer für einen zusammenhängenden Zeitraum von mindestens einem Monat kein Kurzarbeitergeld gezahlt, verlängert sich die Bezugsdauer um diesen Zeitraum.

(3) Sind seit dem letzten Kalendermonat, für den Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, drei Monate vergangen und liegen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld erneut vor, beginnt eine neue Bezugsdauer.

(4) Saison-Kurzarbeitergeld wird abweichend von den Absätzen 1 bis 3 für die Dauer des Arbeitsausfalls während der Schlechtwetterzeit von der Agentur für Arbeit geleistet. Zeiten des Bezugs von Saison-Kurzarbeitergeld werden nicht auf die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld angerechnet. Sie gelten nicht als Zeiten der Unterbrechung im Sinne des Absatzes 3.

- 1 Die **Regelbezugsfrist** betrug bis Ende 2015 sechs Monate. Seit 1.1.2016 ist die gesetzl. Regelbezugsdauer auf zwölf Monate angehoben worden¹. Damit folgte der Gesetzgeber einer Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales, der dazu ausgeführt hat, dass in den vergangenen 35 Jahren die gesetzl. Regelbezugszeit von sechs Monaten nahezu durchgehend verlängert worden sei und diese Praxis mit der Verlängerung auf eine Regelbezugshöchstdauer auf zwölf Monate nachvollzogen werde (s.a. Rz. 2)². Der Grundsatz der einheitlichen Gewährung an alle ArbN kann bei unterschiedlichen Arbeitsausfällen in verschiedenen Betriebsabteilungen durchbrochen sein³. Unterbrechungen von einem bis unter drei Monaten verlängern die Bezugsfrist entsprechend, und ab einer Unterbrechung von drei Monaten läuft eine neue Bezugsfrist (Abs. 1 und 2).
- 2 Die Regelbezugsfrist (früher – schon vor Einführung des SGB III – 6 Monaten) kann **durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales verlängert** werden, § 109 I. Hierzu war seit 1975 fast ununterbrochen Gebrauch gemacht worden. Seit dem 1.1.2016 gilt (s. Rz. 1) eine **Regelbezugsdauer von zwölf Monaten**. Entsprechend ist die Verlängerungsmöglichkeit durch Rechtsverordnung in § 109 I dahingehend präzisiert worden, dass eine Verlängerung der Regelbezugsdauer auf bis zu 24 Monate durch Rechtsverordnung dann möglich ist, wenn außergewöhnliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt vorliegen⁴. Infolge der gravierenden Auswirkungen der Corona-Pandemie für die Wirtschaft in Deutschland ist mit mehreren VOen über die **Bezugsdauer** für das Kurzarbeitergeld⁵ auf eine Höchstbezugsdauer von **24 Monaten** verlängert worden, **zuletzt durch ein neues VerlängerungsG für Betriebe, die Kurzarbeit bis zum 30.6.2021 eingeführt haben, auf 28 Monate, längstens aber bis zum 30.6.2022**. Eine weitere Verlängerung durch VO ist nach § 421c V bis 30.9.2022 noch möglich⁶.
- 3 Die Bezugsfristen beginnen nach **Unterbrechungen** von mindestens drei Kalendermonaten neu zu laufen (Abs. 3). Unterbrechungen von mindestens einem Kalendermonat rechnen nicht in die Bezugsfrist ein (Abs. 2). Die Regelungen zur Höchstbezugsdauer in Abs. 4 aF trifft Sonderregelungen zur Dauer des Saison-Kug nach § 101 (hier nicht kommentiert).

§ 105 Höhe

Das Kurzarbeitergeld beträgt

1. für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, 67 Prozent,
2. für die übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer 60 Prozent der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum.

- 1 Siehe die Kommentierung in § 106 Rz. 1 ff.

§ 106 Nettoentgeltdifferenz

(1) Die Nettoentgeltdifferenz entspricht der Differenz zwischen

1. dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt und
2. dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt.

Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall in dem Anspruchszeitraum erzielt hätte, vermindert um Entgelt für Mehrarbeit. Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile. Arbeitsentgelt, das einmalig gezahlt wird, bleibt bei der Berechnung von Soll-Entgelt und Ist-Entgelt außer Betracht. Soll-Entgelt und Ist-Entgelt sind auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag zu runden. § 153 über die Berechnung des Leistungsentgelts beim Arbeitslosengeld gilt mit Ausnahme der Regelungen über den Zeitpunkt der Zuordnung der Lohnsteuerklassen und den Steuerklassenwechsel für die Berechnung der pauschalierten Nettoentgelte beim Kurzarbeiter-

¹ Vgl. Art. 2 Nr. 1a SGB XII – ÄndG v. 21.12.2015, BGBl. I S. 2557. || 2 BT-Drs. 18/6674, 13. || 3 Brand/Kiell, § 104 Rz. 4. || 4 Vgl. Art. 2 Nr. 1b SGB XII – ÄndG v. 21.12.2015, BGBl. I S. 2557. || 5 V. 22.10.2020, BGBl. I S. 2165. || 6 G v. 23.3.2022, BGBl. I S. 482.

wurde oder der Insolvenzverwalter auf die Anfechtung verzichtet. Die Gerichte hatten die Weigerung der Erstattung zuvor für rechtswidrig erklärt¹.

§ 106a Erstattungen bei beruflicher Weiterbildung während Kurzarbeit

(1) Dem Arbeitgeber werden von der Agentur für Arbeit auf Antrag für den jeweiligen Kalendermonat 50 Prozent der von ihm allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung in pauschalierter Form für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erstattet, wenn diese

1. vor dem 31.7.2023 Kurzarbeitergeld beziehen und
2. an einer während der Kurzarbeit begonnenen beruflichen Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen, die
 - a) insgesamt mehr als 120 Stunden dauert und die Maßnahme und der Träger nach den Vorschriften des Fünften Kapitels zugelassen sind oder
 - b) auf ein nach § 2 Absatz 1 des Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetzes förderfähiges Fortbildungsziel vorbereitet und von einem für die Durchführung dieser Maßnahme nach § 2a des Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetzes geeigneten Träger durchgeführt wird.

Die Erstattung erfolgt für die Zeit, in der die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer jeweils vom vorübergehenden Arbeitsausfall betroffen ist. Für die Pauschalierung wird die Sozialversicherungspauschale nach § 153 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 abzüglich des Beitrages zur Arbeitsförderung zu Grunde gelegt.

(2) Dem Arbeitgeber werden bis zum 31.7.2023 von der Agentur für Arbeit auf Antrag die Lehrgangskosten für Weiterbildungsmaßnahmen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a für Betriebe mit weniger als zehn Beschäftigten zu 100 Prozent, mit zehn bis 249 Beschäftigten zu 50 Prozent, mit 250 und weniger als 2.500 Beschäftigten zu 25 Prozent und für Betriebe mit 2.500 oder mehr Beschäftigten zu 15 Prozent pauschal für die Zeit der Teilnahme der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers an dieser Maßnahme erstattet. Die Anwendung des § 82 ist ausgeschlossen.

(3) Ausgeschlossen von der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nach Absatz 1 und der Erstattung der Lehrgangskosten nach Absatz 2 ist die Teilnahme an Maßnahmen, zu deren Durchführung der Arbeitgeber auf Grund bundes- oder landesrechtlicher Regelungen verpflichtet ist.

Die Vorschrift, eingefügt durch das Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel 1 und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung², flankiert die Förderung von Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezugs von Kug oder TransferKug durch eine Erstreckung der Übernahme von Weiterbildungskosten (vgl. §§ 82, 111a) auf die Erstattung der während des Bezugs von Kug anfallenden SozV-Beiträge. Betriebe sollen bei infolge des Strukturwandels entstehenden Arbeitsausfällen verstärkt durch Nutzung von Kug dessen Bezugszeiten für Weiterqualifizierungsmaßnahmen der ArbN nutzen, um die erforderlichen Anpassungen einer digitalisierten Wirtschafts- und Arbeitswelt mit ausgebildeten Fachkräften zu vollziehen und die zu erwartenden Substitutionspotenziale der Digitalisierung am Arbeitsmarkt mit dem eigenen Beschäftigten zu vollziehen³. In Übereinstimmung mit der Neufassung für die Übernahme der Weiterbildungskosten im Transfer-Kug-Bezug (s. § 111a Rz. 20a) verzichtet der Gesetzgeber auch für die neue Erstattungsregelung für SozV-Beiträge auf eine Beschränkung auf Ältere oder gering Qualifizierte; auch eine zeitliche Übereinstimmung der Qualifizierungsmaßnahme mit dem Kug-Bezug ist nicht vorausgesetzt (vgl. dazu § 111a Rz. 20a).

Mit der Neufassung mwZ. 1.1.2022 durch das Gesetz zur Beschäftigungssicherung während der Covid-19-Pandemie (BeschäftigungssicherungsG)⁴ ist die Förderung – begrenzt auf ArbN, die vor dem 31.7.2023 Kug beziehen⁵ – von den Förderungsvoraussetzungen des § 82 abgekoppelt und durch eigene Voraussetzungen ersetzt worden. Danach erhalten die Betriebe – anteilig gestuft in Abhängigkeit von der Betriebsgröße – für in Kurzarbeit stehende Teilnehmer an Weiterbildungsmaßnahmen 15 % (in Betrieben ab 2500 Beschäftigten) – 100 % (in Betrieben mit weniger als 10 Beschäftigten) der Lehrgangskosten erstattet (§ 106a II). Voraussetzung ist, dass die Dauer der Maßnahme (insgesamt, nicht durchgehend) mehr als 120 Stunden beträgt und nach qualifizierten Anforderungen (nach Maßgabe der Zertifizierungsregelungen in §§ 176 ff.) von einem zugelassenen Träger umgesetzt werden. Die gleichzeitige Erstattung der SozV-Beiträge (zur Hälfte) in Zeiten des Arbeitsausfalls ist nicht mehr daran geknüpft, dass die Qualifizierung mindestens 50 % der Zeit des Arbeitsausfalls betragen muss. Für diese Betriebe hingegen ergänzt sie die ab 1.1.2022 auf 50 % reduzierte Förderung auf der Grundlage der KugverlV bis zuletzt 31.3.2022⁶.

§§ 107–109 (nicht kommentiert)

¹ SG Würzburg v. 16.4.2021 – S 6 KR 223/21 ER, NZI 2021, 646; bestätigt durch LSG München v. 10.5.2021 – L 10 AL 61/21 B ER, ZIP 2021, 1226. ² Sog. Arbeit-von-morgen-Gesetz v. 20.5.2020, BGBl. I S. 1044. ³ Vgl. die Amtl. Begr. des RegE zum G. zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung, BT-Drs. 19/17740, 23 ff., BR-Drs. 130/20 v. 12.3.2020. ⁴ V. 3.12.2020, BGBl. I S. 2691. ⁵ Womit keine Begrenzung für die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge einhergeht, vgl. Gagel/Bieback, § 106a Rz. 16. ⁶ KugverlV v. 30.11.2021, BGBl. I S. 5042. Seit dem 1.4.2022 ist eine Erstattung nur noch auf der Grundlage von § 106a zu 50 % unter der Voraussetzung der gleichzeitigen Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen möglich.