

Kurzarbeit

Überblick

über die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen
für die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb
und die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen
für die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug)

Stand: April 2019

Inhalt

	Seite
A. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit	7
I. Allgemeiner Überblick	7
1. Begriff und Rechtswirkungen der Kurzarbeit	7
2. Ausschöpfung aller gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Flexibilisierungsmöglichkeiten	7
3. Einführung von Kurzarbeit Chronologischer Ablaufplan	8
a. Unterrichtung des Betriebsrats und des Wirtschaftsausschusses	8
b. Frühzeitige Kontaktaufnahme zu der Agentur für Arbeit	8
c. Abschluss einer Betriebsvereinbarung über die Durchführung von Kurzarbeit	9
d. Anzeige der Kurzarbeit bei der Agentur für Arbeit	9
e. Bekanntmachung der Einführung von Kurzarbeit	9
II. Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb	9
1. Tarifvertragliche Regelungen	9
2. Weitere kollektive Regelungsformen zur Einführung von Kurzarbeit	10
a. Betriebsvereinbarungen	10
b. Regelungsabreden	12
3. Individualrechtliche Regelungsformen zur Einführung von Kurzarbeit	12
a. Schriftliche Vereinbarung	12
aa. AGBl Kontrolle von Kurzarbeitsklauseln	12
(1) Anknüpfung an Regelungen zum Kurzarbeitergeld	13
(2) Kurzarbeitergeldbezug keine Angemessenheitsvoraussetzung	13
(3) Ausübungskontrolle nach § 315 BGB	13
(4) Anzeigepflicht und Ankündigungsfrist	14
bb. Mustervorschlag für Kurzarbeitsklausel	14
b. Konkludente Vereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit	15
c. Kurzarbeit aufgrund Änderungskündigung	15

	Seite
III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	16
1. Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	16
a. Umfang des Mitbestimmungsrechts	16
aa. Mitbestimmung bei Einführung der Kurzarbeit	17
bb. Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der Kurzarbeit	17
cc. Mitbestimmung bei Rückkehr zur Normalarbeitszeit	17
dd. Keine Mitbestimmung im Hinblick auf die Höhe des zu leistenden Entgelts	18
ee. Keine Mitbestimmung bei Abschluss einer Beschäftigungsgarantie	18
b. Mitbestimmung in Eilfällen	18
c. Erzwingbarkeit des Mitbestimmungsrechts und Initiativrecht des Betriebsrats	18
d. Rechtsfolgen bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts	19
2. Betriebsversammlungen	19
3. Beteiligung der Jugend- und Auszubildendenvertretung	19
IV. Kurzarbeit in betriebsratslosen Betrieben	19
V. Beendigung der Kurzarbeit	20

	Seite
B. Sozialrecht	21
I. Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III	21
1. Grundsätzliches	21
2. Anspruchsvoraussetzungen	22
a. Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall	22
aa. Wirtschaftliche Gründe oder unabwendbares Ereignis	22
bb. Vorübergehender Arbeitsausfall	23
cc. Nichtvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls	24
dd. Mindestmaß des Arbeitsausfalls	28
ee. Darlegungsumfang für den Arbeitgeber	29
b. Betriebliche Voraussetzungen	29
c. Persönliche Voraussetzungen	29
d. Arbeitsausfallanzeige	31
3. Höhe des Kurzarbeitergeldes	32
4. Bezugsdauer	35
II. Sozialversicherungsrechtliche Belange bei Bezug von Kurzarbeitergeld	36
1. Beitragszahlungen zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung	36
2. Auswirkungen der Kurzarbeit auf privat Krankenversicherte	37
a. Zum Erhalt der Versicherungsfreiheit	37
b. Zum Zuschuss des Arbeitgebers nach § 257 Abs. 2 S. 4 SGB V	38
3. Auswirkungen der Kurzarbeit auf die Arbeitslosenversicherung	39
4. Auswirkungen der Kurzarbeit auf die Rentenversicherung	40
III. Verfahren zur Kug-Berechnung und zur Erstattung	40

	Seite
C. Sonderprobleme bei Kurzarbeit	42
I. Haupt- und Nebenleistungspflichten neben der Kurzarbeit	42
II. Ansprüche der Arbeitnehmer bei Arbeitsausfall ohne Rückerstattung des Kug durch die Agentur für Arbeit	42
III. Anspruch auf Sonderzuwendungen während der Kurzarbeit	43
IV. Kurzarbeit und Urlaub	43
1. Auswirkungen von Kurzarbeit auf die Anzahl der Urlaubstage	44
2. Wann können / müssen Urlaubstage genommen werden?	44
a. Verfügbare Urlaubsansprüche	44
b. Entgegenstehende Urlaubswünsche der Arbeitnehmer	44
c. Festlegung der Urlaubstage auf Kurzarbeitstage	45
aa. Der Urlaub wurde bereits vor der Einführung der Kurzarbeit genehmigt	45
bb. Der Urlaub wird während der Kurzarbeitsperiode genehmigt	46
cc. Tageweise Einbringung von Urlaub während der Kurzarbeit	47
3. Höhe des Urlaubsentgelts	47
a. Bemessung des Urlaubsentgelts nach vorangegangener Kurzarbeit	47
b. Höhe des Urlaubsentgelts bei Kurzarbeit während des Urlaubs	49
V. Zuschuss zum Kurzarbeitergeld	50
VI. Kurzarbeit und Krankheit	51
VII. Kurzarbeit und Feiertagsvergütung	52
VIII. Kurzarbeit und Kündigungsrecht des Arbeitgebers	52
1. Keine arbeitgeberseitige Verpflichtung zur Durchführung von Kurzarbeit	52
2. Betriebsbedingte Kündigungen während der Kurzarbeitsperiode	53
3. Vergütungsansprüche des gekündigten Arbeitnehmers	54
a. Kein Bezug von Kug nach betriebsbedingter Kündigung	54
b. Kurzarbeit und Massenentlassung	54

	Seite
D. Vertragsmuster und Vordrucke	55
E. Ablaufplan zur Kurzarbeit	65
F. Literaturhinweise	66

A. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit

I. Allgemeiner Überblick

Als Kurzarbeit wird allgemein eine vorübergehende Absenkung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit aufgrund eines konkreten Arbeitsausfalls bezeichnet. Kurzarbeit ermöglicht den Unternehmen, kurzfristig für einen bestimmten Zeitraum für die Zeiten des Arbeitsausfalls die Personalkosten zu senken, ohne Stammbeschäftigte entlassen zu müssen. Bei einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens bzw. bei neuen Auftragseingängen können die Unternehmen dann wieder auf bewährte Stammkräfte zurückgreifen und somit kurzfristig ihre Produktion wieder steigern. Überdies können durch die Einführung von Kurzarbeit die nach Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen häufig drohenden Kündigungsschutzprozesse ebenso vermieden werden wie die Verabschiedung von teuren Sozialplänen.

1. Begriff und Rechtswirkungen der Kurzarbeit

Die Kurzarbeit führt zur Suspendierung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Sie geht einher mit einer entsprechenden Reduzierung der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten der Arbeitnehmer einerseits und der Minderung der arbeitgeberseitigen Entgeltverpflichtungen andererseits. Durch die wirksame Einführung von Kurzarbeit reduziert sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers für die Ausfallzeit auf die Zahlung von Kurzarbeitergeld (Kug) (BAG vom 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67; vgl. hierzu im Einzelnen auch Punkt C.II.). Die Verkürzung der Arbeitszeit kann bis zur vollständigen vorübergehenden Einstellung der Arbeit für einen vorübergehenden Zeitraum ausgeweitet werden. In diesem Fall wird von der sog. „Kurzarbeit null“ gesprochen. Bei Erfüllung der in §§ 95 ff. SGB III geregelten Voraussetzungen erhält der Arbeitgeber eine Erstattung des von ihm vorgeleisteten Kug; die vom Arbeitgeber auf das Kug zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge sind dagegen nicht erstattungsfähig (hierzu im Einzelnen siehe Punkt B.II.1.).

Die Einführung von Kurzarbeit bedarf einer besonderen normativen oder einzelvertraglichen Grundlage (siehe hierzu zuletzt BAG vom 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565). Die Arbeitgeber haben also bei einem sich abzeichnenden Arbeitsausfall vor der Einführung von Kurzarbeit bestimmte Punkte zu beachten.

2. Ausschöpfung aller gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Flexibilisierungsmöglichkeiten

Bevor im Betrieb Kurzarbeit eingeführt wird, sollten Unternehmen sämtliche gesetzliche, tarifliche und betriebliche Flexibilisierungsmöglichkeiten prüfen, die geeignet

sind, der geänderten Auftragslage und der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens hinreichend Rechnung zu tragen. Hierzu sollten neben Möglichkeiten der Arbeitszeitverringerung (z. B. durch Abbau von Arbeitszeitkonten, Verringerung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit) auch arbeitgeberseitig Bangeordnete Betriebsferien¹ oder frühzeitige Festlegung von Urlaubsplänen, tarifliche Flexibilisierungsmöglichkeiten (Absenkung der Jahressonder- und Urlaubsleistungen, Vereinbarung von Sonder- und Sanierungstarifverträgen etc.) auf ihre Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit geprüft werden.

Der Abbau von Leiharbeit kann ebenfalls ein probates Instrument sein, um schnell Kosten zu senken. Der Vorteil liegt darin, dass die Kündigung von Leiharbeitnehmern nicht durch den Entleiher auszusprechen ist, sondern Gegenstand des mit dem Verleiher geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist. Die Möglichkeit, Leiharbeit abzubauen, hängt damit allein von den (Kündigungs-) Vereinbarungen im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ab. Anders als früher wird allerdings dem Abbau von Leiharbeit kein Vorrang mehr vor einem Kug-Bezug eingeräumt (GA Kug zu § 96, 2.7., vgl. auch Punkt B.I.2.a.aa.). Zur Vermeidung von Kurzarbeit durch vorrangige Nutzung von Zeitkonten und Urlaubsgewährung vgl. auch Punkt B.I.2.a.cc.).

Erst wenn die vorbeschriebenen Instrumente nicht ausreichen können, um den durch Auftragsrückgang verursachten Wegfall des Beschäftigungsbedarfs aufzufangen, sollte über die Einführung von Kurzarbeit nachgedacht werden.

3. Einführung von Kurzarbeit | Chronologischer Ablaufplan

Kurzarbeit kann nur unter bestimmten Voraussetzungen im Betrieb eingeführt werden. Nachfolgend sind die einzelnen Schritte dargestellt, die vom Arbeitgeber bei der Einführung von Kurzarbeit zu beachten sind.

a. Unterrichtung des Betriebsrats und des Wirtschaftsausschusses

In Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber gemäß § 106 BetrVG verpflichtet, den Wirtschaftsausschuss rechtzeitig und umfassend bezüglich der beabsichtigten Einführung von Kurzarbeit zu unterrichten. In einem nächsten Schritt ist der Betriebsrat über die beabsichtigte Einführung von Kurzarbeit gemäß § 92 BetrVG zu informieren. Gegebenenfalls kann es auch zweckmäßig sein, die Belegschaft in einer Betriebsversammlung über die Hintergründe und den Umfang der geplanten Kurzarbeit frühzeitig zu informieren.

b. Frühzeitige Kontaktaufnahme zu der Agentur für Arbeit

Nach der internen betrieblichen Vorprüfung kann es sich für den Arbeitgeber anbieten, mit der jeweils zuständigen lokalen Agentur für Arbeit Kontakt aufzunehmen,

um die Rahmenbedingungen für eine Gewährung von Kug abzuklären. Die Arbeitsagenturen sind in diesen Beratungsgesprächen erfahrungsgemäß sehr kooperativ. Schließlich geht es um den Erhalt von Arbeitsplätzen in einer wirtschaftlich schwierigen Situation des einzelnen Unternehmens, Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmer soll vermieden werden.

c. Abschluss einer Betriebsvereinbarung über die Durchführung von Kurzarbeit

Wenn die Agentur für Arbeit im Grundsatz **ßgrünes Licht** für die Gewährung von Kug gibt, sollte der Arbeitgeber sich mit dem Betriebsrat möglichst zeitnah über die Einführung der Kurzarbeit i.S.d. § 87 Abs. 1 S. 3 BetrVG einigen.

d. Anzeige der Kurzarbeit bei der Agentur für Arbeit

Nachdem sich die Betriebsparteien über die Einführung von Kurzarbeit geeinigt haben, ist bei der Agentur für Arbeit die Kurzarbeit anzuzeigen, § 99 Abs. 1 SGB III. Die Agentur für Arbeit wiederum trifft dann eine verbindliche Entscheidung über die Gewährung von Kug gemäß §§ 99 Abs. 3 SGB III (vgl. auch Punkt B.III.). Diese dürfte dann regelmäßig positiv ausfallen, wenn der Arbeitgeber bereits in der internen Vorprüfung die Gewährung von Kug mit der Agentur für Arbeit abgeklärt hat.

e. Bekanntmachung der Einführung von Kurzarbeit

In einem letzten Schritt sollte dann der Arbeitgeber die anstehende **Kurzarbeit im Betrieb bekannt machen** – sei es durch individuelle Anschreiben, Veröffentlichungen am **ßSchwarzen Brett** oder im **ßIntranet** des Betriebs. Vielfach enthalten Tarifverträge auch Ankündigungsfristen darüber, zu welchem Zeitpunkt die von der Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten spätestens über die Kurzarbeit informiert werden müssen (z. B. einwöchige Ankündigungsfrist in § 16.2 a) MTV METALL NRW).

II. Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) kann der Arbeitgeber Kurzarbeit nur aufgrund einer wirksamen Rechtsgrundlage einführen. Als Rechtsgrundlage kommen hierfür Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und einzelvertragliche Regelungen in Betracht (BAG vom 12.10.1994 – 7 AZR 398/93, NZA 1995, 64). Eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers kraft seines Direktions- und Weisungsrechts scheidet dagegen nach der Rechtsprechung aus (BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08, NZA 2009, 689).

1. Tarifvertragliche Regelungen

In vielen Fällen existieren tarifliche Regelungen, die den Arbeitgeber berechtigen, im Betrieb Kurzarbeit einzuführen (sog. tarifliche Kurzarbeitsklauseln). Diese Klauseln ermächtigen zwar im Grundsatz den Arbeitgeber zur Einführung von Kurzarbeit im

Betrieb. Da allerdings nach Ansicht des BAG auch die Tarifvertragsparteien dem Arbeitgeber nicht das Recht einräumen können, voraussetzungslos Kurzarbeit einzuführen (BAG vom 18.10.1994 - 1 AZR 503/93, NZA 1995, 1064), enthalten die Tarifverträge Öffnungsklauseln für die Möglichkeit betrieblicher Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit sowie Vorgaben an die Betriebsparteien, die bei der Einführung der Kurzarbeit im Betrieb zu beachten sind. Hierzu zählt regelmäßig die Verpflichtung für die Unternehmen, den Beginn und die Dauer, die Lage und Verteilung der Kurzarbeit sowie den von der Kurzarbeit betroffenen Personenkreis in einer Betriebsvereinbarung zu regeln (vgl. § 16. 1 und 2 MTV METALL NRW). Die nähere Ausgestaltung der Kurzarbeit und die konkreten Bedingungen für die Durchführung der Kurzarbeit im Betrieb werden mithin regelmäßig in einer Betriebsvereinbarung festgelegt. Zum Teil enthalten einzelne Tarifverträge auch Regelungen, wonach die Kurzarbeit mit einer bestimmten Frist anzukündigen ist (sog. Ankündigungsfrist). Teilweise sehen Tarifverträge für den Arbeitgeber zusätzlich die Verpflichtung vor, das Kug auf einen bestimmten Prozentsatz des bisherigen Nettoarbeitsentgelts (zum Teil auf bis zu 90 %) aufzustocken. Zur Aufstockung des Kug durch den Arbeitgeber vgl. auch Punkt C.V.

2. Weitere kollektive Regelungsformen zur Einführung von Kurzarbeit

a. Betriebsvereinbarungen

Die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb erfolgt regelmäßig auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen. Zudem hat der Betriebsrat bei der Einführung von Kurzarbeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ohnehin mitzubestimmen (siehe hierzu Punkt A.III.1.).

Betriebsvereinbarungen können zur Anwendung gelangen, wenn bereits die einschlägigen Tarifverträge entsprechende betriebliche Öffnungsklauseln enthalten (siehe Punkt A.II.1.). In den Betriebsvereinbarungen werden in der Regel die tarifvertraglichen Vorgaben umgesetzt. Sofern keine tarifvertraglichen Regelungen vorhanden sind oder der Tarifvertrag zwischen den Arbeitsvertragsparteien keine Anwendung findet, kann eine Betriebsvereinbarung als Ermächtigungsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit herangezogen werden. Nach Ansicht des BAG kann der Arbeitgeber Kurzarbeit mit entsprechender Entgeltminderung grundsätzlich aufgrund einer Betriebsvereinbarung kollektiv einführen (BAG vom 14.2.1991 - 2 AZR 415/90, DB 1991, 1990, zweifelnd Fitting u.a., 29. Aufl., 2018, § 77 Rn. 203).

Eine Änderung hinsichtlich der Arbeitszeit und der Entgeltzahlungspflicht für die Dauer der Kurzarbeit kann nach Ansicht des BAG nur durch eine förmliche Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 2 BetrVG herbeigeführt werden, da nur diese gem. § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer einwirkt. Aufgrund der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Betriebsvereinbarung gehen deren Regelungen arbeitsvertraglichen Absprachen zur Arbeitszeit grundsätzlich vor. Dies gilt jedenfalls dann, wenn solche

Absprachen günstiger sind (sog. Günstigkeitsprinzip, vgl. hierzu im Einzelnen im Folgenden Punkt 3.).

Enthält der zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehende Arbeitsvertrag keine Regelung zur Kurzarbeit, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Betriebsvereinbarung insoweit **betriebsvereinbarungsoffen** ist, d.h., ob der Arbeitgeber berechtigt ist, mittels einer Betriebsvereinbarung in bestehende individualrechtliche Arbeitsbedingungen - ggf. auch verschlechternd (hier: Absenkung der Arbeitszeit und des Entgelts des Beschäftigten) - eingreifen zu können (Fitting u.a., 29. Aufl., 2018, § 77 Rn. 203). In diesem Fall gelangt das Günstigkeitsprinzip nicht zur Anwendung (Fitting u.a., 29. Aufl., 2018, § 77 Rn. 214).

Wird die Einführung der Kurzarbeit im Betrieb auf eine Betriebsvereinbarung gestützt, so müssen sich nach jüngerer Rechtsprechung des BAG die **Rechte und Pflichten** des Arbeitgebers so **deutlich aus dieser Betriebsvereinbarung ergeben**, dass diese für die Arbeitnehmer eindeutig zu erkennen sind (BAG vom 18.11.2015 I 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565).

Das BAG stellt somit erhebliche formelle Anforderungen an die Rechtswirksamkeit der Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit auf (BAG vom 18.11.2015 I 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565). Die Betriebsvereinbarung soll z. B. zu unbestimmt sein, wenn die Geschäftsführung allein entscheiden kann, welche Arbeitnehmer **wegen ihrer Aufgabenstellung** von der Kurzarbeit ausgenommen sind oder wenn Führungskräfte über den betroffenen Mitarbeiterkreis durch Aufnahme in die Urlaubsplanungsdatei bestimmen können (BAG vom 18.11.2015 I 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565).

Nach der Rechtsprechung des BAG müssen also für die Arbeitnehmer aus der Betriebsvereinbarung die Voraussetzungen und Bedingungen für die Einführung von Kurzarbeit zuverlässig erkennbar sein.

In der Betriebsvereinbarung müssen deshalb mindestens

- die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit,
- die Regelung der Lage und Verteilung der (verbleibenden) Arbeitszeit sowie
- die Auswahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer

geregelt werden (siehe auch unter Punkt D. die Muster zur Einführung von Kurzarbeit).

Diese Mindestanforderungen erfüllt eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit nicht, wenn sich aus ihr nicht ergibt, für welche Arbeitnehmer Kurzarbeit angeordnet wird.

b. Regelungsabreden

Zwar kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Einführung der Kurzarbeit auch durch eine formlose Regelungsabrede - d.h. eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat - ausgeübt werden. Die Regelungsabrede hat aber keine unmittelbare Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse und begründet deshalb keine Rechte im Verhältnis zu den einzelnen Arbeitnehmern (LAG Rheinland-Pfalz vom 12.8.2010 - 10 Sa 160/10, ArbRB 2011, 207). Die Regelungsabrede eignet sich somit aufgrund ihrer fehlenden normativen Wirkung nicht als Rechtsgrundlage für eine Reduzierung der individuellen Arbeitszeit der Beschäftigten (BAG vom 14.2.1991 - 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607, LAG Hamm vom 1.8.2012 - 5 SA 27/12, NZA-RR 2013, 244). Mithin ist von der bloßen Vereinbarung einer Regelungsabrede abzuraten.

3. Individualrechtliche Regelungsformen zur Einführung von Kurzarbeit

Falls im Betrieb weder eine tarifvertragliche Regelung noch eine Betriebsvereinbarung (z.B. in betriebsratslosen Betrieben, siehe im Einzelnen Punkt IV.) über die Einführung von Kurzarbeit besteht, kann der Arbeitgeber ggf. auf einzelvertraglich vereinbarte Regelungen zurückgreifen. Diese Individualregelungen können jedenfalls dann als Rechtsgrundlage für die Anordnung der Kurzarbeit in Betracht kommen, wenn - wie unter Punkt 2.a. dargestellt - eine vorrangige Betriebsvereinbarung nicht in Betracht kommt.

a. Schriftliche Vereinbarung

Häufig enthalten Arbeitsverträge vertragliche Regelungen, aufgrund derer der Arbeitgeber berechtigt ist, Kurzarbeit anzuordnen (sog. Kurzarbeitsklauseln). Derartige Vereinbarungen können auch im laufenden Arbeitsverhältnis nachträglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus konkretem Anlass getroffen werden. Der Abschluss solcher arbeitsvertraglichen Regelungen ist jedoch außerordentlich zeitaufwendig, wenn sie nachträglich mit jedem einzelnen Beschäftigten vereinbart werden müssen. Besser ist es daher, Kurzarbeitsklauseln von vornherein in Arbeitsverträge aufzunehmen, insbesondere wenn mangels eines Betriebsrats die Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung nicht in Betracht kommt.

aa. AGB-Kontrolle von Kurzarbeitsklauseln

Da es sich bei diesen Kurzarbeitsklauseln um vorformulierte allgemeine Vertragsklauseln handelt, können diese Klauseln der allgemeinen Inhaltskontrolle unterzogen werden. Die Kurzarbeitsklauseln müssen insbesondere den Transparenz- und Angemessenheitserfordernissen des § 307 Abs. 1 BGB genügen. Die Rechtsprechung hat bislang höchststrichterlich nicht abschließend geklärt, wie solche Kurzarbeitsklauseln ausgestaltet sein müssen.

Eine Klausel, die es dem Arbeitgeber gestattet, jederzeit und ohne Vorliegen besonderer Voraussetzungen Kurzarbeit einzuführen, wird der AGB-Kontrolle mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten und von den Gerichten für Arbeitssachen als unwirksam eingestuft werden, da sie das Wirtschaftsrisiko in unangemessener Weise einseitig auf den Arbeitnehmer verlagert (Worzalla, NZA-Beil. 2006, 122, 129; Kleinebrink, DB 2009, 344).

(1) Anknüpfung an Regelungen zum Kurzarbeitergeld

Der Gesetzgeber hat das Instrument der Kurzarbeit ausdrücklich zugelassen und fördert es unter bestimmten Voraussetzungen mit der Zahlung des Kug. Der Arbeitgeber kann deshalb grundsätzlich die Hauptleistungspflichten aufgrund vertraglicher Regelung einseitig suspendieren und durch die Absenkung der Arbeitszeit Einfluss auf die Vergütungshöhe nehmen (Bauer/Günther, BB 2009, 662).

Fraglich ist, ob das vertraglich geregelte Suspendierungsrecht an Bedingungen zu knüpfen ist. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung sollen Kurzarbeitsklauseln nach § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam sein, wenn sie Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit sowie Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises u.ä. völlig offen lassen (LAG Berlin-Brandenburg vom 7.10.2010 - 2 Sa 1230/10, DB 2011, 420). Insbesondere in betriebsratslosen Betrieben besteht daher für die Arbeitgeberseite das Risiko, dass Kurzarbeit nur mit (nachträglicher) Zustimmung angeordnet werden kann. Allerdings kann bei einer widerspruchslosen Hinnahme einer arbeitgeberseitig angeordneten und von der Agentur für Arbeit genehmigten Kurzarbeit eine konkludente Vertragsänderung vorliegen (siehe hierzu Punkt II.3.b.).

(2) Kurzarbeitergeldbezug keine Angemessenheitsvoraussetzung

Solange die Einführung der Kurzarbeit von den objektiven Voraussetzungen des Bezugs von Kug abhängig gemacht wird, kann es für die Angemessenheit der Vertragsklausel nicht darauf ankommen, ob der jeweilige Arbeitnehmer im Einzelfall in Abhängigkeit von der Höhe seines Einkommens berechtigt ist, die Entgeltersatzleistung in Anspruch zu nehmen.

Eine Klausel ist demnach auch dann angemessen, wenn sie den Arbeitgeber bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des Bezugs von Kug berechtigt, Kurzarbeit einzuführen, obwohl der betroffene Arbeitnehmer im konkreten Einzelfall wegen Überschreitens der Beitragsbemessungsgrenze persönlich nicht bezugsberechtigt ist (Bauer/Günther, BB 2009, 662).

(3) Ausübungskontrolle nach § 315 BGB

Welche Einschnitte der einzelne Arbeitnehmer bei der Anordnung von Kurzarbeit hinnehmen muss, spielt bei der Frage eine Rolle, ob der Arbeitgeber das ihm eingeräumte Recht zur Anordnung von Kurzarbeit nach billigem Ermessen i. S. v. § 315

BGB ausgeübt hat. Neben der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln ist deshalb die Ausübungskontrolle im Einzelfall gemäß § 315 BGB zu beachten (BAG vom 12.1.2005 - 5 AZR 364/04, BB 2005, 833).

Falls ein Arbeitnehmer im Einzelfall besonders schwere Einschnitte beim Einkommen hinnehmen muss, weil er wegen Überschreitens der Beitragsbemessungsgrenze kein erstattungsfähiges Kug beziehen kann, kann es § 315 BGB u. U. erforderlich machen, ihn von der Kurzarbeit auszunehmen, seine Arbeitszeit nur in geringem Umfang zu reduzieren oder Aufstockungszahlungen zu erbringen (zur Kug-Gewährung bei Besserverdienenden vgl. auch Punkt B.I.3.).

(4) Anzeigepflicht und Ankündigungsfrist

Fraglich ist, ob die Vertragsklausel das Recht zur einseitigen Anordnung von Kurzarbeit von der Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit nach § 99 SGB III abhängig machen muss.

Die Aufnahme der Anzeigepflicht in die Kurzarbeitsklausel liegt im Interesse des Arbeitgebers, da ihm Schadensersatzansprüche der Arbeitnehmer in Höhe des nicht gezahlten Kug drohen, falls er die Anzeige unterlässt (LAG Sachsen vom 30.8.2002 - 3 Sa 996/01, NZA-RR 2003, 3; a.A. LAG Rheinland-Pfalz vom 12.8.2010 I 10 Sa 160/10, ArbRB 2011, 207). Außerdem ist die Anzeige des Arbeitsausfalls Bestandteil der dem Arbeitgeber zu Gute kommenden Refinanzierung des Kug durch die Agentur für Arbeit.

Enthält die Kurzarbeitsklausel eine ausreichende Ankündigungsfrist, spricht dies für die Angemessenheit der Regelung. Es empfiehlt sich deshalb, eine Ankündigungsfrist in den Vertrag aufzunehmen.

bb. Mustervorschlag für Kurzarbeitsklausel

Die Anordnung von Kurzarbeit sollte im Arbeitsvertrag unter dem Regelungspunkt *Arbeitszeit* aufgeführt werden, damit sie wirksamer Vertragsbestandteil wird. Wird eine Klausel im Vertragstext unzutreffend eingeordnet und dadurch *versteckt*, besteht zumindest die Gefahr, dass sie als sog. überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB kein Vertragsbestandteil wird.

Eine Kurzarbeitsklausel könnte etwa wie folgt lauten:

Die Gesellschaft kann Kurzarbeit anordnen, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, und der Arbeitsausfall der Arbeitsverwaltung angezeigt ist (§ 99 SGB III). Für die Dauer der Kurzarbeit vermindert sich die in § 11 dieses Vertrags geregelte Vergütung im Verhältnis der ausgefallenen Arbeitszeit. Die Gesellschaft hat bei der Anordnung von Kurzarbeit gegenüber dem Arbeitnehmer eine Ankündigungsfrist von drei Wochen einzuhalten. (nach Bauer/Günther, BB 2009, 662).

b. Konkludente Vereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit

Eine Individualvereinbarung kann auch formlos dadurch geschlossen werden, dass der Arbeitgeber das Angebot auf Einführung zeitweiser Kurzarbeit und entsprechender Reduzierung des Arbeitsentgelts unterbreitet - z.B. auf einer Betriebsversammlung - und der Arbeitnehmer dieses stillschweigend annimmt, indem er die vorgeschlagene Arbeitsverkürzung praktiziert. In diesen Fällen unterrichtet der Arbeitgeber die von der Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten darüber, dass das Unternehmen aufgrund vorübergehender Auftragsverluste gezwungen ist, im Betrieb Kurzarbeit einzuführen. Allerdings sollte der Arbeitgeber auch hier die jeweiligen Beschäftigten über den Beginn, das voraussichtliche Ende und den Umfang informieren.

Falls die Beschäftigten auf Anordnung des Arbeitgebers unwidersprochen Kurzarbeit leisten, ist von einer konkludenten arbeitsvertraglichen Vereinbarung der Parteien auszugehen (so jedenfalls LAG Düsseldorf vom 14.10.1994 - 10 Sa 1194/94, DB 1995, 682; so auch Erfurter Kommentar - Preis, 19. Aufl., 2019, § 611 a BGB Rn. 657).

c. Kurzarbeit aufgrund Änderungskündigung

Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit mit entsprechender Entgeltminderung - wie oben unter Punkt I.1. dargestellt - i.d.R. nur aufgrund einer individual- oder kollektivvertraglichen Regelung einführen. Andernfalls bedarf es zur Arbeitszeitverkürzung einer rechtswirksamen Änderungskündigung (BAG vom 14.2.1991 - 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607; Bauer/Günther, BB 2009, 662).

Zwar sind die Vorgaben des BAG für eine wirksame Entgeltreduzierung im Wege der Änderungskündigung streng. Die Anforderungen der Rechtsprechung an eine Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit müssten an und für sich aus zwei Gründen niedriger sein. Erstens greift der Arbeitgeber bei dieser Änderungskündigung nicht in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein, da das arbeitsvertraglich vereinbarte Äquivalenzverhältnis durch die Änderungskündigung unverändert bleibt (Bauer/Günther, BB 2009, 662). Zweitens ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer entsprechenden Änderungskündigung zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen Kurzarbeit durch die Zahlung von Kug unterstützt. Schließlich dürfte die Kurzarbeit dem Arbeitnehmer im Regelfall auch zumutbar sein. Kurzarbeit dient dazu, Beendigungskündigungen zu vermeiden. Zudem ist sie nur von vorübergehender Natur (Bauer/Günther, BB 2009, 662).

Eine außerordentliche Änderungskündigung dürfte allerdings nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn der Auftragsmangel bzw. der damit einhergehende Arbeitsmangel kurzfristig auftritt und nicht anderweitig zu beheben ist. Sofern der Bestand des Unternehmens bei unveränderter Weiterbeschäftigung und Entlohnung

der Arbeitnehmer gefährdet wäre, müsste die außerordentliche Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit zulässig sein. Die Rechtsprechung musste diese Frage noch nicht klären. Um den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu genügen, wird die außerordentliche Kündigung aber nicht fristlos erfolgen können. Dem Arbeitnehmer ist ausreichend Zeit einzuräumen, um sich auf die veränderten Einkommensverhältnisse einstellen zu können. Hierzu dürfte in Anlehnung an § 4 KSchG eine Auslauffrist von drei Wochen ausreichen (Bauer/Günther, BB 2009, 662).

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Steht dem Arbeitgeber eine Rechtsgrundlage zur Verfügung, kann er in den Betrieben nicht ohne Weiteres Kurzarbeit anordnen. Vielmehr hat er in Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, vor Einführung der Kurzarbeit das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu beachten (BAG vom 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565). Der Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz, § 77 Abs. 3 BetrVG gilt nur insoweit, als Tarifverträge ausdrückliche Regelungen für die Anordnung von Kurzarbeit enthalten. Nur wenn ein Tarifvertrag eine abschließende Regelung sowohl für die Einführung der Kurzarbeit als auch für die Folgen der Kurzarbeit enthält, würde er der Mitbestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes vorgehen. Dies dürfte selten bei allgemeinen Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit in Tarifverträgen, eher bei der konkreten Regelung eines einzelnen Falles von Kurzarbeit durch Tarifvertrag oder der genauen Umschreibung der Voraussetzungen, des Umfangs und der betroffenen Personen der Kurzarbeit der Fall sein.

Als weitere relevante Regelungsbereiche kommen etwa die Festlegung von Ankündigungsfristen, die Ausnahme bestimmter Personengruppen und die Festsetzung von Zuschlägen zum Kug als vorrangige tarifliche Regelungen in Betracht. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber keinen Regelungsspielraum mehr, sodass für eine Mitbestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes ebenfalls kein Spielraum und kein Bedarf mehr bestünde (vgl. Fitting u.a., 29. Aufl., 2019, § 87 Rn. 43 ff.).

1. Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Die Einführung der Kurzarbeit ist mit der vorübergehenden Arbeitszeitabsenkung der betriebsüblichen Arbeitszeit verbunden und unterliegt damit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats (BAG vom 29.11.1978 - 4 AZR 276/77, DB 1979, 995; BAG vom 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565; Erfurter Kommentar - Kania, 19. Aufl., 2019, § 87 BetrVG Rn. 35).

a. Umfang des Mitbestimmungsrechts

Das Mitbestimmungsrecht setzt voraus, dass es sich um eine **vorübergehende** Veränderung der Arbeitszeit handelt. Sie liegt vor, wenn es sich um eine Abweichung von dem allgemein geltenden Zeitvolumen mit anschließender Rückkehr zur

betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit handelt (BAG vom 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, DB 2004, 385). Ist die Verkürzung der Arbeitszeit auf Dauer angelegt, ist insoweit für eine Mitbestimmung kein Raum.

aa. Mitbestimmung bei Einführung der Kurzarbeit

Bei der Einführung von Kurzarbeit hat der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein volles Mitbestimmungsrecht, das sich gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auch auf die Lage der restlichen Arbeitszeit und damit die Lage der Kurzarbeit bezieht (h.M. vgl. BAG vom 4.3.1986 - 1 ABR 15/84, NJW 1987, 1844; a.A. Wahlig/Jeschke, NZA 2010, 611).

bb. Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der Kurzarbeit

Das Mitbestimmungsrecht umfasst auch die Frage, welche Arbeitnehmer bzw. welche Arbeitnehmergruppen in die Kurzarbeit einbezogen werden sollen (BAG vom 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565; Däubler/K/K/W – Klebe, BetrVG, 16. Aufl., 2018, § 87 Rn. 89; Münchener ArbR/Matthes § 327 Rn. 37).

cc. Mitbestimmung bei Rückkehr zur Normalarbeitszeit

Dagegen ist die Frage umstritten, ob auch die Rückkehr zur Normalarbeitszeit mitbestimmungspflichtig ist.

Das BAG ist der Auffassung, dass der Abbau der Kurzarbeit in Rückführung auf die betriebsübliche Arbeitszeit als solcher nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG unterliegt. Durch den Abbau der Kurzarbeit werde nicht die „betriebsübliche Arbeitszeit“, sondern die vorübergehend festgelegte „Ausnahme-Arbeitszeit“ verändert (BAG vom 21.11.1978 - 1 ABR 67/76, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Dagegen wird im Schrifttum zum Teil eingewandt, die Rückkehr zur normalen Arbeitszeit korrespondiere mit der Dauer der vorherigen Verkürzung der Arbeitszeit und sei deshalb ebenfalls mitbestimmungspflichtig (Erfurter Kommentar – Kania, 19. Aufl., 2019, § 87 BetrVG Rn. 35; Fitting u.a., 29. Aufl., 2018, § 87 Rn. 151). Allerdings wird insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass das Mitbestimmungsrecht bei der Rückkehr zur Normalarbeitszeit entfalle, wenn der Zeitraum der Anordnung von Kurzarbeit durch die Betriebsparteien von vornherein befristet oder auflösend bedingt festgelegt war, da insofern das Einverständnis des Betriebsrats bereits vorweggenommen ist (Erfurter Kommentar – Kania, 19. Aufl., 2019, § 87 BetrVG Rn. 35).

dd. Keine Mitbestimmung im Hinblick auf die Höhe des zu leistenden Entgelts

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erstreckt sich nach h.M. dagegen nicht auf die Frage, welches Entgelt bei Einführung von Kurzarbeit zu zahlen ist (Erfurter Kommentar – Kania, 19. Aufl., 2019, § 87 Rn. 37 Fitting u.a. 29. Aufl., 2018, § 87 Rn. 153; a.A. Münchener ArbR/Matthes, § 335 Rn. 37).

Der Betriebsrat ist deshalb auch nicht berechtigt, seine Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit davon abhängig zu machen, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten das volle Entgelt zahlt bzw. die Differenz zwischen vollem Entgelt und Kug ausgleicht (so zutreffend LAG Köln vom 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89, NZA 1989, 939f.; Erfurter Kommentar - Kania, 19. Aufl., § 87 BetrVG Rn. 37; a.A. Däubler/K/K/W - Klebe, 16. Aufl., 2018, § 87 Rn.129).

ee. Keine Mitbestimmung zum Abschluss einer Beschäftigungsgarantie

Ebenso berechtigt die Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG den Betriebsrat nicht, für die Dauer der Kurzarbeitsphase eine Beschäftigungsgarantie für die Arbeitnehmer zu fordern. Derartige Regelungen können zwar freiwillig vereinbart werden, der Betriebsrat könnte entsprechende Forderungen aber weder gerichtlich noch in der Einigungsstelle durchsetzen.

b. Mitbestimmung in Eilfällen

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bleibt grundsätzlich auch in Eilfällen erhalten (BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, DB 1999, 854). Infolgedessen wären auch vorläufige Anordnungen nicht zulässig (Däubler/K/K/W – Klebe, 16. Aufl., 2018, § 87 Rn. 23). Sofern dies im Schrifttum nicht für notwendig erachtet wird, wird z.T. verlangt, dass der Arbeitgeber nur in *‚echten Notfällen‘* oder in *‚Extremfällen‘* (zur Vermeidung schwerer Schäden) zwar einseitig Kurzarbeit anordnen kann, anschließend aber unverzüglich die Zustimmung des Betriebsrates einholen müsse (Fitting u.a., 29. Aufl., 2018, § 87 Rn. 135; offen gelassen vom BAG vom 13.7.1977 - 1 AZR 336/75, DB 1977, 2235).

c. Erzwingbarkeit des Mitbestimmungsrechts und Initiativrecht des Betriebsrats

Bei der Absenkung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Rahmen der Kurzarbeit steht dem Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zu. Nach herrschender Meinung steht dem Betriebsrat zumindest im Hinblick auf die Art und Weise der Durchführung sogar ein **Initiativrecht** zu (BAG vom 4.3.1986 - 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432; Erfurter Kommentar - Kania, 19. Aufl., 2019, § 87 Rn. 35; Uhl/Polloczek, BB 2010, 2173; a.A. Boecken, RdA 2000, 11). Falls sich der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über die einzelnen Modalitäten der Kurzarbeit nicht einigt, kann der Betriebsrat deshalb die Einigungsstelle hierzu anrufen (BAG vom 4.3.1986 - 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432).

d. Rechtsfolgen bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts

Eine mitbestimmungswidrige Einführung und Durchführung der Kurzarbeit führt dazu, dass die vom Arbeitgeber angeordnete Arbeitszeitabsenkung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer keine Rechtswirkung entfaltet. Der Arbeitgeber befindet sich in diesem Fall nach § 615 BGB im Annahmeverzug und bleibt in diesem Fall zur vollen Entgeltzahlung verpflichtet. Wird ohne die Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats Kurzarbeit angeordnet, hat der Arbeitgeber somit an die Beschäftigten weiterhin das volle Entgelt zu zahlen (BAG vom 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607; BAG vom 11.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 211).

2. Betriebsversammlungen

Betriebsversammlungen können auch während der Kurzarbeitsperiode stattfinden. Die an der Betriebsversammlung teilnehmenden Arbeitnehmer haben für die Zeit ihrer Teilnahme an der Betriebsversammlung Anspruch auf Vergütung (§ 44 Abs. 1 Satz 2 BetrVG).

3. Beteiligung der Jugend- und Auszubildendenvertretung

Weiterhin ist zu beachten, dass vor Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung die Jugend- und Auszubildendenvertretung zu beteiligen ist (§ 67 BetrVG), wenn Auszubildende an der Kurzarbeit teilnehmen sollen.

IV. Kurzarbeit in betriebsratslosen Betrieben

Zu der Einführung von Kurzarbeit in betriebsratslosen Betrieben auf der Grundlage einzelvertraglicher Regelung vgl. im Einzelnen oben Punkt II.3.

Ob der Arbeitgeber in einem betriebsratslosen Betrieb Kurzarbeit einseitig einführen kann, ist umstritten. Das BAG hat festgestellt, dass Kurzarbeit auch dann eingeführt werden kann, wenn im Betrieb kein Betriebsrat gewählt ist (BAG vom 25.11.1981 – 4 AZR 274/79, DB 1982, 909). Allerdings existierte in dem vom BAG zu entscheidenden Fall eine tarifliche Ermächtigungsnorm zur Einführung von Kurzarbeit. Das BAG zog diese Tarifnorm sowie eine zwischen den Streitparteien getroffene einzelvertragliche Vereinbarung als Ermächtigungsnorm für die Kurzarbeit heran. Gleichzeitig stellte das BAG fest, dass Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Einführung der Kurzarbeit nicht zu beachten waren, da im Betrieb der Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch kein Betriebsrat bestand.

Das LAG Rheinland-Pfalz vertritt dagegen die Auffassung, dass Kurzarbeit nicht ohne Zustimmung der Beschäftigten eingeführt werden darf, wenn nicht eine Tarifnorm zur Verfügung steht, die den tarifgebundenen Arbeitgeber zur Anordnung

von Kurzarbeit ermächtigt. Es bedürfe in diesen Fällen zwingend einer einzelvertraglichen Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers. Diese könne sich aus einer einzelvertraglichen Regelung ergeben (LAG Rheinland-Pfalz vom 7.10.1996 - 9 Sa 703/96, NZA-RR 1997, 331). Das LAG Düsseldorf bewertet die Rechtslage ähnlich.

Danach soll eine Tarifnorm, die die Einführung von Kurzarbeit vom Abschluss einer Betriebsvereinbarung abhängig macht, den Arbeitgeber eines betriebsratslosen Betriebs nicht dazu berechtigen, einseitig Kurzarbeit anzuordnen (LAG Düsseldorf vom 10.9.1992 I 12 (10) Sa 864/92, DB 1993, 1932). Zur Umsetzung und Einführung der Kurzarbeit im Betrieb bedürfe es in diesen Fällen somit einzelvertraglicher Regelungen (Küttner-Kreitner, Personalbuch, 23. Aufl., 2016, Anm. 266 zur Kurzarbeit Rn. 11).

V. Beendigung der Kurzarbeit

Der Arbeitgeber kann nach der Rechtsprechung des BAG ohne förmliche Aufkündigung der Betriebsvereinbarung die Kurzarbeit früher als vorgesehen einseitig beenden, mit der Folge, dass die betriebliche Arbeitszeit wiederhergestellt wird (siehe hierzu bereits oben A.III.1.a.cc.). Die Betriebsparteien können in der Betriebsvereinbarung aber auch von Anfang an festlegen, dass und unter welchen Voraussetzungen bei einem überraschend auftretenden Beschäftigungsbedarf die Kurzarbeit vorzeitig beendet wird.

B. Sozialrecht

I. Kurzarbeitergeld gemäß §§ 95 ff. SGB III

1. Grundsätzliches

Bei dem Kurzarbeitergeld (im Folgenden Kug) gemäß §§ 95 ff. SGB III ist zwischen drei verschiedenen Erscheinungsformen zu unterscheiden:

Das **konjunkturelle Kug** ist das Gegenstand der folgenden Ausführungen sein soll. Es deckt als eine staatlich finanzierte Entgeltersatzleistung einen Teil des durch die Kurzarbeit entstandenen Lohnausfalls ab und soll in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Arbeitsplätze bei konjunkturell bedingtem Arbeitsausfall absichern. Von dem konjunkturellen Kug abzugrenzen ist das sog. **Saison-Kug** (§ 101 SGB III) und das sog. **Transfer-Kug** (§ 111 SGB III). Ersteres wird von der Bundesagentur für Arbeit Betrieben des Baugewerbes gewährt, um sie bei der Überbrückung von Zeiten saisonbedingten Arbeitsausfalls in der Zeit vom 1.12. bis 31.3. zu unterstützen. Unter Letzterem versteht man ein arbeitsmarktpolitisches Instrument, das zur Unterstützung von betrieblichen Restrukturierungsprozessen dient, also im Unterschied zum konjunkturellen Kug nicht den Erhalt von Arbeitsplätzen bezweckt, sondern die Verbesserung der Vermittlungschancen von vor der Entlassung stehenden Arbeitnehmern.

Durch das Kug sollen in einer wirtschaftlichen Krise für die Arbeitnehmer möglichst viele Arbeitsplätze erhalten bleiben. Für den Arbeitgeber soll die Möglichkeit bestehen, ohne Kündigung seiner eingearbeiteten Arbeitnehmer eine vorübergehende wirtschaftliche Krise zu überstehen.

Das Kug ist eine Sozialleistung, die dem Arbeitnehmer ähnlich wie z.B. auch das Arbeitslosengeld abgabefrei gewährt wird.

Hinsichtlich der Steuerbelastung ist allerdings zu beachten, dass der Progressionsvorbehalt greift, der im Rahmen des Lohnsteuerjahresausgleichs zu Steuernachforderungen des Finanzamtes führen kann.

Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge trifft zwar den Arbeitnehmer keine Abgabenlast auf das Kug, wohl aber wegen der alleinigen Beitragsschuld sogar verstärkt den Arbeitgeber (siehe im Einzelnen Punkt B.II.1.).

2. Anspruchsvoraussetzungen

Arbeitnehmer haben gemäß § 95 SGB III einen Anspruch auf Kug, wenn:

- ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (im Folgenden unter Punkt a.),
- die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (im Folgenden Punkt b.),
- die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (im Folgenden Punkt c.) und
- der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (im Folgenden Punkt d.).

Hierzu im Einzelnen:

a. Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall

Gemäß §§ 95, 96 SGB III setzt die Gewährung von Kug einen erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall voraus.

Ein Arbeitsausfall ist gemäß § 96 Abs. 1 SGB III erheblich, wenn dieser auf wirtschaftlichen Gründen oder auf einem unabwendbaren Ereignis beruht (aa.), dieser vorübergehend (bb.) und nicht vermeidbar ist (cc.) und im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttogehalts betroffen ist (dd.).

Dazu im Einzelnen:

aa. Wirtschaftliche Gründe oder unabwendbares Ereignis

Als **wirtschaftliche Gründe** für einen Arbeitsausfall im Sinne des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB III sind solche Gründe einzuordnen, die **allgemeinen betriebsübergreifenden Wirtschaftsprozessen** zugrunde liegen (verminderter Auftragseingang infolge Rezession, sinkende Absatzmöglichkeiten, Rohstoffmangel). Diese Voraussetzungen wurden in der wirtschaftlich schwierigen Situation in den Jahren 2009 ÷ 2011 von den Arbeitsagenturen ohne tiefergehende Prüfung bei Arbeitsausfall wegen Auftragsmangel anerkannt. Außerhalb einer verbreiteten wirtschaftlichen Not-situation erwarten die Arbeitsagenturen dagegen konkretere Angaben des einzelnen Arbeitgebers zum Hintergrund des Arbeitsausfalls. Nach § 96 Abs. 2 SGB III beruht ein Arbeitsausfall auch auf wirtschaftlichen Gründen, wenn er durch eine Veränderung der betrieblichen Strukturen verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist. Die betriebliche Strukturveränderung muss also auf einer allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung beruhen, die von außen auf den Betrieb einwirkt, auf deren Eintritt der Betrieb mithin **keinen** Einfluss hat. Es handelt sich insoweit um Wirtschaftsabläufe, die nicht mit betriebsspezifischen, vom einzelnen Unternehmen zu verantwortenden **Verläufen** im Zusammenhang stehen,

sondern um allgemeine wirtschaftliche Veränderungen, insbesondere um konjunkturelle und strukturelle Störungen der Gesamtwirtschaftslage (BSG vom 29.4.1998 I B 7 AL 102/97 I R, NZS 1999, 94 - 98; GA Kug, § 96 Nr. 2.2). Nicht jedoch als wirtschaftliche Gründe i.S.d. § 96 Abs. 2 SGB III gelten beispielsweise Absatzschwierigkeiten bei einem Produkt aufgrund einer geänderten Marktnachfrage.

Ein **unabwendbares Ereignis** i.S.d. § 96 Abs. 3 SGB III liegt vor, wenn der Arbeitsausfall auf ein Ereignis zurückzuführen ist, das auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt nicht hätte verhindert werden können. Um ein solches Ereignis handelt es sich beispielsweise bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen wie Hochwasser sowie bei Epidemien, Explosionen etc., aber auch bei behördlich angeordneten oder anerkannten Maßnahmen, die zu einem Arbeitsausfall führen. Bei Arbeitsausfall wegen Unglücksfällen kommt die Gewährung von Kug grundsätzlich nur in Betracht, wenn diese vom Arbeitgeber nicht zu verantworten sind, z.B. Fabrikbrand nach Blitzeinschlag. Nicht dagegen ausreichend sind Ursachen, die in einem üblichen Wetterverlauf wurzeln, z.B. Arbeitsausfälle, die in den Wintermonaten eintreten und durch normale Witterungsverhältnisse der Jahreszeit bedingt sind.

Andere Gründe für einen Kug-berechtigenden Arbeitsausfall außer wirtschaftlichen Gründen und einem unabwendbaren Ereignis sind im Gesetz nicht vorgesehen. Das gilt nicht nur für betrieblich angeordnete Arbeitsunterbrechungen (z.B. infolge Reparatur- oder Umbauarbeiten, mit denen der Arbeitgeber rechnen muss), sondern auch dann, wenn der Arbeitsausfall der Einflussosphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen ist, z.B. Fehltage (GA Kug, § 96 Nr. 2.4).

bb. Vorübergehender Arbeitsausfall

Vorübergehend i.S.d. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III ist der **Arbeitsausfall**, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit für den Großteil der Arbeitnehmer wieder mit dem Übergang zur Vollzeitarbeit zu rechnen ist. Dabei erfüllt ein vorübergehender Arbeitsausfall für die Dauer von voraussichtlich 12 Monaten (entspricht der aktuell geltenden maximalen Bezugsdauer des Kug) die Voraussetzung eines vorübergehenden Arbeitsausfalls. Der Charakter eines lediglich vorübergehenden Arbeitsausfalls muss für die gesamte Zeit der Gewährung von Kug als ständige Voraussetzung vorhanden sein. Sofern dies nicht mehr der Fall ist, ist die Entscheidung über die Gewährung von Kug (§ 99 Abs. 3 SGB III) von diesem Zeitpunkt an aufzuheben (§ 48 SGB X).

cc. Nichtvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls

§ 96 Abs. 4 SGB III enthält eine Reihe ganz unterschiedlicher Tatbestände, die bei der Beurteilung einer für die Kug-Gewährung notwendigen Nichtvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls eine Rolle spielen. Hierzu im Einzelnen:

(1) Vorkehrungen im Betrieb

Gemäß § 96 Abs. 4 S. 1 SGB III wird eine **Nichtvermeidbarkeit** des Arbeitsausfalls angenommen, wenn in einem Betrieb alle **zumutbaren Vorkehrungen** getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern. Der Arbeitgeber ist demnach gehalten, seinen Betrieb möglichst so umzustrukturieren, dass der Arbeitsausfall reduziert wird. Diese Bemühungen hat der Arbeitgeber über den gesamten Zeitraum der Gewährung von Kug vorzunehmen. Zur Vermeidung des Arbeitsausfalls kommen insbesondere folgende betriebliche Maßnahmen nach der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit in Betracht:

- Arbeit auf Lager, soweit dies räumlich und wirtschaftlich vertretbar ist;
- rechtzeitige und ausreichende Beschaffung von Rohstoffen oder von Heiz- oder Betriebsstoffen;
- wirtschaftliche zumutbare Umstellung auf andere Energiequellen oder Transportwege (z.B. Schiene statt Straße) bei Heiz- oder Betriebsstoffmangel; Umsetzung der Kurzarbeiter in andere voll arbeitende Betriebsabteilungen, soweit dies arbeitsrechtlich zulässig und betriebstechnisch möglich ist;
- ggf. sogar Einsatz der Arbeitnehmer für Aufräumungs-, Instandsetzungs- oder Füllarbeiten.

Nicht einzufordern sind dagegen

- die Freistellung von Zeitarbeitnehmern, die im kurzarbeitenden Betrieb beschäftigt werden (vgl. auch Punkt A.1.2.);
- das Auslaufenlassen von befristeten Beschäftigungsverhältnissen (GA Kug, § 96 Nr. 2.6).

(2) Mehrarbeit

Zum Thema **Mehrarbeit** während der Kurzarbeit ist Folgendes zu beachten: Hier können sich Fragen von der zuständigen Agentur für Arbeit bei der Abrechnung der Kurzarbeit ergeben, wie sich Mehrarbeit mit der vom Gesetz geforderten vorrangigen Vermeidung des Arbeitsausfalls vereinbaren lässt. Es ist jedoch z.B. bei Kurzarbeit im Wechsel von Wochen mit und ohne Arbeitsleistung denkbar, dass in der Woche mit planmäßiger Arbeitsleistung ein kurzfristiger unvorhersehbarer Arbeitsauftrag schnelle Arbeitserledigung und damit Mehrarbeit erforderlich macht. Dies kann erläuterungsbedürftig sein, darf aber der gebotenen Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls nicht entgegenstehen. Die Geschäftsanweisung der BA schweigt sich

insoweit aus; unter Punkt 2.8(2) ist lediglich dargestellt, dass es ein Anzeichen für die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls sein kann, wenn unmittelbar vor Einführung der Kurzarbeit in nennenswertem Umfang Mehrarbeit geleistet wurde. Die Vergütung für die Mehrarbeit ist natürlich bei Berechnung des Kug beim Ist-Entgelt mit zu berücksichtigen (vgl. dazu im Einzelnen im Folgenden Punkt 3.).

(3) Betriebsüblicher Arbeitsausfall

Weiterhin sind in § 96 Abs. 4 S. 2 SGB III mehrere Tatbestände aufgeführt, bei denen ein Arbeitsausfall als vermeidbar gilt. Es gilt als vermeidbarer Arbeitsausfall gemäß § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 SGB III der **branchenübliche, betriebsübliche oder saisonbedingte Ausfall** (z.B. Weihnachtsartikelindustrie). Ein betriebsüblicher Arbeitsausfall ist im Allgemeinen als regelmäßig wiederkehrend anzusehen, wenn

- in den letzten drei aufeinanderfolgenden Jahren
- annähernd zur gleichen Zeit und aus den gleichen Gründen verkürzt gearbeitet wurde oder Entlassungen vorgenommen wurden und
- erneut Arbeitsausfall angezeigt wird.

(4) Vorrangige Nutzung von Urlaub

Daneben wird auch von einer Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ausgegangen, soweit vorrangig **bezahlter Urlaub** zu gewähren ist (§ 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III).

Grenzen diesbezüglich bestehen jedoch, sofern zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bereits eine Urlaubsregelung vereinbart worden ist. Eine kurzfristige Anordnung des Urlaubs durch den Arbeitgeber ist grundsätzlich aufgrund des Erholungszwecks des Urlaubs nicht zulässig. Nur im Fall von Resturlaub, der nach § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG oder nach Vorschriften aus dem Tarifvertrag vor einem Verfall steht, kann der betreffende Arbeitnehmer verpflichtet werden, diesen zu nehmen. Den Urlaubswünschen der Arbeitnehmer ist jedoch im Ergebnis der Vorrang vor einer Vermeidung des Arbeitsausfalls einzuräumen. Zu den Einzelheiten zur Urlaubsgewährung im Zusammenhang mit der Kurzarbeit siehe im Einzelnen auch Punkt C.IV.

(5) Vorrangige Nutzung von Zeitkonten

Ein besonderes praxisrelevantes Problem stellt immer wieder die Frage dar, wie sich Regelungen zur **Gleitzeit**, zu **flexibler Arbeitszeit** oder sogar zur **Einrichtung von Arbeitszeitkonten** auf die Gewährung von Kug auswirken.

Zu **Gleitzeitregelungen** sieht die GA Kug zu § 96 SGB III, 2.9.6 wörtlich Folgendes vor:

⚠ Auch bei einer bestehenden Gleitzeitregelung kann nicht verlangt werden, dass vor der Kurzarbeit angesammelte Zeitguthaben von den Arbeitnehmern zur Vermeidung/Verringerung des Arbeitsausfalls abgebaut werden, wenn sie der zeitlichen Größe des vereinbarten Gleitzeitrahmens entsprechen (z.B. Zeitguthaben kann bis zu 10 Stunden monatlich übernommen werden) und die Regelung eine entgeltliche Abgeltung nicht zulässt. ¶

Bei der Frage nach vorrangiger Nutzung **flexibler Zeitgestaltungen** vor der Anerkennung von Kurzarbeit sind allein solche Regelungen zur Arbeitszeit maßgebend, von denen im Betrieb durch Vereinbarungen auf betrieblicher bzw. einzelvertraglicher Ebene auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Es wird von den Betriebsparteien nicht verlangt, bestehende und arbeitsrechtliche zulässige Arbeitszeitvereinbarungen zu ändern. Es ist daher auch nicht zu fordern, dass der Betrieb zur Vermeidung des Arbeitsausfalls eine aufgrund einer Öffnungsklausel eines einschlägigen Tarifvertrages zulässige Arbeitszeitregelung vereinbart (GA Kug zu § 96 SGB III, 2.7.3 (2)).

Ein besonderes Problem kann sich von jeher in den Fällen einstellen, in denen im Betrieb **flexible Arbeitszeitkonten** auch ins **Minus** eingestellt werden können, Arbeitnehmer also Vorarbeit leisten. Dies könnte dazu führen, dass Arbeitnehmer vor der Gewährung von Kug nicht nur Zeitguthaben zunächst auf Null bringen müssten, sondern womöglich sogar erst ein durch Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag mögliches Minuskonto aufzubauen hätten.

Eine frühere Regelung hatte $\bar{\bar{}}$ insbesondere auch auf Drängen von unternehmer nrw gegenüber der seinerzeitigen Bundesregierung $\bar{\bar{}}$ für die Zeit der vergangenen Wirtschaftskrise den notwendigen Aufbau von $\bar{\bar{}}$ vor der Gewährung von Kug ausdrücklich ausgeschlossen. § 421 t Abs. 2 Nr. 2 SGB III hatte folgenden Wortlaut:

⚠ Kurzarbeitergeld nach § 169 und Saison-Kurzarbeitergeld nach § 175 werden bis zum 31. März 2012 mit folgenden Maßgaben geleistet: (A)

2. § 170 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 gilt nicht für den Fall negativer Arbeitszeitsalden. ¶

Der frühere § 170 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III entsprach dabei wörtlich der heutigen Regelung in § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III, wonach ein Arbeitsausfall insbesondere dann als vermeidbar gilt, wenn er durch Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Leider ist diese für die betroffenen Unternehmen sehr wesentliche Regelung seinerzeit nicht über den 31. März 2012 hinaus verlängert worden. Daher besteht nun wieder das Risiko, dass vor der Gewährung von Kurzarbeit Arbeitszeitkonten zunächst ins Minus gefahren werden müssen.

Die aktuelle Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit sieht hierzu unter Punkt 2.7.3 zu § 96 SGB III Folgendes vor:

Bei einer flexiblen Arbeitszeit im Betrieb ist im Rahmen der Unvermeidbarkeit zu prüfen, ob der Arbeitsausfall durch im Betrieb zulässige Arbeitszeitschwankungen vermieden werden kann (§ 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3. SGB III). Handelt es sich um eine Flexibilisierung der Arbeitszeit, die nach der tariflichen oder betrieblichen Regelung vom Arbeitgeber angeordnet werden kann, um die Arbeitszeit einer veränderten Produktion anzupassen, sind zuerst die Voraussetzungen nach § 96 Abs. 4 S. 4 SGB III zu prüfen. Sind diese erfüllt, sind darüber hinausgehende Arbeitsausfälle unvermeidbar.

Der Betrieb hat glaubhaft zu machen und darzulegen, dass alle Möglichkeiten der Flexibilisierung vor der Einführung der Kurzarbeit tatsächlich ausgeschöpft wurden. Da das Gesetz von Arbeitszeitschwankungen spricht, gilt dies grundsätzlich auch, wenn die Betriebsparteien eine Regelung vereinbart haben, die den Aufbau von Minusstunden im Rahmen eines Arbeitszeitkontos zulässt. Auch in diesen Fällen ist der Grundsatz der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu beachten. Eine solche Unzumutbarkeit kann z.B. auch bereits dann gegeben sein, wenn die kurzfristige Liquidität des Arbeitgebers infolge einer Versagung des Kug beeinträchtigt wäre. Nur in begründeten Ausnahmefällen hätte der Arbeitgeber die wirtschaftliche Unzumutbarkeit darzulegen und nachzuweisen. (GA Kug, § 96 2.7.3).

Bezüglich **Arbeitszeitguthaben** enthält § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III einige gesetzliche Vorgaben. Zwar kann danach ein Kug-relevanter Arbeitsausfall grundsätzlich vermieden werden, solange ein Arbeitnehmer ein bei ihm bestehendes Arbeitszeitguthaben **abfeiern** kann. Hiervon gibt es allerdings ausdrücklich gesetzlich geregelte Ausnahmen. Eine Auflösung folgender Arbeitszeitguthaben ist nach § 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 ÷ 5 SGB III nicht vorgesehen:

- Arbeitszeitguthaben, die vertraglich ausschließlich zur Überbrückung von Arbeitsausfällen außerhalb der Schlechtwetterzeit (§ 101 Abs. 1 SGB III) bestimmt sind und den Umfang von 50 Stunden nicht übersteigen, § 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB III;
- Arbeitszeitguthaben, die ausschließlich für die in § 7 c Abs. 1 SGB IV genannten Zwecke bestimmt sind, also aufgebaute **Langzeitkonten** z.B. für eine vorzeitige Freistellung des Arbeitnehmers vor einer altersbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Beispiel: Altersteilzeit) oder Zeitguthaben, die ein Beschäftigter für die Pflege eines pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung aufbaut, § 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB III;
- Zeitguthaben, die zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Saison-Kug angepart worden sind und den Umfang von 150 Stunden nicht übersteigen (relevant also vor allem bei Unternehmen der erweiterten Bauindustrie), § 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 3 SGB III;
- Zeitguthaben, die den Umfang von 10 % der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit eines Arbeitnehmers übersteigen.

Beispiel:	
Jahresarbeitszeit (52 x 37,5 Stunden wöchentlich),	= 1.950,0 Stunden
Arbeitszeitkonto-Guthaben	= 220,5 Stunden
10 % der Jahresarbeitszeit	= 195,0 Stunden
Geschütztes Arbeitszeitguthaben	= 25,5 Stunden

- Zeitguthaben, die länger als ein Jahr unverändert bestanden haben (§ 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 5 SGB III). Soweit ein Arbeitnehmer in den zurückliegenden 12 Monaten über ein Zeitguthaben in unterschiedlicher Höhe verfügte, ist ein Zeitguthaben in dem Volumen geschützt, das dem niedrigsten Wert in diesem Zeitraum entspricht. Wenn z. B. das Arbeitszeitguthaben zwischen 50 und 100 Stunden im Jahreszeitraum schwankte, bestand es unverändert zumindest mit 50 Stunden und der Folge, dass diese Guthabenstunden zur Vermeidung der Kurzarbeit nicht eingebracht werden müssen (§ 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 5 SGB III).

dd. Mindestmaß des Arbeitsausfalls

Neben der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ist außerdem für die Gewährung von Kug ein **Mindestmaß an Arbeitsausfall** erforderlich. Dieses Mindestmaß an Arbeitsausfall ist nach der Regelung in § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III erfüllt, wenn für mindestens ein **Drittel der** in dem Betrieb oder der Betriebsabteilung **tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer jeweils mehr als 10% des monatlichen Bruttoentgelts** ausfällt.

Zum **Entgeltausfall**: Nach der GA Kug, § 96 2.11(10) gilt als beitragspflichtige Einnahme das gesamte Arbeitsentgelt. Insoweit ist es $\dot{=}$ im Unterschied zur Berechnung des Kug, vgl. im Folgenden Punkt 3. $\dot{=}$ **nicht** auf die Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung zu begrenzen. Bewertungszeitraum ist dabei der jeweilige Kalendermonat (Anspruchszeitraum). Soweit nach dieser Vorgabe die Mindestvoraussetzungen für die Kug-Gewährung im Betrieb/Betriebsteil erfüllt sind, können sogar zusätzlich auch solche Arbeitnehmer Kug beziehen, deren Entgeltausfall unter 10 % liegt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das Gesetz nicht mehr $\dot{=}$ wie nach dem früheren Arbeitsförderungsgesetz $\dot{=}$ auf die Anzahl der angefallenen Arbeitsstunden abstellt, sondern nur auf den individuellen Entgeltausfall wegen Arbeitsausfalls.

Zur Berechnung der **Arbeitnehmerzahl**: Zu der Gesamtzahl der Arbeitnehmer werden auch arbeitslosenversicherungsfreie (z.B. nach § 8 Abs. 1 SGB IV geringfügig Beschäftigte), erkrankte oder beurlaubte Arbeitnehmer gezählt. Zu den Beschäftigten im Sinne des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III gehören auch Arbeitnehmerinnen, deren Arbeitsverhältnis wegen eines Beschäftigungsverbot im Rahmen des Mutterschutzes nach § 3 Abs. 1 und 2 MuSchG ruht, sowie Leiharbeiter/innen, auch wenn diesen kein Kug-Anspruch erwächst, da sie nicht Arbeitnehmer des kurzarbeitenden Betriebes sind, weil Arbeitgeberidentität zwischen Entleiher und Verleiher

fehlt (GA Kug, § 96 SGB III 2.10 (3)). Dagegen wird durch § 96 Abs. 1 S. 2 SGB III ausdrücklich klargestellt, dass bei der Ermittlung des Mindestarbeitsausfalls nach § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III Auszubildende **nicht** mitzuzählen sind.

ee. Darlegungsumfang für den Arbeitgeber

Zur Darlegung der nach § 96 SGB III relevanten Kug-Kriterien: Der Arbeitgeber hat nach § 99 Abs. 1 S. 4 SGB III mit der Anzeige über Arbeitsausfall u.a. das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls glaubhaft zu machen. Das schließt jedoch auch im Hinblick auf die Vorschrift in § 320 Abs. 1 SGB III ein, dass sich die Darlegung nicht nur auf den Umfang des Auftrags-(Beschäftigungs-)Rückgangs aus wirtschaftlichen Gründen i.S.d. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III erstrecken muss, sondern auch auf das Gewicht des Rückgangs in der Beschäftigungs- und Auftragslage aus branchenüblichen, betriebsüblichen oder saisonbedingten Gründen. Hat der Betrieb in der Vergangenheit bei Arbeitsausfällen zu annähernd vergleichbaren Zeiten jeweils die überwiegende Zahl der Arbeitnehmer entlassen, ist von der widerlegbaren Vermutung auszugehen, dass der angezeigte Arbeitsausfall überwiegend aus branchenüblichen, betriebsüblichen oder saisonbedingten Gründen eingetreten ist (GA Kug, § 96 Nr. 2.8.(15)).

b. Betriebliche Voraussetzungen

Nach § 97 SGB III reicht es unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Ausrichtung des Betriebs aus, wenn in dem Betrieb regelmäßig ein Arbeitnehmer beschäftigt ist. Als Betrieb ist dabei auch ein Betriebsteil zu sehen, § 97 S. 2 SGB III. Kriterien für einen eigenständigen Betriebsteil sind, dass der Betriebsteil mit eigenen technischen Mitteln ausgestattet ist, eine geschlossene Arbeitsgruppe von Arbeitnehmern umfasst, aus sachlichen Gründen vom übrigen Betrieb organisatorisch insbesondere durch eigene technische Leitung getrennt ist und einen eigenen Betriebszweck auch Hilfszweck verfolgt (z.B.: Lager; Hausdruckerei; Werbe-/ Marketingabteilung; Konstruktionsbüro). Es besteht also ein weiterer Gestaltungsspielraum für ein Unternehmen, eigenständige Betriebsteile zu definieren, in denen ein Arbeitsausfall mit den gesetzlich definierten Mindestbedingungen anfällt.

c. Persönliche Voraussetzungen

Als Weiteres ist für die Gewährung von Kug die Erfüllung persönlicher Voraussetzungen gemäß § 98 SGB III erforderlich. Demnach muss der betreffende Arbeitnehmer einer versicherungspflichtigen also nicht geringfügigen Beschäftigung nachgehen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung

- fortsetzt,
- aus zwingenden Gründen aufnimmt oder
- im Anschluss an die Beendigung seines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt.

Außerdem darf das Arbeitsverhältnis nicht vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst werden. Sobald eine solche Maßnahme getroffen wird, könnte für die Folgezeit Kug nicht mehr von der Agentur für Arbeit geleistet werden. Für die Vergangenheit bis zum Kündigungsausspruch kann dagegen die Kug-Gewährung aufrechterhalten bleiben.

Dies ist in der Weisungslage der BA (GA zu § 98 SGB III, 4.2.(3.)) wie folgt konkretisiert:

Da eine Kündigung nur wirksam ist, wenn sie schriftlich erfolgt (§ 623 BGB) und der Person zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 BGB), entfällt der Anspruch bei

- *Übergabe des Kündigungsschreibens: mit dem darauffolgenden Tag*
- *Zusendung des Kündigungsschreibens durch Brief: 3 Tage nach Absendung des Kündigungsschreibens (Tag der Absendung wird nicht mitgerechnet)*
- *Abschluss des Aufhebungsvertrages mit dem Tag nach Abschluss des Aufhebungsvertrages. ¶*

Arbeitnehmer, die in einem befristeten Arbeitsverhältnis stehen, können grundsätzlich Kug beziehen. Dagegen sind bezüglich folgender Personengruppen die persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug insbesondere **nicht** erfüllt:

- Alle Arbeitnehmer ab dem Alter des möglichen Regelaltersrentenbezugs nach § 35 SGB VI, weil ab diesem Zeitpunkt die Versicherungspflicht zur Arbeitslosenversicherung nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 SGB III endet;
- Arbeitnehmer während des Krankengeldbezugs, § 98 Abs. 3 Nr. 2 SGB III;
- Arbeitnehmer während der Teilnahme an einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme mit Bezug von Arbeitslosengeld oder Übergangsgeld, wenn diese Leistung nicht für eine neben der Beschäftigung durchgeführte Teilzeitmaßnahme gezahlt wird, § 98 Abs. 3 Nr. 1 SGB III;
- Personen ohne regelmäßige Arbeitszeit;
- Arbeitnehmer während der Zeit, für die ihnen eine Rente wegen voller Erwerbsminderung oder eine vergleichbare Leistung eines ausländischen Leistungsträgers zuerkannt ist.

Eine Sonderrolle nehmen hier **Auszubildende** ein, die Ì wie oben unter Punkt dd. dargestellt Ì nach § 96 Abs. 1 S. 2 SGB III bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl in dem von der Kurzarbeit betroffenen Betrieb oder Betriebsteil nicht einzubeziehen sind: Sie gelten jedoch als versicherungspflichtige Arbeitnehmer im Sinne des § 98 SGB III. Regelmäßig wird bei den Auszubildenden jedoch eine Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls vermutet; bezüglich der Auszubildenden hat der Arbeitgeber nämlich besondere Maßnahmen zu ergreifen, um Kurzarbeit im Verlauf der Ausbildung zu

verhindern. Gesetzlich ausgeschlossen ist für diese Personen die Einbeziehung in die Kurzarbeit jedoch **nicht**.

Auch **Altersteilzeitarbeitnehmer** können grundsätzlich in die Kurzarbeit mit einbezogen werden, auch wenn es sich um verblockte Altersteilzeit handelt, dann natürlich nur in der grds. mit Arbeitsleistung verbundenen Arbeitsphase, nicht dagegen in der ohnehin nicht mehr mit Arbeitsleistung belegten Freistellungsphase. Für diese Personengruppe gibt es sogar eine Sonderregelung in § 10 Abs. 4 ATG. Bezieht danach ein Altersteilzeitarbeitnehmer Kurzarbeitergeld, gilt für die Berechnung der vom Arbeitgeber zu leistenden Aufstockungsbeträge sowie Höherversicherungsbeiträge zur Rentenversicherung das Entgelt für die vereinbarte Arbeitszeit als Arbeitsentgelt für die Altersteilzeitarbeit. Diese Leistungen werden also gegenüber der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit bei Kurzarbeit **nicht** gekürzt.

d. Arbeitsausfallanzeige

Die Anzeige über den Arbeitsausfall muss bei der zuständigen Agentur für Arbeit (in deren Bezirk der Betrieb liegt) schriftlich eingehen. Dies kann sowohl durch den Arbeitgeber als auch durch den Betriebsrat geschehen. Sofern der Arbeitgeber die Anzeige bei der Agentur für Arbeit vornimmt, ist eine Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen (§ 99 Abs. 1 S. 3 SGB III).

Die Anzeige muss inhaltlich die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für die Gewährung von Kug enthalten (§ 99 Abs. 1 S. 4 SGB III, § 294 ZPO). Zur Glaubhaftmachung verwendet werden können Betriebsvereinbarungen über Kurzarbeit, Lohnabrechnungslisten aufgeschlüsselt nach den betroffenen Beteiligungen oder genauere Angaben über die Lagerhaltung, Auftragslage, Urlaubsgewährung etc.

Kug wird erst ab dem Monat geleistet, in dem die Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist (§ 99 Abs. 2 S. 1 SGB III). Das schließt die Kug-Gewährung für Arbeitsausfälle mit Entgeltausfällen ein, die bis zum Zeitpunkt der Anzeigenerstattung im Kalendermonat im Betrieb bereits eingetreten sind.

Wichtig: Eine verspätete (also nach dem Kalendermonat des Beginns des Arbeitsausfalls) erstattete Anzeige kann auch bei Vorliegen eines entschuldbaren Grundes nicht als rechtzeitig eingegangen angesehen werden. Dem Mangel der nicht rechtzeitigen Erstattung der Anzeige kann weder durch Wiedereinführung in den vorigen Stand noch über den sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruch geholfen werden (BSG vom 14.2.1989 I 7 RAr 18/87).

Ein Vordruck für die Anzeige des Arbeitsausfalls ist bei den Agenturen für Arbeit erhältlich oder auch im Internet unter www.arbeitsagentur.de abrufbar (siehe auch Punkt D. Anlagen).

Die Agentur für Arbeit hat ihrerseits dann die Pflicht, unverzüglich über das Vorliegen des glaubhaft gemachten erheblichen Arbeitsausfalls und die betrieblichen Voraussetzungen einen Bescheid zu erteilen.

Weiter ist darauf zu achten, dass der Beginn der Kurzarbeit in zeitlichem Zusammenhang mit der Anzeige des Arbeitsausfalls stehen muss. Arbeitsagenturen vertreten dazu die Auffassung, dass der Beginn der Kurzarbeit innerhalb einer Drei-Monats-Frist analog § 104 Abs. 3 SGB III nach Anzeige des Arbeitsausfalls liegen muss; bei späterem Beginn der Kurzarbeit seien die Voraussetzungen für eine Kug-Gewährung einschließlich der formalen Bedingungen (Anzeige des Arbeitsausfalls gemäß § 99 SGB III) neu zu belegen.

3. Höhe des Kurzarbeitergeldes

Die Höhe des Kug richtet sich nach dem pauschalierten Nettoentgeltausfall des einzelnen Arbeitnehmers im Anspruchszeitraum (Kalendermonat) und einem bestimmten Leistungssatz.

Bemessungsgrundlage ist zunächst der Unterschiedsbetrag zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt des ohne den Arbeitsausfall erzielbaren Entgelts des Arbeitnehmers (**ßSoll-Entgelt**) und dem noch erzielten pauschalierten Netto-Entgelt innerhalb des Kug-Anspruchszeitraums (**ßIst-Entgelt**), vgl. § 106 SGB III.

Das **pauschalierte Nettoentgelt** aus Soll- und Ist-Entgelt wird durch eine für ein Kalenderjahr geltende Verordnung festgelegt. Bei dieser Verordnung werden auch einzelne Leistungssätze und Lohnsteuerklassen berücksichtigt. Die Verordnung kann auf der Internetseite der Agentur für Arbeit eingesehen werden.

Zu dem **Soll-Entgelt** gehören alle Lohnbestandteile, die **beitragspflichtige** Einnahmen im Sinne des SGB III darstellen (§ 342 ff. SGB III). Der Verweis auf **beitragspflichtige Einnahmen** stellt klar, dass insoweit nur die Bezüge eines Arbeitnehmers bis zur jeweils maßgeblichen Beitragsbemessungsgrenze zur Arbeitslosenversicherung relevant sind (2019: monatlich 6.700,00 × in den alten, 6.150,00 × in den neuen Bundesländern). Sachbezüge sind mit dem Wert zu berücksichtigen, der sich aus der SV-Entgeltverordnung ergibt. Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt und Entgelt für Mehrarbeit sind nach § 106 Abs. 1 S. 4 SGB III **nicht** zu berücksichtigen. Bei **variablen** Entgeltanteilen, deren Höhe nicht für den Anspruchszeitraum ermittelt werden kann, darf nach der Weisungslage der Bundesagentur für Arbeit auf die Werte des letzten abgerechneten Lohnabrechnungszeitraums zurückgegriffen werden; dieser Wert soll dann für die gesamte Dauer des Kug-Bezugs zu berücksichtigen sein. **Wichtig:** Soweit für den Betrieb oder Betriebsteil eine vorübergehende **Beschäftigungssicherungsvereinbarung** getroffen wurde, ist das Soll-Entgelt nach dem Entgelt zu bestimmen, das ohne diese Vereinbarung geschuldet wäre, § 108 Abs. 2 S. 3 SGB III.

Wie bei dem Arbeitslosengeld gibt es beim Kug zwei verschiedene Leistungssätze. Für Arbeitnehmer mit mindestens einem unterhaltsberechtigten Kind gilt der **erhöhte Leistungssatz** von **67 %**. Für alle übrigen Arbeitnehmer wird der **allgemeine Leistungssatz** von **60 %** angesetzt, § 105 SGB III. Außerdem ist auch hier die Steuerklasse des Arbeitnehmers zu beachten.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer, Steuerklasse III, erfährt durch Kurzarbeit eine Reduzierung seines Bruttoentgelts von 2.500,00 € auf 1.250,00 €. Der Leistungssatz liegt bei 67 %.

Berechnung des Kug (Grundlage Kug-Leistungstabelle der BA von 2019):

Soll-Entgelt	2.500,00 €	
= rechnerischer Leistungssatz		1.288,75 €
Ist-Entgelt	1.250,00 €	
= rechnerischer Leistungssatz		675,36 €
Kug		613,39 €

Ergebnis:

Der Arbeitnehmer erhält neben dem steuer- und beitragspflichtigen Entgelt von 1.250,00 € für die verbliebene Arbeitsleistung ein für ihn abgabefreies Kug in Höhe von 613,39 €. Hierbei ist allerdings der Progressionsvorbehalt zu beachten.

Bei **Besserverdienenden** stellt sich die Frage nach der Berechnung des Ausfalllohns für die durch die Kurzarbeit ausgefallene Arbeitszeit. Die Bundesagentur für Arbeit geht davon aus, dass das **Soll- und Ist-Entgelt nach § 106 SGB III durch die Beitragsbemessungsgrenze zur Arbeitslosenversicherung begrenzt sind**. Dies führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass z.B. ein leitender Angestellter, der ein monatliches Soll-Entgelt von 10.000,00 € erzielt und der im Abrechnungsmonat wegen Kurzarbeit nur noch ein Ist-Entgelt von 6.700,00 € erhält, im Jahr 2019 also in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze in den alten Bundesländern, kein von der Bundesagentur refinanzierbares Kug erhalten würde. Anders sähe es dagegen für den Fall aus, dass das verbleibende Rest-Entgelt unterhalb der einschlägigen Beitragsbemessungsgrenze liegt. Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel:

Der leitende Angestellte, Steuerklasse III erfährt durch Kurzarbeit eine Reduzierung seines Bruttoentgelts von 10.000,00 € auf 4.000,00 €. Der Leistungssatz liegt bei 67 %.

Berechnung des Kug (Grundlage Kug-Leistungstabelle der BA von 2019); wegen der β Deckelung des Soll-Entgelts wird statt des tatsächlichen monatlichen Entgelts von 10.000,00 € der Höchstsatz von 6.700,00 € zugrunde gelegt:

Soll-Entgelt	6.700,00 €	
= rechnerischer Leistungssatz		2.805,42 €
Ist-Entgelt	4.000,00 €	
= rechnerischer Leistungssatz		1.871,16 €
Kug		934,26 €

Ergebnis:

Der Arbeitnehmer erhält neben dem steuer- und beitragspflichtigen Entgelt von 4.000,00 € für die verbliebene Arbeitsleistung ein für ihn abgabefreies und refinanzierbares Kug in Höhe von 934,26 €. Selbstverständlich ist auch hier der Progressionsvorbehalt zu beachten.

Bei dieser Auslegung der Bundesagentur für Arbeit stellt sich dann die weitergehende Frage, welche Leistungen die Besserverdienenden bei Kurzarbeit vom Arbeitgeber beanspruchen können. Mit guten Gründen ist die Auffassung zu vertreten, dass die Arbeitnehmer ohne β Deckelung durch die Beitragsbemessungsgrenze für die gesamten Ausfallstunden einen Anspruch auf Kug (60 % bzw. 67 % des pauschalierten ausgefallenen Nettoentgelts, §§ 105, 106 SGB III) haben; die Beitragsbemessungsgrenze ist nur bei der Frage der Refinanzierung des Kug durch die Arbeitsagentur zu berücksichtigen.

Für diese Auffassung spricht auch die Entscheidung des BAG vom 11.7.1990, wonach ein Arbeitgeber durch die Einführung von Kurzarbeit die Vergütungsansprüche eines Arbeitnehmers auf die Leistungshöhe des Kug beschränken kann, und zwar unabhängig davon, ob eine Refinanzierung durch die Arbeitsagenturen erfolgt (BAG vom 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67). Die Vergütung für die Ausfallstunden stellt eine Lohnersatzleistung dar, und zwar unabhängig von der Refinanzierung und der Beitragsbemessungsgrenze. Dies führt zu dem Ergebnis, dass in dem o.a. Beispielfall, in dem ein leitender Angestellter mit einem monatlichen Soll-Entgelt von 10.000,00 € durch Kurzarbeit nur noch ein Ist-Entgelt von 6.700,00 € erhält, für die Ausfallzeit ein vom Arbeitgeber nicht refinanzierbares Kug auf der Basis von 3.300,00 € erhält. Diese Leistung muss auch komplett abrechnungstechnisch als Kug behandelt werden.

4. Bezugsdauer

Die maximale Bezugsdauer von Kug beträgt nach § 104 Abs. 1 SGB III **12 Monate**.

Im Unterschied z. B. zur Leistungsdauer beim Arbeitslosengeld wird das Kug tatsächlich nach Kalendermonaten und nicht etwa nach Leistungstagen bestimmt.

Im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des SGB XII und weiterer Vorschriften ist diese Leistungsdauer von 12 Monaten dauerhaft seit dem 1.1.2016 in § 104 Abs. 1 S. 1 SGB III festgeschrieben worden. Damit wurde die vorangegangene Gesetzeslage abgelöst, wonach die Leistungsdauer beim Kug für bestimmte Fristen durch Rechtsverordnung festgelegt wird.

Die Bezugsfrist von Kug beginnt mit dem ersten Kalendermonat, in dem Kug gewährt wird. Sie bezieht sich auf die Leistungsgewährung im Betrieb bzw. Betriebsteil, **nicht** auf die einzelnen Arbeitnehmer. Soweit also Arbeitnehmer in einem Kug-Gewährungszeitraum erst später in die Kurzarbeit einbezogen werden, kommt für sie ein Leistungsbezug nur noch bis zum Ende des für den Betrieb bzw. den Betriebsteil möglichen Leistungszeitraums in Betracht.

Beispiel:

In einem Betriebsteil wird Kurzarbeit ab dem 1.4.2019 für die Dauer von 12 Monaten eingeführt. Einige Arbeitnehmer in diesem Betriebsteil werden erst zum 1.6.2019 in die Kurzarbeit mit einbezogen. Dies kann z.B. auch darin begründet sein, dass diese Arbeitnehmer zuvor ein Zeitguthaben ßabfeiernÎ mussten.

Lösung:

Diese Arbeitnehmer können refinanzierbares Kug nur für die Restdauer des mit Beginn der Kurzarbeit begründeten 12-Monats-Zeitraums erhalten, also für 10 Monate.

Sofern jedoch für einen zusammenhängenden Zeitraum von **mindestens einem Monat** Kug im Betrieb bzw. Betriebsteil **nicht** gewährt wurde, so erweitert sich die Frist um den entsprechenden Zeitraum, § 104 Abs. 2 SGB III. Wenn seit dem letzten Kalendermonat, für den Kug gewährt worden ist, sogar **drei Monate** vergangen und die Anspruchsvoraussetzungen erneut gegeben sind, kann eine erneute Kug-Bezugsfrist beginnen, § 104 Abs. 3 SGB III. Eine erneute Gewährung ist nur möglich, wenn dann alle Voraussetzungen zum Kug-Bezug wieder erfüllt sind. Insbesondere müssen auch die formalen Voraussetzungen des § 99 SGB III wieder erfüllt werden (Anzeige des Arbeitsausfalls, Stellungnahme der Betriebsvertretung etc.).

II. Sozialversicherungsrechtliche Belange bei Bezug von Kurzarbeitergeld

1. Beitragszahlungen zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung

Während des Gewährungszeitraums des Kug bleibt der betroffene Arbeitnehmer weiterhin Mitglied in allen Sozialversicherungszweigen (Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung). So regelt im Krankenversicherungsrecht § 192 Abs. 1 Nr. 4. SGB V ausdrücklich, dass die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger erhalten bleibt, solange Kurzarbeitergeld nach dem SGB III bezogen wird. Praktische Bedeutung erlangt die Regelung lediglich in den Fällen, in denen wegen Kurzarbeit das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt (Ist-Entgelt) unter die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV (regelmäßiges Monatsentgelt bis 450,00 €) absinkt, denn erst dann würde die Krankenversicherungspflicht entfallen, so dass es der Erhaltung der Mitgliedschaft und daraus folgenden Leistungsansprüche bedarf. Das gilt auch, wenn BKurzarbeit null geleistet wird.

In Bezug auf das im Rahmen der Kurzarbeit für die verbleibende Arbeitsleistung tatsächlich erzielte Bruttoentgelt haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber – wie gewohnt – die Beiträge grundsätzlich je zur Hälfte zu entrichten.

Was die Sozialversicherungsbeiträge auf die im Rahmen der Kurzarbeit ausgefallenen Stunden anbelangt, so werden diese nach einem (fiktiven) Arbeitsentgelt berechnet. Die Sozialversicherungsbeiträge, die auf die durch die Kurzarbeit ausgefallenen Stunden entfallen, werden auf der Basis von **80 % des Unterschiedsbetrags zwischen Soll- und Ist-Entgelt** berechnet, §§ 232 a Abs. 2 SGB V, 163 Abs. 4 SGB VI. Diesbezüglich gelten die allgemeinen Sozialversicherungsbeitragssätze.

Die Beiträge auf die Ausfallstunden sind **von dem Arbeitgeber allein** zu entrichten, vgl. § 249 Abs. 2 SGB V zur KV, § 168 Abs. 1 Nr. 1 a SGB VI zur RV, § 58 Abs. 1 S. 2 SGB XI zur PfIV. Das schließt auch den seit dem 1.1.2019 paritätisch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tragenden kassenindividuellen Zusatzbeitrag der Krankenkassen mit ein. Diese auf die Kurzarbeit anfallenden Kosten für die Beitragszahlungen kann der Arbeitgeber **nicht** vermeiden. Eine Refinanzierungsmöglichkeit, die § 419 SGB III für die Dauer der Wirtschaftskrise vorgesehen hatte, galt nach dieser Regelung nur bis zum 31.12.2011. Seit diesem Zeitpunkt hat also ein Arbeitgeber die Kosten für die auf die Kurzarbeit anfallenden Beiträge auf jeden Fall selbst zu tragen.

Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel:

Wenn ein Arbeitnehmer ein planmäßiges monatliches Entgelt von 3.000,00 € im Abrechnungsmonat erhält (Soll-Entgelt) und ihm wegen der Kurzarbeit ein Entgelt (Ist-Entgelt) von 2.000,00 € verbleibt, so ergibt sich auf der Basis von 80% des Unterschiedsbetrages zwischen Soll- und Ist-Entgelt ein Betrag von 800,00 €. Dieser Betrag von 800,00 € ist als Basis für die Berechnung der Beitragszahlungen zu den Sozialversicherungen in Ansatz zu bringen. Daraus leiten sich folgende vom Arbeitgeber allein zu tragenden Beitragspflichten im Jahr 2019 ab:

- Rentenversicherung (18,6 %)	= 148,80 €
- Krankenversicherung (15,5 %*)	= 124,00 €
- Pflegeversicherung (3,05 %)	= 24,40 €
Beitragszahlungen vom Arbeitgeber	= 297,20 €

Lösung:

Die Beiträge auf das verbleibende Ist-Entgelt werden in normaler Beitragsbelastung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber auf die Ausfallzeit zusätzliche Beiträge in Höhe von 297,20 € zu tragen.

*unterstellt wird der durchschnittliche Zusatzbeitrag von 0,9 %

2. Auswirkungen der Kurzarbeit auf privat Krankenversicherte

a. Zum Erhalt der Versicherungsfreiheit

In der gesetzlichen Krankenversicherung besteht Versicherungsfreiheit nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, wenn das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt eines Beschäftigten die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt. Die allgemeine Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 6 SGB V liegt im Jahr 2019 bei 60.750,00 €, die besondere Jahresarbeitsentgeltgrenze in diesem Jahr bei 54.450,00 €. Die besondere Jahresarbeitsentgeltgrenze ist für diejenigen Beschäftigten relevant, die bereits am 31.12.2002 wegen Überschreitens der an diesem Tag geltenden Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei und bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen vollversichert waren. Dieser Personenkreis war seinerzeit nicht von der erheblich angehobenen Jahresarbeitsentgeltgrenze betroffen; für sie besteht bis zum heutigen Tag der niedrigere Wert der besonderen Jahresarbeitsentgeltgrenze, der der jeweils aktuellen Beitragsbemessungsgrenze zur Kranken- und Pflegeversicherung entspricht.

Soweit krankenversicherungsfreie Beschäftigte Kurzarbeit leisten und sich das Arbeitsentgelt dadurch vermindert, bleiben sie auch während der Kurzarbeit und der damit verbundenen Kürzung des Arbeitsentgelts weiterhin krankenversicherungsfrei. Minderungen des Arbeitsentgelts infolge von Kurzarbeit sind ihrer Natur nach vorübergehend und unregelmäßig und wirken sich deshalb auf das regelmäßige Jah-

resarbeitsentgelt gemäß § 6 Abs. 6 und 7 SGB V **nicht** aus (Figge, Sozialversicherungshandbuch, Punkt 3.2.3.2). Entsprechendes gilt für die Versicherungspflicht/Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Pflegeversicherung; dort ist in der an § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V angelehnten Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI sogar ausdrücklich klargestellt, dass hinsichtlich der Beurteilung der Versicherungspflicht die Zeiten des Bezugs von Kug unberücksichtigt bleiben.

b. Zum Zuschuss des Arbeitgebers nach § 257 Abs. 2 S. 4 SGB V

Zum Zuschuss des Arbeitgebers zum privaten Krankenversicherungsbeitrag eines Beschäftigten trifft § 257 Abs. 2 S. 4 SGB V eine gesetzliche Klarstellung. Soweit danach Kurzarbeitergeld bezogen wird, ist der Beitragszuschuss in Höhe des Betrages zu zahlen, den der Arbeitgeber bei Versicherungspflicht des Beschäftigten entsprechend § 249 Abs. 2 SGB V zu tragen hätte, höchstens jedoch in Höhe des Betrages, den der Beschäftigte für seine Krankenversicherung zu zahlen hat. Hinsichtlich des Zusatzbeitrags zur Krankenversicherung sagt § 257 Abs. 2 S. 4 2. Halbsatz SGB V aus, dass für die Zuschussberechnung der allgemeine Beitragssatz $\dot{\text{I}}$ im Jahre 2019 0,9 % $\dot{\text{I}}$ mit heranzuziehen ist.

Konkret bedeutet dies Folgendes:

Auf das Ist-Entgelt hat der Arbeitgeber zunächst den nach § 257 Abs. 2 SGB V vorgesehenen β normalen $\dot{\text{I}}$ Zuschuss in Höhe der Hälfte des Beitrags zu zahlen, der bei Anwendung des allgemeinen Beitragssatzes der gesetzlichen Krankenversicherung ($14,6\% \div 2 = 7,3\%$) zu zahlen wäre. Hinzu kommt die Hälfte des zusätzlichen Zusatzbeitrags, also 0,45 %. Bezüglich des auf die Ausfallzeit anfallenden Entgelts ist Berechnungsgrundlage für die Zuschussberechnung 80 % dieses β fiktiven $\dot{\text{I}}$ Entgelts (vgl. oben Punkt 1.), begrenzt auf die einschlägige Beitragsbemessungsgrenze (im Jahr 2019 monatlich 4.537,50 €). Aus diesem fiktiven Arbeitsentgelt hat der Arbeitgeber bei privat krankenversicherten Arbeitnehmern den **vollen** Beitrag (= 14,6 %) zu leisten. Hinzu kommt noch der auf dieses β fiktive $\dot{\text{I}}$ Entgelt entfallende durchschnittliche Zusatzbeitrag der gesetzlichen Krankenversicherung, im Jahr 2019 also 0,9 %.

Hierzu folgendes Beispiel:

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer mit einem Soll-Entgelt in Höhe von 4.600,00 €/Monat ist privat krankenversichert. Wegen Kurzarbeit erhält er nur noch ein laufendes Entgelt (= Ist-Entgelt) in Höhe von 3.000,00 €/Monat. Es stellt sich die Frage nach der Höhe des privaten Krankenversicherungsbeitrags.

Lösung:

Das für die Zuschussberechnung maßgebliche fiktive Entgelt beträgt **1.230,00 €** (Differenz vom Ist-Entgelt zum durch die Beitragsbemessungsgrenze von 4.537,50 € begrenzten Soll-Entgelt = 1.537,50 €, hiervon 80 %). Daraus ergeben sich folgende Werte für die Berechnung des Arbeitgeberzuschusses:

für das Ist-Entgelt	$3.000,00 \times 7,3 \% = 219,00 \times$
für das fiktive Entgelt (= volle Beitragslast beim Arbeitgeber)	$1.230,00 \times 14,6 \% = 179,58 \times$

Beitragszuschuss Zusatzbeitrag:

für das Ist-Entgelt	$3.000,00 \times 0,45 \% = 13,50 \times$
für das fiktive Entgelt (= volle Beitragslast beim Arbeitgeber)	$1.230,00 \times 0,9 \% = 11,07 \times$
	423,15 €

Der Arbeitnehmer erhält als Beitragszuschuss höchstens den Betrag, den er an das private Krankenversicherungsunternehmen zu zahlen hat. Der errechnete Betrag von 423,15 € wäre also nur dann zu kürzen, wenn der Beitrag zur privaten Krankenversicherung konkret niedriger liegt. Der Beitragszuschuss des Arbeitgebers nach § 257 Abs. 2 SGB V kann also während der Kurzarbeit höher liegen als bei voller Beschäftigung.

Die Ausführungen zur Berechnung des Beitragszuschusses für privat krankenversicherte Arbeitnehmer gelten für den Beitragszuschuss zur **Pflegeversicherung** entsprechend. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in der Pflegeversicherung keinen kassenindividuellen bzw. durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz gibt und der Beitragszuschuss bei Kinderlosigkeit generell nicht zuschussfähig ist.

3. Auswirkungen der Kurzarbeit auf die Arbeitslosenversicherung

In der Arbeitslosenversicherung wird bei späterer Arbeitslosigkeit des Kug-Beziehers für die Zeiten des Arbeitsausfalls das Arbeitsentgelt berücksichtigt, das der Betreffende ohne den Arbeitsausfall und ohne Mehrarbeit erzielt hätte (§ 131 Abs. 3 Nr. 1 SGB III).

Damit treten Ì abgesehen von der Nichtberücksichtigung von Mehrarbeit Ì **keine wesentlichen Änderungen in der Leistungsberechnung** gegenüber dem Vollzeitbeschäftigten auf.

4. Auswirkungen der Kurzarbeit auf die Rentenversicherung

In der Rentenversicherung baut der Arbeitnehmer Ì wie oben dargestellt Ì für die Ausfallzeit **Rentenansprüche** auf der Basis von 80 % des Vollzeitentgelts auf. Hier besteht also gegenüber dem Vollzeitbeschäftigten ein 20%-iger Nachteil im Rentenaufbau.

Zeiten des Bezugs von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung, also auch Zeiten des Kug-Bezugs auch bei komplettem Arbeitsausfall (BKug nullÍ), werden nach § 51 Abs. 3.a. Nr. 3.a.) SGB VI auf die Pflichtbeitragszeiten von 45 Jahren angerechnet, die zum Bezug der Rente für besonders langjährig Versicherte nach § 38 SGB VI erreicht sein müssen. Ausnahme: Ebenso wie beim Arbeitslosengeld I werden die Zeiten des Leistungsbezugs in den letzten zwei Jahren vor Rentenbeginn bei den Pflichtbeitragszeiten **nicht** berücksichtigt, es sei denn, der Bezug von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung ist durch eine Insolvenz oder vollständige Geschäftsaufgabe des Arbeitgebers bedingt. Dies kann allerdings nur bei längerem komplettem Arbeitsausfall relevant werden, also vor allem bei Transfer-Kug. Diese Problematik spielt dagegen in all den Fällen **keine** Rolle, wenn der Arbeitnehmer bei nur teilweise Arbeitsausfall noch versicherungspflichtiges Ist-Entgelt erhält.

III. Verfahren zur Kug-Berechnung und zur Erstattung

Der Arbeitgeber ist für die Berechnung und Auszahlung des Kug zuständig. Er ist auch derjenige, der gegenüber der Agentur für Arbeit die **Voraussetzungen für die Gewährung von Kug glaubhaft machen** muss.

Grundsätzlich wird das Kug vom Arbeitgeber vorfinanziert. Er hat nach § 320 Abs. 1 S. 2 SGB III das Kug kostenlos zu errechnen und auszuzahlen.

Es ist jedoch auch möglich, dass die Agentur für Arbeit auf Antrag an den Arbeitgeber einen **Abschlag** auf die voraussichtlich anfallenden Leistungen zahlt, § 337 Abs. 4 SGB III. Dazu müssen allerdings vor Ablauf der Kug-Bezugsfrist den Arbeitnehmern Vorschüsse auf das zu beanspruchende Kug gewährt werden.

Um das vorfinanzierte Kug zurückzuerlangen, muss der Arbeitgeber bei der Agentur für Arbeit einen entsprechenden **Antrag auf Erstattung** stellen, § 323 Abs. 2 SGB III. Nach dieser Regelung ist dem Antrag des Arbeitgebers eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Für den Antrag sind die von der Bundesagentur für Arbeit bereitgestellten Vordrucke zu verwenden. Allein der Leistungsantrag genügt jedoch für die Erstattung des Kug nicht. Es muss immer auch eine **Abrechnungsliste**

beigefügt werden, die Aufschluss gibt über Leistung und Entgelt des einzelnen Arbeitnehmers im Rahmen der Kurzarbeit.

Wichtig:

Zu beachten ist außerdem, dass der Antrag auf Kug für den jeweiligen Anspruchszeitraum innerhalb einer **Ausschlussfrist von drei Kalendermonaten** zu stellen ist. Die Frist beginnt mit Ablauf des Anspruchszeitraums, für den Kug beantragt wird (§ 325 Abs. 3 SGB III). Der Arbeitgeber muss also darauf achten, dass er für jeden Abrechnungsmonat (Anspruchszeitraum) die Frist von drei Monaten für die Erstattung beachten muss; entscheidend ist also nicht etwa das Ende des gesamten Gewährungszeitraums.

C. Sonderprobleme bei Kurzarbeit

I. Haupt- und Nebenleistungspflichten neben der Kurzarbeit

Mit dem Wegfall bzw. der Reduzierung der Arbeitsleistung infolge der Kurzarbeit auf Seiten des Arbeitnehmers geht entsprechend eine Kürzung des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers einher. Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten bleiben allerdings während der Kurzarbeit unverändert bestehen.

II. Ansprüche der Arbeitnehmer bei Arbeitsausfall ohne Rückerstattung des Kug durch die Agentur für Arbeit

Häufig stellt sich die Frage, ob und ggf. welche Vergütungsansprüche Arbeitnehmer in einer Kurzarbeitsperiode haben, wenn die Agentur für Arbeit konjunkturelles Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III nicht refinanziert. Diese Situation kann z.B. eintreten, wenn die derzeitigen Mindestvoraussetzungen für die Gewährung von Kug nach § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III (Entgeltausfall für mindestens 1/3 der in dem Betrieb/der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer von jeweils mehr als 10 %) nicht erfüllt ist oder der Arbeitgeber die für die Leistungsgewährung vorgesehene Antragsfrist von drei Kalendermonaten nicht erfüllt. Gelegentlich wird dazu insbesondere von Betriebsräten die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall der Arbeitgeber für die Ausfallzeit die volle Vergütung zu erbringen habe. Das BAG lehnt einen solchen vollen Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer für die Ausfallzeit ab (BAG vom 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67). In dieser Entscheidung hatte das BAG über die rechtlichen Auswirkungen zu entscheiden, wenn in einem Unternehmen auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung zwar kurzgearbeitet wird, die Bewilligung dieser Kurzarbeit seitens der Arbeitsagentur jedoch später widerrufen wird. Trotz dieses Bewilligungswiderrufs seitens der Arbeitsagentur haben die Arbeitnehmer – so das BAG – für die Ausfallstunden einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Verdienstaufschlag nur in Höhe des Kurzarbeitergeldes.

Hinweis:

Ein Arbeitnehmer behält bei Kurzarbeit für die Ausfallzeit einen Vergütungsanspruch auch dann nur in Höhe des Kurzarbeitergeldes, wenn das von der Arbeitsagentur ursprünglich bewilligte Kurzarbeitergeld später für eine mit dem Betriebsrat vereinbarte Kurzarbeitsperiode rückwirkend widerrufen wird. Gleiches muss in den Fällen gelten, in denen eine Refinanzierung des Kurzarbeitergeldes durch die Arbeitsagentur aus anderen Gründen nicht erfolgt. Abrechnungstechnisch behält die Leistung des Arbeitgebers für die Ausfallzeit den Charakter einer – nicht refinanzierbaren – Lohnersatzleistung; die steuer- und beitragsrechtlichen Privilegien dieser Leistung müssen also erhalten bleiben.

III. Anspruch auf Sonderzuwendungen während der Kurzarbeit

Sofern der Arbeitgeber **vermögenswirksame Leistungen** gewährt, können diese nicht anteilig gekürzt werden (Cohnen/Rieger, BB 2009, 46 ff.; Bieback in Gagel SGB III; 32. ErgLief 2008, § 169 Rz. 181).

Zum Teil regeln Tarifverträge ausdrücklich, dass Kurzarbeit keinen Einfluss auf die **Jahressondervergütung** hat (z.B.: § 2 Nr. 4 Abs. 2 ETV 13. ME METALL NRW). In diesen Fällen darf die Jahressondervergütung nicht gekürzt werden. In diesem Kontext ist zu beachten, dass Einmalzahlungen bei den Kug-Berechnungen zur Refinanzierbarkeit des Kug durch die BA **ausdrücklich** ausgeschlossen sind (vgl. § 106 Abs. 1 S. 3 SGB III). Falls weder ein Tarifvertrag noch eine Betriebsvereinbarung ausdrücklich einschlägige Regelungen zur Kürzung von **Jahressonderzahlungen** enthalten, hängt die Frage der Zulässigkeit der Kürzung der Jahressonderzahlung vom jeweiligen Verwendungszweck der Sondervergütung ab (BAG vom 9.10.1979 I 5 AZR 949/77, DB 1980, 407). Falls die Sonderzahlung vorrangig die Betriebs-treue des Beschäftigten honorieren soll, wird dieser Zweck durch die Kurzarbeit nicht beeinträchtigt, so dass die Jahressonderzahlung in voller Höhe zu leisten ist. Sofern die Jahressonderzahlung dagegen an die in einem Zeitraum zu erbringenden Arbeitsleistung anknüpft und die Arbeitnehmer aufgrund der abgesenkten Arbeitszeit im Bezugszeitraum nicht oder nur in einem geringen Umfang arbeiten, soll nach Ansicht des BAG im Zweifel der Anspruch entfallen, weil die Sonderzahlung eine zusätzliche Vergütung für die im Bezugszeitraum geleistete Arbeit darstellt (BAG vom 9.10.1979 I 5 AZR 949/77, DB 1980, 407).

IV. Kurzarbeit und Urlaub

Im Zusammenhang mit der Kurzarbeit stellen sich zahlreiche urlaubsrechtliche Fragen. Zunächst ist zu klären, wie sich Kurzarbeit mit tagesweisem Arbeitsausfall womöglich über einen längeren Zeitraum auf die Anzahl der Urlaubstage auswirkt (hierzu im Folgenden Punkt 1.). Weiterhin ist die Frage zu klären, welche Punkte bei der Urlaubsfestlegung im Zusammenhang mit Kurzarbeit zu beachten sind, insbesondere ob Urlaub vorrangig vor Kurzarbeit zu nehmen ist (hierzu im Folgenden Punkt 2.). Schließlich stellen sich die Fragen, inwieweit sich Kurzarbeit auf die Höhe des Urlaubsentgelts auswirkt (hierzu im Folgenden Punkt 3.).

Hierzu im Einzelnen:

1. Auswirkungen von Kurzarbeit auf die Anzahl der Urlaubstage

Der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers, der tage- oder sogar wochenweise kurzarbeitet (ßKurzarbeit nullí), ist während der Kurzarbeit pro rata temporis an die Zahl der verbleibenden Arbeitstage anzupassen. Wird gar nicht gearbeitet, entsteht Ì im Unterschied zu krankheitsbedingt ausfallender Arbeitsleistung - auch kein Urlaubsanspruch (EuGH vom 8.11.2012 - C 229/11, NZA 2012, 1273). Der EuGH hat in dieser Entscheidung klargestellt, dass sich der Fall einer krankheitsbedingt nicht erbrachten Arbeitsleistung von dem Fall der wegen Kurzarbeit ausfallenden Arbeit wesentlich unterscheidet: In den Krankheitsfällen sei ein Arbeitnehmer wegen physischer oder psychischer Beschwerden daran gehindert, Urlaub zu nehmen; dagegen könne ein Arbeitnehmer während der Kurzarbeit sich entweder ausruhen oder Freizeittätigkeiten nachgehen. Daher sei es europarechtskonform, dass bei ßKurzarbeit nullí Urlaubsansprüche nicht entstehen.

2. Wann können/müssen Urlaubstage genommen werden?

Die Gewährung von Kug setzt voraus, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar ist (siehe hierzu auch unter Punkt B.I.2.a.cc.). Zu den zumutbaren Vorkehrungen zählt es, den Arbeitsausfall möglichst durch Gewährung von Urlaub zu verhindern, soweit dem nicht die ausdrücklich als vorrangig gewerteten Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer entgegenstehen (§ 96 Abs. 4 Nr. 2 SGB III).

a. Verfügbare Urlaubsansprüche

Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt noch Urlaubsansprüche der Beschäftigten bestehen, die zur Vermeidung der Kurzarbeit eingesetzt werden können. Hat der Arbeitgeber vor Anordnung der Kurzarbeit bereits Urlaub für einen bestimmten Zeitraum gewährt, so bewirkt dies eine Konkretisierung des Urlaubsanspruchs. Der Arbeitgeber ist an diese Zusage gebunden (Kortmann, ArbRAktuell 2010, 29). Die Regelungen zur Gewährung von Kug lassen die arbeitsrechtlichen Regelungen zum Urlaubsrecht unberührt, mit der Folge, dass dieser gewährte Urlaub nicht mehr zur Vermeidung von Kurzarbeit eingesetzt werden kann.

b. Entgegenstehende Urlaubswünsche der Arbeitnehmer

Soweit jedoch noch Urlaubsansprüche zu einer möglichen Vermeidung von Kurzarbeit zur Verfügung stehen, dürfen die Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung zur Vermeidung von Kurzarbeit nicht entgegenstehen. § 96 Abs. 4 Nr. 2 SGB III nimmt in seiner Wortwahl Bezug auf § 7 Abs. 1 BUrlG, wonach bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, soweit ihrer Berücksichtigung nicht dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Kurzarbeit stellt grundsätzlich keinen betrieblichen Belang i.S.v. § 7 Abs. 1 BUrlG dar, der den individuellen Urlaubswünschen der Arbeitnehmer entgegengehalten werden kann (Bauer/Kern, NZA 2009, 926).

Etwas anderes gilt dann, wenn Urlaubsansprüche vor dem Verfall stehen: Dann ist der Arbeitgeber aufzufordern, den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs zur Verminderung des Arbeitsausfalls festzulegen, soweit einer solchen Bestimmung nicht die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer entgegenstehen, z.B. ein bereits länger festgelegter Winterurlaub (GA Kug zu § 96 SGB III, Punkt 2.8.2(2); siehe auch Punkt B.I.2.a.).

Hinweis:

Für die Praxis empfiehlt es sich, vor der Beantragung von Kurzarbeit die Urlaubswünsche der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer abzufragen. Die Urlaubswünsche können beispielsweise in eine Urlaubsliste eingestellt werden. Anschließend kann der Urlaub verbindlich gewährt werden. Durch diese Vorgehensweise erspart sich der Arbeitgeber Rückfragen der Agentur für Arbeit und vermeidet somit Verzögerungen bei der Bearbeitung des Antrags.

c. Festlegung der Urlaubstage auf Kurzarbeitstage

Es stellt sich die Frage, welche Situation eintritt, wenn sich Urlaubstage eines Arbeitnehmers mit für ihn festgelegten Freistellungstagen wegen Kurzarbeit überschneiden. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Urlaub bereits vor der Einführung der Kurzarbeit genehmigt wurde (im Folgenden Punkt aa.), den Fällen, in denen Arbeitnehmer während der Kurzarbeit für an sich arbeitsfreie Tage Urlaub nehmen (im Folgenden Punkt bb.), und den Fällen, in denen für Arbeitstage in der Kurzarbeitsperiode Urlaub genommen wird (im Folgenden Punkt cc.).

Hierzu im Einzelnen:

aa. Der Urlaub wurde bereits vor der Einführung der Kurzarbeit genehmigt

Hat der Arbeitgeber Arbeitnehmern zuerst Urlaub erteilt und anschließend lediglich mittels einer arbeitsvertraglichen Klausel Kurzarbeit im Betrieb eingeführt, so ist die Einführung von Kurzarbeit für diese Arbeitnehmer unwirksam. Der Arbeitgeber hat Urlaub erteilt und damit wirksam seine gesetzliche Schuld zur Suspendierung der Arbeitspflicht nach dem BUrlG erfüllt. Der Arbeitgeber kann für den Zeitraum des Urlaubs keine Kurzarbeit anordnen, da die Arbeitspflicht bereits anderweitig suspendiert ist. Die Anordnung geht ins Leere (Bauer/Kern NZA 2009, 925).

Allerdings hat das BAG entschieden, dass die Urlaubsgewährung dann unmöglich wird, wenn der Arbeitgeber für den Zeitraum, für den er den Arbeitnehmern bereits Urlaub gewährt hat, nachträglich im Betrieb β Kurzarbeit null \ddot{a} aufgrund einer **Betriebsvereinbarung** einführt (BAG vom 16.12.2009 \ddot{I} 9 AZR 164/08, DB 2009, 1246). Für diesen von der Kurzarbeit erfassten Zeitraum kann der Urlaub nicht mehr erfüllt werden, mit der Folge, dass das Unternehmen zur Nachgewährung der durch

βKurzarbeit Nullí ausgefallenen Tage verpflichtet bleibt. Das BAG vertritt den Standpunkt, dass die Arbeitspflicht durch die Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit auf Grund einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm aufgehoben wird, so dass der mit der Festlegung des Urlaubs bezweckte Leistungserfolg nicht mehr eintreten kann. Die normative, gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbare und zwingende Befreiung von der Arbeitspflicht hat Vorrang vor der individuellen Befreiung von der Arbeitspflicht durch die Urlaubserteilung des Arbeitgebers. Der mit der Festlegung des Urlaubs bezweckte Freistellungserfolg wird nachträglich unmöglich (BAG vom 16.12.2009 I 9 AZR 164/08, DB 2009, 1246). Der Urlaub ist jedoch nachzugehen.

bb. Der Urlaub wird während der Kurzarbeitsperiode genehmigt

Hat der Arbeitgeber Kurzarbeit mittels einer **arbeitsvertraglichen Kurzarbeitsklausel** im Betrieb eingeführt, so lässt die nachträgliche Urlaubserteilung für die genehmigten Kurzarbeitstage die Förderung mit Kug durch die Agentur für Arbeit entfallen (§ 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III). Erteilt der Arbeitgeber den Urlaub, so nimmt er damit konkludent die Anordnung über Kurzarbeit für die letzten genehmigten Urlaubstage bzw. Urlaubswochen zurück (Bauer/Kern, NZA 2009, 925). Die Arbeitnehmer haben diese Rücknahme der Kurzarbeit bereits konkludent mit ihrem Urlaubsantrag beantragt. Setzt die Arbeitsvertragsklausel die Förderung durch die Agentur für Arbeit voraus, wird die Anordnung von Kurzarbeit ohnehin nachträglich unwirksam, da die Fördervoraussetzung für diese Arbeitnehmer weggefallen ist.

Falls ein Arbeitgeber nach Festlegung der Kurzarbeit auf Basis einer **Betriebsvereinbarung** für denselben Zeitraum Urlaub erteilen will, kann der mit der Urlaubserteilung bezweckte Freistellungserfolg nicht mehr eintreten. Der Arbeitgeber kann den Urlaubszeitraum nicht wirksam auf eine Zeit konkretisieren, in der der Freistellungserfolg nicht eintreten kann (BAG vom 16.12.2008 - 9 ZR 64/08, NZA 2008, 689). Der Arbeitgeber kann für Ausfallzeiten infolge Kurzarbeit also nicht nachträglich auch noch wirksam Urlaub erteilen. Die Arbeitnehmer behalten deshalb in diesem Fall ihre Urlaubsansprüche und können während der Kurzarbeit kein Urlaubsentgelt beanspruchen, sondern erhalten nur Kug. Dies gilt für den Fall, dass für komplette Urlaubstage Kurzarbeit eingeführt ist. Dagegen ist eine Urlaubsgewährung für solche Tage möglich, an denen in der Kurzarbeitsperiode nicht komplett, sondern nur stundenweise Arbeitsausfall eingeplant ist.

Arbeitgeber müssen also beachten, dass die Betriebsvereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit den Arbeitnehmern keinen Urlaub an komplett mit Arbeitsausfall belegten Tagen zulässt. Andernfalls können sie von den Arbeitsgerichten verpflichtet werden, den Arbeitnehmern den Urlaub im Wege des Schadenersatzes nach §§ 283 S. 1, 280 Abs. 1, 275, 249 BGB zu gewähren.

Wichtiger Gestaltungshinweis:

Bei Abschluss der Betriebsvereinbarung sollten die Betriebsparteien also dringend darauf achten, dass Arbeitnehmer mit bereits genehmigtem Urlaub für die Dauer des erteilten Urlaubs von der Kurzarbeit ausgenommen sind.

cc. Tageweise Einbringung von Urlaub während der Kurzarbeit

Die tageweise Einbringung von Urlaub während der Kurzarbeit, die den Wünschen der Beschäftigten entspricht (zum Beispiel die Kombination Kurzarbeit von Dienstag bis Donnerstag und Urlaub am Montag und Freitag), steht nach Ansicht der Agentur für Arbeit der Annahme der Voraussetzungen für das Kug nicht entgegen (GA Kug § 96, Nr. 2.8.2).

3. Höhe des Urlaubsentgelts

Die richtige Berechnung des Urlaubsentgelts bei Kurzarbeit ist nach herrschender Auffassung im Schrifttum differenziert zu betrachten. Es ist zu unterscheiden, ob es um die Frage der Berechnung des Urlaubsentgelts geht, wenn in der Referenzperiode Kurzarbeit geleistet wurde (im Folgenden Punkt a.), und der Frage, wie hoch das Urlaubsentgelt ist, wenn der Arbeitnehmer sich während der Kurzarbeit im Urlaub befindet (im Folgenden Punkt b.).

Hierzu im Einzelnen:

a. Bemessung des Urlaubsentgelts nach vorangegangener Kurzarbeit

Der Umfang des Urlaubsentgelts während der Kurzarbeitsperiode bemisst sich nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Grundsätzlich gelangt im Urlaubsrecht das Referenzprinzip zur Anwendung. Allerdings weichen einzelne Vorschriften im Bundesurlaubsgesetz hiervon ab (z.B. § 11 Abs. 1 S. 2 BUrlG).

Besonderheiten gelten bei **Erholungsurlaub vor einer Kurzarbeitsperiode**. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG haben Verdienstkürzungen infolge von Kurzarbeit bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht zu bleiben.

Dies wird auch gestützt durch aktuelle Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 8.11.2012 Ì C 229/11, NZA 2012, 1273). Das Urlaubsentgelt muss bzgl. des europarechtlich garantierten Mindesturlaubs so hoch sein wie das gewöhnliche Arbeitsentgelt und darf nicht Ì auch nicht tariflich Ì wegen der Kurzarbeit gekürzt werden (EuGH vom 13.12.2018 Ì C 385/17, NZA 2019, 47). Verdienstkürzungen infolge Kurzarbeit dürfen danach für die Dauer des Mindestjahresurlaubs nach Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88 nicht zu einer geringeren Urlaubsvergütung führen als der Durchschnitt des gewöhnlichen Arbeitsentgelts, das der jeweilige Arbeitnehmer in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung erhält. Tarifliche Regelungen, wonach sich

Verdienst Kürzungen aufgrund von Kurzarbeit auf das Urlaubsentgelt auswirken, sollten infolge der neuen Rechtsprechung des EuGH nicht mehr angewendet werden (Drosdeck/Schilling, DB 2019, 195).

Zur **Berechnung** des nach § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG trotz Kurzarbeit ungekürzten Entgelts im Referenzzeitraum von 13 Wochen:

Für die Berechnung des Urlaubsentgelts ist das zu berücksichtigende Entgelt im Referenzzeitraum durch die gesamte Zahl der Arbeitsstunden zu teilen, in denen dieses Entgelt erzielt wurde (BAG vom 17.11.2009 - 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020; BAG vom 27.2.2018 I 9 AZR 238/17, AP Nr. 74 zu § 11 BUrlG). Für den Grundfall, in dem es zu keinen Veränderungen nach § 11 Abs. 1 S. 2 und 3 BUrlG wegen Verdiensterhöhungen oder Verdienst Kürzungen gekommen ist, sind die Einzelbeträge der letzten 13 Wochen zu addieren. Die Summe ist durch einen Divisor zu teilen, der nach der individuellen Arbeitsverpflichtung und der Art der Vergütung unterschiedlich sein kann (Erfurter Kommentar - Gallner, 19. Aufl., 2019, BUrlG § 11 Rz. 5). Zur Umrechnung muss aus dem 13-Wochen-Berechnungszeitraum zunächst ein Divisor ermittelt werden. Er ist individuell nach der Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers zu ermitteln, also nicht nach der Formel $13 \text{ Wochen} \times 6 \text{ Werk-tage} = 78$ (Erfurter Kommentar - Gallner, 19. Aufl., 2019, BUrlG § 11 Rz. 16). Als berücksichtigungsfähige Tage für den Divisor zählen alle Tage, an denen der Arbeitnehmer regelmäßig in der Woche zur Arbeit verpflichtet wird. Feiertage und bezahlte Krankheitstage fließen ein und sind nicht etwa abzuziehen (BAG vom 24.11.1992 - 9 AZR 564/91, NZA 1993, 750). Dasselbe gilt für Urlaubstage, die im Referenzzeitraum gewährt und genommen sind, weil auch der Verdienst dieser Tage in die Endsumme des Geldfaktors einbezogen ist.

Die infolge Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage sind bei der vorzunehmenden Urlaubsberechnung gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG nicht vom Divisor abzuziehen. Die Ausfalltage sind vielmehr mit dem Euro-Betrag in die Rechnung einzubeziehen, den der Arbeitnehmer bei Fortsetzung der Arbeit regelmäßig verdient hätte. So wird für den späteren Urlaub ein Entgelt zugrunde gelegt, als hätte es den Kürzungstatbestand nicht gegeben (Gallner in Erfurter Kommentar, 19. Aufl., 2019, BUrlG § 11 Rz. 24).

Hat ein Arbeitnehmer noch keine 13 Wochen gearbeitet, ist der gesamte Zeitraum vom Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Urlaubsanfang zugrunde zu legen. Wegen der gesetzlichen Wartezeit nach § 4 BUrlG dürfte die Urlaubsgewährung in dieser Zeit die Ausnahme sein.

b. Höhe des Urlaubsentgelts bei Kurzarbeit während des Urlaubs

Zunächst ist hier die Frage zu klären, ob während der Kurzarbeitsperiode Arbeitnehmer überhaupt Urlaub nehmen können. Wie im Einzelnen unter Punkt a. erläutert, kommt eine Urlaubsgewährung und damit natürlich auch die Zahlung von Urlaubsentgelt von vornherein dann nicht in Betracht, wenn eine Arbeitsfreistellung für ganze Tage bereits verbindlich für die Arbeitnehmer durch Kurzarbeit festgelegt ist.

Wird dagegen in dieser Zeit die Kurzarbeit in der Weise durchgeführt, dass ein Teil der Stunden pro Arbeitstag ausfällt, wird der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers für diese an sich vorgesehenen Arbeitsstunden erfüllt. Das Urlaubsentgelt steht dem Arbeitnehmer in diesem Fall eigentlich nur für die Zeit zu, in der er wegen Urlaubs von der Arbeit freigestellt ist. Mit guten Gründen ist die Auffassung zu vertreten, dass der Arbeitnehmer für die weitere Zeit des Tages Kug erhält. Diese ungewöhnliche Differenzierung folgt nicht nur aus der schuldrechtliche Einordnung des Urlaubs, sondern gewährleistet auch die Gleichbehandlung zwischen arbeitenden Arbeitnehmern und Arbeitnehmern, die sich im Urlaub befinden (Gallner in Erfurter Kommentar, 19. Aufl., 2019, BUrlG § 11 Rz. 24; Panzer-Heemeier in Grobys/Panzer, 3. Aufl. 2017; Kurzarbeit Rz. 11). Die Arbeitsagenturen sehen allerdings dieses auf Urlaubstage anfallende Kug nicht als erstattungsfähig an. Diese fehlende Erstattungsfähigkeit schließt allerdings – wie im Einzelnen unter Punkt C.II. unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG dargestellt – den Charakter von arbeitgeberfinanziertem Kug nicht aus (BAG vom 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67).

Entscheidungen, ob in der dargestellten Situation vom Arbeitgeber auch für die wegen Kurzarbeit ohnehin ausfallende Arbeitszeit während des Urlaubs eine volle Vergütung, argumentativ – wie dargestellt – Kug oder womöglich gar nichts (so Leinemann/Linck, Kommentar zum BUrlG, § 11 Rz. 3) zu leisten ist, gibt es bisher ersichtlich nicht. Vieles spricht dafür, dass Arbeitgeber für die kompletten Urlaubstage Urlaubsentgelt zahlen und damit eine Befriedung in dieser rechtlich unklaren Situation sicherstellen.

Wenn in einer Kurzarbeitsperiode einzelne Wochentage komplett mit Kurzarbeit belegt sind, an anderen Tagen dagegen planmäßig Arbeitsleistung zu erbringen ist (s. oben Punkt IV.2.c.cc.), kann – wie bereits dargestellt – für diese Tage auch Urlaub genommen werden und dementsprechend auch Urlaubsentgelt gezahlt werden.

Die dargestellte Problematik stellt sich von vornherein dann **nicht**, wenn – wie empfohlen, s. oben Punkt IV.2.c.bb. – Arbeitnehmer während ihres Urlaubs von vornherein aus der Kurzarbeit herausgehalten werden.

V. Zuschuss zum Kurzarbeitergeld

Zur beitragsrechtlichen Behandlung von Zuschüssen des Arbeitgebers zum Kug (beispielsweise auf tarifvertraglicher oder individualvertraglicher Grundlage) enthält § 1 Abs. 1 Nr. 8 SVEV eine beitragsrechtliche Klarstellung: Danach sind Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nach § 106 SGB III nicht übersteigen, dem Arbeitsentgelt nicht zuzurechnen und damit beitragsfrei. Die Steuerverpflichtung bleibt davon allerdings unberührt.

Hierzu folgendes Beispiel:

Beispiel:

Der Arbeitnehmer, Steuerklasse 3, Leistungssatz 67 %, mit einer durch Kurzarbeit eintretenden Reduzierung seines monatlichen Bruttoentgelts von 2.500,00 € auf 1.250,00 € im Monat (vgl. Punkt B.I.3.), soll einen Zuschuss vom Arbeitgeber zum Kug erhalten. Der Arbeitgeber fragt an, in welchem Rahmen dies beitragsfrei erfolgen kann.

Lösung:

Der Arbeitnehmer erhält nach der Kug-Leistungstabelle der BA von 2019 Kug in Höhe von **613,39 €**.

Beitragsfreiheit liegt vor, soweit der Zuschuss 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen Soll- und Ist-Entgelt zusammen mit dem Kug nicht überschreitet. Hieraus erfolgt folgende Berechnung:

Soll-Entgelt (= 2.500,00 €) minus Ist-Entgelt (= 1.250,00 €) = 1.250,00 €,
hiervon **80 % = 1.000,00 €**.

1.000,00 € - 613,39 € (= monatliches Kug) = **386,61 €**.

Ergebnis:

Soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer neben dem monatlichen Kug in Höhe von 613,39 € noch einen Zuschuss von max. 386,61 € gewährt, ist dieser Zuschuss beitragsfrei. Soweit der Zuschuss höher liegt, wäre der überschüssige Zuschussanteil beitragspflichtig.

Soweit ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern während der Kurzarbeit einen Zuschuss gewähren will, der beitragsfrei bleiben soll, empfiehlt sich eine Regelung z.B. in der der Kurzarbeit zugrundeliegenden Betriebsvereinbarung, dass der Zuschuss bei \ddot{A} \ddot{A} % (höchstens: 80 %) des Unterschiedsbetrages zwischen Soll- und Ist-Entgelt in Verbindung mit dem Kug liegt (vgl. dazu auch die unter Punkt D. beigefügten Musterbetriebsvereinbarungen).

VI. Kurzarbeit und Krankheit

Bei Krankheit eines Arbeitnehmers ist hinsichtlich der Auswirkungen auf das Kug zu unterscheiden, wann die Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist und ob der betreffende Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat:

- Für den Fall, dass ein Arbeitnehmer erkrankt und für ihn bei Beginn der Kug-Bezugsfrist ein Anspruch auf **Entgeltfortzahlung nicht bzw. nicht mehr** besteht, sondern Krankengeld nach §§ 44 ff. SGB V gezahlt wird (z.B. wenn die vorgesehene Kurzarbeit erst nach dem Entgeltfortzahlungszeitraum beginnt), erhält der Arbeitnehmer weiter das Krankengeld auf Grundlage des früheren regelmäßigen Vollzeitentgelts (letztes Entgelt vor Eintritt des Arbeitsausfalls). Die Höhe des Krankengeldes verändert sich im Kug-Gewährungszeitraum also nicht.
- Sofern sich der Arbeitnehmer **bei Beginn** der für ihn festgelegten Kurzarbeit im Zeitraum der regelmäßig 6-wöchigen **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** befindet, erhält er für die vorgesehenen Ausfallstunden Krankengeld in Höhe des Kug (§ 47b Abs. 4 SGB V); für die allein durch Krankheit ausgefallene Restarbeit erhält er vom Arbeitgeber Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 3 S. 1 EFZG).
- Erkrankt der Arbeitnehmer erst **während des Bezugs von Kug**, so hat zum einen der Arbeitgeber auch hier Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 3 EFZG für die allein durch die Krankheit ausgefallene Restarbeitszeit zu erbringen; parallel dazu erfolgt für die durch die Kurzarbeit ausgefallene Arbeitszeit eine BKug-Fortzahlung im Krankheitsfall (§ 98 Abs. 2 SGB III). Mit Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums hat dann der Arbeitnehmer einen Anspruch auf **normales** Krankengeld auf der Basis des früheren Vollzeitentgelts, § 47 b Abs. 3 SGB V. Somit wird für Versicherte, die während des Bezuges von Kug arbeitsunfähig erkranken, das Krankengeld nach dem regelmäßigen Arbeitsentgelt, das zuletzt vor Eintritt des Arbeitsausfalls erzielt wurde (Regelentgelt), berechnet. Zugunsten des Leistungsberechtigten wird damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der Krankengeldberechnung gemacht, wonach die Leistungshöhe nach dem Entgelt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bestimmt wird; ohne die Klarstellung in § 47 b Abs. 3 SGB V wäre dies bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während der Kurzarbeit nur das verbleibende Ist-Entgelt des Arbeitnehmers.

Soweit während der Kurzarbeit ein Ausfalltag des erkrankten Arbeitnehmers auf einen gesetzlichen Feiertag fällt, sind §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 3 S. 2 EFZG zu beachten. Danach ist bei den drei Ausfallgründen (Kurzarbeit, Krankheit, Feiertag) der Feiertag mit einer daraus folgenden Zahlungspflicht des Arbeitgebers maßgeblich; für einen solchen Tag entfällt also die Verpflichtung der Krankenkasse zur Zahlung des Krankengeldes nach § 47b Abs. 3 SGB V. Die Zahlungspflicht des Arbeitgebers besteht nach §§ 2 Abs. 3, 4 Abs. 3 S. 2 EFZG allerdings nur in Höhe des Kug.

VII. Kurzarbeit und Feiertagsvergütung

An gesetzlichen Feiertagen dürfen Arbeitnehmer gemäß § 9 ArbZG grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Dieses Verbot gilt ebenfalls während der Kurzarbeitsperiode, so dass Arbeitnehmer auch bei Kurzarbeit an Feiertagen nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet sind. Trotz der Arbeitsbefreiung muss der Arbeitgeber an diesen Feiertagen grundsätzlich das normale Arbeitsentgelt zahlen. Diese Verpflichtung besteht allerdings nur, wenn der Feiertag die alleinige Ursache für den Arbeitsausfall und die Befreiung von der Arbeitspflicht ist. Hätte ein Arbeitnehmer an dem betreffenden Tag ohnehin nicht arbeiten müssen, zum Beispiel wegen eines im Rahmen eines Schichtplans festgelegten freien Tages, besteht keine Verpflichtung zur Feiertagsvergütung/Entgeltfortzahlung (BAG vom 13.6.2007 – 5 AZR 849/06, DB 2007, 1932).

Entfällt die Arbeitspflicht an Feiertagen bereits wegen Kurzarbeit, stellt sich die Frage, ob deshalb auch die Pflicht zur Entgeltfortzahlung entfällt, denn auch in diesem Fall ist der Feiertag nicht alleinige Ursache für die Arbeitsbefreiung. Nach § 2 Abs. 2 EFZG ist der Arbeitsausfall allerdings so zu behandeln, als sei dieser allein wegen des Feiertags eingetreten. Entsprechend bleibt der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Die Höhe des vom Arbeitgeber zu zahlenden Feiertagsentgelts richtet sich allerdings nach der Höhe des Kug, das der Arbeitnehmer ohne den Feiertag bezogen hätte, denn auch insoweit gilt das Entgeltausfallprinzip, d.h. der Arbeitnehmer soll weder schlechter noch besser stehen als ohne den gesetzlichen Feiertag (BAG vom 5.7.1979 – 3 AZR 173/78, DB 1979, 2232).

Zur Kollision von Kurzarbeit, krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsbefreiung aufgrund eines Feiertages vgl. im Einzelnen Punkt VI. am Ende.

VIII. Kurzarbeit und Kündigungsrecht des Arbeitgebers

1. Keine arbeitgeberseitige Verpflichtung zur Durchführung von Kurzarbeit

Bisher hat das BAG nicht die Frage entscheiden müssen, ob bei der Prüfung der Betriebsbedingtheit einer ausgesprochenen Kündigung zu berücksichtigen ist, ob der Arbeitgeber zur Vermeidung von Kündigungen hätte versuchen müssen, Kurzarbeit einzuführen.

Die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb ist ein arbeitsvertragliches Instrument zum Erhalt von Arbeitsplätzen. Aus diesem Grund wird in der Literatur z.T. der Standpunkt vertreten, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen zunächst mit Hilfe der Einführung von Kurzarbeit versuchen müsse, die Arbeitsplätze langfristig zu erhalten (Meinhold, BB 1988, 623).

Die bisherige Rechtsprechung des BAG kann dagegen so verstanden werden, dass ein vorrangiger Einsatz von Kurzarbeit zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen in Betrieben mit Betriebsrat nicht erforderlich ist, da es in diesen Betrieben den Betriebsparteien überlassen bleiben müsse, ob zur Vermeidung von Kündigungen Kurzarbeit eingeführt wird. Das BAG tendiert jedenfalls dazu, die Prüfungskompetenz der Arbeitsgerichte insoweit einzuschränken (APS-Kiel, 5. Auflage 2017, § 1 KSchG Rz. 573). Die Frage, ob eine betriebsbedingte Kündigung durch Kurzarbeit hätte vermieden werden können, entziehe sich nach Ansicht des BAG einer gerichtlichen Überprüfung (BAG vom 11.9.1986 - 2 AZR 564/85, BB 1987, 1882f.; BAG vom 15.6.1089 - 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65).

Zum Verhältnis Kurzarbeit/betriebsbedingte Kündigungen ist auch eine Aussage aus der Entscheidung des BAG vom 23.2.2012 - 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 - zu beachten. Danach hat der Arbeitgeber bei betriebsbedingten Kündigungen die Tatsachen näher darzulegen, aus denen sich ergeben soll, dass zukünftig **auf Dauer** mit einem reduzierten Arbeitsvolumen und Beschäftigungsbedarf zu rechnen ist; das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Produktions- oder Auftragsschwankungen müsse ausgeschlossen sein (so auch BAG vom 18.5.2006 - 2 AZR 412/05, DB 2006, 1962 f.). Es wird somit deutlich, dass vom Arbeitgeber **keine** vorrangige Nutzung von Kurzarbeit in den Fällen in Betracht kommt, in denen ein **dauerhafter** Auftragsrückgang und Wegfall von Arbeitsplätzen im Raum steht.

2. Betriebsbedingte Kündigungen während der Kurzarbeitsperiode

Dem Arbeitgeber steht auch während des Zeitraums der Kurzarbeit ein Kündigungsrecht zu. Dies gilt sowohl für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen als auch für Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen. Zum Teil wird der Standpunkt vertreten, dass die Einführung von Kurzarbeit als milderes Mittel in jedem Falle der Beendigungskündigung vorgehen müsse, wenn der Arbeitsausfall nur vorübergehend sei (Stahlhacke/Preis, Kündigungsrecht, 9. Auflage, 2005 Rdz.1021; Erfurter Kommentar, 19. Auflage 2019, § 1 KSchG Rz. 288).

Auch das BAG hat hierzu mit der o. a. Entscheidung vom 23.2.2012 festgestellt, dass die Einführung von Kurzarbeit als milderes Mittel der Beendigungskündigung dann vorgehen müsse, wenn der Arbeitsausfall nur vorübergehend ist. Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel könne eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Falls im Betrieb Kurzarbeit geleistet werde, spreche dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf. Allerdings weist das BAG darauf hin, dass bei einem dauerhaften Entfall des Beschäftigungsbedarfs für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf Grund weiterer, später eingetretener Umstände, trotz der Kurzarbeit durchaus ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung vorliegen könne. Dies setze jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die Möglichkeiten zur Reduzierung der geschuldeten Arbeitszeit, die ihm die Regelungen zur Kurzarbeit bieten, in vollem Umfang ausgeschöpft hat.

Der Arbeitgeber wird deshalb im Falle einer Kündigung während der Kurzarbeitsperiode darlegen müssen, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne Arbeitnehmer entgegen der ursprünglichen Prognose nun doch auf Dauer weggefallen ist (BAG vom 26.6.1997 I 2 AZR 494/96, NZA1997, 1286). Dies wird ihm in der Regel nur gelingen, wenn er über die Gründe für die Einführung der Kurzarbeit hinaus weitere, konkrete Umstände vortragen kann, die zu einem dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt haben. Demnach können betriebsbedingte Kündigungen auch während der Kurzarbeit ausgesprochen werden, sofern der Ausspruch der Kündigungen auf einer neuen unternehmerischen Entscheidung beruht, die das weitere Beschäftigungsbedürfnis entfallen lässt (Rolf/Riechwald, BB 2010, 1599).

3. Vergütungsansprüche des gekündigten Arbeitnehmers

a. Kein Bezug von Kug nach betriebsbedingter Kündigung

Nach § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III entfallen für Arbeitnehmer ab dem Zeitpunkt der Kündigung die Voraussetzungen für die Gewährung von erstattungsfähigem Kug. Die weiteren Zahlungsansprüche dieser Arbeitnehmer richten sich dann nach den Vorgaben der im Einzelfall einschlägigen Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge. Teilweise sehen Tarifverträge sogar ausdrücklich bei betriebsbedingten Kündigungen vor Einführung oder während der Kurzarbeit eine Fortzahlung der ungekürzten Vergütung in der Kündigungsfrist vor (z.B.: § 16.3 Abs. 2 MTV METALL NRW vom 8.11.2018).

b. Kurzarbeit bei Massenentlassung

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Massenentlassung nach § 17 KSchG vor, und ist der Arbeitgeber nicht in der Lage, die Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Regelsperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG zu beschäftigen, kann ausnahmsweise durch die Regionaldirektion der Agentur für Arbeit Kurzarbeit trotz der Entlassungsabsicht des Arbeitgebers nach § 19 KSchG zugelassen werden. Die Zulassung ersetzt die ansonsten notwendige Rechtsgrundlage; der Arbeitgeber muss aber nach der Zulassung Kurzarbeit anordnen. Zudem sind ggf. tarifliche Sonderregelungen zu beachten, die nach § 19 Abs. 3 KSchG nicht von den Regelungen in § 19 Abs. 1 und 2 KSchG berührt werden.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gilt auch im Fall der Einführung von Kurzarbeit nach § 19 KSchG.

D. Vertragsmuster und Vordrucke

Das nachfolgend unter Punkt I. erstellte Muster für eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit enthält Vorschläge zur Gestaltung der Kurzarbeit. Die Betriebsvereinbarung muss an die konkreten Rahmenbedingungen im Betrieb angepasst werden.

Unter Punkt II. sind die Muster einer Namensliste für die von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter und einer konkretisierenden Regelung für die verbleibende Arbeitszeitverteilung beigefügt. Der Betriebsvereinbarung ist auch ein Muster einer Zuschussberechnung zum Kurzarbeitergeld beigefügt.

Der Vordruck einer Arbeitsausfallsanzeige der Bundesagentur für Arbeit sowie weitere Informationen (Antragsformulare, Merkblätter, Geschäftsanweisungen) der Bundesagentur für Arbeit sind unter

www.arbeitsagentur.de/nn_27908/zentraler-Content/A06-Schaffung/A062-Beschaeftigungsverhaeltnisse/Allgemein/Kurzarbeitergeld.html

abrufbar.

I. Muster für eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit

Zwischen

dem Unternehmen **Ä Ä Ä Ä Ä**, in **Ä Ä Ä Ä ..Ä**, vertreten durch **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä .Ä**
(nachfolgend: Unternehmen)

und

dem Betriebsrat des Unternehmens **Ä Ä .Ä ..Ä Ä**, in **Ä Ä Ä ..Ä**, vertreten durch den/die
Betriebsratsvorsitzende/n Frau/Herrn **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..**
(nachfolgend: Betriebsrat)

wird

die nachfolgende Betriebsvereinbarung zur Einführung von konjunktureller Kurzarbeit geschlossen:

Präambel

Aufgrund der (weltweiten) Konjunkturabschwächung sind der Umsatz der Auftragseingang des **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** (*betroffenen Geschäftszweig einfügen*) ð Bereichs des Unternehmens stark zurückgegangen. Eine kurzfristige Besserung der Geschäftslage ist derzeit nicht absehbar. Dem Unternehmen ist daher zurzeit eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (nachfolgend: Mitarbeiter) im Bereich **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä** (*betroffenen Geschäftszweig einfügen*) im bisherigen zeitlichen Umfang nicht möglich.

Um betriebsbedingte Kündigungen so weit wie möglich zu vermeiden, sind sich die Betriebsparteien darin einig, dass für die vom vorläufigen Wegfall des Arbeitsplatzes vorrangig betroffenen Mitarbeiter Kurzarbeit eingeführt und die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit reduziert werden soll. Die Betriebsparteien gehen davon aus, dass durch diese Maßnahme die Arbeitsplätze der betroffenen Mitarbeiter langfristig erhalten bleiben.

§ 1 Geltungsbereich

1. Der räumliche Geltungsbereich dieser Betriebsvereinbarung beschränkt sich auf die Abteilungen **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** (*betroffene Abteilungen einfügen*) in dem Betrieb / der Niederlassung des Unternehmens in **Ä Ä Ä Ä Ä Ä .Ä Ä Ä Ä**. (*Anschrift der Niederlassung bzw. des Betriebes einfügen*).¹
2. Der persönliche Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung erfasst die Mitarbeiter des Unternehmens, die in den als **Anlagen** zu dieser Betriebsvereinbarung genommenen

¹ Die Kurzarbeit muss nicht zwingend im gesamten Betrieb eingeführt werden. Falls die Kurzarbeit auf einzelne Abteilungen beschränkt werden soll, sind diese Abteilungen konkret zu benennen.

Namenslisten (als Anlage beizufügen)² aufgeführt sind. Diese Namenslisten werden von den Betriebsparteien unterzeichnet und sind Bestandteil der Betriebsvereinbarung.

3. Die Namenslisten der Mitarbeiter in Kurzarbeit werden monatlich für die Vorlage bei der Agentur für Arbeit von den Betriebsparteien gemeinsam erstellt. Sie werden gegebenenfalls bei Bedarf im Einvernehmen der Betriebsparteien aktualisiert.

Keine Anwendung findet die Betriebsvereinbarung auf folgende Personengruppen:

- Arbeitnehmer, die sich in einem gekündigten Arbeitsverhältnis befinden beziehungsweise eine Auflösungsvereinbarung mit dem Unternehmen abgeschlossen haben,³
- leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG,
- Arbeitnehmer, die sich in einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis befinden oder mit dem Unternehmen ein solches begründen*,
- Auszubildende*sowie
- geringfügig Beschäftigte.

Weitere Ausnahmen können einvernehmlich zwischen den Betriebsparteien vereinbart werden.

§ 2 Beginn und Dauer der Kurzarbeit

1. Zum **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** . (Datum einfügen) wird in der/den Abteilung/en **Ä Ä Ä Ä Ä** . (betroffene Abteilung/en einfügen) im Unternehmen Kurzarbeit eingeführt⁴. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der betroffenen Mitarbeiter wird ab diesem Zeitpunkt um **Ä Ä Ä Ä Ä Ä** . (Volumen der zu reduzierenden Arbeitszeit einfügen, z. B.: 40 %) der individuellen Arbeitszeit reduziert⁵.
2. Eine weitere Reduzierung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit während der Geltungsdauer dieser Betriebsvereinbarung ist nur aufgrund schriftlicher Vereinbarung zwischen Unternehmen und Betriebsrat zulässig.⁶

² In der Namensliste bzw. den Namenslisten sollten nur Mitarbeiter aufgeführt werden, die infolge des vorläufigen Wegfalls des Arbeitskräftebedarf Kurzarbeit leisten sollen. Nach der Rechtsprechung des BAG müssen die Arbeitnehmer Kenntnis davon haben, ob sie von der Kurzarbeit betroffen sind. Die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer darf dabei nicht willkürlich erfolgen.

³ Konsequenz aus § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III

*Diese Personen können zwar grundsätzlich Kug beziehen, sie sollten aber möglichst von der Kurzarbeit ausgenommen werden (vgl. hierzu B I 2 c).

⁴ Lange war umstritten, welche Anforderungen an den Inhalt einer Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit zu stellen sind. Inzwischen hat das BAG festgestellt, dass Arbeitnehmer anhand der Betriebsvereinbarung ohne weiteres erkennen müssen, ob und in welcher Form sie von der Kurzarbeit betroffen sind. In der Betriebsvereinbarung muss daher mindestens der Beginn und die Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage bzw. Verteilung der Arbeitszeit und die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer geregelt sein (BAG vom 18.11.2015 I 5 AZR 491/14, NZA 2016, 566f.). Hinweis: Zum Teil enthalten einzelne Tarifverträge Vorgaben über Ankündigungsfristen, die beim Beginn der Kurzarbeit einzuhalten wären.

⁵ Die Betriebsparteien sind grundsätzlich frei darin zu entscheiden, in welchem Umfang die Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer während der Kurzarbeitsperiode reduziert werden soll. Es kann sogar eine vorübergehende Reduzierung der Arbeitszeit auf Null (sog. Kurzarbeit Null) in Betracht kommen.

⁶ Eine schriftliche Vereinbarung über die Änderung des Umfangs der Arbeitszeitreduzierung dürfte nach der Rechtsprechung des BAG erforderlich sein, da die Betriebsparteien vom Inhalt der Betriebsvereinbarung zur

§ 3 Lage und Verteilung der Arbeitszeit während der Kurzarbeit

Die verbleibende Arbeitszeit der Mitarbeiter wird vom Unternehmen abweichend von der Betriebsvereinbarung Arbeitszeit wie folgt verteilt:

Die während der Kurzarbeit für die einzelnen Arbeitsplätze bzw. Beschäftigtengruppen geltenden Arbeitszeiten/Schichtmodelle und die hiervon betroffenen Mitarbeiter werden von den Betriebsparteien in einer von beiden Betriebsparteien unterzeichneten Vereinbarung einvernehmlich festgelegt (**Anlage 2**). Die Anlage ist Bestandteil dieser Betriebsvereinbarung.

Variante zur Arbeitszeitverteilung:

Die Arbeitszeit wird so verteilt⁷, dass

- die Mitarbeiter der Betriebsabteilung **ÄÄÄÄÄ** (betroffene Abteilung einfügen) täglich lediglich in der Zeit von 08.00 Uhr bis 12:00 Uhr arbeiten;
- die Mitarbeiter der Betriebsabteilung **ÄÄÄÄÄ** (betroffene Abteilung einfügen) erbringen ihre Arbeitsleistung gemäß ihrer jeweiligen Schichteinteilung (Früh-, Spät oder Nachtschicht) lediglich am Montag, Dienstag und Mittwoch.

§ 4 Ende der Kurzarbeit

1. Kurzarbeit endet am **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä**. Sollte sich die Auftragslage unvorhergesehen nachhaltig verbessern, kann das Unternehmen die Kurzarbeit einseitig ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates vorzeitig beenden⁸.
2. Die Betriebsparteien verpflichten sich, die betroffenen Mitarbeiter vor dem vorzeitigen Ende oder einer Verlängerung der Kurzarbeit unverzüglich zu unterrichten.
3. Zwischen der Mitteilung des Unternehmens an den Betriebsrat über das vorzeitige Ende der Kurzarbeit und der tatsächlichen Beendigung der Kurzarbeitsperiode sollen mindestens **ÄÄÄ** (konkrete Tageszahl für Ankündigungsfrist, z.B. 1 oder 3 Tage einfügen) liegen.⁹

Einführung der Kurzarbeit abweichen (BAG vom 18.11.2015 **I** 5 AZR 491/14, NZA 2016, 566f.). Es empfiehlt sich in diesem Fall, eine Ankündigungsfrist in die Betriebsvereinbarung aufzunehmen.

⁷ Nach der Rechtsprechung des BAG müssen in der Betriebsvereinbarung zur Einführung und Kurzarbeit Angaben zur Dauerlage der (verbleibenden) Arbeitszeit enthalten sein (BAG vom 18.11.2015 **I** 5 AZR 491/14, NZA 2016, 566f.).

⁸ Die Entscheidung des Arbeitgebers über eine vorzeitige Beendigung der Kurzarbeit und die damit verbundene Rückkehr zur normalen Arbeitszeit unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates (BAG v. 21.11.1978 **I** 1 ABR 67/76, AP Nr.2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Fraglich ist, ob für einzelne Beschäftigte oder Betriebsabteilungen die Kurzarbeit bei kurzfristigem Arbeitsbedarf befristet ausgesetzt werden kann. Dies hätte zur Folge, dass die Beschäftigten nach Ablauf der gesetzten Frist wieder **Kurzarbeit** würden, ohne dass es einer erneuten Vereinbarung mit dem Betriebsrat bedarf (so Erfurter Kommentar **I** Kania, 19. Aufl., 2019; § 87 BetrVG Rdz. 35). Diese Rechtsfrage ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden. Aus diesem Grund empfiehlt es sich in diesem Fall zumindest, sich mit dem Betriebsrat auf Basis einer schriftlichen Vereinbarung über die befristete Aussetzung der Kurzarbeit zu verständigen.

⁹ Die Vereinbarung einer Ankündigungsfrist ist zweckmäßig, damit sich die Mitarbeiter auf die veränderte Situation einstellen können, z.T. ergibt sich eine Ankündigungsfrist auch aus einzelnen Tarifverträgen.

§ 5 Verlängerung der Kurzarbeitsperiode

Soweit die Betriebsparteien es für notwendig erachten, die Kurzarbeitsperiode über den ursprünglich vorgesehenen Zeitraum hinaus fortzusetzen, schließen sie auf Basis dieser Betriebsvereinbarung¹⁰ eine erneute schriftliche Vereinbarung über die Fortsetzung der Kurzarbeit. In diesem Fall muss die von beiden Betriebsparteien unterzeichnete Vereinbarung ebenfalls Regelungen zum Personenkreis, zu Beginn und Dauer sowie zur Lage und Verteilung der Kurzarbeit konkrete Angaben enthalten.

§ 6 Information des Betriebsrats

Die Geschäftsleitung unterrichtet den Betriebsrat wöchentlich über die Entwicklung des Auftragsbestandes, der Auslastung sowie der weiteren Geschäfte¹¹.

§ 7 Arbeitsvergütung und Kurzarbeitergeld

1. Die Mitarbeiter erhalten eine der jeweils verbleibenden Arbeitsleistung entsprechende Vergütung.
2. Zum Erhalt des Kurzarbeitergeldes zeigt das Unternehmen unverzüglich nach Inkrafttreten dieser Vereinbarung den Arbeitsausfall schriftlich bei der zuständigen Agentur für Arbeit an und stellt die erforderlichen Anträge zur Gewährung von Kurzarbeitergeld gemäß Sozialgesetzbuch III (SGB III). Es weist auf Verlangen der Agentur für Arbeit die Voraussetzungen für die Erbringung von Kurzarbeitergeld entsprechend der Vorschrift des § 320 SGB III nach¹².
3. Der Betriebsrat wird unverzüglich die zur Anzeige des Arbeitsausfalls und Beantragung des Kurzarbeitergeldes erforderlichen Stellungnahmen an die Agentur für Arbeit anfertigen und dem Unternehmen zur Weitergabe an die Agentur für Arbeit zur Verfügung stellen¹³.

¹⁰ Die Betriebsparteien bekunden durch diese Regelung, dass sie im Falle einer Verlängerung der Kurzarbeitsperiode die in dieser Betriebsvereinbarung getroffenen Regelungen übernehmen werden. Hierdurch wollen die Betriebsparteien zum Ausdruck bringen, dass sie in diesem Fall die wesentlichen Eckpunkte und Rahmenbedingungen aus Praktikabilitätsgründen fortführen möchten.

¹¹ Diese Regelung ist rechtlich nicht zwingend geboten, sie dient jedoch der Verbesserung bzw. der Förderung der Vertrauensbildung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

¹² Für die Gewährung von KuG sieht das Gesetz ein zweistufiges Verfahren vor. Der Arbeitgeber zunächst die Agentur für Arbeit den durch die Kurzarbeit bedingten Arbeitsausfall im Betrieb/Betriebsteil schriftlich anzuzeigen, wobei die Anzeige seit dem 5.4.2017 auch elektronisch erfolgen kann. In der Folgezeit ist ein fristgerechter Antrag auf Gewährung von KuG für die einzelnen Arbeitnehmer zu stellen (Antragstellung seit dem 5.4.2017 ebenfalls elektronisch möglich). Die Verwendung der Vordrucke der Agentur für Arbeit (www.arbeitsagentur.de) ist zweckmäßig.

¹³ Des Weiteren ist ein entsprechender schriftlicher oder elektronischer Antrag des Unternehmens unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates zwingende Voraussetzung für die Gewährung von KuG (Vergleiche hierzu Vordrucke der Arbeitsagentur).

- 2. Eine Nachwirkung oder eine sonstige Ausdehnung des zeitlichen Geltungsbereichs ist ausgeschlossen. Während der Laufzeit dieser Betriebsvereinbarung werden frühere Vereinbarungen, sofern sie dieser Vereinbarung entgegenstehen, außer Kraft gesetzt.

Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä Ä Ä , den Ä Ä Ä Ä Ä Ä

Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä .Ä , den Ä Ä Ä Ä Ä Ä

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..

(Unterschrift des Unternehmens)

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..

(Unterschrift des Betriebsrats)

Hinweis: Optionale Regelung - gesetzlich nicht vorgeschrieben!

Zuschuss zum Kurzarbeitergeld¹⁸

§ Ä. Zuschuss zum Kurzarbeitergeld

- 1. Diejenigen Mitarbeiter, die von der Kurzarbeit betroffen sind, erhalten einen Zuschuss in Höhe von **ÄÄ** % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-entgelt einschließlich des Kurzarbeitergeldes.
- 2. Der Zuschuss zum Kurzarbeitergeld wird zusammen mit der üblichen Lohnzahlung ausbezahlt¹⁹.
- 3. Zur Erläuterung der Berechnung des Zuschusses wird dieser Betriebsvereinbarung als Anlage 3 ein Berechnungsbeispiel beigefügt.

¹⁸ Ein gesetzlicher Anspruch auf Gewährung eines arbeitgeberseitigen Zuschusses zum Kurzarbeitergeld besteht für den Arbeitnehmer nicht. Ggf. sehen Tarifverträge solche Zuschussregelungen vor.

¹⁹ Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kug sind nach § 1 S. 1 Nr. 8 SvEV kein Arbeitsentgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 vH des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nach § 196 SGB III nicht übersteigen, und insofern beitragsfrei. Die Steuerpflicht bleibt hiervon jedoch unberührt.

II. Muster Namenslisten (Anlage 1 u. 2) und Berechnungsbeispiel (Anlage 3)

Anlage 1 zur Betriebsvereinbarung

Namenliste zur Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit vom **Ä Ä Ä ..**
(Datum einfügen)

Unternehmen **Ä Ä Ä Ä Ä** , in **Ä Ä Ä Ä ..Ä** , vertreten durch **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..Ä**
(nachfolgend: Unternehmen)

und

Betriebsrat des Unternehmens **Ä Ä ..Ä Ä** , in **Ä Ä Ä ..Ä** , vertreten durch den/die Betriebsratsvorsitzende/n Frau/Herrn **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..**
(nachfolgend: Betriebsrat)

verständigen sich auf eine Namensliste mit folgenden von der Kurzarbeit unmittelbar betroffenen Mitarbeiter:

In dem Betrieb/der Betriebsabteilung **Ä Ä Ä Ä ..Ä** des Unternehmens **Ä Ä Ä Ä Ä** (**Unternehmensnamen einfügen**), in **Ä Ä Ä Ä ..Ä** (**Ort einfügen**) wird auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit vom **Ä Ä Ä ..** (**bitte einfügen**) ab dem **Ä Ä Ä Ä ..Ä** .(**Datum einfügen**) Kurzarbeit eingeführt.

Folgende Mitarbeiter sind von der Kurzarbeit betroffen:

1. **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** . (Namen der betroffenen Mitarbeiter einfügen)
 2. **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** .
 3. **Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä** .
 4. **Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä**
- etc.

Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä Ä , den **Ä Ä Ä Ä Ä Ä**

Ä Ä Ä ..Ä Ä Ä Ä ..Ä , den **Ä Ä Ä Ä Ä Ä**

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä .
(Unterschrift des Unternehmens)

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä ..
(Unterschrift des Betriebsrats)

Anlage 3 zur Betriebsvereinbarung**Berechnungsbeispiel für einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld**

Ein Arbeitnehmer, Steuerklasse 3, Leistungssatz 67 %, mit einer durch Kurzarbeit eintretenden Reduzierung seines Bruttomonatsentgelts von 2.500,00 × (= Ist-Entgelt) auf 1.250,00 × (= Soll-Entgelt), soll ein Zuschuss zum KUG erhalten. Der Arbeitnehmer erhält nach der Kug-Leistungstabelle der BA von 2019 ein Kurzarbeitergeld (Kug) in Höhe von **613,39** ×.

Beitragsfreiheit liegt vor, soweit der Zuschuss 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen Soll- und Ist-Entgelt zusammen mit dem Kug nicht überschreitet. Hieraus ergibt sich folgende Berechnung:

Soll-Entgelt (= 2.500,00 ×) minus Ist-Entgelt (= 1.250,00 ×) = 1.250,00 ×

hiervon 80 % = 1.000,00 ×

Maximal beitragsfreier Arbeitgeberzuschuss = 1.000,00 × minus 613,39 × = **386,61** ×

Übersteigt der Zuschuss diesen Betrag, so ist nur der übersteigende Teil zu verbeitragen.

E. Ablaufplan zur Kurzarbeit

- Prüfung der betriebswirtschaftlichen Sinnhaftigkeit von Kurzarbeit
- Interne rechtliche Vorabprüfung, ob die Gewährung von Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III in Betracht kommen kann (insbesondere Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls)
- Unterrichtung des Betriebsrats und ggf. des Wirtschaftsausschusses (§§ 92, 100 BetrVG), ggf. auch der Belegschaft
- Frühzeitige Kontaktaufnahme zur Agentur für Arbeit
- Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit, ggf. individualvertragliche Vereinbarung
- Anzeige der Kurzarbeit bei der Agentur für Arbeit im Monat des Arbeitsausfalls
- Bekanntmachung der Einführung von Kurzarbeit im Betrieb
- Ggf. für die für die Kurzarbeit vorgesehenen Mitarbeiter bestehende flexible Arbeitszeitkonten, die nicht nach § 96 Abs. 3 SGB III bestandsgeschützt sind, möglichst auf Null bringen. Beim möglichen Aufbau von β Minusstunden sind die unter Punkt B.I.2.a.cc.(5) dargestellten Hinweise zu beachten.
- Ab Beginn der Kurzarbeit: Berechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber
- Beantragung von Kurzarbeitergeld innerhalb der Ausschlussfrist von 3 Monaten

Informationen (Antragsformulare, Merkblätter, Geschäftsanweisungen) der Bundesagentur für Arbeit sind unter

www.arbeitsagentur.de/nn_27908/zentraler-Content/A06-Schaffung/A062-Beschaeftigungsverhaeltnisse/Allgemein/Kurzarbeitergeld.html

abrufbar.

F. Literaturhinweise

- Cohnen/Röger Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen, BB 2009, 46 ff
- Lindemann/Simon Arbeitsrechtliche Instrumente in der Finanz- und Wirtschaftskrise, BB 2008, 2795
- Bauer/Günther Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit, BB 2009, 662
- Kleinebrink In der Krise: Arbeitsrechtliche Möglichkeiten zur Verringerung des Volumens der Arbeitszeit, DB 2009, 342
- Kortmann Kurzarbeit und Urlaubsansprüche, ArbRAktuell 2010, 29
- Rolf/Riechwald Personalabbau im kurzarbeitenden Betrieb, BB 2010, 1599
- Uhl/Polloczek Ohne Entlassungen durch die Krise? - Initiativrecht Kurzarbeit versus freie Unternehmerentscheidung, BB 2010, 2177
- Wahlig/Jeschke Betriebsbedingte Kündigung versus Kurzarbeit, NZA 2010, 607
- Köhler Einführung von Kurzarbeit, DB 2013, 232
- Gebel Kurzarbeit bei Personalabbau, BB 2015, 2485
- Moderegger Aktuelle Entwicklungen zur Kurzarbeit bei Personalabbau - Voraussetzungen, Rechtsfolgen und neue Rechtsprechung, ArbRB 2019, 54