



# Kurzarbeit in der Corona-Krise

## Information zur neuen Rechtslage bei Kurzarbeit

Die exponentiell zunehmende Verbreitung des neuartigen Corona-Virus „SARS-CoV-2“ hat den Bundesgesetzgeber am 13. März 2020 veranlasst, im Eilverfahren das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ zu beschließen (BT-Drucks. 19/17893 v.12.3.2020). Dadurch soll den erheblichen konjunkturellen Herausforderungen, vor welchen die deutsche Wirtschaft steht, begegnet werden. Ein wesentlicher Kern des Gesetzes ist die befristete krisenbedingte Erleichterung der Zugangsvoraussetzungen für das (konjunkturelle) Kurzarbeitergeld (KUG).

Grundsätzlich ist zwischen dem **sozialrechtlichen KUG** einerseits und der **arbeitsrechtlichen Einführung von Kurzarbeit** andererseits zu unterscheiden. Das KUG ist eine Leistung der Arbeitsförderung zur Sicherung von Arbeitsplätzen und der zumindest teilweisen Kompensation des Ausfalls von Arbeitsentgelt der betroffenen Beschäftigten. Das KUG wird nur auf Antrag des Arbeitgebers oder der zuständigen Betriebsvertretung (BR, GBR, KBR) erbracht. **Die einzelnen Beschäftigten sind zwar leistungs- aber weder anzeige- noch antragsberechtigt.**

Davon zu unterscheiden ist der arbeitsrechtliche Anspruch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Beschäftigung und Arbeitsentgelt. Das sozialrechtliche KUG muss also arbeitsrechtlich durch eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit **flankiert werden**. Die Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit kann auf ein Gesetz (§ 19 KSchG), einen Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung, eine Vereinbarung mit den Arbeitnehmern (Änderungsvertrag zum Arbeitsvertrag) oder eine Änderungskündigung gestützt werden. Eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit im Wege des Direktionsrechts (§ 106 S. 1 GewO) ist hingegen nicht möglich. Weil das KUG den Entgeltausfall nur teilweise kompensiert, können Gesetze oder Kollektivvereinbarungen die **Aufstockung des KUG durch Arbeitgeberzuschüsse** vorsehen.

## I. Sozialrechtliche Kurzarbeit

Die Voraussetzungen für das sozialrechtliche KUG sind in dem Dritten Sozialgesetzbuch (SGB III) geregelt. Gemäß § 95 S. 1 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf KUG, wenn

- ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (§ 96 SGB III),
- die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 97 SGB III),
- die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 98 SGB III) und
- der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (§ 99 SGB III).

Mit dem neuen Gesetz zur Verbesserung von KUG wurden **bis zum 31. Dezember 2021 befristete Verordnungsermächtigungen** für die Bundesregierung geschaffen. Somit kann die Bundesregierung den Zugang zu Kurzarbeit erleichtern, Betriebe entlasten sowie Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter den Bezug von Kurzarbeitergeld ermöglichen. Nach Einschätzung des BMAS könnte dadurch die Zahl der Anspruchsberechtigten





um 1,15 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer steigen. Eine entsprechende Rechtsverordnung ist bis spätestens Anfang April 2020 geplant. Gesetzlich erlaubt ist nunmehr

- die **Erleichterung des Zugangs zum KUG** durch Absenkung des Quorums der von Arbeitsausfall betroffenen Beschäftigten im Betrieb von derzeit einem Drittel auf bis zu 10 Prozent,
- der teilweise oder vollständige **Verzicht auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden** in Betrieben, in denen Vereinbarungen zu Arbeitszeitschwankungen zur Vermeidung von Kurzarbeit genutzt werden,
- die Gewährung von KUG auch für Beschäftigte in der **Leiharbeit** sowie
- die **Entlastung der Arbeitgeber** durch die vollständige Erstattung der von ihnen allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge durch die Bundesagentur für Arbeit (BA).

Diese Erleichterungen sollen nach derzeitigem Planungsstand durch das BMAS **rückwirkend zum 1. März 2020** in Kraft treten. Auch eine rückwirkende Auszahlung des KUG und der Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber in pauschalierter Form wäre dann möglich. Ansprechpartnerin ist die Agentur für Arbeit vor Ort. Damit die betroffenen Beschäftigten KUG beziehen können, muss der Arbeitgeber oder die zuständige Betriebsvertretung (BR, GBR, KBR) das Verwaltungsverfahren – wie bisher - in den nachfolgenden Schritten führen:

## **1) Anzeige durch den Arbeitgeber oder BR**

Zunächst muss der Arbeitgeber oder die zuständige Betriebsvertretung den Arbeitsausfall bei der örtlichen Agentur für Arbeit (AA) schriftlich oder elektronisch anzeigen (§ 99 Abs. 1 SGB III). Zeigt der Arbeitgeber Kurzarbeit an, muss er eine Stellungnahme des Betriebsrates beifügen. Dasselbe gilt im umgekehrten Fall. Formulare für die Anzeige sind auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit (BA) abrufbar (<https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/download-center-unternehmen>). Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können Kurzarbeit nicht selbst anzeigen. Die BA hat den Arbeitgeber bzw. die zuständige Betriebsvertretung bei der Erfüllung seiner/ihrer Aufgaben zu beraten (§ 14 SGB I). Aktuelle Informationen zur Erreichbarkeit der Agenturen finden sich im Internet unter: <https://www.arbeitsagentur.de/presse/presse-archiv>

## **2) Anerkennungsbescheid**

Trifft die AA eine positive Entscheidung, erteilt sie unverzüglich einen schriftlichen Bescheid (§ 99 Abs. 3 SGB III). Damit ist die Kurzarbeit dem Grunde nach bewilligt, und zwar ab dem Monat, in dem die Anzeige erfolgte. Dem Anerkennungsverfahren folgt dann das Leistungsverfahren. Anzeige und Leistungsantrag können jedoch der Einfachheit halber verbunden werden (BSG v. 6.4.2000 - B 11 AL 81/99 R.).

## **3) Antrag durch den Arbeitgeber oder BR**

Das KUG wird nur gewährt, wenn der Arbeitgeber oder die zuständige Betriebsvertretung die Leistung beantragt. Beantragt der Arbeitgeber KUG, muss er eine Stellungnahme des BR beifügen (§ 323 Abs. 2 SGB III). Beantragt die Betriebsvertretung KUG, muss sie umgekehrt eine Stellungnahme des Arbeitgebers beifügen. Das Fehlen einer Stellungnahme führt jedoch in beiden Fällen nicht zur



Unwirksamkeit des Antrags. Wichtig ist, dass der Antrag innerhalb der **dreimonatigen Ausschlussfrist** des § 325 Abs. 3 SGB III gestellt wird.

Obwohl die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruchsberechtigte sind, haben sie formal keinen Einfluss auf die Antragstellung. Das gilt auch für etwaige Verwaltungs- und Gerichtsverfahren (BSG v., 25.5.2005 – B 11a/11 AL 15/04 R.). Allerdings haben Beschäftigte einen Schadensersatzanspruch gegen ihren Arbeitgeber aus § 280 Abs. 1 BGB, wenn dieser die Anzeigepflicht schuldhaft verletzt oder die Ausschlussfrist zur Antragstellung versäumt.

Der Antrag auf KUG muss folgende Angaben enthalten:

- Person und Adresse der Antragstellerin / des Antragstellers,
- Bezeichnung des Betriebes und/oder der Betriebsabteilung, für die das KUG beantragt wird,
- Ausfall-/Gewährleistungszeitraum, für den KUG beantragt wird,
- Anzahl der verkürzt arbeitenden Beschäftigten,
- Anzahl der entfallenden Arbeitsstunden,
- ungefährender Gesamtbetrag des KUG und die Kranken- und Pflegeversicherung der KUG-Bezieher.

## **4) Leistungsumfang**

Grundlage der Berechnungen und Auszahlung des KUG ist der Anerkennungsbescheid der AA. Sie prüft die Berechnung des Arbeitgebers und überweist an ihn das KUG zur Auszahlung an die Beschäftigten. Nur bei Unstimmigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten trifft sie eine Entscheidung im Leistungsbescheid.

Das KUG beträgt nach § 105 SGB III **60 %** bzw. im Falle eines erhöhten Leistungssatzes (Unterhaltspflichtigen gegenüber Kindern [§ 149 SGB III]) **67 %** der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum. Die Differenz von Nettoentgelten errechnet sich wie folgt: Aus dem fiktiven Soll-Entgelt, also dem Bruttolohn, der ohne Kurzarbeit gezahlt worden wäre, wird ein pauschales Nettoentgelt gebildet. Hiervon wird wiederum das pauschalisierte Nettoentgelt abgezogen, welches sich aus dem tatsächlich geleisteten Ist-Entgelt ergibt, also dem Bruttolohn, der im Ausfallzeitraum tatsächlich gezahlt wird. Bei der Berechnung außer Betracht bleiben durch Kollektivvereinbarung zur Beschäftigungssicherung durchgeführte vorübergehende Änderungen der Arbeitszeit sowie darin zugesicherte Arbeitgeberzuschüsse zum KUG.

Die Bezugsfrist für das KUG beträgt längstens 12 Monate (§ 104 Abs. 1 S. 1 SGB III) wobei das BMAS gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III die Bezugsdauer auf **insgesamt 24 Monate** verlängern kann, wenn außergewöhnliche Verhältnisse auf dem gesamten Arbeitsmarkt vorliegen. Diese Voraussetzung dürfte im Falle der Corona-Pandemie erfüllt sein.

## **5) Leistungsberechtigte**

Anspruch auf KUG haben grundsätzlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Zahlung ist jedoch an die Versicherung in der Arbeitslosenversicherung gebunden. Beschäftigte, die nicht arbeitslosensichert sind, können deswegen auch kein KUG erhalten. Dazu gehören u.a. Arbeitnehmerin-



nen und Arbeitnehmer, die die Regelaltersrente erreicht haben und ab dem Folgemonat Regelaltersrente beziehen können sowie geringfügig Beschäftigte (=Minijobber.), Selbstständige ohne Angestellte und Beamte. Auch Beschäftigte im Krankengeldbezug haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

## **II. Arbeitsrechtliche Kurzarbeit**

Wollen Arbeitgeber Kurzarbeit einführen, dürfen sie dies nur auf Grundlage einer speziellen gesetzlichen, tariflichen, betrieblichen oder arbeitsvertraglichen Regelung tun. An diesen Grundsätzen hat sich auch durch die Corona-Pandemie und die Aktivitäten des Bundesgesetzgebers sowie der Bundesregierung nichts geändert.

Unabhängig von der Rechtsgrundlage unterliegt jede Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Kurzarbeit heißt, dass es nicht lediglich um die Verkürzung der individuellen Arbeitszeit einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geht (§ 8 TzBfG), sondern dass die ins Auge gefasste neue Zeitgestaltung Auswirkung auf andere Beschäftigte hat.

Personalvertretungsrechtlich ist die Rechtslage uneinheitlich. Grundsätzlich können Personalräte mangels eines entsprechenden Mitbestimmungstatbestandes weder über das „Ob“ noch über das „Wie“ von Kurzarbeit mitbestimmen (BAG v. 10.10.2006 – 1 AZR 811/05.). So ist die Rechtslage nach dem BPersVG und den meisten LPersVG. Dann beschränkt sich die Mitbestimmung auf die Modalitäten, also insbesondere darauf, wie Kurzarbeit innerhalb des Zeitraums, für den sie angeordnet wird, auf die Wochentage und die Beschäftigten verteilt werden soll (vgl. § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG). Anders ist die Situation in einzelnen Bundesländern, wenn diese explizit ein Mitbestimmungsrecht von Personalräten zur Einführung von Kurzarbeit geregelt haben (z.B. § 67 Abs. 1 Nr. 8 PersVG Niedersachsen; § 65 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt, § 87 Abs. 1 Nr. 1 Hamburgisches PersVG.). Rheinland-Pfalz und Bremen regeln die Mitbestimmung bei der Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit (§ 63 Abs. 1 lit. f Bremisches PersVG; § 80 Abs. 2 Nr. 6 LPersVG [Rheinland-Pfalz]).

### **1) Kurzarbeit nach § 19 KSchG**

Die praktische Bedeutung von § 19 KSchG ist gering, weil die Betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer demnach bis zum Ende der jeweiligen Kündigungsfrist Anspruch auf Ihr volles Arbeitsentgelt haben.

### **2) Tarifvertrag zu Kurzarbeit**

Tarifliche Kurzarbeitsklauseln sind in vielfältiger Ausgestaltung denkbar und werden derzeit auf Bundesebene insbesondere im öffentlichen Dienst diskutiert. Bis dahin gelten die bestehenden tariflichen Regelungen. In den Regelungen des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes sind derzeit keine Regelungen über Kurzarbeit enthalten.

Der Tarifvertrag muss die Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit konkret festlegen (BAG v. 27.1.1994 – 6 AZR 541/93.). Empfehlenswert ist – ähnlich dem Krankengeldzuschuss nach § 22



TVÖD - die Vereinbarung eines **Arbeitgeberzuschusses zum KUG** (Aufstockung), um reale Entgeltausfälle weitergehend abzumildern oder komplett zu beseitigen. Sinnvoll ist außerdem die Regelung von Ankündigungsfristen, zur Bestimmung der Bereiche/Personengruppen, die in Kurzarbeit gehen sollen, zu Beginn, Ende, Umfang und Lage der Kurzarbeit, zum Umgang mit Resturlaub aus dem Vorjahr, zum Abbau von Arbeitszeitkonten, zur Weiterbildung oder Gesundheitsvorsorge während der Kurzarbeit, zur Beteiligung bzw. zur kontinuierlichen Einbeziehung des BR/GBR/KBR, zum Abschluss betriebsbedingter Kündigungen und zur Laufzeit und Kündigung des Tarifvertrages.

### **3) Dienst-/ Betriebsvereinbarung zu Kurzarbeit**

Betriebsvereinbarungen zu Kurzarbeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sind nur möglich, wenn es keine vorrangige tarifliche Regelung gibt. Einer Öffnungsklausel im Tarifvertrag ist nicht nötig, da die Einführung von Kurzarbeit der zwingenden Mitbestimmung unterliegt. Auch in Eilfällen besteht das Mitbestimmungsrecht des BR grundsätzlich fort, der Arbeitgeber darf keine einseitigen Anordnungen treffen (BAG v. 9.7.2013 – 1 ABR 12/98.).

Die Betriebsvereinbarung muss deutlich regeln, unter welchen Voraussetzungen Kurzarbeit angeordnet werden darf. Eine formlose Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist daher nicht möglich. Die Betriebsvereinbarung darf dem Arbeitgeber nicht die Auswahl der betroffenen Beschäftigten überlassen. Diese sind von den Betriebsparteien gemeinsam festzulegen und in erster Linie anlassbezogen zu bestimmen.

Dienstvereinbarungen zu Kurzarbeit sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn das einschlägige Landespersonalvertretungsgesetz ein ausdrückliches Mitbestimmungsrecht des Personalrats vorsieht (s.o.) und keine entgegenstehende tarifliche Regelung existiert. In allen anderen Fällen kann Kurzarbeit kein Gegenstand einer Dienstvereinbarung sein. Die Einführung von Kurzarbeit ist dann nur auf gesetzlicher, tarifvertraglicher oder arbeitsvertraglicher Ebene möglich.

### **4) Arbeitsvertrag und Kurzarbeit**

Vorbehaltlich entgegenstehender günstigerer tariflicher oder betrieblicher Regelungen kann Kurzarbeit auch einzelvertraglich vereinbart werden. Kurzarbeitsklauseln in Formulararbeitsverträgen unterliegen jedoch der AGB-Kontrolle. Die Formulklauseln dürften angemessen gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sein, wenn sie die Einführung von Kurzarbeit an die im SGB III geregelten Anforderungen für den Bezug von KUG knüpfen (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10). Unzulässig hingegen sind arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die den Arbeitgeber bei arbeitszeitabhängiger Vergütung berechtigen soll, die zunächst festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu reduzieren (BAG v. 31. 1. 1985 – 2 AZR 191/83).

### **5) Rechtsfolgen von Kurzarbeit**

Die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit hat - vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher, tariflicher, betrieblicher oder arbeitsvertraglichen Regelungen - grundsätzlich nachfolgende Konsequenzen:



## **a) Anteiliger Wegfall des Beschäftigungs- und Lohnanspruchs**

Ist die Kurzarbeit wirksam eingeführt, führt das in diesem Umfang zur Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer wird insoweit von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung befreit, verliert aber gleichzeitig in diesem Umfang seinen Vergütungsanspruch. Das sozialrechtliche KUG und der ggf. kollektivrechtlich vereinbarte Arbeitgeberzuschuss zum KUG sollen den Lohnverlust ausgleichen.

## **b) Anteilige Kürzung des Urlaubsanspruchs**

Wird in einem Betrieb Kurzarbeit eingeführt, verringert sich der Urlaubsanspruch der Beschäftigten zeitanteilig. Es gelten dieselben Grundsätze wie bei der dauerhaften Verringerung der Arbeitszeit. Dies ist auch mit Unionsrecht vereinbar (EuGH v. 8.11.2012 - C-229/11 und C-230/11 [„Heimann und Toltschi“]).

## **c) Ausnahmsweise Annahmeverzugslohn**

Ordnet der Arbeitgeber Kurzarbeit ohne entsprechende gesetzliche, tarifliche, betriebliche oder arbeitsvertragliche Grundlage an, bleibt der Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer erhalten. Gemäß § 615 i.V.m. § 611 BGB können Beschäftigte Annahmeverzugslohn geltend machen, wenn sie den Arbeitgeber zumindest durch ein wörtliches Angebot nach § 295 S. 1 BGB in Annahmeverzug versetzen.