

ZAP

11 | 2020

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

15. Juni
32. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

► **Mit dem ZAP Internetreport**

AUS DEM INHALT

Kolumne

Fußball-Liga auf Bewährung (S. 563)

Anwaltsmagazin

Bundesrat billigt zahlreiche Corona-Schutzmaßnahmen (S. 565) • Zulassungswiderruf wegen Vermögensverfalls (S. 566) • Fehlendes beA kann teuer werden (S. 569)

Aufsätze

van Bühren, Anwaltliche Auskunftspflichten gegenüber Rechtsschutzversicherern (S. 591)

Maaß, Corona und Arbeitsrecht – die Kurzarbeit (S. 595)

Rohrlich, Digitale Kommunikation (nicht nur) in Krisenzeiten und datenschutzrechtliche Aspekte (S. 605)

Rechtsprechung

BGH: Behinderungsbedingter Mehrkostenersatz einer Urlaubsreise (S. 585)

BVerfG: Corona-Verordnung Hessen: Versammlungsverbot (S. 589)

OLG München: Vertretung eines Anwalts in eigener Sache (S. 590)



ZAP

In Zusammenarbeit mit der
Bundesrechtsanwaltskammer



Arbeitsrecht

Corona und Arbeitsrecht – die Kurzarbeit

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. KIRSTIN MAAß, Köln

Inhalt

- | | |
|--|--|
| I. Vorbemerkung | VI. Höhe des Kurzarbeitergelds |
| II. Voraussetzungen der Kurzarbeit | VII. Sonderproblem: Lohnfortzahlung im Krankheitsfall |
| 1. Tarifvertrag | 1. Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Kurzarbeit |
| 2. Betriebsvereinbarung | 2. Arbeitsunfähigkeit während Kurzarbeit |
| 3. Individualrechtliche Vereinbarung | VIII. Zahlung unter Vorbehalt |
| III. Voraussetzungen des Kurzarbeitergelds | IX. Arbeitgeberseitige Zuschüsse |
| 1. Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall | X. Verfahren – Anzeige der Kurzarbeit |
| 2. Vorübergehend und unvermeidbar | XI. Betriebsbedingte Kündigung während der Kurzarbeit? |
| IV. Betriebliche Voraussetzungen des Kurzarbeitergelds – „Quote“ | |
| V. Persönliche Voraussetzungen | |

I. Vorbemerkung

Das Coronavirus hat uns alle – beruflich und privat – mit voller Wucht getroffen. Neben den gesundheitlichen Sorgen führt das Virus infolge notwendiger drastischer Maßnahmen zum Gesundheitsschutz zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Belastungen sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite. Das Arbeitsrecht steht aktuell vor einer Vielzahl zu bewältigender Herausforderungen infolge der Pandemie. Diese betreffen v.a. Fragen der Beschäftigung, der Verteilung des Arbeits- bzw. Lohnausfallrisikos zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern, aber auch staatlichen Institutionen sowie des Arbeitszeit- oder Sozialversicherungsrechts.

Der Gesetzgeber hat schnell und hoffentlich wirksam insb. i.R.d. Kurzarbeit reagiert. Für den Zeitraum vom 1.3.2020 bis zum 31.12.2020 wurden erhebliche Verbesserungen zum Kurzarbeitergeld getroffen. Die Voraussetzungen wurden verringert, die Bezugszeit wurde von zwölf auf 21 Monate verlängert. Auch soll das Kurzarbeitergeld erhöht werden.

Die Bundesagentur für Arbeit hat am 26.4.2020 mitgeteilt, dass Deutschlands Unternehmen für insgesamt 10,1 Mio. Menschen Kurzarbeit beantragt haben. Kurzarbeit wird flächendeckend in vielen Branchen geleistet, häufig in der „Null-Variante“. Für die Arbeitnehmer führt Kurzarbeit, insb. Kurzarbeit Null, zu deutlichen finanziellen Einbußen.

Hinweis:

Umfangreiche, auch praktische Informationen zum Kurzarbeitergeld sind abrufbar auf den Seiten der Bundesagentur für Arbeit unter:

<https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld>
sowie ebenso auf den Seiten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter:
<https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Kurzarbeit/kurzarbeit.html>.

II. Voraussetzungen der Kurzarbeit

Es muss zwischen den Voraussetzungen für die **arbeitsrechtliche Anordnungsmöglichkeit von Kurzarbeit** und der **leistungsrechtlichen Gewährung von Kurzarbeitergeld** durch die Bundesagentur für Arbeit differenziert werden.

Arbeitgeber haben grds. die Pflicht, die Arbeitnehmer zu beschäftigen. Es bedarf daher einer Rechtsgrundlage, um diese Beschäftigungspflicht einzuschränken oder ganz auszusetzen. Hierzu ist eine Regelung in einem **Tarifvertrag**, einer **Betriebsvereinbarung** oder in einer **individualrechtlichen Vereinbarung** mit jedem einzelnen Arbeitnehmer notwendig.

Hinweis:

Bei einer Anordnung ohne rechtliche Grundlage besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, und Arbeitnehmer behalten ihren vollen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber.

1. Tarifvertrag

In vielen Branchen finden sich Tarifverträge, in denen Arbeitgeber und Betriebsrat ermächtigt werden, unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen, v.a. zu Umfang, Ausmaß und Höchstdauer der Kurzarbeit sowie einer Ankündigungsfrist, Kurzarbeit einzuführen. Wichtig ist, dass in den Tarifverträgen die Voraussetzungen der Einführung der Kurzarbeit bestimmt werden müssen und Pauschalermächtigungen unzulässig sind (BAG, Urt. v. 27.1.1994 – 6 AZR 541/93, NZA 1995, 134). Häufig werden auch zu zahlende Zuschüsse, sog. Aufstockungen, zum Kurzarbeitergeld geregelt.

2. Betriebsvereinbarung

Fehlt es an einem Tarifvertrag, besteht im Betrieb aber ein Betriebsrat, kann Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung eingeführt werden. Dem Betriebsrat steht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bei der Einführung von Kurzarbeit ein **zwingendes Mitbestimmungsrecht** zu. Die Betriebsvereinbarung muss die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass für die Arbeitnehmer zuverlässig erkennbar wird, wann insb. die Kurzarbeit **beginnen** und **enden**, wie die **Lage** und **Verteilung der Arbeitszeit** sowie die **Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer** während der Kurzarbeit erfolgen soll. Auch ist die Festlegung der Zeiträume, in denen die Arbeit ganz oder teilweise ausfallen soll, zu regeln (BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565).

Betriebsräte machen ihre Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit häufig von Zuschüssen zum Kurzarbeitergeld abhängig oder verlangen eine befristete Beschäftigungssicherung durch den Abschluss betriebsbedingter Kündigungen. Hierbei handelt es sich allerdings um Entgeltfragen, die von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht – auch nicht als Annexkompetenz – erfasst sind (vgl. LAG Köln, Beschl. v. 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89, NZA 1989, 939; RICHARDI, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn 383 m.w.N.). Können sich die Betriebsparteien nicht einigen, kann die Einigungsstelle angerufen werden.

3. Individualrechtliche Vereinbarung

Kommt weder eine tarifliche Regelung noch eine Betriebsvereinbarung (z.B. in einem betriebsratslosen Betrieb) in Betracht, kann die Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit nur durch **Individualvereinbarung** geschaffen werden. Zum Teil enthalten Arbeitsverträge sog. **Kurzarbeitsklauseln**. Diese ermächtigen den Arbeitgeber zur Anordnung von Kurzarbeit ohne weitere Zustimmung des Arbeitnehmers. Sie unterliegen allerdings der sog. **AGB-Kontrolle**. Nach der bisherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung müssen Kurzarbeitsklauseln zur ihrer Wirksamkeit Regelungen zum Umfang und Ausmaß der

Kurzarbeit, zu dem betroffenen Bereich im Betrieb, zu dem betroffenen Personenkreis, zu der Art und Weise der Einbeziehung dieses Personenkreises und eine konkrete Ankündigungsfrist enthalten (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10, NZA-RR 2011, 65).

Hinweis:

In der Praxis haben sich die Ereignisse angesichts der sich schnell ausbreitenden Corona-Pandemie überschlagen. Viele Arbeitgeber sahen sich durch die politischen Signale der Bundesregierung zur Einführung der Kurzarbeit motiviert. Die arbeitsrechtliche Einführung der Kurzarbeit wurde deshalb häufig rasant umgesetzt, um Kurzarbeitergeld beziehen zu können. Auch die Formulare der Bundesagentur für Arbeit vermittelten den Eindruck, Kurzarbeitergeld sei ohne größere Hürden zu beziehen. So lässt die Bundesagentur für Arbeit beispielsweise eine einfache Zustimmungserklärung der Arbeitnehmerseite zu. Diese „einfache“ Zustimmungserklärung enthält jedoch keine konkreten Vereinbarungen, z.B. zur Dauer oder zur Höhe der Kurzarbeit. Es ist daher – in arbeitsrechtlicher Hinsicht – **Vorsicht geboten!**

Die individualrechtliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer ist **nicht erzwingbar!** Weigern sich Arbeitnehmer, eine solche Vereinbarung zu treffen oder mindestens der Einführung zuzustimmen, kann für diese Arbeitnehmer Kurzarbeit **nicht** angeordnet werden, die Bundesagentur für Arbeit kann dem Antrag des Arbeitgebers nicht stattgeben.

Die Einführung von Kurzarbeit im Wege des Direktionsrechts ist nicht zulässig (BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565). Möglich bleibt dann nur noch der Weg über die sog. (außerordentliche) **Änderungskündigung**, um die Einführung der Kurzarbeit zu erzwingen (vgl. hierzu: BAUER/GÜNTHER, NZA 2020, 419). Eine ordentliche Änderungskündigung ist dabei häufig wegen der **Einhaltung der Kündigungsfristen** kein probates Mittel, noch rechtzeitig eine (Teil-)Suspendierung der Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Auch bestehen **Risiken** in Bezug auf die Wirksamkeit der Änderungskündigung. Nach der Rechtsprechung des BAG (z.B. BAG, Urt. v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333; BAG, Urt. v. 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, NZA 2008, 1182) ist eine „normale“ betriebsbedingte Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse dem Änderungsangebot zugrunde liegen und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur solche Änderungen angeboten hat, die dieser billigerweise hinnehmen muss. Es ist bisher höchstrichterlich nicht geklärt, ob und inwieweit die Bedingungen, die die Rechtsprechung für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung geschaffen hat, auch auf die spezielle Konstellation einer Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit übertragen werden können und müssen. Hinzukommen weitere praxisrelevante Fragen, die bislang unbeantwortet sind: So ist häufig die Entscheidung, für welche **Dauer die Kurzarbeit** kraft Änderungskündigung eingeführt werden soll, nicht einfach. Hier stehen Arbeitgeber regelmäßig vor der Schwierigkeit, die Dauer des Arbeitsausfalls im Zeitpunkt der Anordnung nicht sicher einschätzen zu können. Dies gilt v.a. in der aktuellen Situation, da das Ende der pandemiebedingten Einschränkungen noch nicht absehbar ist. Problematisch ist ebenfalls, ob eine **Ankündigungsfrist** zwingende Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Änderungskündigung ist und wie lange die Ankündigungsfrist konkret sein muss.

III. Voraussetzungen des Kurzarbeitergelds

Nach §§ 95, 96 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

1. in einem Betrieb, in dem mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist, ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,
2. der nur vorübergehend und nicht vermeidbar ist,
3. eine gewisse Quote erfüllt ist,
4. die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen und
5. der Arbeitsausfall der Bundesagentur für Arbeit unverzüglich angezeigt wird.

1. Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall

Ein erheblicher Arbeitsausfall liegt vor, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen (vgl. § 96 Abs. 2 SGB III), insb. einer schlechten Konjunkturlage, oder einem unabwendbaren Ereignis (vgl. § 96 Abs. 3 SGB III) beruht.

Gemäß § 96 Abs. 2 SGB III beruht ein Arbeitsausfall auf **wirtschaftlichen Gründen**, wenn er durch eine Veränderung der betrieblichen Strukturen verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist. Wirtschaftliche Ursachen sind z.B. Konjunkturschwankungen, Auftragsmangel oder Absatzschwierigkeiten, Kundenrückgang, aber auch Produktionsschwierigkeiten aufgrund fehlender Zulieferteile, Rohstoffknappheit, Exportrückgang oder fehlende Transportmöglichkeiten wegen Störung der Verkehrsmittel. Die wirtschaftliche Ursache muss zwar nicht die ausschließliche, jedoch die wesentliche und damit die überwiegende Ursache für den Arbeitsausfall sein (BSG, Urt. v. 29.4.1998 – B 7 AL 102/97 R).

Ein **unabwendbares Ereignis** wird in § 96 Abs. 3 SGB III näher definiert. Danach liegt ein unabwendbares Ereignis vor, wenn der Arbeitsausfall durch behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen verursacht ist, die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind. Staatliche Schutzmaßnahmen aufgrund der Corona-Krise und notwendige Betriebsschließungen begründen einen entsprechenden Arbeitsausfall.

2. Vorübergehend und unvermeidbar

Der Arbeitsausfall darf nur vorübergehend (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III) und muss unvermeidbar sein. **Vorübergehend** ist der Arbeitsausfall, wenn nach den Umständen des Einzelfalls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, dass binnen absehbarer Zeit zur Vollarbeit zurückgekehrt wird. Orientierungspunkt ist dabei die in § 104 Abs. 1 S. 1 SGB vorgesehene gesetzliche Bezugsdauer des Kurzarbeitergelds von zwölf Monaten (bzw. bis zu 24 Monaten).

In der Praxis ist häufig die Frage der **Unvermeidbarkeit** des Arbeitsausfalls relevant (§ 96 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 SGB III). Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Vorkehrungen treffen, wie z.B. Vorziehen notwendiger Arbeiten, aber auch (die zulässige) Umsetzung von (Kurz-)Arbeitnehmern in vollarbeitende Betriebsabteilungen, um den Arbeitsausfall zu vermeiden. Zu denken ist z.B. auch an eine aus der jüngsten Praxis bekannte Umstellung der Produktion von Bekleidung auf Mundschutzmasken oder von Kosmetik auf Desinfektionsmittel.

Praxisrelevant für die Voraussetzung der Unvermeidbarkeit ist v.a. die Frage, ob vorrangig Urlaub zu gewähren ist oder Arbeitszeitguthaben bzw. Überstunden abzubauen sind.

a) Urlaub

Gemäß § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III ist Kurzarbeit durch die Gewährung von bezahltem Urlaub zu vermeiden. Es ist jedoch zu differenzieren: **Resturlaub** aus dem Vorjahr ist nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 30.3.2020 vorrangig einzubringen. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich die Frage nach Einbringung von Resturlaub nunmehr wegen des Fristablaufs zum 31.3.2020 gem. § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG kaum noch stellt. **Laufende** Urlaubsansprüche sind zur Vermeidung von Kurzarbeit – jedenfalls bis zum 31.12.2020 nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 30.3.2020 – **nicht** einzubringen. Dies dürfte aber auch ansonsten gelten, da Arbeitgeber gem. § 7 Abs. 1 BUrlG bzw. § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen haben, soweit dem dringende betriebliche Belange nicht entgegenstehen und diese überwiegen. Dringende betriebliche Belange sind grds. Umstände, die in der betrieblichen Organisation, im technischen Arbeitsablauf, der Auftragslage oder ähnlichen Umständen ihren Grund haben. Nicht ausreichend für die Anordnung von Zwangsurlaub sind jedoch ein kurzfristiger Auftragsmangel oder Betriebsablaufstörungen. Dieses sog. Betriebsrisiko darf nicht durch eine einseitige Urlaubsanordnung auf Arbeitnehmer abgewälzt werden.

Hinweis:

Eine einseitige Anordnung von **Betriebsferien** (in einem betriebsratslosen Betrieb) durch den Arbeitgeber ist ebenfalls nur unter den Voraussetzungen von § 7 Abs. 1 BUrlG möglich. Auch hierfür müssen dringende

betriebliche Belange vorliegen. Sind diese betrieblichen Belange gegeben, kann der Arbeitgeber allerdings von seinem Direktionsrecht Gebrauch machen – und über die Wünsche der Arbeitnehmer hinweggehen. Hinzukommt, dass Betriebsferien nur unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist angeordnet werden dürfen. Außerdem muss den Arbeitnehmern noch ein wesentlicher Teil des Jahresurlaubs frei verplanbar bleiben. So wurde bislang eine Verteilung von $\frac{3}{5}$ Betriebsurlaub und $\frac{2}{5}$ individueller Urlaub als zulässig erachtet (BAG, Beschl. v. 28.7.1981 – 1 ABR 79/79, NJW 1982, 959).

Ist allerdings der Urlaub schon zeitlich festgelegt, kann der Arbeitgeber den Urlaub nicht rückgängig machen. Der Urlaub muss zur Vermeidung der Kurzarbeit nicht eingesetzt werden, die Kurzarbeit ist nicht deswegen vermeidbar.

Beachte:

Arbeitnehmer behalten bei Urlaub während der Kurzarbeit ihren ungekürzten Urlaubsentgeltanspruch. Die finanzielle Belastung für den Arbeitgeber ist daher größer als bei der Kurzarbeit. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG bleiben Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit eintreten, für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht. Das heißt, zuvor angeordnete Kurzarbeit hat keine Auswirkungen auf die Höhe des Urlaubsentgelts, das der Arbeitnehmer während eines Urlaubs bezieht, der auf die Kurzarbeit folgt (EuGH, Urt. v. 13.12.2018 – C-385/17, NZA 2019, 47).

b) Abbau von Arbeitszeitguthaben bzw. Überstunden

Nach § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III müssen Arbeitszeitguthaben und Überstunden zunächst abgebaut werden, bevor Kurzarbeit angeordnet werden kann. Andernfalls ist der Arbeitsausfall vermeidbar. Anders als Urlaub kann der Arbeitgeber den Abbau von Arbeitszeitguthaben i.d.R. einseitig anordnen. Zudem sieht § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III bestimmte Ausnahmen für geschützte Arbeitszeitguthaben vor. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass in allen übrigen Fällen Arbeitszeitguthaben abzubauen ist.

Hinweis:

Entgegen § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III sind derzeit nicht vorrangig negative Arbeitszeitsalden aufzubauen! Vor der Beantragung von Kurzarbeit müssen Mitarbeiter damit zumindest bis zum 31.12.2020 nicht mehr angewiesen werden, Minusstunden aufzubauen, selbst wenn das rechtlich möglich wäre.

IV. Betriebliche Voraussetzungen des Kurzarbeitergelds – „Quote“

Ein nur geringer Auftragsrückgang, der sich lediglich auf einen unwesentlichen Teil der Arbeitnehmer auswirkt, berechtigt nicht zur Anordnung von Kurzarbeit. Vielmehr kann sie bis zum 31.12.2020 beantragt und umgesetzt werden, wenn **mehr als 10 % Entgeltausfall für mindestens 10 % der Beschäftigten** (bislang $\frac{1}{3}$ der Beschäftigten) entstehen wird, und zwar bezogen auf den Betrieb als ganzen oder auf eine Betriebsabteilung (vgl. § 97 S. 2 SGB III). Eine Betriebsgröße ist nicht vorgegeben, auch Betriebe mit **nur einem Beschäftigten** können Kurzarbeit beantragen. Auszubildende sind bei der Ermittlung der Quote nicht mitzuzählen. Es sind aber sozialversicherungsfreie Beschäftigungen wie etwa geringfügige Beschäftigungen zu berücksichtigen. Der Anspruchszeitraum ist auf den jeweiligen **Kalendermonat** bezogen.

Hinweis:

Die 10 %-Quote gilt erst seit Kurzem. Der Gesetzgeber hat durch das sog. Arbeit-von-morgen-Gesetz („Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“) vom 13.3.2020 § 109 Abs. 5 SGB III eingefügt. Diese Vorschrift enthält eine Sonderermächtigung für eine Rechtsverordnung der Bundesregierung, womit die erforderliche Quote von einem Drittel auf 10 % herabgesetzt werden kann. Hiervon hat die Bundesregierung rückwirkend zum 1.3.2020 mit der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 23.3.2020 befristet bis zum 31.12.2020 Gebrauch gemacht.

V. Persönliche Voraussetzungen

Die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine **versicherungspflichtige Beschäftigung** fortsetzt (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Danach sind versicherungspflichtig Beschäftigte Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB III). Versicherungsfreie Beschäftigte (vgl. §§ 27, 28 SGB III), insb. sog. **Minijobber** mit einem 450-Euro-Job, haben daher **keinen** Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Auch die in § 98 Abs. 3, Abs. 4 SGB III genannten Personengruppen sind vom Kurzarbeitergeld-Leistungsbezug ausgeschlossen. **Leiharbeitnehmer** fallen dagegen unter die Kurzarbeiterregelung (vgl. § 3 KugV).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben ferner Beschäftigte, die eine **Kündigung** erhalten oder einen **Aufhebungsvertrag** abgeschlossen haben (§ 98 Abs. 1 Nr. 3 SGB III). Grund hierfür ist, dass der Zweck des Kurzarbeitergelds (Sicherung des Arbeitsplatzes) nicht mehr erreicht werden kann.

Wird ein Arbeitsverhältnis erst aufgenommen, nachdem der Arbeitsausfall eingetreten ist, ist dies gem. § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III nur dann **unschädlich**, wenn die **Arbeitsaufnahme zwingend** war. Dies kann bei dringend benötigten Fachkräften der Fall sein oder wenn ein Arbeitsvertrag bereits abgeschlossen wurde, das Arbeitsverhältnis aber noch nicht begonnen hat (vgl. Gagel/BIEBACK, 2019, SGB III, § 98 Rn 35).

VI. Höhe des Kurzarbeitergelds

Nach § 105 Nr. 2 SGB III wird grds. 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum (Kalendermonat) ausgezahlt, die sich beim Vergleich des durch Kurzarbeit reduzierten Lohns (Ist-Entgelt) zum sonst üblichen Lohn (Soll-Entgelt) ergibt (§ 106 Abs. 1 S. 1 SGB III). **Soll-Entgelt** ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der jeweilige Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im Anspruchszeitraum erzielt hätte. **Ist-Entgelt** ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, ohne einmalig gezahltes Arbeitsentgelt, aber zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile. Vereinfacht gesagt, wird das Nettoentgelt ohne Kurzarbeit mit dem während der Kurzarbeit erzielten Nettoentgelt verglichen. Die Bundesagentur für Arbeit hat eine Berechnungstabelle dazu herausgegeben.

Ist jemand auch nur einem Kind unterhaltsverpflichtet, erhöht sich der Prozentsatz auf 67 %.

Hinweis:

Am 22.4.2020 haben die Spitzen der großen Koalition eine stufenweise Erhöhung des Kurzarbeitergelds beschlossen. Von der Erhöhung profitieren sollen Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit aufgrund von Kurzarbeit um mindestens 50 % reduziert wird. Insoweit ist nunmehr folgende Staffelung vorgesehen:

1. – 3. Monat:	60 % für kinderlose Beschäftigte	67 % für Beschäftigte mit Kindern
ab dem 4. Monat:	70 % für kinderlose Beschäftigte	77 % für Beschäftigte mit Kindern
ab dem 7. Monat:	80 % für kinderlose Beschäftigte	87 % für Beschäftigte mit Kindern

Diese Regelung gilt bis zum 31.12.2020.

Eine Entlastung des Arbeitgebers tritt dadurch ein, dass statt der Entgeltansprüche der Anspruch auf Kurzarbeitergeld gegen die Bundesagentur für Arbeit entsteht. Der Arbeitgeber muss allerdings in Vorlage treten und bekommt sodann die Zahlungen von der Bundesagentur für Arbeit erstattet. Die Anträge auf Erstattung werden jeweils am Monatsende mit entsprechenden Belegen bei der Bundesagentur für Arbeit gestellt.

Das Kurzarbeitergeld ist nicht lohnsteuerpflichtig, unterliegt aber dem sog. Progressionsvorbehalt (§ 32b EStG). Die Arbeitnehmer bleiben während des Bezugs von Kurzarbeitergeld in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung versichert. Für das tatsächlich erzielte beitragspflichtige Arbeitsentgelt während der Kurzarbeit tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge wie bei regulärem Arbeitsentgelt. Beitragspflichtig ist das Kurzarbeitergeld i.H.v. 80 % der Differenz zwischen Soll- und Ist-Entgelt (sog. fiktives Arbeitsentgelt). Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die Beiträge zur Sozialversicherung für das Kurzarbeitergeld allein.

Hinweis:

Die Bundesregierung hat durch § 2 KugV von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dass für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 Sozialversicherungsbeiträge auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form erstattet werden. Auch dadurch tritt eine erhebliche Entlastung der Arbeitgeber ein.

Durch das Sozialschutzpaket vom 27.3.2020 ist ferner gem. § 421c SGB III in Bezug auf **Nebenbeschäftigungen** eine Sonderregelung geschaffen worden. Grundsätzlich gilt – zurzeit noch – der Grundsatz, dass bei Kurzarbeitern, die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld eine weitere Beschäftigung aufnehmen, das daraus erzielte Entgelt als sog. Ist-Entgelt (d.h. das tatsächlich erzielte Entgelt) bei der Berechnung des Kurzarbeitergelds zu berücksichtigen und dem erzielten Entgelt aus der Hauptbeschäftigung anzurechnen ist. Hierauf wird nun vorübergehend (vom 1.4.–31.10.2020) verzichtet, wenn die Tätigkeit in **systemrelevanten Branchen** erfolgt. Das Entgelt aus der Nebenbeschäftigung wird dem Ist-Entgelt für die Berechnung des Kurzarbeitergelds nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Die Nebenbeschäftigung unterliegt darüber hinaus keinen Abgaben zur Arbeitslosenversicherung. Es erfolgt in diesen Fällen also keine Anrechnung auf das Kurzarbeitergeld.

Es ist zudem beabsichtigt, durch das Sozialschutz-Paket-II die Hinzuverdienstmöglichkeiten mit einer Hinzuverdienstgrenze bis zur vollen Höhe des bisherigen Monatseinkommens für **alle Berufe** zu öffnen.

Hinweis:

Handelt es sich um eine bereits **zuvor**, also vor der Kurzarbeit, ausgeübte und insoweit lediglich „fortgesetzte“ Nebentätigkeit, erfolgt ohnehin **keine** Anrechnung. Dabei gilt keine vorherige Mindestdauer.

Zu beachten ist ferner: Arbeitnehmer sind bei Aufnahme einer Nebenbeschäftigung während des Bezugs von Kurzarbeitergeld verpflichtet, das daraus erzielte Einkommen durch eine Nebeneinkommensbescheinigung (einen Vordruck gibt es bei der Bundesagentur für Arbeit) nachzuweisen. Der Arbeitgeber hat das Einkommen aus einer Nebenbeschäftigung bei der Beantragung des Kurzarbeitergelds zu berücksichtigen und die Nebeneinkommensbescheinigung der Abrechnungsliste für das Kurzarbeitergeld beizufügen.

Überstunden sind auch während einer Kurzarbeit grds. möglich. Arbeitet ein Arbeitnehmer in einem Monat mehr Stunden, als er aufgrund der Anordnung der Kurzarbeit arbeiten müsste, so tritt die Kurzarbeit nicht im prognostizierten Umfang ein. Bei der Abrechnung des Kurzarbeitergelds sind die tatsächlich in diesem Monat geleisteten Stunden maßgeblich und nicht der Umfang der angeordneten Kurzarbeit. Sofern einzelne Mitarbeiter Mehrarbeit leisten, die über ihre reguläre (Voll-)Arbeitszeit hinausgeht, während andere – vergleichbare Arbeitnehmer – sich in Kurzarbeit befinden, liegt allerdings kein vermeidbarer Arbeitsausfall gem. § 96 SGB III (mehr) vor!

VII. Sonderproblem: Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Insbesondere im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie wird es häufiger zu Arbeitsunfähigkeiten der Arbeitnehmer vor bzw. im Verlauf der Kurzarbeitsphase kommen. Für die Frage nach der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Zusammenhang mit Kurzarbeit kommt es darauf an, ob die Arbeitsunfähigkeit bereits vor oder erst während der Kurzarbeit bzw. des Bezugs von Kurzarbeitergeld eingetreten ist bzw. eintritt.

1. Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Kurzarbeit

Ist die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vor Einführung der Kurzarbeit eingetreten und besteht noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber (der Zeitraum von sechs Wochen Entgeltfortzahlung ist also noch nicht verstrichen) und der Arbeitnehmer wäre (wäre er gesund) von der Kurzarbeit betroffen, besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die verkürzte Arbeitszeit und ein Anspruch auf Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergelds für die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden (vgl. § 47b Abs. 4 SGB V). Das Kurzarbeitergeld wird folglich als Krankengeld kalkuliert. Wäre der Arbeitnehmer von Kurzarbeit Null betroffen, erhält der Arbeitnehmer Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergelds für die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden.

Besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber (d.h. der Zeitraum von sechs Wochen Entgeltfortzahlung ist bereits verstrichen), und der Arbeitnehmer wäre (wäre er gesund) von der Kurzarbeit betroffen, dann hat der Arbeitnehmer ausschließlich einen Anspruch auf Krankengeld.

2. Arbeitsunfähigkeit während Kurzarbeit

Wenn der Arbeitnehmer im Kurzarbeit-Zeitraum oder an dem Tag, an dem dieser beginnt, erkrankt, besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, solange ihm ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall zusteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde. Das bedeutet, der Arbeitnehmer erhält von dem Arbeitgeber für die **verkürzte Arbeitszeit** infolge der Kurzarbeit eine **Entgeltfortzahlung** bis zu sechs Wochen (vgl. § 4 Abs. 3 EFZG) und **Kurzarbeitergeld für die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden**. Bei Kurzarbeit Null besteht nur ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

Nach Ablauf von sechs Wochen (ungeachtet ob eine verkürzte Arbeitszeit oder Kurzarbeit Null eingeführt wurde) besteht für den Arbeitnehmer ausschließlich ein Anspruch auf **Krankengeld**.

VIII. Zahlung unter Vorbehalt

Angesichts der zahlreichen Neuerungen und des Auftrags an die Agenturen für Arbeit, „unbürokratisch“ und großzügig Kurzarbeitergeld zu gewähren, erfolgen die Zahlungen nur unter Vorbehalt. **Tückisch** ist dies insofern, als Fehler im Zusammenhang mit dem Antragsverfahren und im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergelds nachträglich zum Verlust der Ansprüche gegen die Bundesagentur führen könnten. Wenn die Bescheide unwirksam sind, aufgrund derer die Zahlungen geleistet werden, kann das Kurzarbeitergeld zurückgefordert werden. Ob das Risiko, Annahmeverzugslöhne zu zahlen, auf die Höhe des Kurzarbeitergelds beschränkt ist oder der volle Lohnanspruch besteht, wird noch in Zukunft zu klären sein. Das Risiko ist erheblich.

IX. Arbeitgeberseitige Zuschüsse

Der Arbeitgeber kann das Kurzarbeitergeld **freiwillig** – bis max. auf 100 % des ursprünglichen Nettoentgelts – aufstocken, um finanzielle Nachteile der Arbeitnehmer auszugleichen. Der Zuschuss mindert das Kurzarbeitergeld nicht. Zum Teil zahlen Arbeitgeber solche Zuschüsse auch freiwillig, weil sie nur dann die Zustimmung der Arbeitnehmerseite erhalten, wenn kollektiv-rechtliche Regelungen nicht greifen oder die Betriebsräte – obwohl nicht mitbestimmungspflichtig – solche Zuschüsse vom kurzfristigen Abschluss einer Betriebsvereinbarung abhängig machen. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen enthalten häufig Aufstockungsleistungen.

Die Aufstockung muss nicht allen Mitarbeitern im Betrieb gleichmäßig gewährt werden. Sie kann auch nur bestimmten Arbeitnehmergruppen, z.B. nach Gehaltsstufen, zugutekommen. Eine unterschiedliche Behandlung muss sich aber zwingend an sachlichen Kriterien ausrichten.

Diese Zuschüsse sind für Arbeitgeber etwas leichter „zu verschmerzen“, da für diese keine Sozialversicherungsbeiträge anfallen, die von der Arbeitsverwaltung im Übrigen gem. § 2 KugV erstattet werden.

X. Verfahren – Anzeige der Kurzarbeit

Die Anzeige und die Beantragung von Kurzarbeitergeld erfolgen in einem **zweistufigen Verfahren**. Der Arbeitsausfall muss gem. § 99 SGB III zunächst der am Betriebssitz örtlich zuständigen Agentur für Arbeit schriftlich oder elektronisch unverzüglich **angezeigt** werden.

Beachte:

Auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit sind ausführliche Hinweise zum Antragsverfahren nebst Formular zu finden!

Gemäß § 99 Abs. 1 S. 4 SGB III hat der Arbeitgeber in der Anzeige gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit **glaubhaft** zu machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind. In dem sich an die Anzeige anschließenden Antragsverfahren sind die Voraussetzungen sodann nachzuweisen.

Bestätigt die Agentur für Arbeit, dass die Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind, hat der Arbeitgeber **innerhalb von drei Monaten** in einem zweiten Schritt das Kurzarbeitergeld zu **beantragen**. Die **Anzeige des Arbeitsausfalls ist für die Fristwahrung nicht ausreichend!** Die Frist beginnt mit Ablauf des Kalendermonats (Anspruchszeitraums), in dem die Tage liegen, für die Kurzarbeitergeld beantragt wird.

Wichtig:

Kurzarbeitergeld wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem der Arbeitsausfall angezeigt wurde, eine rückwirkende Zahlung erfolgt darüber hinaus nicht!

Die konkrete Berechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergelds an die einzelnen Arbeitnehmer erfolgt gem. § 320 SGB III durch den Arbeitgeber, die Bundesagentur für Arbeit zahlt in einer Summe an den Arbeitgeber.

XI. Betriebsbedingte Kündigung während der Kurzarbeit?

Die Kurzarbeit wurde vom Gesetzgeber eigens zu dem Zweck geschaffen, Überbrückungsmöglichkeiten zu bieten, damit Arbeitnehmer nicht betriebsbedingt gekündigt werden. Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen eine Kündigung bei Kurzarbeit nicht grds. ausgeschlossen werden kann. So kann es in besonderen Situationen, die mit einer schwerwiegenden Bedrohung der wirtschaftlichen Zukunft eines Unternehmens einhergehen, sozial gerechtfertigt sein, trotz Kurzarbeit eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen. Insbesondere ist insoweit an die Fälle zu denken, wenn dem Unternehmen trotz Kurzarbeit und trotz Ausschöpfung aller sonstigen Mittel (Ultima Ratio) eine Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz droht.

Falls tatsächlich eine Kündigung erfolgt, kann Kurzarbeitergeld nicht mehr gezahlt werden. Geboten ist in diesem Bereich jeweils eine arbeitsrechtliche Einzelbetrachtung auf Basis einer guten Dokumentationsgrundlage. Das heißt, an dieser Stelle ist eine einzelfallbezogene, qualifizierte arbeitsrechtliche Beratung geboten, um Rechtsverluste auszuschließen.

Festzuhalten ist zunächst: Kündigungen aus personen- und verhaltensbedingten Gründen kann der Arbeitgeber auch während der Kurzarbeit unter den auch „ansonsten geltenden“ Voraussetzungen aussprechen.

Bei einer **betriebsbedingten** Kündigung müssen aber zusätzlich zu den Gründen der Kurzarbeit noch weitere rechtfertigende Gründe vorliegen. Nach Einführung der Kurzarbeit muss sich die Situation im Unternehmen folglich geändert haben. Es müssen **„weitere Umstände“** hinzutreten. Denkbare Beispiele sind insoweit:

Corona und Kurzarbeit

- ein weiterer Auftragsrückgang,
- Hauptkunden oder Lieferbeziehungen brechen weg,
- Arbeiten werden infolge einer freien unternehmerischen Entscheidung fremdvergeben (Outsourcing).

Diese „weiteren Umstände“ werden allerdings sehr genau zu prüfen sein. Das BAG sieht in der Kurzarbeit ein **Indiz** für einen **nur vorübergehenden Wegfall** des Beschäftigungsbedarfs. Dieses Indiz muss der Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag widerlegen. Das stellt hohe Anforderungen an die Darlegung der Umstände, die detailliert die organisatorische Durchführbarkeit und die zeitliche Nachhaltigkeit dieser Unternehmerentscheidung belegen, um dem Gericht eine Missbrauchskontrolle zu ermöglichen (vgl. BAG, Urt. v. 16.12.2010 – 2 AZR 770/09). Die betriebsbedingte Kündigung bei Kurzarbeit darf sich damit nicht ausschließlich auf die Gründe stützen, die zur Anordnung der Kurzarbeit geführt haben. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit auf Seiten des Arbeitgebers, der sowohl die Bundesagentur für Arbeit als auch die Gerichte von seiner Auffassung zu überzeugen hat (vgl. BAG, Urt. v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852).

Auch nach Einführung der Kurzarbeit sind betriebsbedingte Kündigungen also nicht ausgeschlossen, wenn die erwartete Stabilisierung der Auftragslage ausbleibt. Insoweit hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Korrektur der bei der Einführung der Kurzarbeit gestellten Prognose vorzunehmen.

Allerdings stellen sich außerdem Probleme im Zusammenhang mit der **Sozialauswahl** bei Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung während der Kurzarbeit. Sind einzelne Arbeitnehmer während der Kurzarbeit vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffen, muss eine Sozialauswahl durchgeführt werden. Die gesetzlichen Kriterien sind grds. unverändert anwendbar.

Ein **Sonderproblem** stellt sich jedoch in Fällen, in denen Beschäftigte sich **weigern**, der Kurzarbeit zuzustimmen bzw. eine entsprechende Vereinbarung zu schließen. Leisten sie keine Kurzarbeit, müssen sie unverändert weiter beschäftigt werden. Gibt es keine Beschäftigung, kommt es also zumindest zu einer faktischen Freistellung, muss trotzdem die Vergütung weitergezahlt werden. Wirtschaftlich gerät der Arbeitgeber dadurch unter Druck. Solchen Mitarbeitern die Kündigung in Aussicht zu stellen, wenn sie nicht unterschreiben, begegnet Bedenken – die Kündigung könnte wegen einer **Maßregelung gem. § 612a BGB** unwirksam sein! Außerdem ist als „milderes“ Mittel zur Beendigungskündigung eine Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit in Betracht zu ziehen.

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage der **Sozialauswahl zwischen den „Verweigerern“ und denjenigen Mitarbeitern, die in Kurzarbeit tätig sind**. Diese Problematik ist derzeit noch nicht entschieden. Insoweit wird man danach zu unterscheiden haben, ob teilweise Kurzarbeit geleistet wird oder Kurzarbeit Null angeordnet ist. Bei der **Kurzarbeit Null** sind die Hauptleistungspflichten suspendiert. Weder sind Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet, noch hat der Arbeitgeber die Vergütung zu zahlen. Es lässt sich daher vertreten, dass die Sozialauswahl ohne die kurzarbeitenden Beschäftigten erfolgen kann und muss. Aber auch, wenn nur **teilweise Kurzarbeit** geleistet wird, lässt sich gut vertreten, dass diese Arbeitnehmer i.R.d. Sozialauswahl ebenfalls nicht berücksichtigt werden. So sind beispielsweise Teilzeit- und Vollzeitkräfte ebenfalls nicht miteinander vergleichbar.

Beachte aber nochmals:

Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, entfallen die persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergelds! Es ist daher genau zu prüfen, ob die Entlastung, die durch die Kurzarbeit herbeigeführt wird, zugunsten der endgültigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgegeben werden soll. Zudem muss während der Kündigungsfrist der volle Arbeitslohn gezahlt werden! Weiterhin bezugsberechtigt bleiben lediglich Arbeitnehmer, die Kündigungsschutzklage erheben und bis zur endgültigen Entscheidung über diese weiterarbeiten; das gilt auch, wenn die Kündigung später bestätigt wird. Das folgt aus dem Zweck des Kurzarbeitergelds. Bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage besteht die Möglichkeit der Erhaltung des Arbeitsplatzes.