

---

**Datum:** 12.06.2014  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 11. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 Sa 1566/13  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2014:0612.11SA1566.13.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Herford, 3 Ca 1287/12  
**Schlagworte:** Kurzarbeit, Annahmeverzug  
**Normen:** BetrVG §§ 77, 87; BGB §§ 615, 293, 295, 296  
**Leitsätze:**

1. Durch eine Betriebsvereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit kann die vertraglich festgelegte Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nur dann ohne dessen Zustimmung herabgesetzt werden, wenn in der Betriebsvereinbarung selbst festgelegt ist, in welchem konkreten Zeitraum für welche betroffenen Arbeitnehmer in welchem konkreten Umfang die Arbeit wegen Kurzarbeit ausfallen soll (Gebot der Normenklarheit). In der Betriebsvereinbarung müssen Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Lage und Verteilung der Arbeitszeit, die Auswahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Abteilung sowie die Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen soll, festgelegt sein (so bereits LAG Hamm 01.08.2012 – 5 Sa 27/12 -).

2. Im zu entscheidenden Fall setzte der Anspruch auf Annahmeverzugsentgelt wegen unwirksam verfügter Kurzarbeit ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung voraus. Ob ein Angebot nach § 296 BGB entbehrlich ist, wenn der Arbeitgeber durchgängig „Kurzarbeit Null“ anordnet, konnte dahingestellt bleiben, weil der Arbeitgeber hier lediglich von einem vermeintlichen Recht Gebrauch gemacht hatte, die Arbeitszeitdauer flexibel zu bestimmen, und jeweils nur für einen Teil der monatlich anfallenden Arbeitsstunden Kurzarbeit angeordnet hatte - weshalb nach § 295 BGB ein wörtliches Angebot erforderlich war (vgl. BAG 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 – AP BGB § 615 Nr. 121 Rn. 19)

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des ArbG Herford vom 31.10.2013 – 3 Ca 1287/12 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

a) für den Monat Oktober 2011 weitere 731,10 € brutto abzüglich gezahlter 256,23 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.11.2011 zu zahlen,

b) für den Monat November 2011 weitere 1.613,39 € brutto abzüglich gezahlter 566,70 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.12.2011 zu zahlen,

c) für den Monat Dezember 2011 weitere 1.613,39 € brutto abzüglich gezahlter 566,70 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.01.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 47 %, die Beklagte trägt 53 % der Kosten des Rechtsstreits.

Für beide Parteien wird die Revision zugelassen.

---

<b>Tatbestand</b>	1
Die Parteien streiten, ob der Kläger für die Monate März 2011 bis Dezember 2011 trotz arbeitgeberseits angeordneter Kurzarbeit das ungekürzte Arbeitsentgelt beanspruchen kann.	2
Der Kläger steht seit 1988 in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten. Bei der Beklagten ist ein Betriebsrat gewählt. Der Betriebsratsvorsitzende und die Beklagte unterzeichneten unter dem 07.03.2011 eine „Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit“ (im Folgenden „BV Kurzarbeit“). Streitig ist, ob der Abschluss der Betriebsvereinbarung durch einen wirksamen Beschluss des Betriebsrats gedeckt ist. In der BV Kurzarbeit heißt es u.a.:	3
<b>„§ 1 Beginn und Dauer</b>	4
In der Zeit vom 11.03.2011 bis zum 31.12.2011 wird Kurzarbeit im ganzen Betrieb eingeführt.	5
<b>§ 2 Geltungsbereich</b>	6
Die Betriebsvereinbarung gilt für alle Beschäftigten im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Von der Kurzarbeit ausgenommen werden:	7
	8

1. Auszubildende und Studierende in dualen Studiengängen	
2. Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis während des Kurzarbeitszeitraums aufgrund Kündigung oder Aufhebungsvertrag endet	9
3. Schwangere Frauen und werdende Väter, die Elterngeld in Anspruch nehmen werden, und bei denen der Bezug von Kurzarbeitergeld in den Bemessungszeitraum des Elterngeldes gem. § 2 BEEG fallen wird	10
4. Geringfügige Beschäftigte	11
5. Arbeitnehmer, bei denen die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld nicht vorliegen (vergleiche § 172 SGB III).	12
6. Die Beschäftigten, die von der Geschäftsführung aufgrund ihrer Aufgabenstellung ausgenommen werden müssen.	13
<b>§ 3 Ausfallzeiten</b>	14
1. Die Kurzarbeit erfolgt flexibel und wird an den Arbeitsanfall in den jeweiligen Arbeitsbereichen angepasst. Die Planung erfolgt in den Abteilungen mit dem Vorgesetzten.	15
2. Die Kurzarbeitertage der Mitarbeiter werden von den Vorgesetzten in die Urlaubsplanungsdatei mindestens eine Woche im Voraus eingetragen, so dass Geschäftsleitung und Betriebsrat zeitnah Einsicht nehmen können.“	16
Wegen des vollständigen Wortlauts der BV Kurzarbeit wird auf die Anlage K 1 zur Klageschrift Bezug genommen (Bl. 4 – 6 GA). Eine einzelvertragliche Abrede zu Durchführung von Kurzarbeit wurde mit dem Kläger nicht getroffen. In der Zeit vom 11.03.2011 bis zum 31.12.2011 wurde bei der Beklagten während eines Teils der regulären Arbeitszeit Kurzarbeit gefahren. Für den Kläger entfielen in den einzelnen Monaten 21 Stunden, 21 Stunden, 14 Stunden, 14 Stunden, 35 Stunden, 35 Stunden, 21 Stunden, 70 Stunden, 77 Stunden und 77 Stunden (Bl. 8 – 17 GA). Der Kläger erhielt für die ausgefallenen Zeiten Kurzarbeitergeld. Mit Schreiben vom 12.10.2011 kündigte der Betriebsrat die BV Kurzarbeit „fristlos aus wichtigem Grund“ (Anlage K 2, Bl. 7 GA):	17
„Nachdem am 06.10.2011 beschlossen und verkündet wurde, den Betrieb Löhne zum 31.12.2012 vollständig still zu legen, ist die Geschäftsgrundlage zur Durchführung von Kurzarbeit entfallen. Es kann keine Rede mehr davon sein, dass Kurzarbeit zur Überbrückung eines vorübergehenden Engpasses erforderlich ist.	18
Zudem widerspricht es der Geschäftsgrundlage für Kurzarbeit, wenn noch im Betrieb vorhandene Arbeit (Schaltschrankbau) fremd vergeben wird oder werden soll.	19
Es stellt außerdem eine Störung der Betriebsratsarbeit dar, wenn die Absicht der Fremdvergabe von Arbeiten damit begründet wird, dass ein Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Betriebsratssitzungsteilnahme die betrieblichen Arbeiten nicht verrichtet.“	20
Der Kläger übermittelte der Beklagten am 18.10.2011 ein Schreiben mit dem Betreff „Wegfall der Kurzarbeit“ mit folgendem Wortlaut (Bl. 43 GA):	21
„Wie ich gestern vom Betriebsrat erfuhr, ist die Betriebsvereinbarung zur Durchführung von Kurzarbeit bei der Firma U GmbH, wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage, die beim	22

Abschluss derselbigen bestand, vom Betriebsrat fristlos aufgekündigt worden.

Ich mache Sie hiermit darauf aufmerksam, dass ich, unabhängig von der jeweiligen Weisungslage durch meinen Vorgesetzten meine Arbeitskraft bei der U GmbH voll umfänglich per sofort anbiete und insofern auch einen Entlohnungsanspruch zu Vollzeitbedingungen erwerbe. 23

Sollten Sie also, trotz abweichender Weisungslage durch meinen direkten Vorgesetzten, ein Interesse an meiner Arbeitskraft haben, so teilen Sie mir das mit.“ 24

Die Entgelteinbußen, die der Kläger wegen der verfahrenen Kurzarbeit in den einzelnen Monaten erlitt, ergeben sich aus den Abrechnungen des Klägers für die Monate März 2011 bis Dezember 2011. Auf die Anlage K 3 zur Klageschrift wird Bezug genommen (Bl. 8 – 17 GA). Die monatlichen Bruttodifferenzen und die Anzahl der ausgefallenen Stunden (s.o.) sind in den Abrechnungen jeweils unter der Bezeichnung „Differenz KUG Soll/Ist“ ausgewiesen. In der nächsten Zeile sind unter „KuG Leistung“ die Monatsbeträge des jeweils bezogenen Kurzarbeitergeldes angegeben. Die Beträge entsprechen den Beträgen in den Klageanträgen und sind zwischen den Parteien unstrittig. Die anteilige Einbuße, die der Kläger im Monat Oktober 2011 ab Aushändigung seines Geltendmachungsschreibens hinzunehmen hatte, beläuft sich unstrittig auf 731,10 € brutto abzüglich 256,23 € bezogenen Kurzarbeitergeldes (Protokollerklärungen vom 12.06.2014). 25

Zum 31.12.2012 stellte die Beklagte den Geschäftsbetrieb in Löhne ein. 26

Mit seiner am 26.10.2012 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Differenzvergütung zwischen der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung und den tatsächlich bezogenen Entgelten für die Monate März bis Dezember 2011 begehrt. Er hat behauptet, der BV Kurzarbeit liege kein ordentlicher Beschluss des Betriebsrates zu Grunde. Die Betriebsvereinbarung sei nicht Gegenstand einer Betriebsratssitzung gewesen. Der Betriebsratsvorsitzende habe ohne Vertretungsmacht gehandelt. Es liege kein ordnungsgemäßes Protokoll einer Betriebsratssitzung vor. Die BV Kurzarbeit vom 07.03.2011 sei bereits formell nicht wirksam geschlossen worden. Sie sei aber auch aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam. Dies ergebe sich daraus, dass für die einzelnen Arbeitnehmer aus der BV Kurzarbeit nicht erkennbar sei, in welchem Umfang sie von der Kurzarbeit betroffen seien. Es sei auch kein Verfahren geregelt, nach dem die Kurzarbeit festgelegt werden könne. Die BV Kurzarbeit genüge nicht dem Bestimmtheitsanforderung. Ferner ergebe sich aus dem Inhalt der Betriebsvereinbarung, dass der Betriebsrat auf sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 BetrVG für den fraglichen Zeitraum vollständig verzichtet habe. Der Betriebsrat sei an einer Auswahl der Arbeitnehmer, die von der Kurzarbeit betroffen sein sollten, sowie an der Festlegung des konkreten Umfangs nicht beteiligt gewesen. Auch dies führe zur Unwirksamkeit der Anordnung der Kurzarbeit. Jedenfalls sei die Rechtsgrundlage für die Durchführung von Kurzarbeit aber ab Oktober 2011 entfallen, da der Betriebsrat die Betriebsvereinbarung aus wichtigem Grund fristlos gekündigt habe. Die Unwirksamkeit sei nicht durch eine Genehmigung des Betriebsrates beseitigt worden. Ihm, dem Kläger, stehe daher für die in den Monaten März bis Dezember 2011 ausgefallenen Arbeitsstunden der volle Arbeitslohn abzüglich des erhaltenen Kurzarbeitergeldes zu. Die Beklagte habe sich im Annahmeverzug befunden. Ein tatsächliches oder wörtliches Angebot der Arbeitsleistung sei entbehrlich gewesen. Jedenfalls aber habe die schriftliche Geltendmachung vom 18.10.2011 ausgereicht, um die Beklagte zumindest ab diesem Zeitpunkt in Annahmeverzug zu setzen. 27

Der Kläger beantragt, 28

die Beklagte zu verurteilen, an ihn	29
1. für den Monat März 2011 weitere 410,01 EUR brutto abzüglich 141,13 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.04.2011 zu zahlen,	30
2. für den Monat April 2011 weitere 449,06 EUR brutto abzüglich 154,88 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.05.2011 zu zahlen,	31
3. für den Monat Mai 2011 weitere 293,35 EUR brutto abzüglich 99,58 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.06.2011 zu zahlen,	32
4. für den Monat Juni 2011 weitere 293,35 EUR brutto abzüglich 99,58 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.07.2011 zu zahlen,	33
5. für den Monat Juli 2011 weitere 268,30 EUR brutto abzüglich 264,34 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.08.2011 zu zahlen,	34
6. für den Monat August 2011 weitere 701,48 EUR brutto abzüglich 236,43 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.09.2011 zu zahlen,	35
7. für den Monat September 2011 weitere 440,02 EUR brutto abzüglich 146,94 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.10.2011 zu zahlen,	36
8. für den Monat Oktober 2011 weitere 1.536,58 EUR brutto abzüglich 538,09 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.11.2011 zu zahlen,	37
9. für den Monat November 2011 weitere 1.613,39 EUR brutto abzüglich 566,70 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.12.2011 zu zahlen,	38
10. für den Monat Dezember 2011 weitere 1.613,39 EUR brutto abzüglich 566,70 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.01.2012 zu zahlen,	39
Die Beklagte hat beantragt,	40
die Klage abzuweisen.	41
Die Beklagte hat behauptet, am 07.03.2011 habe eine ordnungsgemäße Sitzung des Betriebsrats zur Einführung von Kurzarbeit stattgefunden. Das Gremium sei zu diesem Zeitpunkt beschlussfähig gewesen. Die BV Kurzarbeit vom 07.03.2011 sei wirksam zustande gekommen. Die Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses zum Abschluss der BV Kurzarbeit ergebe sich auch deshalb, weil der Betriebsrat später auch nach anwaltlicher Beratung keine Möglichkeit gesehen habe, sich auf die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung zu berufen, weshalb der Betriebsrat die BV Kurzarbeit dann fristlos aus wichtigem Grund gekündigt habe.	42

Eine Betriebsvereinbarung könne nur dann gekündigt werden, wenn sie rechtlich existent sei. Jedenfalls sei in der fristlosen Kündigung der Betriebsvereinbarung eine nachträgliche Genehmigung eines möglicherweise fehlerhaften Betriebsratsbeschlusses gemäß § 184 BGB zu sehen. Einen Grund für eine fristlose Kündigung der Betriebsvereinbarung habe es nicht gegeben. Die Betriebsstilllegung sei erst zum 31.12.2012 erfolgt, so dass es mehr als ein Jahr zuvor keinen Anlass gegeben habe, an der Intention der Kurzarbeit, nämlich der Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen, zu zweifeln. Aus der Rückschau ergebe sich, dass es im Jahr 2011 während der Laufzeit der BV Kurzarbeit keine betriebsbedingten Kündigungen gegeben habe. Darüber hinaus habe sie im Jahr 2011 auch keinerlei Maßnahmen zur Umsetzung der Konzernentscheidung zur Betriebsstilllegung umgesetzt. Selbst wenn eine wirksame Rechtsgrundlage für die Kurzarbeit fehlen sollte, bestehe kein Zahlungsanspruch des Klägers. Sie habe sich nicht im Annahmeverzug befunden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 31.10.2013 insgesamt stattgegeben. Gemäß 43 §§ 611 Abs. 1, 615 Satz 1, 293 ff. BGB habe der Kläger Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem arbeitsvertraglich vereinbarten Entgelt und dem erhaltenen Kurzarbeitergeld für die Zeit vom 11.03.2011 bis zum 31.12.2011. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Kurzarbeit anzuordnen. Ein Angebot des Klägers zur Arbeitsleistung sei nach § 296 BGB entbehrlich gewesen, weil es seitens der Beklagten einer Mitwirkungshandlung bedurft hätte, deren Zeit nach dem Kalender bestimmt gewesen sei, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung von Arbeit, damit der Kläger die geschuldete Arbeitsleistung hätte erbringen können. Für die Einführung der Kurzarbeit habe es an einer wirksamen Rechtsgrundlage gefehlt. Die BV Kurzarbeit genüge nicht den Anforderungen an eine wirksame Betriebsvereinbarung im Sinne der §§ 87 Abs. 1 Nr. 3, 77 Abs. 4 BetrVG. Nach aktueller Rechtsprechung des LAG Hamm (*Urteil 01.08.2012 – 5 Sa 27/12 -*) sei für die wirksame Vereinbarung von Kurzarbeit erforderlich, dass in einer Betriebsvereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit, die normative Wirkung für die betroffenen Arbeitsverhältnisse entfalten solle, Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Lage und Verteilung der Arbeitszeit, die Auswahl der von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer oder die Abteilung sowie die Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen solle, festgelegt werde, um den für Rechtsnormen geltenden Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen. Diesen Anforderungen werde die unter dem 07.03.2011 vereinbarte BV Kurzarbeit nicht gerecht. Es sei nicht festgelegt, welche Personen in welchem Umfang nach welchen Kriterien in die Kurzarbeit einbezogen werden sollten. Hinsichtlich Dauer und Inhalt der Kurzarbeit bleibe die Festlegung der BV Kurzarbeit völlig offen. Für die einzelnen Arbeitnehmer sei nicht erkennbar, ob und in welchem Umfang sie von der Kurzarbeit betroffen sein würden. Auf die Wirksamkeit des der BV Kurzarbeit zugrundeliegenden Betriebsratsbeschlusses komme es daher nicht an. Der Zahlungsanspruch sei der Höhe nach unstrittig. Der Anspruch sei nicht verfallen. Im Kammertermin habe die Beklagte klargestellt, dass Verfallklauseln keine Anwendung fänden.

Das Urteil ist der Beklagten am 08.11.2013 zugestellt worden. Die Beklagte hat am 44 21.11.2013 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 10.02.2014 am 10.02.2014 begründet.

Die Beklagte wendet ein, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass Annahmeverzug nicht 45 gegeben sei. Der Kläger hätte seine Arbeitsleistung gemäß den §§ 293 ff. BGB tatsächlich anbieten müssen. Es sei keine Situation gegeben, in der ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB ausgereicht hätte. Die Darstellung des Arbeitsgerichts, sie – die Beklagte – habe dem Kläger die Arbeitsmöglichkeit verweigert, sei nicht durch Sachvortrag der Parteien belegt und unzutreffend. Die Kurzarbeit sei nicht mit der Maßgabe „Kurzarbeit Null“ erfolgt, sondern sei

gemäß dem entsprechenden Arbeitsanfall in der Vorwoche jeweils geplant worden, indem festgelegt worden sei, wie viele Mitarbeiter in welchen Abteilungen anwesend sein müssten bzw. erübrigt werden könnten. Arbeitsbedarf habe jedoch generell bis Ende Dezember 2011 durchgehend in allen Abteilungen bestanden. Da alle Mitarbeiter während der gesamten Zeit Zutritt zum Betrieb gehabt hätten, wäre es für den Kläger ein Leichtes gewesen, seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß im Sinne des § 294 BGB anzubieten. Unzutreffend sei auch die rechtliche Würdigung des Arbeitsgerichts, die Betriebsvereinbarung vom 07.03.2011 sei zu unbestimmt und deshalb unwirksam. In der Präambel stehe zu lesen, dass die Produktionsmenge an den verringerten Absatz, der im Übrigen zwischen den Betriebsparteien unstreitig gewesen sei, angepasst werden müsse. Das Arbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, dass es sich bei der Betriebsvereinbarung vom 07.03.2011 nicht um eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von „Kurzarbeit Null“ handele sondern um ein flexibles Instrument zur Absicherung der Arbeitszeit. Es sei für sie im März 2011 nicht erkennbar gewesen, in welchem Rahmen die Kurzarbeit in den einzelnen Abteilungen bis Dezember 2011 zur Anwendung kommen werde. Deshalb habe man sich zu der flexiblen Regelung in § 3 der Betriebsvereinbarung entschlossen. Die vom Arbeitsgericht zitierte Entscheidung des LAG Hamm passe nicht auf den hier zu entscheidenden Sachverhalt, da dort offensichtlich die Anordnung einer „Kurzarbeit Null“ streitgegenständlich gewesen sei. Die Betriebsvereinbarung vom 07.03.2011 biete eine ausreichende Grundlage zur Abänderung der Arbeitsbedingungen des Klägers.

Die Beklagte beantragt, 46

auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 31.10.2013, 47  
AZ: 3 Ca 1287/12, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt, 48

die Berufung zurückzuweisen. 49

Der Kläger verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Zu Recht habe das Arbeitsgericht 50  
entschieden, dass die BV Kurzarbeit nicht den Anforderungen an eine normativ wirkende  
Betriebsvereinbarung genüge und damit die vertraglichen Arbeitsbedingungen nicht wirksam  
habe abändern können. Weiterhin verbleibe es dabei, dass die Betriebsvereinbarung nicht  
auf der Grundlage eines Beschlusses des Betriebsrates abgeschlossen worden sei und auch  
nicht nachträglich genehmigt worden sei. Die Betriebsvereinbarung sei jedenfalls formell  
unwirksam. Materiell sei zu beanstanden, dass die Betriebsvereinbarung nicht genau genug  
bestimme, für wen und wann und in welchem Umfang Kurzarbeit anfallen solle. Für die  
einzelnen Arbeitnehmer sei auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung nicht erkennbar  
gewesen, in welchem Umfang sie von der Kurzarbeit betroffen sein sollten. Es verbleibe bei  
der Auffassung, dass ein wörtliches Angebot der Arbeitskraft nicht erforderlich gewesen sei.  
Die Notwendigkeit eines solchen Angebotes sei für die Arbeitnehmer nicht erkennbar. Eine  
solche Anforderung erscheine unrealistisch. Im Übrigen habe er am 18.10.2011 nach  
Ausspruch der fristlosen Kündigung der Betriebsvereinbarung durch den Betriebsrat seine  
Arbeitskraft voll umfänglich angeboten.

**Entscheidungsgründe** 51

Die Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b) 52  
ArbGG. Die Berufung ist form- und fristgerecht entsprechend den Anforderungen der §§ 66  
Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO eingelegt und begründet worden. Die Berufung hat  
jedoch nur zu einem Teil Erfolg.

Für den Zeitraum vom 18.10.2011 bis zum 31.12.2011 hat das Arbeitsgericht die Beklagte zu 53  
Recht zur Zahlung der Differenzbeträge verurteilt. Die Beklagte befand sich in diesem  
Zeitraum im Annahmeverzug gemäß §§ 615, 293 ff BGB. Insoweit war die Berufung der  
Beklagten zurückzuweisen (I.). Erfolgreich ist die Berufung dagegen für die vorausgegangene  
Zeitspanne vom 11.03.2011 bis zum 17.10.2011. Für diese Zeit besteht kein Anspruch auf  
Annahmeverzugsentgelt, weil der Kläger seine Arbeitsleistung nicht in einer den §§ 293 ff  
BGB genügenden Weise angeboten hat. Insoweit war das Urteil des Arbeitsgerichts  
abzuändern und die Klage abzuweisen (II.).

**I.** Für den Zeitraum vom 18.10.2011 bis zum 31.12.2011 stehen dem Kläger die 54  
eingeklagten Beträge zu. Dies folgt aus §§ 615 Satz 1, 611, 293, 295 BGB. Die Beklagte  
befand sich im Annahmeverzug. Die BV Kurzarbeit war keine geeignete Grundlage für die  
Anordnung von Kurzarbeit. Die dortige Regelung ist zu unbestimmt. Der Kläger hat seine  
Arbeitskraft durch das Schreiben vom 18.10.2011 zureichend angeboten.

**1.** Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer für nicht geleistete Dienste die vereinbarte 55  
Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn sich der Arbeitgeber  
mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet. Die Voraussetzungen dieser Norm sind für  
den Zeitraum vom 18.10.2011 bis zum 31.12.2011 erfüllt.

**a)** Unstreitig bestand in diesem Zeitraum zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis. 56

**b)** Unstreitig hat die Beklagte in der Zeit vom 18.10.2011 bis zum 31.12.2011 die 57  
Arbeitsleistung des Klägers nicht für alle Stunden der regulären Arbeitszeit  
entgegengenommen. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten hatte der Kläger  
während dieses Zeitraums Anspruch auf Leistung und Vergütung im Umfang der ungekürzten  
vertraglichen Arbeitszeit. Das Zeitvolumen ist durch die Anordnung von Kurzarbeit für den  
fraglichen Zeitraum nicht wirksam vermindert worden. Die BV Kurzarbeit ermächtigte die  
Beklagte nicht, die Arbeitszeit des Klägers ohne dessen Zustimmung herabzusetzen.

**aa)** Kurzarbeit im vergütungsrechtlichen Sinne ist die vorübergehende Kürzung des 58  
Volumens der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit bei anschließender Rückkehr zum  
vereinbarten Zeitumfang. Die Einführung von Kurzarbeit bedarf einer besonderen normativen  
oder einzelvertraglichen Rechtsgrundlage. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist kein  
geeignetes Instrument, um die vertraglich eingegangene Beschäftigungs- und  
Vergütungspflicht einzuschränken (*BAG 10.10.2006 AP BPersVG § 75 Nr. 85; BAG  
18.10.1994 AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 11; BAG 14.02.1991 AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr.  
4*).

**bb)** Eine einvernehmliche oder durch Änderungskündigung herbeigeführte vertragliche 59  
Abrede der Parteien über eine Verkürzung des Umfangs der regelmäßig geschuldeten  
Arbeitszeit des Klägers liegt nicht vor.

**cc)** Entgegen der Argumentation der Beklagten bietet die BV Kurzarbeit keine 60  
rechtswirksame Grundlage für eine Verkürzung der regulären vertraglichen Arbeitszeit. Die  
Betriebsvereinbarung ist zu unbestimmt. Wie bereits die 5. Kammer des erkennenden  
Gerichts unter dem 01.08.2012 entschieden hat, kann die vertraglich festgelegte Arbeitszeit  
durch eine Betriebsvereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit nur dann ohne Zustimmung  
des betroffenen Arbeitnehmers herabgesetzt werden, wenn in der Betriebsvereinbarung  
selbst festgelegt ist, in welchem konkreten Zeitraum für welche betroffenen Arbeitnehmer in  
welchem konkreten Umfang die Arbeit wegen Kurzarbeit ausfallen soll. Nur so ist dem Gebot  
der Normenklarheit genügt (*hierzu: BAG 21.09.2011 AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 9 Rn. 36*). Die

Betriebsvereinbarung muss den Beginn und die Dauer der Kurzarbeit, die Lage und Verteilung der Arbeitszeit, die Auswahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Abteilung sowie die Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen soll, festlegen ( *LAG Hamm 01.08.2012 – 5 Sa 27/12 – rechtskräftig [die zugelassene Revision ist nicht eingelegt worden]*; ebenso: *LAG Baden-Württemberg 25.11.2005 – 20 Sa 112/04 -*; *Hess. LAG 14.03.1997 NZA-RR 1997,479*; *ArbG Hagen 09.10.2012 – 1 Ca 1420/12 – m. zust. Anmerkung Kothe/Paschke jurisPR-ArbR 25/2013 Anm. 4*; *Fitting, BetrVG, 27.Aufl.2014, § 87 BetrVG Rn. 158*; *GK-Wiese, BetrVG, 10.Aufl. 2014, § 87 BetrVG Rn. 363 – a.A.: Thür. LAG 07.10.1999 – 2 Sa 404/98 -*; *LAG Brandenburg 10.08.1994 – 5 Sa 286/94 -*). Die erforderlichen Festlegungen fehlen in der BV Kurzarbeit. Es wird nicht bestimmt, zu welchen konkreten Zeiten und in welchem konkreten Umfang die Arbeitszeit welcher einzelnen Arbeitnehmer reduziert wird. Wenn es in § 3 BV Kurzarbeit lediglich heißt, die Kurzarbeit erfolge flexibel in Anpassung an den Arbeitsanfall in den einzelnen Arbeitsbereichen und nach Planung in den Abteilungen mit dem Vorgesetzten, so fehlt jegliche Festlegung zum Umfang der Absenkung der Arbeitszeit. Mit dem Wortlaut des § 3 BV Kurzarbeit lässt sich Kurzarbeit in jedem beliebigen Umfang vereinbaren, von einer Beibehaltung der vollen regulären Arbeitszeit über den gesamten Zeitraum bis hin zu einem Totalausfall sämtlicher Arbeitsstunden über die gesamte Zeitspanne vom 11.03.2011 bis zum 31.12.2011 („Kurzarbeit Null“). Die Arbeitnehmer des Betriebes konnten durch eine Lektüre der BV Kurzarbeit nicht feststellen, ob und in welchem Umfang sie von Kurzarbeit betroffen sein würden. Ein so weitgehender Spielraum ist mit dem Gebot der Normenklarheit nicht vereinbar. Ob der Betriebsrat nachfolgend den wöchentlichen Planungen jeweils im Einzelfall zugestimmt hat - was zwischen den Parteien streitig ist -, ist für die Frage der rechtlichen Wirksamkeit der Herabsetzung der Arbeitszeit ohne Belang. Eine formlose Regelungsabrede über die Realisierung von Kurzarbeit wahrt zwar das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, kann aber wegen ihrer fehlenden normativen Wirkung nicht die vertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen der betroffenen Arbeitnehmer abändern ( *Fitting aaO*; *GK-Wiese, aaO, Rn. 364 – vgl. auch BAG 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 – AP BurlG § 7 Nr. 40*).

**c)** Das nach §§ 615 Satz, 293 ff BGB erforderliche Angebot der Arbeitsleistung ist erfolgt. Mit Schreiben vom 18.10.2011 hat der Kläger der Beklagten seine Arbeitsleistung im vertraglich vereinbarten Umfang angeboten („...meine Arbeitskraft ... voll umfänglich per sofort anbiete und insofern auch einen Entlohnungsanspruch zu Vollzeitbedingungen erwerbe.“). Dieses wörtliche Angebot reichte aus. Mit der Anordnung der Kurzarbeit hatte die Beklagte erklärt, dass sie eine weitergehende Leistung des Klägers nicht annehmen werde. Damit sind die Voraussetzungen des § 295 BGB erfüllt (vgl. *BAG 10.10.2006 AP BPersVG § 75 Nr. 85*; *LAG Hamm 01.08.2012 – 5 Sa 27/12 – unter II. a.E./Rn.51*). 61

**2.** Die rechnerische Höhe der Klageforderung steht zwischen den Parteien außer Streit. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 BGB. 62

**II.** Unbegründet ist die Klageforderung für den Zeitabschnitt vom 11.03.2011 bis zum 17.10.2011. Die Voraussetzungen der §§ 293 ff BGB sind für diesen Zeitraum nicht erfüllt. Es fehlt das Angebot der geschuldeten Arbeitsleistung. Insoweit war das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. 63

**1.** Nach § 293 kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Nach § 294 BGB muss die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Gemäß § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, dass er die Leistung nicht 64

annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebot der Leistung steht dabei die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Diese Voraussetzungen sind für die Zeit bis zum 17.10.2011 nicht erfüllt. Unstreitig hat der Kläger eine weitergehende Arbeitsleistung im Zeitraum vor dem 18.10.2011 weder tatsächlich noch wörtlich angeboten. Auch der Kläger behauptet nicht, dass er der Beklagten zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem 18.10.2011 deutlich gemacht hätte, dass er Arbeitsleistungen über die angeordnete Kurzarbeit hinaus erbringen wolle.

**2.** Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts war ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung nicht nach § 296 BGB entbehrlich. Nach § 296 BGB bedarf es in Fällen, in denen für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, eines Angebotes durch den Schuldner nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG findet § 296 BGB im ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig keine Anwendung (*BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12 – NZA 2013,1076; BAG 16.04.2013 – 9 AZR 554/11 – NZA 2013,849; BAG 27.08.2008 – 5 AZR 16/08 – AP BGB § 615 Nr. 124; BAG 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 – AP BGB § 615 Nr. 121*). Nur bei einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung bleibt nach dieser Rechtsprechung Raum für § 296 BGB, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dann keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zuweist (*BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12 – NZA 2013,1076; BAG 16.04.2013 – 9 AZR 554/11 – NZA 2013,849; BAG 22.02.2012 – 5 AZR 249/11 -*). Allerdings hat der Sechste Senat des BAG in einem Urteil vom 27.01.1994 die Anwendung des § 296 BGB auch im bestehenden Arbeitsverhältnis in einem Fall der unwirksamen Anordnung von Kurzarbeit bejaht, nachdem der Arbeitgeber einer Gruppe von Arbeitnehmern die Arbeitsmöglichkeit verweigert hatte (*BAG 27.01.1994 – 6 AZR 541/93 – AP BAT-O § 15 Nr. 1*). Der vorliegende Fall unterscheidet sich vom Sachverhalt des letztgenannten Urteils jedoch dadurch, dass die hiesige Beklagte dem Kläger nicht jegliche Arbeitsmöglichkeit verweigert hat sondern lediglich von einem vermeintlichen Recht Gebrauch gemacht hat, die Arbeitszeitdauer flexibel zu bestimmen. In einer solchen Fallgestaltung bleibt es dabei, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anbieten muss (*BAG 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 – AP BGB § 615 Nr. 121 Rn. 19*). In diesem Zusammenhang hat bereits das Arbeitsgericht in seinem ausführlichen rechtlichen Hinweis vom 29.11.2012 ausgeführt, dass ein Angebot nicht entbehrlich sein dürfte, weil es sich [nur] um eine teilweise betriebsbedingte Suspendierung ohne einen verhaltens- oder personenbezogenen Vorwurf handele und nach den gegebenen Umständen nicht auszuschließen gewesen sei, dass die Beklagte den Kläger im Fall eines Angebotes „aus der Kurzarbeit genommen hätte“; möglicherweise hätte es Arbeitnehmer gegeben, die gern mit der klagenden Partei getauscht hätten und (weitere) Kurzarbeit geleistet hätten (keine evidente Nutzlosigkeit eines Angebots) (*Protokoll des Gütetermins vom 29.11.2012, Bl. 23ff, 25 GA*). Diesen Hinweisen ist der Kläger nicht mit beachtlichem Tatsachenvortrag entgegen getreten. Von einer evidenten Nutzlosigkeit eines Arbeitskraftangebotes kann für den Zeitraum bis zum 17.10.2011 nicht ausgegangen werden.

65

**III.** Wegen grundsätzlicher Bedeutung der unter I. und II. behandelten Rechtsfragen hat die Kammer gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG für beide Parteien die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

66

**IV.** Die Kostenentscheidung fußt auf § 92 Abs. 1 Satz 1 2.Alt. ZPO.

67

