

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 44

Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit

Zur Verlagerung des Lohnrisikos
im Arbeitskampf und Arbeitsfrieden

Von

Horst Ehmann



Duncker & Humblot · Berlin

HORST EHMANN

Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 44

Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit

Zur Verlagerung des Lohnrisikos im
Arbeitskampf und Arbeitsfrieden

Von

Dr. Horst Ehmann

o. Professor an der Universität Trier
Richter am OLG Koblenz



DUNKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 04406 1

Die Menschen aber sind der Meinung, es sei in ihre Macht gegeben, Unrecht zu tun und deshalb sei es auch leicht, gerecht zu sein. Aber so ist das nicht. Die Frau des Nachbarn verführen, den Mitmenschen mißhandeln oder jemand ein Bestechungsgeld in die Hand drücken, das ist freilich leicht und in ihre Macht gegeben. Aber so handeln auf Grund einer ganz bestimmten, festen Grundhaltung, das ist nicht leicht und nicht in ihre Macht gegeben.

(*Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kap. 13)

Vorrede

Der Erste Vorsitzende der Industriegewerkschaft Metall, *Eugen Loderer*, hat auf der sog. wissenschaftlichen Veranstaltung seiner Gewerkschaft am 13. September 1973 in München in seiner Begrüßungsansprache erklärt, die Probleme des Arbeitskampfs müßten aus den Studierstuben und Gerichtssälen heraus in eine Diskussion im größeren Kreis der Hauptbetroffenen überführt werden.

Die rechtspolitische Kampagne, die in den inzwischen vergangenen fünfeinhalb Jahren dieser Ankündigung folgte, ist mit großem Geschick geführt worden und hat in Wissenschaft und Rechtsprechung sichtbare Erfolge gezeitigt; die entscheidenden höchstrichterlichen Urteile des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts zur Ausspernung und zur Betriebsrisikolehre sind allerdings noch nicht gefällt.

In bezug auf die Betriebsrisikolehre sagte der Vorsitzende *Loderer* in seinem Schlußwort damals in München, die Grundsatzforderung der Gewerkschaft könne nicht darauf gerichtet sein, die Bundesanstalt für Arbeit zahlungspflichtig zu machen, deren Beiträge letztlich allein von den Arbeitnehmern aufgebracht würden.

Obwohl die zur Begründung dieser Forderung dienende Behauptung offensichtlich unrichtig ist, wird man einem Gewerkschaftsführer auf einem solchen Kongreß derartige Propagandaworte nachsehen müssen. Wenn jedoch auch Professoren und Richter zu solchem Ergebnis kommen, sind die Methoden ihres Erkenntnisstrebens zumindest kritisch zu prüfen.

Eine Reihe von Autoren und Instanzgerichten sind seit 1973 — sicherlich in guter sozialer Absicht — zu dem Ergebnis gekommen, daß auch außerhalb der Leistungsverbote des § 116 AFG und der Neutralitäts-Anordnung keine Zahlungspflicht der Bundesanstalt für Arbeit entstehe, weil der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet bleibe, so daß die Regelung der §§ 70, 116 AFG praktisch leer laufe.

Das Reichsgericht hat schon im Jahre 1923 „aus sozialen Rücksichten“ den Grundsatz: Ohne Arbeit kein Lohn (§ 323 BGB) durchbrochen und das Betriebsrisiko grundsätzlich dem Arbeitgeber aufgebürdet; damals aber gab es für die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer noch kein Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld, nicht einmal Fürsorgeleistungen des Staates, die soziale Rücksicht war daher wohl begründet.

Heute sind jedoch die Arbeitnehmer auch im Arbeitskampf sozial weitestgehend gesichert; außerhalb der Leistungsverbote der Neutralitäts-Anordnung geht es für sie nur noch um die wenigen Prozentpunkte Differenz zwischen dem steuerfreien Kurzarbeitergeld und dem vollen Nettolohn.

Wenn daher heute aus „sozialen Gründen“ die Verlagerung des arbeitskampfbedingten Lohnrisikos auf den Arbeitgeber gefordert wird, sind diese Prozentpunkte nur noch ein Vorwand zur Kostenverlagerung des Lohnrisikos von der Bundesanstalt für Arbeit auf den Arbeitgeber, damit die Waffe des Schwerpunktstreiks schärfer wirkt.

Friedrich A. von Hayek, Nobelpreisträger und *Grand Old Man* der Liberalen Schule, hat bei seiner Festrede zur 25-Jahr-Feier des Walter-Eucken-Instituts am 8. Februar 1979 in Freiburg den Begriff „sozial“ als ein „weasel-word“ bezeichnet und das dahingehend erläutert: Ein Wiesel könne den Inhalt aus einem Ei so geschickt herausaugen, daß das Ei leer sei, ohne daß man es dem Ei hinterher ansehe. Genau diese Eigenschaften hätten auch die Wiesel-Wörter, die einem anderen Wort beifügt, dem Wiesel gleich, den Inhalt raubten.

Was sozial heißt, sagte *Hayek*, wisse niemand. Klar sei nur, daß eine soziale Marktwirtschaft keine Marktwirtschaft, ein sozialer Rechtsstaat kein Rechtsstaat *und* — wohl auch eine soziale Demokratie keine Demokratie sei.

Der alte liberale Meister hat wohl bewußt etwas über das Ziel hinausgeschossen, um zu warnen, Halt zu gebieten einer Entwicklung, die von einigen sogar in guter sozialer Absicht betrieben, mit bösen sozialen Folgen enden muß. Denn die geschlachtete Kuh gibt keine Milch mehr.

Fraglich ist allerdings, ob es noch einen Sinn hat, mit rechtswissenschaftlichen Argumenten und Methoden gegen derartige „*Bewegungen*“ anzukämpfen. Ist es nicht vernünftiger, dem Zeitgeist Rechnung zu tragen und trotz aller Bedenken den Dingen ihren Lauf zu lassen, vielleicht auf eine Tendenzwende zu hoffen?

Wenn Zweifel solcher Art auftauchen und Resignation sich ausbreiten droht, sucht man Rat und Trost, wo immer man ihn findet. Ich habe Hoffnungsvolles in den Worten des *Vorsitzenden Mao Tse-Tung* gefunden¹:

„Die Geschichte der Menschheit ist eine Geschichte der ununterbrochenen Vorwärtsentwicklung aus dem Reich der Notwendigkeit ins Reich der Freiheit. Dieser Prozeß findet niemals ein Ende. In jeder Gesellschaft, in der es Klassen gibt, hat der Klassenkampf kein Ende. In einer Gesellschaft, in der keine Klassen mehr bestehen, wird der Kampf zwischen dem Neuen und dem Alten, der Kampf zwischen Richtigem und Falschem niemals zu Ende sein ...

Alle Ansichten, in denen Stagnation, Pessimismus, Tatenlosigkeit oder Überheblichkeit und Selbstzufriedenheit zum Ausdruck kommen, sind falsch.“

Also knüpfen wir ein paar Knoten weiter an dem großen Teppich der Rechtswissenschaft und vertrauen darauf, daß die Gerichtsbarkeit das Geflecht der Knoten ernst nehmen wird; denn in unserem Arbeitsrecht gilt heute weitgehend der Satz von *Justice Oliver Wendell Holmes*, daß Rechtswissenschaft nichts anderes ist als eine Prognose, ein Vorschlag allenfalls für die Entscheidungen der Gerichte.

Die Arbeit ist entstanden auf der Grundlage eines Gutachtens, das ich für die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände erstattet habe. Den Grundgedanken zur Wandlung der Normsituation der Betriebsrisikolehre durch die Möglichkeit der Gewährung von Kurzarbeitergeld an mittelbar vom Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer habe ich freilich bereits in meinem Habilitationsvortrag 1973 in Heidelberg dargelegt.

Jener Skizze war freilich noch viel hinzuzufügen, insbesondere war die Parallele zur Regelung des Lohnrisikos im Arbeitsfrieden zu ziehen und die beiden Regelungssysteme gegeneinander abzugrenzen.

Für wertvolle Mitarbeit habe ich zu danken meinen Assistenten Assessor Gerhard Müller, Assessor Hans Peter Viethen, den wissenschaftlichen Hilfskräften Jürgen Olk, Albert Marxen und Ulla Böttger sowie meiner Sekretärin, Frau E. Abarbanell, die mit Sorgfalt das Manuskript geschrieben und es durch alle Veränderungen hindurch unermüdlich betreut hat.

¹ *Mao-Bibel*, S. 238.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	14
§ 1 Einführung	17
I. Fragestellung	17
II. Kurzarbeit und Betriebsrisikolehre	17
III. Mitbestimmungsrecht kraft Begriffsvertauschung	19
IV. Interessenlage im Arbeitskampf und Arbeitsfrieden	20
1. Das Pentagramm der Interessen	20
2. Im Arbeitsfrieden	21
a) Das Interesse des Arbeitgebers	21
b) Das Interesse der Arbeitnehmer	21
c) Das Interesse der Gewerkschaft	22
d) Das Interesse der Arbeitgeberverbände	23
e) Das Interesse des Betriebsrats	23
f) Die öffentlichen Interessen	24
g) Das Regelungssystem zum Ausgleich der Interessen	25
3. Im Arbeitskampf	25
a) Das Interesse des Arbeitgebers	25
b) Das Interesse der Arbeitnehmer	26
c) Das Interesse der Gewerkschaft	27
d) Das Interesse der Arbeitgeberverbände	27
e) Das Interesse des Betriebsrats	28
f) Das öffentliche Interesse	29
g) Das Regelungssystem zum Ausgleich der Interessen	29

§ 2 Kurzarbeit auf Grund Vereinbarung, meist infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten	31
I. Die tatsächlichen Voraussetzungen	31
II. Die rechtsgeschäftliche Änderung der Arbeitsverträge	32
1. Rechtsgrundlagen (Überblick)	32
a) Rechtsgeschäftliche Formen	32
b) Ermächtigung und einseitige Anordnung	33
2. Tarifliche Regelungen	35
3. Ohne tarifliche Regelungen	37
III. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	38
1. Zweck der Mitbestimmungsrechte	38
2. Von § 56 BetrVG 1952 zu 87 Abs. 1 Ziff. 2 u. 3 BetrVG 1972	38
3. Rechtsnatur des Mitbestimmungsrechts	40
a) Notwendige Betriebsvereinbarung, Initiativrecht?	40
b) Nach billigem Ermessen	41
IV. Kurzarbeitergeld	42
V. Abschied vom sog. existenzgefährdenden Betriebsrisiko	44
VI. Zwischenergebnis I	45
 § 3 Betriebsstillegungen — auch sog. „Kurzarbeit“ auf Grund der Betriebsrisikolehre infolge Arbeitskampfs	46
I. Beschreibung der Fallgruppe	46
II. Betriebsrisikolehre — verunsicherte Rechtslage	48
1. Rechtslage bis Ende der 60er Jahre	48
2. Gegenargumente	49
III. Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld	51
1. Arbeitslosengeld	51
2. Kurzarbeitergeld	52
3. Die Leistungsverbote der Neutralitätsanordnung	54

Inhaltsverzeichnis	11
IV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	57
1. Allgemeines	57
2. Der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG	58
a) Inhaltsbestimmung durch Gesetzesauslegung	58
b) Normerschleichung durch Begriffsvertauschung u. a.	62
3. Analogieverbot	67
a) Keine Regelungslücke	67
b) Kein vergleichbarer Tatbestand	68
4. Arbeitsverteilung und Arbeitsstreckung	71
5. § 87 Abs. 1 Eingangssatz: Normenvorbehalt	72
6. Tarifliche Regelungen	73
a) Erweiterung der Mitbestimmungsrechte	73
b) §§ 8, 10 MTV NRW (Eisen und Stahl)	74
c) §§ 6, 8 MTV NRW (Eisen-Metall-Elektro)	78
d) §§ 3, 6 MTV Nordwürtt./Nordbaden	79
e) Beilegung von Streitigkeiten durch tarifliche Einigungsstellen	81
7. Kampfparität, Ruhen des Betriebsratsamtes	82
a) „Arbeitskampfbedingte Kurzarbeit“ (Löwisch)	82
b) Fragen dazu	83
c) Antworten	84
V. Zwischenergebnis II	84
§ 4 Fortentwicklung der Betriebsrisikolehre	85
I. Genesis der Betriebsrisikolehre	85
1. Überwindung der BGB-Dogmatik	85
2. Rücksicht auf die sozialen Verhältnisse	86
3. Kollektivistische statt individualrechtliche Lösung	87
4. Mitherrschaft und Mithaftung	88
5. Von der Betriebsgemeinschaft zur Solidarität der Arbeiterschaft	88
6. Abschluß dieser Entwicklung und Gegenargumente	89
II. Verunsicherte Rechtsprechung	89
1. BAG AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Fliesenleger)	89

2. Arbeitsgericht Kassel, DB 1972, 1121	90
3. BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Leiharbeitnehmer)	90
4. BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Rohrleitungsmon- teure)	91
5. LAG Hamm, DB 1979, 216	95
 III. Tendenz zur Angleichung der Betriebsrisikolehre an die Neutrali- tätsanordnung	96
1. Ein absurdes Ergebnis	96
2. Die individualrechtliche Lösung	98
a) Kleiner Vorteil	98
b) Großer Nachteil: Aussperrung statt Betriebsrisikolehre	98
3. Verschiedene Regelungszwecke	102
 IV. Erneute Wandlung der Normsituation	105
1. Gründe der Risikoverlagerung	105
2. Die sozialen Verhältnisse/Unternehmergewinne	105
3. Unternehmerische Organisationsgewalt und Mitbestimmung	109
4. Sphärentheorie, Kampfparität und Gefahrtragung	111
 V. Zwischenergebnis III	118
 § 5 Mitbestimmte Kurzarbeit statt Betriebsrisikolehre?	119
 I. Totale Abschaffung der Betriebsrisikolehre	119
1. Interessengegensatz	119
2. Regulierungsmethoden	120
3. Unterschiedlicher Verfahrensgang	121
a) Verfahren bei der Betriebsrisikolehre	121
b) Verfahren bei Bindung der Willkür	121
c) Verfahren bei Entbindung vom Mitbestimmungsrecht	122
4. Zwischenergebnis IV	123
 II. Ergänzung der Betriebsrisikolehre	123
1. Über die Betriebsrisikolehre hinaus	124
2. Neben der Betriebsrisikolehre	125

III. Hilfs- und zum Be-weise: Das Prinzip der Kampfparität	125
1. Betriebsrisikolehre + Mitbestimmung = (arbeitskampfbedingte) Kurzarbeit	126
2. Ruhen des Betriebsrats-Amtes im Kampfbetrieb	126
3. Ruhen nach den Grundsätzen der Kampfparität	127
a) Im Ergebnis richtig Löwisch	127
b) ArbG Rheine: Ruhen gemäß Neutralitätsanordnung	128
4. Exkurs zum Prinzip der Kampfparität	128
a) Regelungsauftrag an den Gesetzgeber	128
b) Methode der Konkretisierung	129
IV. Bemerkungen zur richterlichen Rechtsfortbildung	133
1. Allgemeines	133
2. Im Betriebsverfassungsrecht	135
3. Im Gewohnheitsrecht, hier: Betriebsrisikolehre	136
 § 6 Abgrenzung des arbeitskampfbedingten vom sonstigen Lohnrisiko ..	138
I. Das Abgrenzungsproblem	138
1. Das arbeitskampfbedingte Lohnrisiko	138
2. Das sonstige Lohnrisiko	138
3. Verschiedene Risikobereiche	138
II. Causa proxima-Lehre	138
1. Das Prinzip: „Bahia-Blanca“	138
2. Vorratshaltung, Vorlaufproduktion etc.	140
III. Ausländische Arbeitskämpfe	142
IV. Rechtswidrige Arbeitskämpfe	142
 § 7 Zusammenfassung mit Thesen zur Fortentwicklung der Betriebs- risikolehre	144
 Schrifttumsverzeichnis	168
 Entscheidungsverzeichnis	178
 Stichwortverzeichnis	184

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für civilistische Praxis
ANBA	= Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 (RGBl. I S. 45) in der Fassung v. 30. Nov. 1934 (RGBl. I S. 1193)
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte)
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGeb	= Arbeitgeber
ArbN	= Arbeitnehmer
ArbR	= Arbeitsrecht
AR-Blattei	= Arbeitsrechts-Blattei
ARS	= Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
AuR	= Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (aufgehoben, s. jetzt AFG) i. F. v. 3. 4. 1957 (BGBl. I S. 322)
Az	= Aktenzeichen
AZR	= Revisionen beim BAG
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnstArb	= Bundesanstalt für Arbeit
BB	= Der Betriebs-Berater
BetrVG 1952	= Betriebsverfassungsgesetz v. 11. Okt. 1952 (BGBl. I S. 681)
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz v. 15. Jan. 1972 (BGBl. I S. 13)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	= Betriebsrat
BRL	= Betriebsrisikolehre
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts

BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BV	= Beschlußverfahren bei ArbG
BvL	= Normenkontrolle auf Vorlage der Gerichte beim BVerfG
BvR	= Verfassungsbeschwerden beim BVerfG
DB	= Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
ESTG	= Einkommensteuergesetz
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
Ga	= Arreste und einstweilige Verfügungen bei ArbG
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
GMH	= Gewerkschaftliche Monatshefte
HGB	= Handelsgesetzbuch
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
MTV	= Manteltarifvertrag
NAO	= Anordnungen des Verwaltungsrats der Bundesanstalt für Arbeit über die Gewährung von Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen (Neutralitäts-Anordnung) vom 22. März 1973
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RdA	= Recht der Arbeit
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	= Reichsversicherungsordnung
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Südd. Z.	= Süddeutsche Zeitung
Ta	= Allgemeine Beschwerdesachen bei LAG
TaBV	= Beschwerdesachen in Beschlußverfahren bei LAG
TVG	= Tarifvertragsgesetz
Z	= Zusammenfassung
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZR	= Revision in Zivilsachen beim BGH

Ein vollständiges Verzeichnis der Registerzeichen ist abgedruckt bei *Schönfelder*, Deutsche Gesetze (Anhang I); vorstehend sind nur die wichtigsten, insbes. der zitierten unveröffentlichten Entscheidungen der Arbeitsgerichte angeführt. Die Punkte hinter den Kleinbuchstaben der Abkürzungen, die in den Fußnoten gesetzt wurden, sind nicht korrekt, wurden aber wie andere, die im fachlichen Gebrauch gleichfalls nicht üblich sind (z. B. BAnstArb.) zur Vermeidung von Fehlerquellen bewußt nicht korrigiert.

§ 1 Einführung

I. Fragestellung

Die gestellte Ausgangsfrage war, ob dem BR bei der Feststellung der Voraussetzungen der Betriebsrisikolehre (künftig: BRL) und der Geltendmachung der sich daraus ergebenden Rechte (Verweigerung der Beschäftigung, Einstellung der Lohnzahlung) ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG oder entsprechenden tariflichen Regelungen zusteht.

Die Frage ist anlässlich des Arbeitskampfes in der Metallindustrie von Nordwürttemberg/Nordbaden im Frühjahr 1978¹ und des Stahlarbeiterkampfes im Winter 1978/79² praktisch geworden und in einer Reihe von Fällen bei Arbeitsgerichten rechtshängig gemacht und zum Teil auch schon entschieden worden³.

Die Beantwortung der Frage ist jedoch in zureichender Weise nur möglich auf Grund einer Darlegung der verschiedenen *arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen* Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Rechtsinstitute „Kurzarbeit“ und „Betriebsrisikolehre (mit Sphärentheorie)“.

II. Kurzarbeit und Betriebsrisikolehre

Die *Voraussetzungen und Rechtsfolgen* der Rechtsinstitute „Kurzarbeit“ und „Betriebsrisikolehre (mit Sphärentheorie)“ sind verschieden.

Im Ergebnis haben die beiden Institute jedoch eine vergleichbare, teilweise übereinstimmende Wirkung, indem sie dem ArbGeb. das *Lohnrisiko* abnehmen, es quasi für eine logische Sekunde auf den ArbN und dann über die §§ 63 ff. AFG großteils auf die Bundesanstalt für Arbeit (BAnstArb.) verlagern.

Auf Grund der Arbeitsverträge ist der ArbGeb. verpflichtet, den ArbN für die vereinbarte (betriebs- oder tarifübliche) Zeit Arbeit zu

¹ Vgl. z. B. die Berichte in *FAZ* v. 25.3.1978, S. 13; *Südd. Z.* v. 29.3.1978, S. 1.

² Vgl. dazu *FAZ* v. 29.12.1978, S. 11; *Südd. Z.* v. 3.1.1979, S. 17.

³ Veröffentlicht sind z. B. *LAG Frankfurt*, DB 1978, 2496; *LAG Hamm*, DB 1979, 216; *ArbG Köln*, DB 1979, 457; auf einige unveröffentlichte Entscheidungen wird im folgenden Text eingegangen.

geben (Beschäftigungspflicht) und den dafür vereinbarten Lohn zu zahlen. Diese Rechtslage kann grundsätzlich nur durch *rechtsgeschäftliche Vereinbarung* oder *kraft Gesetzes* geändert werden; in der Regel muß der ArbGeb. die Arbeitsverhältnisse kündigen, wenn er sich von der Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht befreien will. ArbGeb. und ArbN können sich jedoch auch durch Einzel- oder Kollektivvereinbarung über eine „Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit“ mit der Folge entsprechender Lohnkürzungen einigen. Eine derartige *Einführung von Kurzarbeit* kann im *gemeinsamen Interesse* von ArbGeb. und ArbN liegen, weil so im Falle wahrscheinlich bloß vorübergehenden Arbeitsmangels „den ArbN die Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten ArbN erhalten werden“ (vgl. § 63 AFG). Weil dieses gemeinsame Interesse von ArbN und ArbGeb. zugleich ein *öffentliches Interesse* ist (die Erhaltung der Arbeitsplätze und funktionsfähiger Betriebe), wird das *Lohnrisiko* in derartigen Fällen in der Regel durch die Leistungen der BANstArb. („Kurzarbeitergeld“ gem. §§ 63 ff. AFG) großteils ausgeglichen, d. h. letztlich auf die von ArbN und ArbGeb. gemeinsam finanzierte BANstArb. *verlagert*.

Die Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht kann außer durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen jedoch auch *kraft Gesetzes* erlöschen. Dies gilt z. B. wenn die Arbeitsleistung der ArbN in weder von ihnen noch vom ArbGeb. zu vertretender Weise mit der Folge des § 323 BGB *unmöglich* wird und auch keine Ausnahmeregelung (z. B. §§ 615, 616 BGB) den Grundsatz: Ohne Arbeit kein Lohn, durchbricht. Auch die *BRL (mit Sphärentheorie)* ist eine derartige Regelung objektiven Rechts, die in entsprechender Weise kraft Gewohnheits-(Richter-)rechts während der Dauer arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls die Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht des ArbGeb. suspendieren kann. Weil auch die *Tarifautonomie* und als deren letztes Mittel der Arbeitskampf im öffentlichen Interesse liegt, kann auch in solchen Fällen das Lohnrisiko durch Leistungen der BANstArb. („Kurzarbeitergeld“) ausgeglichen werden, sofern nicht durch solche Leistungen in die Arbeitskämpfe eingegriffen wird (§ 116 Abs. 1 AFG). Die Neutralitäts-Grenze für diese Leistungen der BANstArb. wird durch § 116 Abs. 3 AFG i. V. m. der sog. Neutralitäts-Anordnung⁴ (künftig: NAO) der BANstArb. bestimmt.

Sowohl durch die *Einführung von Kurzarbeit* als auch auf Grund der *BRL* kann also über die ArbN das Lohnrisiko als Teil des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos vom ArbGeb. großteils *auf die BANstArb. verlagert* werden.

⁴ Vgl. § 3 Fußn. 46.

III. Mitbestimmungsrecht kraft Begriffsvertauschung

Gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG hat der BR bei „vorübergehender Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit“ ein Mitbestimmungsrecht.

Die angeführte Umschreibung des Tatbestands des § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG entspricht der Definition der „Kurzarbeit“ durch rechtsgeschäftliche Änderung der Arbeitsverträge⁵.

Wie bereits angedeutet, wird in Fällen einer derartigen mitbestimmungspflichtigen Einführung von Kurzarbeit regelmäßig zur weitgehenden Entlastung der ArbN vom Lohnrisiko Kurzarbeitergeld gemäß §§ 63 ff. AFG gewährt⁶.

Kurzarbeitergeld kann jedoch auch dann gewährt werden, wenn infolge der Fernwirkungen von Arbeitskämpfen kraft objektiven Rechts (BRL mit Sphärentheorie) ein Betrieb infolge Liefer- oder Absatzstörungen vorübergehend stillgelegt werden muß⁷.

Dieser Tatbestand hat ArbN, BRe, sonstige Laien und auch Juristen aller Qualifikationsgrade dazu verführt, auch die Fälle der vorübergehenden Betriebsstillegung auf Grund der BRL als „Einführung von Kurzarbeit“ zu bezeichnen. Dieser juristische Terminus ist in diesem Zusammenhang weder *arbeitsrechtlich* noch *sozialversicherungsrechtlich* korrekt, weil die Gewährung von Kurzarbeitergeld gemäß §§ 63 ff. AFG nicht an den Begriff „Kurzarbeit“ (den das AFG überhaupt nicht verwendet) anknüpft, sondern an den Begriff des „Arbeitsausfalls“.

Die bloß ungenaue und offensichtlich nicht korrekte Ausdrucksweise hat jedoch bei BRen, Gewerkschaften und Juristen zur *begriffsvertauschenden* Folgerung geführt, der BR habe auch bei der Feststellung der Voraussetzungen der BRL und der Geltendmachung ihrer Rechte (was auch als „Einführung von Kurzarbeit“ bezeichnet wird) ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG⁸.

⁵ Vgl. unten § 2 III u. § 3 IV, 2 und die dort gegebenen Nachweise, insbes. aber Hueck / Nipperdey I, S. 113. Hueck weist dabei darauf hin, daß Siebert (AR-Blattei, Arbeitszeit V; jetzt bearbeitet von Farthmann) der Definition das Merkmal „vorübergehend“ hinzufügte und meint dazu, daß dies zwar richtig aber überflüssig sei, weil bei dauernder Verlängerung die neue Arbeitszeit zur betriebsüblichen werde.

⁶ Näheres unten § 2 IV.

⁷ Näheres unten § 3 III.

⁸ So unrichtig Simitis / Weiss, DB 1973, 1244; ihnen folgend Farthmann, RdA 1974, 70; denen folgend dann Borrmann, DB 1978, 1980 (gegen diese vgl. die Ausführungen unten § 3 IV, 2 u. 3); auf der Grundlage jener Lehren unrichtig z. B. ArbG Siegen, Beschl. v. 4. 1. 1979 — 1 BV Ga. 2/78 —; ArbG Siegburg, Beschl. v. 3. 4. 1978 — 1 BV Ga. 2/78 —; ArbG Düsseldorf, Beschl.