

L 13 AL 4932/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 10 AL 363/06
Datum
15.08.2006
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 4932/06
Datum
14.12.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Bei einem vorübergehenden Arbeitsausfall von bis zu drei Monaten haben Leiharbeitnehmer keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 15. August 2006 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über Kurzarbeitergeld (Kug).

Die Klägerin, eine GmbH & Co KG, ist im Bereich Elektroinstallation, Industriemontagen und Personalservice tätig. Sitz des Unternehmens ist in M., eine Niederlassung besteht in L ... Im Jahre 1977 ist der Klägerin die Erlaubnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach [§ 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz \(AÜG\)](#) unbefristet erteilt worden. Nach ihren Angaben führt sie in M. und L. mit einem Anteil von mehr als 50 v.H. Industriemontagen aufgrund von selbständigen Werkverträgen nach [§§ 631 ff. Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) durch. Sie verfügt nicht über gesonderte Betriebsabteilungen für die Montage einerseits und den Verleih andererseits, sondern setzt alle ihre Mitarbeiter sowohl in der Montage als auch im Verleih ein. Für die Niederlassung in L. besteht kein Betriebsrat.

Für die Zeit von März bis einschließlich August 2005 zeigte die Klägerin bei der Beklagten mit Schreiben vom 29. März 2005 im Bereich Montage der Niederlassung L. Arbeitsausfall an und beantragte Kug. Sie gab an, von insgesamt 41 Arbeitnehmern seien durchschnittlich 21 Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von mehr als 10 v.H. betroffen. Ende März/Anfang April vereinbarte sie mit den einzelnen Mitarbeitern die Einführung von Kurzarbeit aufgrund schlechter Auftragslage. Die Beklagte lehnte den Antrag auf Kug mit Bescheid vom 22. April 2005 im Wesentlichen mit der Begründung ab, alle abgeschlossenen Arbeitsverträge berücksichtigten die Vorschrift des [§ 11 Abs. 4 AÜG](#). Da ein Entgeltanspruch somit auch für Zeiten bestehe, in denen der Leiharbeitnehmer seine Arbeitskraft bereit halte und auch einsetzen könne, der Verleiher sie aber nicht nutzen könne, bestehe für den Leiharbeitnehmer gemäß [§ 169 Nr. 1 SGB III](#) kein Anspruch auf Kug. Die Klägerin legte gegen die ablehnende Entscheidung am 20. Mai 2005 Widerspruch ein und machte geltend, die Angaben in den Arbeitsverträgen beruhten auf den nicht abdingbaren gesetzlichen Regelungen der [§§ 611, 615 Satz 1 BGB](#) i. V. [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#). Komme es zu Überlangen, konjunkturell bedingten Zwischen- und Ausfallzeiten, in denen der Entleiher keine Einsätze habe, könne auch Kurzarbeit zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern vereinbart werden und seitens des Leiharbeitnehmers bei Erfüllung der Voraussetzungen des [§ 170 Abs. 1 SGB III](#) Kug in Anspruch genommen werden. Zudem handele es sich bei ihr um einen sogenannten Mischbetrieb, der nicht ausschließlich in der Arbeitnehmerüberlassung tätig sei. Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Dezember 2005 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die abgeschlossenen Arbeitsverträge berücksichtigten insoweit auch die Vorschrift des [§ 11 Abs. 4 AÜG](#), wonach das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers nicht aufgehoben bzw. beschränkt werden könne. Soweit vorgetragen werde, bei der Klägerin handele es sich um einen Mischbetrieb, müsse darauf verwiesen werden, dass die Arbeitnehmer einen einheitlichen Arbeitsvertrag hätten.

Bereits ab Juni 2005 wurde die Kurzarbeit in der Niederlassung L. beendet und die übliche Arbeitszeit wieder eingeführt.

Die Klägerin hat ihr Begehren weiterverfolgt und am 1. Februar 2006 Klage beim Sozialgericht Mannheim (SG) erhoben. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, ihre Arbeitnehmer seien nicht generell vom Kug ausgeschlossen. Das Arbeitsentgeltisiko des Arbeitgebers

gemäß [§§ 611, 615 Abs. 1 BGB](#) könne auch für alle anderen Arbeitgeber und Arbeitsverhältnisse nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Sinn und Zweck der Kurzarbeit, die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen wegen fehlender Aufträge und Umsätze, sei auch bei Verleihunternehmen gegeben. Arbeitsrechtlich sei nämlich auch das Verleihunternehmen zum Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen berechtigt, wenn es wegen dauerhaft fehlender Überlassungsaufträge seine Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen könne. Ein solcher Arbeitsausfall, der eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertige, könne auch nicht mehr als branchenüblich im Sinne von [§ 170 Abs. 4 Nr. 1 SGB III](#) bezeichnet werden. Die Beklagte ist der Klage im wesentlichen unter Berufung auf die Gründe der angegriffenen Entscheidung entgegengetreten. Mit Urteil vom 15. August 2006 hat das Sozialgericht Mannheim den Bescheid der Beklagten vom 25. April 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28. Dezember 2005 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, der Klägerin Kug nach den gesetzlichen Bestimmungen für März bis Mai 2005 zu zahlen. Im Wesentlichen wird die Entscheidung damit begründet, dass auch in einem Zeitarbeitsunternehmen Kurzarbeit eingeführt werden könne, wenn diese arbeitsvertraglich wirksam zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbart werde. Dies sei u.a. durch individuelle Vereinbarung möglich, wie es im vorliegenden Fall erfolgt sei. Es habe sich auch um einen erheblichen, nicht überwiegend branchen- oder betriebsüblichen Arbeitsausfall gehandelt.

Gegen dieses ihr am 7. September 2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 28. September 2006 Berufung eingelegt und im Wesentlichen vorgetragen, die betroffenen Arbeitnehmer hätten ihre Arbeitsentgeltansprüche gegen die Klägerin nicht verloren, insbesondere nicht - wie das SG meine - durch die Vereinbarung von Kurzarbeit. Die für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung typische Aufspaltung zwischen der Arbeitgeberfunktion des Verleihers und der Verpflichtung des Leiharbeitnehmers, seine Arbeitsleistung bei einem Dritten zu erbringen mit der regelmäßigen Folge, dass der Leiharbeitnehmer vorübergehend in einen anderen fremden Betrieb integriert sei, führe zu einer spezifischen Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers. Dem trage das AÜG dadurch Rechnung, dass dem Leiharbeitgeber besondere, über die Erfüllung der allgemeinen Arbeitgeberpflichten hinausgehende Verpflichtungen auferlegt würden. U.a. normiere [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#), dass die normalerweise dispositive Regelung des [§ 615 Abs. 1 BGB](#) für die unter den Anwendungsbereich des AÜG fallenden Arbeitsverhältnisse zwingend sei. Damit sei es den Parteien verwehrt, den Vergütungsanspruch des Leiharbeitnehmers bei Annahmeverzug zu beschränken oder gar aufzuheben, da eine solche Regelung die Nichtigkeit gemäß [§ 134 BGB](#) zur Folge hätte. Nach Auffassung der Beklagten seien alle Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien, die die Voraussetzungen oder Rechtsfolgen des [§ 615 BGB](#) ausschlossen oder beschränkten, nichtig. Da [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) dem Zweck diene, bei Auftragsmangel jede Verlagerung des Lohnzahlungsrisikos auf den Leiharbeitnehmer auszuschalten, sei es mit diesem Zweck des Gesetzes nicht vereinbar, durch Einführung von Kurzarbeit das Arbeitsvolumen einfach zu vermindern und den gesetzlich normierten Vergütungsanspruch des Leiharbeitnehmers entfallen zu lassen, weil es gar nicht zu einem Annahmeverzug kommen könne. Kurzfristige Auftragslücken gehörten zum typischen Wirtschaftsrisiko von Leiharbeitsunternehmen. Da das Risiko vorübergehender Arbeitsausfälle zu den uneinschränkbar Risiken des Verleihers zähle, könne der Verleiher das Risiko nicht dadurch auf die Solidargemeinschaft verlagern, dass Kurzarbeit eingeführt werde. Die Funktion des Kug bestehe nicht darin, dem Verleiher sein Wirtschafts- oder Betriebsrisiko abzunehmen. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 18. Mai 2006 betreffe einen Fall einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung und sei schon deshalb nicht einschlägig. Unabhängig davon stelle auch das BAG klar, dass ein Leiharbeitsunternehmen grundsätzlich das Beschäftigungsrisiko für kurzfristige Auftragslücken trage. Lediglich bei einem dauerhaften Rückgang des Beschäftigungsvolumens könne ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung bejaht werden. Vorliegend gehe es unstreitig nicht um einen dauerhaften Rückgang, sondern um einen vorübergehenden Arbeitsausfall von drei Monaten bei einer durchschnittlichen Reduzierung der Arbeitszeit von 35 auf 28 Stunden. Hierfür trage allein die Klägerin das Betriebsrisiko.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 15. August 2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht, das SG habe zutreffend entschieden und trägt vor, sie setze ihre Mitarbeiter sowohl in der Montage als auch im Verleih ein. Deswegen habe sie mit ihren Mitarbeitern Arbeitsverträge in Übereinstimmung mit [§§ 11 Abs. 1 Nr. 2 AÜG, 2 Abs. 1 Nr. 7 Nachweisgesetz](#) sowie den Merkblättern der Bundesanstalt für Arbeit abgeschlossen, die auch Art und Höhe der Leistungen wiedergäben, die ihren Mitarbeitern für Zeiten zustünden, in denen sie nicht eingesetzt werden könnten. Diese Angaben hätten aber nur eine "Kontroll- und Klarstellungsfunktion", weil die Regelung der [§§ 611, 615 Satz 1 BGB](#), wonach der Arbeitgeber im Annahmeverzug dem Arbeitnehmer gegenüber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, nach [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) nicht abdingbar sei. Aus [§ 11 Abs. 4 AÜG](#) folge mithin nicht, dass die Vereinbarung von Kurzarbeit bei entsprechender Rechtsgrundlage wie Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertragliche Abrede zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unzulässig wäre. Arbeitszeitabreden seien mit dem AÜG vereinbar. Komme es zu Überlangen, konjunkturell bedingten Zwischen- bzw. Ausfallzeiten, in denen der Arbeitgeber mangels Entleihernachfrage und Auftragserteilung keine Einsätze habe, könne auch im Verleihunternehmen Kurzarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden und seitens des Arbeitnehmers bei Erfüllung der Voraussetzungen des [§ 170 Abs. 1 SGB III](#) Kug in Anspruch genommen werden. Dem stünden der Wortlaut wie auch Sinn und Zweck des [§ 11 Abs. 4 AÜG](#) nicht entgegen, da das Arbeitsvolumen verkürzt werde und der Arbeitnehmer das für die verkürzte Arbeitszeit geschuldete Entgelt erhalte, so dass es gar nicht zu einem Annahmeverzug des Arbeitgebers komme. Die Vereinbarung von Kurzarbeit, der die Mitarbeiter hier einzelvertraglich zugestimmt hätten, könne damit nicht deswegen in Frage gestellt werden, weil die Mitarbeiter der Klägerin auch als Leiharbeitnehmer tätig seien. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Mitarbeiter der Klägerin nicht ausschließlich als Leiharbeiter tätig seien, sondern im Gegenteil überwiegend und zu einem hohen Anteil aufgrund von Werkverträgen bei Kunden in der Montage arbeiteten und damit als eigene Arbeitskräfte der Klägerin, und nicht fremdbestimmt zum Einsatz kämen. Dass sie auch bei Einsätzen aufgrund von (selbständigen) Werkverträgen Anspruch auf Verzugslohn hätten, folge aus [§§ 611, 615 Satz 1 BGB](#). Daraus könne die Beklagte aber nicht ableiten, dass ihre Mitarbeiter bei - zulässig - vereinbarter Kurzarbeit und entsprechender Suspendierung ihrer Arbeitspflicht keinen Anspruch auf Kug hätten. Es komme auch nicht darauf an, dass ein einzelner Mitarbeiter der Klägerin angegeben haben solle, dass er nur im Verleihgeschäft eingesetzt worden sei. Dass Leiharbeitsunternehmen bei der Gewährung von Kug anderen Arbeitgebern bei konjunkturell bedingten Zwischen- bzw. Ausfallzeiten gleichzustellen seien, folge auch aus dem Sinn und Zweck der Kurzarbeit, nämlich betriebsbedingte Kündigungen wegen fehlender Aufträge und Umsätze zu vermeiden. Erhebliche Umsatzausfälle und -rückgänge rechtfertigten auch bei Verleihunternehmen eine betriebsbedingte Kündigung, und zwar ohne Einhaltung einer früher aus [§ 9 Ziff. 3 AÜG](#) a.F. abgeleiteten Wartefrist von 3 Monaten, wie das BAG mit Urteil

vom 18. Mai 2006 entschieden habe. Könne der Verleiher danach bei dauerhaftem Rückgang seines Arbeitsvolumens wie jeder andere Unternehmer betriebsbedingt kündigen, müsse es ihm zur Vermeidung von Kündigungen möglich sein, mit seinen Mitarbeitern Kurzarbeit zu vereinbaren. Arbeitsausfall, der eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertige, könne auch nicht mehr als branchenüblich im Sinne von [§ 170 Abs. 4 Nr. 1 SGB III](#) bezeichnet werden. Die Klägerin habe aufgrund ihrer Auftragslage im vorliegenden Falle Kurzarbeit für die Monate März bis August 2005 angezeigt, also für sechs Monate prognostiziert. Sie habe Ende März 2005 eine Vollaustlastung erst wieder für Herbst 2005 erwarten können. Nur durch erhebliche Akquisitionsbemühungen sei es der Klägerin gelungen, diesen Zeitraum zu verkürzen und bereits ab Juni 2005 ihre Mitarbeiter wieder betriebsüblich mit mindestens 35 Stunden in der Woche zu beschäftigen. Für die Monate März, April und Mai 2005 lägen dagegen die betrieblichen Voraussetzungen für Kurzarbeit bei der Klägerin vor, was die Beklagte selbst festgestellt habe. Dabei habe der Rückgang in der Nachfrage nach Montageleistungen den gesamten Tätigkeitsbereich der Klägerin, insbesondere auch die Montage aufgrund (selbständiger) Werkverträge betroffen. Es hätten auch keine anderweitigen Einsatzmöglichkeiten ihrer Mitarbeiter zur Verfügung gestanden.

Wegen der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten, die Klageakte des SG und die Berufungsakte des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft, da der Wert des Beschwerdegegenstandes die Berufungssumme von 500 EUR übersteigt (vgl. [§§ 143, 144 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Die Berufung ist auch im übrigen zulässig; sie ist unter Beachtung der maßgeblichen Form- und Fristvorschriften ([§ 151 Abs. 1 und 2 SGG](#)) eingelegt worden.

Die Berufung ist auch begründet. Das SG hat zu Unrecht den angefochtenen Bescheid aufgehoben und die Beklagte verurteilt, der Klägerin Kug zu zahlen. Der von der Klägerin angegriffene Bescheid ist rechtmäßig und verletzt sie nicht in ihren Rechten. Denn sie hat keinen Anspruch auf das von ihr beantragte Kug. Einer Beiladung des Betriebsrats bedurfte es nicht, weil für die Niederlassung L. ein solcher nicht gebildet ist.

Gemäß [§ 169](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Kug, 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. Diese Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen, sind vorliegend nicht vollständig erfüllt. Zwar fehlt es neben der Anzeige gemäß Nr. 4 auch nicht am erforderlichen nachträglichen Antrag gemäß [§ 323 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) binnen der Ausschlussfrist von drei Monaten ([§ 325 Abs. 3 SGB III](#)). Denn das Schreiben der Klägerin vom 29. März 2005 enthält auch einen entsprechenden Antrag. Es kann dahingestellt bleiben, ob die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Kug gemäß den Nrn. 2 und 3 vorliegend erfüllt waren. Denn es fehlt an einer wirksamen Vereinbarung der Kurzarbeit. Wegen der arbeitsvertraglichen Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer im vereinbarten Umfang zu beschäftigen und zu vergüten, bedarf die Einführung von Kurzarbeit entweder einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien oder einer besonderen kollektivrechtlichen Grundlage. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers reicht hingegen nicht aus (vgl. BAG, Urteil vom 17. Januar 1995 - [1 AZR 283/94](#) -; Urteil vom 27. Januar 1994 - [6 AZR 541/93](#) -; Urteil vom 14. Februar 1991 - [2 AZR 415/90](#) -; Urteil vom 15. Dezember 1961 - [1 AZR 207/59](#) - veröffentlicht in Juris). Eine entsprechende wirksame, die geltenden Arbeitsverträge hinsichtlich [§ 615 BGB](#) modifizierende Regelung wird in [§ 169 Nr. 1 SGB III](#) vorausgesetzt, wonach bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die sozialversicherungsrechtliche Leistung des Kug den aus [§ 615 BGB](#) bei üblicher Arbeitszeit folgenden Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ersetzt. Eine wirksame Vereinbarung von Kurzarbeit liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Die zwischen der Klägerin und ihren Mitarbeiter Ende März/Anfang April 2005 getroffenen Vereinbarungen sind gemäß [§ 134 BGB](#) unwirksam. Unabhängig davon, dass sie nicht erkennen lassen, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert werden soll, stand der Vereinbarung die Regelung des [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) entgegen. [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) bestimmt, dass die grundsätzlich dispositive Regelung des [§ 615 Abs. 1 BGB](#) für die unter den Anwendungsbereich des AÜG fallenden Arbeitsverhältnisse zwingend ist.

Im vorliegenden Fall ergibt sich nichts anderes daraus, dass die Klägerin sich als Mischbetrieb versteht, weil maßgeblich ist, dass sie ihre Mitarbeiter, für die sie Kug beansprucht, Leiharbeiternehmer sind. Die Klägerin gehört damit nicht zu den - Ende Juni 2004 - 52 v.H. der Mischbetriebe, die keinen Leiharbeiternehmer unter Vertrag haben oder 39 v. H. der Mischbetriebe, die nur bis zu 20 Leiharbeiternehmer beschäftigen und eine Erlaubnis nur vorsorglich, zur Absicherung beantragt haben, falls eine Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages in ihrer tatsächlichen Durchführung Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Denn die Klägerin beschäftigt als gewerbsmäßige Verleiherin ihre gesamte Belegschaft auf der Grundlage von Leiharbeitsverträgen, was dafür spricht, dass sie die Arbeitnehmerüberlassung umfassend dazu nutzt, ihre Arbeitnehmer bei Arbeitsmangel anderweitig einzusetzen (vgl. Zehnter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 27. September 2005, [BT-Drucks. 15/6008, S. 14](#) f.). Hat sie sich damit die Möglichkeit eröffnet, alle ihre Mitarbeiter, soweit sie nicht von ihr selbst bzw. gesellschaftsintern eingesetzt werden, auch an Dritte zu verleihen, trägt sie auch das Risiko für den Fall, dass sich diese Möglichkeit aufgrund fehlender Entleihernachfrage nicht realisieren lässt und sie ihre Arbeitnehmer weder selbst beschäftigen noch verleihen kann. Da [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) dem Verleiher unabdingbar das Risiko zuweist, dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht oder teilweise nicht beschäftigt werden kann, gilt auch für die Klägerin im Verhältnis zu ihren Arbeitnehmern, dass das Recht auf Vergütung bei Annahmeverzug ([§ 615 Satz 1 BGB](#)) nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden darf und sie dementsprechend als Verleiherin grundsätzlich zur Zahlung verpflichtet bleibt (vgl. Schüren, [§ 11 Rn. 97 ff.](#); Wank in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage, [§ 11 AÜG Rn. 9, 24 f.](#)). Die Kritik von Böhm (Arbeitskampfbedingte Werksblockade: Kurzarbeitergeld für dort eingesetzte Fremdfirmenmitarbeiter?, NZS 2007, 4004 ff.) an diesem Ergebnis und der Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen vom 30. August 2006 (- [L 12 AL 168/05](#) -, veröffentlicht in Juris) überzeugt nicht. Er hebt hervor, dass mit dem Wegfall der Einsatzlimitierung für Leiharbeiternehmer bei demselben Kunden auch Daueraufgaben von entsprechend qualifizierten Leasingmitarbeitern im Kundenbetrieb wahrgenommen werden können und werden ("Zweite Belegschaften"). Ein vorübergehender anderweitiger Einsatz des Personals sei in diesen Fällen, in denen Leiharbeitern voll und auf Dauer in die Prozesse des Entleihbetriebs integriert sind, aus technischen und vertragsrechtlichen Gründen regelmäßig ausgeschlossen. Hieraus lässt sich jedoch für die grundsätzliche und gesetzlich vorgegebene Risikoverteilung nichts Abweichendes herleiten, an der auch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 ([BGBl. I S. 4607, 4617](#)), mit dem das AÜG teilweise neu konzipiert wurde, nichts geändert hat. Zwar wurden das sogenannte Synchronisationsverbot, das Verbot wiederholter Befristung, das Wiedereinstellungsverbot

sowie das Prinzip einer Höchstdauer der Überlassung durch diese Neuregelung abgeschafft. Im Gegenzug zu diesen Erleichterungen der Leiharbeit verpflichtete der Gesetzgeber mit der Neufassung von [§ 3 Abs. 1 Nr. 3](#), [§ 9 Nr. 2](#) und [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) die Verleihunternehmen, den Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Hiervon kann in den ersten sechs Wochen eines Leiharbeitsverhältnisses bei zuvor Arbeitslosen abgewichen werden sowie generell aufgrund von abweichenden Vereinbarungen in einem beim Verleiher anwendbaren Tarifvertrag. Die Möglichkeit, durch Bezugnahme auf einen einschlägigen Tarifvertrag von der "Equal-Pay"-Regelung abzuweichen, ist neu. Die Übernahme der im Entleihbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen galt hingegen schon seit 1. Januar 2002 bei Überlassungen zwischen 12 und 24 Monaten ([§ 10 Abs. 5 AÜG](#) a.F.). Für Zeiten ohne Verleih enthält [§ 3 AÜG](#) keine Vorgabe; für diese Zeiten kommt [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) i.V.m. [§ 615 Satz 1 BGB](#) auch nach Streichung des Synchronisationsverbot weiterhin Bedeutung zu (Schüren in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., § 11 Rn. 99). Dies zeigt sich auch darin, dass die in der verleihfreien Zeit vom Verleiher an den Leiharbeitnehmer zu gewährenden Leistungen gem. [§ 11 Abs. 1 Nr. 2 AÜG](#) nach Art und Höhe bereits in der Niederschrift anzugeben sind und nach [§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7](#) Nachweisgesetz zudem die vereinbarte Arbeitszeit angegeben werden muss. Durch die Angabe wird verhindert, dass das Verbot der Aufhebung oder Beschränkung der [§§ 611](#), [615 S. 1 BGB](#) unterlaufen wird (vgl. Schüren a.a.O., § 11 Rn. 49 m.w.N.; Wank a.a.O., [§ 11 AÜG](#) Rn. 11 m.N.).

Vor diesem Hintergrund stellt die Vereinbarung von Kurzarbeit, die hier als einzige Grundlage für die Kurzarbeit in Betracht kommt, im vorliegenden Fall eine Umgehung von [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) i.V.m. [§ 615 Satz 1 BGB](#) dar, was gemäß [§ 134 BGB](#) ihre Nichtigkeit zur Folge hat (vgl. hierzu LSG Nordrhein.-Westf., Urteil vom 30. August 2006 - [L 12 AL 168/05](#) -, veröffentlicht in Juris; Ulber, AÜG, 3. Aufl., § 11 Rn. 102; a.A. Boemke, AÜG, § 11 Rn. 117). Im Fall einer wirksamen Verringerung der Arbeitszeit verringert sich auch das Arbeitsentgelt. Die Verkürzung der Arbeitszeit führt unmittelbar zu einem entsprechenden Verlust des Entgeltanspruchs. Soll, wie hier, die vereinbarte Arbeitszeit deswegen verringert werden, weil es wegen Auftragsausfällen an ausreichender Beschäftigung für die Leiharbeitnehmer fehlt, soll damit das Eintreten eines Annahmeverzugs und die Entstehung des Vergütungsanspruchs nach [§ 615 Satz 1 BGB](#) verhindert werden. Hierin liegt eine klare Umgehung der in [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) i.V.m. [§ 615 Satz 1 BGB](#) zwingend vorgegebenen Risikoverteilung (Boemke, AÜG, § 11 Rn. 117 hält die Vereinbarung von Kurzarbeit dagegen deswegen für zulässig, weil es damit nicht zum Annahmeverzug kommen kann, setzt sich dabei aber mit der Frage der Umgehung eines gesetzlichen Verbots nicht auseinander). Allerdings ist auch das Arbeitgeberberrisiko des Verleihers zeitlich durch die grundsätzliche Möglichkeit, auch Leiharbeitnehmer betriebsbedingt zu kündigen, begrenzt. Dies rechtfertigt es, eine Vereinbarung von Kurzarbeit dann nicht mehr als Umgehung von [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) i.V.m. [§ 615 Satz 1 BGB](#) anzusehen, wenn eine solche betriebsbedingte Kündigung grundsätzlich wirksam ausgesprochen werden könnte. Das BAG hat zur betriebsbedingten Kündigung von Leiharbeitnehmern entschieden, dass es sich im Falle eines dauerhaften Auftragsrückgangs auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Beschäftigungsverhältnisses nicht begründen lasse, dass der Verleiher zumindest für weitere drei Monate das Beschäftigungsrisiko zu tragen habe (BAG, Urteil vom 18. Mai 2006 - [2 AZR 412/05](#) -, m.w.N. veröffentlicht in Juris), kurzfristige Auftragslücken bei einem Leiharbeitsunternehmen seien dagegen nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung i.S.v. [§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG](#) zu rechtfertigen, da sie zum typischen Wirtschaftsrisiko dieser Unternehmen gehören (BAG, Urteil vom 18. Mai 2006 - [2 AZR 412/05](#) -, m.w.N. veröffentlicht in Juris). Im Umkehrschluss steht damit fest, dass bei einem von vornherein nur vorübergehenden Auftragsrückgang anders als im Falle des dauerhaften Rückgangs eine sofortige betriebsbedingte Kündigung nicht wirksam ausgesprochen werden kann. Offen bleibt die Frage, wie lange der Verleiher in solchen Fällen mit der Kündigung warten muss. Insoweit kann die dreimonatige Frist als "Daumenregel" für eine kurzfristige Auftragslücke angesehen werden (Brors, Betriebsbedingte Kündigung des Leiharbeitnehmers bei Auftragsrückgang, Juris PraxisReport, 2006; Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 17. November 1983 - [9 Sa 599/83](#) -; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 3. Juni 2005 - [11 Sa 1014/04](#) - und vom 10. Dezember 1998 - [6 Sa 493/98](#) -). Dies schließt nicht aus, dass dem Verleiher auch eine längere Frist zumutbar sein kann, wenn üblicherweise in seinem Betrieb längere Nichteinsatzzeiten entstehen. Der Verleiher wird die Kündigung nur dann rechtfertigen können, wenn er bezogen auf die konkreten Vermittlungszeiten nachweist, dass eine unüblich lange Überbrückungszeit durch Auftragsrückgänge verursacht worden ist (Brors a.a.O.). Kommt es zu nicht mehr kurzfristigen, unüblich langen Ausfallzeiten, in denen der Arbeitgeber mangels Entleihernachfrage keine Überlassungsmöglichkeiten hat, ist entsprechend dem Sinn und Zweck der [§§ 169](#) ff. SGB III, Arbeitsplätze im Falle vorübergehenden Arbeitsausfalls zu erhalten, und dem durch die Kündigungsmöglichkeit zeitlich begrenzten Arbeitgeberberrisiko auch im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses die Vereinbarung von Kurzarbeit zulässig und wirksam, so dass in solchen Fällen auch bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Kug in Anspruch genommen werden kann (Schüren a.a.O., Einl. AÜG Rn. 710). Für alle kurzfristigen oder üblichen Ausfallzeiten hat der Verleiher dagegen das Risiko unabdingbar gegenüber dem Leiharbeitnehmer übernommen. (Würde man wie Schüren a.a.O. das Kug hier lediglich wegen Branchenüblichkeit des Arbeitsausfalls i.S.d. [§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) scheitern lassen, ohne schon die Vereinbarung der Kurzarbeit als unwirksam anzusehen, würden die Leiharbeitnehmer wohl ihren Entgeltanspruch verlieren, ohne Kug zu erhalten d.h. es bliebe bei der Risikoverlagerung).

Nach diesen Grundsätzen ist die Vereinbarung von Kurzarbeit wegen Arbeitsausfalls im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses jedenfalls für die ersten drei Monate immer dann unwirksam, wenn dieser - wie hier - durch einen vorübergehenden Auftragsrückgang bedingt ist. Damit scheidet für den hier streitigen Zeitraum von drei Monaten die Gewährung von Kug aus. Denn es handelte sich um die ersten drei Monate eines nur vorübergehenden Arbeitsausfalls, wobei es grundsätzliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Kug ist, dass der Arbeitsausfall nicht dauerhaft ist ([§ 170 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)), da sonst der Zweck der Erhaltung von Arbeitsplätzen nicht erreicht werden könnte. Unabhängig hiervon scheidet der geltend gemachte Anspruch auch deswegen aus, weil der Arbeitsausfall durch einen lediglich kurzfristigen, nämlich insgesamt nur drei Monate dauernden Auftragsrückgang bedingt war. Dies gilt auch, wenn es für die Frage der Kurzfristigkeit auf eine zu Beginn der Kurzarbeit zu stellende Prognose ankommen sollte. Die Klägerin hat am 31. Dezember 2005 eine Arbeitszeitreduzierung von wöchentlich 35 Stunden auf 28 Stunden für den Zeit von März 2005 bis August 2005 für die Betriebsabteilung Montage, Niederlassung L. angezeigt. Die Rückkehr zur regelmäßigen betriebsüblichen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden wöchentlich erfolgte hier bereits ab Juni 2005. Für den Senat steht fest, dass eine realistische Prognose schon im März 2005 keine ungünstigere Annahme gerechtfertigt hätte. Die Klägerin hat insoweit vorgetragen, dass es nur durch erhebliche Akquisitionsbemühungen gelungen sei, den prognostizierten Zeitraum von sechs Monaten zu verkürzen. Bei diesen Bemühungen handelt es sich nicht um im März 2005 noch nicht absehbare Entwicklungen, die überraschend zu einer wesentlich günstigeren Auftragslage geführt haben, sondern vielmehr um bereits im März zu erwartende und beabsichtigte Maßnahmen. Dies spricht zusammen mit der Aussage der Klägerin im Schreiben vom 24. März 2005 an ihre Arbeitnehmer, dass sie hoffe, durch eine nachhaltige Wirtschaftsbelebung und eigene Aktivitäten baldmöglichst wieder zu einer Vollausslastung zurückzukehren, dafür, dass es sich bei den Angaben in der Anzeige um eine sehr vorsichtige Einschätzung handelte und eine solide Prognose bereits im März 2005 zu dem Ergebnis geführt hätte, dass die Verringerung der Arbeitszeit lediglich kurzfristig für den Zeitraum von etwa drei Monaten erfolgen werde.

Die Vereinbarung von Kurzarbeit war damit nichtig. Ist eine vertragliche Vereinbarung über die Änderung des Arbeitsvertrages für die Dauer der Kurzarbeitsperiode mit dem Inhalt, dass die Arbeitspflicht entfiel und der Lohn auf die Höhe des Kurzarbeitergeldes gemindert wurde, aber nicht wirksam zustande gekommen, bestand der Arbeitsvertrag auch hinsichtlich der Arbeits- und Lohnzahlungspflicht unverändert fort.

Nach alledem war auf die Berufung der Beklagten die Klage abzuweisen.

Die Revision wird zugelassen, weil der Frage, ob und inwieweit bei der Gewährung von Kurzarbeitergeld zwischen Leiharbeitsverhältnissen und sonstigen Beschäftigungsverhältnissen zu differenzieren ist, grundsätzliche Bedeutung zukommt (vgl. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#), wobei es sich um ein gerichtskostenfreies Verfahren gemäß [§ 183 SGG](#) handelt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 2. Februar 2006 - [L 9 AL 76/05](#) -, veröffentlicht in Juris).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-02-01