

Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien

Praxisleitfaden am Beispiel der Corona-Krise

Herausgegeben von

Holger Dahl

Dr. Burkard Göpfert, LL.M. (Columbia)

Dr. Rüdiger Helm, LL.M (Cape Town)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN: 978-3-8005-1746-6

dfv' Mediengruppe

© 2020 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druckvorstufe: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: WIRMachenDRUCK GmbH, 71522 Backnang

Printed in Germany

Kapitel 2

Allheilmittel Kurzarbeit

Abschnitt 1 – Perspektive Betriebsrat

Bereits in der letzten Wirtschaftskrise 2009 war Deutschland weltweit für sein Krisenmanagement insbesondere durch die Kurzarbeit geachtet. Mit den Mitbestimmungsregelungen zur Kurzarbeit konnte ein erheblicher Beitrag dafür geleistet werden, dass Deutschland wie kaum ein anderes Land die Krise bewältigte und wichtige Grundlagen für Wirtschaftswachstum nach dem Krisenzeitraum legte. Die Autoren beraten Betriebsräte und Arbeitnehmer in der aktuellen Ausnahmesituation und erläutern die Grundzüge der Kurzarbeit. Sie erklären, worauf Betriebsrat und Mitarbeiter zu achten haben. **1**

I. Einleitung

Die Kurzarbeit war ein entscheidender Faktor dafür, dass Deutschland die Wirtschaftskrise im Jahr 2009 überstehen und entscheidende Ressourcen für das folgende Wirtschaftswachstum sammeln konnte. Nicht zuletzt aufgrund dieser positiven Erfahrungen ist die Bundesregierung in Zeiten einer Pandemie eines nicht vorhersehbaren Ausmaßes nicht zögerlich, vorrangig wieder dieses Mittel der Arbeitsförderung einzusetzen, um insbesondere auch die schnell unter wirtschaftlichen Druck geratenden kleinen und mittelständischen Unternehmen zu entlasten. Hierzu werden formelle Hürden für die Einführung von Kurzarbeit abgesenkt und der Handlungsspielraum der Bundesregierung erweitert. **2**

Grundlegende Voraussetzung für den Einsatz von Kurzarbeit ist unverändert eine Absatzkrise, ein Auftragsmangel oder ein unabwendbares Ereignis, das zu einem Arbeitsausfall führen kann. Ausschließlich bei Vorliegen einer dieser Voraussetzungen kommt eine vorübergehende Kompensation des Arbeitsausfalls durch Kurzarbeit in Betracht.¹ **3**

II. Struktur der Kurzarbeit

Die Kurzarbeit als Instrument der Arbeitsförderung kann in zwei grundlegende rechtliche Aspekte eingeteilt werden. Auf der arbeitsrechtlichen Seite geht es **4**

¹ Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, Rn. 510.

Kap. 2 Allheilmittel Kurzarbeit – Abschnitt 1: Perspektive Betriebsrat

darum, die Wochenarbeitszeit vorübergehend zu reduzieren und die Vergütung proportional zu verringern.² Demgegenüber steht der sozialversicherungsrechtliche Aspekt. Dieser gewährleistet einen anteiligen Ausgleich des vorübergehenden Entgeltausfalls durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld seitens der Agentur für Arbeit. Den Arbeitgebern wird auf diese Weise eine Handlungsmöglichkeit eingeräumt, die in zweierlei Hinsicht eine Ausnahme darstellt. Zum einen kann der Arbeitgeber einseitig die Arbeitszeit verkürzen, also in das vertraglich verbindlich geregelte Austauschverhältnis eingreifen – eine Möglichkeit, die sonst nur in engen Grenzen den Arbeitnehmern im Rahmen der Arbeitszeitreduzierung nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz vorbehalten ist. Zum anderen wird das Betriebsrisiko, welches grundsätzlich der Unternehmer zu tragen hat, auf Arbeitnehmer und Gesellschaft verlagert:³ Auf die Arbeitnehmer, weil sie mit einem erheblich reduzierten Einkommen ihren Lebensunterhalt bestreiten müssen und auf die Gesellschaft, die den Entgeltausfall durch eine Sozialleistung abmildert.

1. Arbeitsrecht: Rechtsgrundlage für Kurzarbeit

- 5 Der arbeitsrechtliche Aspekt betrifft die Regelung, durch welche die Kurzarbeit grundsätzlich arbeitsvertraglich ermöglicht wird. Diese Regelung kann der Arbeitsvertrag selbst enthalten, aber auch in einem anwendbaren Tarifvertrag enthalten sein oder über eine mit dem Betriebsrat vereinbarte Betriebsvereinbarung umgesetzt werden. Hinzu kommt die Ausübung der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates, die sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ergibt und die nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung⁴ unabdingbar für die wirksame Einführung der Kurzarbeit ist.
- 6 Auf wichtige Mindestinhalte der Betriebsvereinbarung, wie die Regelung von Beginn und Dauer der Kurzarbeitsperiode, die Lage und die Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer,⁵ wird an anderer Stelle näher eingegangen. Festzuhalten ist jedoch an dieser Stelle, dass die Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit stets die konkrete Ausnahmesituation des Unternehmens und die betrieblichen Auswirkungen des Arbeitsausfalls im Blick haben muss.
- 7 Arbeitsvertraglich muss die einseitige Verkürzung der Arbeitszeit bereits im Arbeitsvertrag oder – anlassbezogen – in individuellen Ergänzungsvereinbarungen zum Arbeitsvertrag vereinbart sein bzw. werden. Denn die Anordnung von Kurzarbeit greift wesentlich in das vertragliche Austauschverhältnis ein, das durch

2 Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, Rn. 511.

3 Bieback, in: Gagel, SGB III, § 95 Rn. 125 f.

4 Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 101 ff.

5 BAG, 18.11.2015 – 5 AZR 491/14.

den Arbeitsvertrag begründet wird. Betriebsvereinbarungen hingegen können eine vorzugswürdige Alternative darstellen, da diese unmittelbar auf das vom Geltungsbereich erfasste Arbeitsverhältnis anwendbar sind, ohne dass sie wie einzelvertragliche Regelungen einer AGB-Kontrolle unterliegen, und vor allem können sie stellvertretend mit nur einem Verhandlungspartner umgesetzt werden.⁶ Urlaubsansprüche können ausschließlich bei der Kurzarbeit auf „Null“ wirksam auf die Kurzarbeit angerechnet werden.⁷ Beachtet werden muss auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, der eine faire und gleiche Behandlung der Arbeitnehmer zu gewährleisten hat.⁸

2. Sozialversicherungsrecht: Kurzarbeitergeld

Der sozialversicherungsrechtliche Teil ist in den §§ 95 ff. SGB III geregelt. Kurzarbeitergeld ist eine Leistung der aktiven Arbeitsförderung, die als eine der wenigen Leistungen in diesem Bereich keine Ermessensleistung ist.⁹ Allerdings wurden die hierzu geltenden Regelungen bereits modifiziert. Zweck der Neuregelung ist es, für Unternehmen den Zugang zu Kurzarbeit zu erleichtern. **8**

3. Aktuelle Änderungen der Kurzarbeit

In der aktuellen Situation zeigt sich die die Bundesregierung handlungsstark. **9** Durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020 wurde die in § 109 SGB III enthaltene Verordnungsermächtigung wie folgt erweitert:¹⁰

„(5) Die Bundesregierung wird ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf,

1. abweichend von § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 den Anteil der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die vom Entgeltausfall betroffen sein müssen, auf bis zu 10 Prozent herabzusetzen,
2. abweichend von § 96 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden zur Vermeidung von Kurzarbeit vollständig oder teilweise zu verzichten,
3. eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen.

⁶ *Bieback*, in: *Gagel*, SGB III, § 95 Rn. 135.

⁷ Vgl. EuGH, 13.12.2018 – C-385/17.

⁸ LAG Hamburg, 7.1.2008 – 5 Sa 93/06.

⁹ Vgl. *Bieback*, in: *Gagel*, SGB III, § 95 Rn. 5.

¹⁰ BGBl. I 2020, S. 493.

Kap. 2 Allheilmittel Kurzarbeit – Abschnitt 1: Perspektive Betriebsrat

Die Verordnung ist zeitlich zu befristen. Die Ermächtigung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2021 außer Kraft.“

- 10 Bislang liegt ein Referentenentwurf (Stand: 20.3.2020) für eine Verordnung über die „Erleichterungen der Kurzarbeit“ (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV) vor. Der Entwurf macht von der erweiterten Verordnungsermächtigung Gebrauch und setzt den politisch gewünschten erleichterten Zugang zur Kurzarbeit um.¹¹
- 11 Zum einen wird das Quorum der von dem Arbeitsausfall betroffenen Beschäftigten im Betrieb auf 10 % abgesenkt, die mindestens 10 % Entgeltausfall erleiden. Bislang musste ein Drittel der Beschäftigten im Betrieb vom Arbeitsausfall betroffen sein. Dies erleichtert die Einführung von Kurzarbeit schon dann, wenn nur einzelne Bereiche vom Arbeitsausfall und kleinere Betriebe betroffen sind. Außerdem soll die gesetzliche Regelung, die zunächst den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden im Rahmen der betrieblichen Regelungen fordert, relativiert werden, um schneller die sozialrechtliche Kurzarbeitergeldleistung erhalten zu können. Die Ausschöpfung der Möglichkeit, negative Arbeitszeitsalden aufzubauen, was bisher für die Unvermeidbarkeit zunächst erforderlich, soll aber in der aktuellen Krise nicht mehr erforderlich sein, um den Nachweis des unabwendbaren Arbeitsausfalls erbringen zu können.
- 12 Das Kurzarbeitergeld soll zudem auch entsprechend für Leiharbeitnehmer gewährt werden können, um diese Arbeitnehmer nicht mangels Vermittelbarkeit freisetzen zu müssen. Zudem wird die Bundesagentur für Arbeit (BA) Sozialversicherungsbeiträge, die den Entgeltausfall betreffen, auf Antrag in pauschalierter Form unter Anwendung der Regelungen des § 153 Abs. 1 Satz 2 Nr.1 SGB III erstatten. Für die Arbeitnehmer fallen indes Sozialversicherungsbeiträge unverändert nur in Höhe des verkürzten Bruttogehalts an. Dies entlastet besonders kleine und mittelständige Unternehmen.

4. Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld

- 13 Die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist, von der Erleichterungen der Verordnung abgesehen, von fünf Voraussetzungen abhängig, die in §§ 95 ff. SGB III geregelt sind.

a) Erheblicher Arbeitsausfall (§ 96 SGB III)

- 14 Der Arbeitsausfall muss auf wirtschaftlichen Gründen beruhen. Mit dem Arbeitsausfall ist aber nicht der finanzielle Verlust gemeint. Darunter fällt insbe-

¹¹ Siehe <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Referentenentwurf/ref-KugV.pdf> (zuletzt abgerufen: 29.3.2020).

sondere eine schlechte Konjunkturlage (aktuell durch eine Pandemie bedingt) oder ein anderes unabwendbares Ereignis.

Entscheidend ist ferner, dass der Arbeitsausfall nur vorübergehend ist. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Rückkehr zur Vollarbeit bis zum Ende der Bezugsdauer von maximal 12 Monaten wahrscheinlich ist.¹² Anknüpfungspunkt ist insoweit eine tatsachenbasierte Prognose, ob der Wegfall eines Arbeitsplatzes dauerhaft oder eben nur vorübergehend ist. Entsprechend besteht hier grundsätzlich ein Ausschlussverhältnis zum Personalabbau. Zu beachten ist aber, dass dieses nur im Zeitpunkt der Anzeige der Kurzarbeit gegeben ist. Ändern sich die tatsächlichen Umstände während der Kurzarbeit erheblich, kann mit den veränderten Umständen gleichwohl eine betriebsbedingte Kündigung auch während der Kurzarbeit sozial gerechtfertigt sein.¹³ Lediglich die Gründe dürfen hier nicht identisch sein. **15**

Schließlich muss der Arbeitsausfall auch unvermeidbar sein. Negativbeispiele sind in § 96 Abs. 4 SGB III aufgeführt. Hiernach ist ein Arbeitsausfall vermeidbar, wenn der Arbeitsausfall überwiegend branchen-, betriebs- oder saisonüblich ist oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruht. Ebenfalls vermeidbar ist der Arbeitsausfall, wenn er durch bezahlten Erholungsurlaub verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer nicht entgegenstehen. Dies scheidet zum Beispiel dann aus, wenn die Urlaubsplanung bereits abgeschlossen ist, also Urlaub bereits beantragt und genehmigt worden ist. Unbeachtlich wäre der Arbeitsausfall ferner auch dann, wenn er durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen – also die Nutzung eines mit dem Betriebsrat vereinbarten Arbeitszeitkorridors auch im negativen Bereich – vermieden werden kann. Diese Voraussetzung wird aber mit Inkrafttreten der KugV angesichts der aktuellen Pandemielage modifiziert werden, sodass diese Anforderung befristet bis zum 31.12.2020 entfällt. **16**

Ein klassisches Beispiel für ein unabwendbares Ereignis ist eine Naturkatastrophe. Darunter können allerdings auch Pandemien und Folgewirkungen, wie zum Beispiel Kita-Schließungen oder auch behördliche Maßnahmen wie etwa Betriebsschließungen fallen.¹⁴ Die KugV indes lässt diese Frage offen und verlagert diese Konkretisierung an die Arbeitsverwaltung. Die Bundesagentur für Arbeit wendet nach ihren eigenen Angaben die gesetzliche Regelung bereits so an, dass z. B. behördliche Maßnahmen wegen des Corona-Virus als unabwendbares Ereignis anerkannt werden.¹⁵ **17**

¹² BSG, 17.5.1983 – 7 RAr 13/82, SozR 4100, § 63 Nr. 2.

¹³ *Bieback*, in: Gagel, SGB III, § 95 Rn. 186.

¹⁴ *Pletke/Schrader/Siedbert/Thoms/Klagges*, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, Rn. 530f.

¹⁵ Siehe <https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld> (zuletzt abgerufen: 29.3.2020).

Kap. 2 Allheilmittel Kurzarbeit – Abschnitt 1: Perspektive Betriebsrat

b) Betriebliche Voraussetzungen (§§ 96, 97 SGB III)

- 18** Dieses Kriterium setzt voraus, dass mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt wird (§ 97 SGB III) und dass der jeweilige Betrieb oder eine Betriebsabteilung erheblich von Arbeitsausfall und Entgeltausfall betroffen sein müssen (§ 96 SGB III). Das Mindesterfordernis für den Arbeitsausfall wurde nun vorübergehend durch die KugV modifiziert: In dem Betrieb müssen während des Anspruchszeitraums, also dem entsprechenden Kalendermonat, mindestens 10% der Beschäftigten vom Arbeitsausfall und mehr als 10% von einem Entgeltausfall betroffen sein.¹⁶ Bislang musste gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III ein Drittel der Beschäftigten vom Arbeitsausfall betroffen sein.

c) Persönliche Voraussetzungen (§ 98 SGB III)

- 19** Dieses Erfordernis verlangt insbesondere, dass ein ungekündigtes und unbeeendetes Arbeitsverhältnis besteht und dass kein Ausschluss des Arbeitnehmers von Kurzarbeitergeldbezug vorliegt. Ausschlussgründe sind beispielsweise Weiterbildungsmaßnahmen, ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis oder Krankengeldbezug.
- 20** Da bei gekündigten Arbeitnehmern das Ziel des Kurzarbeitergeldes, den Arbeitsplatz zu sichern, nicht erreicht werden kann und zudem diese Arbeitnehmer bei Lohnkürzung ihr Arbeitsverhältnis fristlos kündigen können und dann einen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben, ist es gerechtfertigt, ihnen grundsätzlich den Kurzarbeitergeld-Anspruch zu versagen.¹⁷ Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Anzeige der Kurzarbeit bereits eine vertragliche Aufhebung vereinbart, sind daher auch diese Arbeitnehmer vom Kurzarbeitergeld ausgeschlossen, denn die Funktion der Arbeitsförderung kann in diesen Fällen nicht mehr erfüllt werden.

d) Anzeige des Arbeitsausfalls (§ 99 SGB III) und Antrag auf Kurzarbeitergeld

- 21** Der Arbeitsausfall muss bei der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt werden. Diese Anzeige ist in schriftlicher oder elektronischer Form möglich. Die Agentur für Arbeit stellt hierfür online ein Formular bereit. Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld frühestens von dem Kalendermonat an, in welchem diese Anzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist.¹⁸ Wichtig ist, dass der Arbeitsausfall auch nachweisbar ist. Die jeweilige Anzeige erfordert jedenfalls die Glaubhaftmachung der Kausalität zwischen dem Arbeitsausfall und dem wirtschaftlichen Grund oder unabwendbaren Ereignis. Beides wird im Rahmen einer Pandemie wie der „Corona-Krise“ ohne Weiteres

¹⁶ Siehe <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Referentenentwurf/ef-KugV.pdf> (zuletzt abgerufen: 29.3.2020).

¹⁷ *Bieback*, in: Gagel, SGB III, § 98 Rn. 37.

¹⁸ BSG, 6.4.2000 – B 11 AL 81/99 R, NZA-RR 2001, 609.

als hinreichender Grund bzw. Ereignis vertretbar sein und im Zweifel durch Rechtsverordnung klargestellt werden.

Die Antragstellung gem. § 323 Abs. 2 SGB III ist vom Arbeitgeber vorzunehmen.¹⁹ Dafür muss der Arbeitgeber zuvor fristgerecht einen Antrag auf Kurzarbeitergeld gestellt haben. Die Beantragung ist fristgerecht, wenn diese spätestens drei Monate nach dem Ablauf des Abrechnungsmonats eingegangen ist. Durch die derzeit eingehende Vielzahl von Anträgen bei der Agentur für Arbeit entsteht eine „Antragsflut“, allerdings stellt die Agentur für Arbeit Arbeitshilfen auf ihrer Onlinepräsenz bereit. **22**

5. Leistungshöhe

Grundsätzlich übernimmt die Bundesagentur für Arbeit derzeit 60 % des ausgefallenen Nettolohns für maximal 12 Monate. Bei Arbeitnehmern mit einem unterhaltsberechtigten Kind liegt der Leistungssatz bei 67 %.²⁰ Für die Berechnung der Entgeltdifferenzen ist das Entgelt maßgeblich, das der Beitragsbemessung (BBG) zugrunde liegt (§106 Abs. 1 Satz 6 i.V.m. § 153 SGB III). Derzeit liegt die Beitragsbemessungsgrenze im Westen Deutschlands bei 6.900,00 EUR brutto und im Osten bei 6.450,00 EUR brutto. Dadurch entsteht eine überproportionale Einbuße bei „Besserverdienern“, denn deren Entgeltausfall wird gedeckelt auf die Höchstleistungssätze 2.482,33 EUR (verheiratet mit einem Kind) und 2.222,98 EUR (verheiratet ohne Kind). **23**

Der Arbeitgeber kann von seiner Seite aus Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld gewähren, die anders als ein anderweitiger Hinzuverdienst das Kurzarbeitergeld nicht vermindern, solange der Entgeltausfall gegeben ist. Üblich sind in der Praxis (z.B. bei Transfergesellschaften) Aufstockungen auf 80 % des letzten Nettogehalts. Die Aufstockung kann aber auch bis auf 100 % des letzten Nettogehalts erfolgen und sollte sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Unternehmens orientieren. Wurden in der Vergangenheit Gewinne erwirtschaftet, können die Arbeitnehmervertreter mit Recht hier eine Beteiligung des Unternehmens an der Bewältigung der Krise einfordern. Insbesondere bei Arbeitnehmern mit Gehältern erheblich unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze wirkt sich die Reduzierung des Gehalts trotz des Kurzarbeitergeldes erheblich mindernd aus und kann bei den Arbeitnehmern zur wirtschaftlichen Schieflage führen. Vor allem in diesen Fällen sollte eine Aufstockung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber angezeigt sein. **24**

¹⁹ Koch, in: Schaub, ArbR-HdB, § 48 Rn. 15.

²⁰ Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 573.