

Krisenbewältigung durch Kurzarbeit?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. Die Ausgangssituation

Marktwirtschaftliche Ordnungen in Europa wie in Amerika waren immer mit periodisch auftretenden Krisen verbunden. Typischer Anlass: Die Nachfrage reichte nicht mehr aus, um den bisherigen Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Das einzelne Unternehmen, nicht selten eine ganze Branche oder ein großer Teil der Volkswirtschaft konnten die produzierten Güter nicht mehr zu einem angemessenen Preis absetzen. Die Reduzierung der Aktivitäten und damit die Verknappung des Angebots ist die weniger gravierende Konsequenz, die Betriebsschließung ohne oder mit Insolvenzverfahren die weitaus schlimmere. Die letzte Krisenerfahrung dieser Art geht auf die Jahre 2008 bis 2010 zurück, die einzelne europäische Ländern in sehr unterschiedlichem Ausmaß erfasste.

Aktuell haben wir es mit einer Krisenursache zu tun, die wenig mit den Eigengesetzlichkeiten der Wirtschaft zu tun hat: Die Corona-Pandemie sorgt dafür, dass in vielen Betrieben nicht mehr voll oder gar nicht mehr gearbeitet werden kann.

Dafür kann der Ausbruch der Krankheit im Betrieb selbst verantwortlich sein, doch ist dies eher die Ausnahme. Maßgebend ist sehr viel häufiger die hoheitlich angeordnete vorübergehende Betriebsschließung, wie sie bei Gaststätten und Hotels und bei vielen Anbietern kultureller Veranstaltungen erfolgt ist. Bei den übrigen Unternehmen kommen zahlreiche Ausfälle von Vorprodukten hinzu, weil z.B. grenzüberschreitende Lieferketten unterbrochen sind.

Kann ein Betrieb oder eine Abteilung nicht mehr weiterarbeiten, behalten die Beschäftigten nach deutschem Recht ihren Entgeltanspruch, da der Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB das sog. Betriebsrisiko trägt.¹ Würde es dabei bleiben, hätte dies nach einiger Zeit den wirtschaftlichen Ruin vieler Unternehmen zur Folge. Um eine solche Entwicklung zu vermeiden, würden massenhaft betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen. Dies wäre für die Arbeitnehmer eine schlimme Entwicklung, da sich in der Krise in der Regel keine anderen Arbeitsplätze finden lassen. Doch auch die Arbeitgeber würden Nachteile erleiden: Nach

¹ Ebenso aus der neuesten Literatur M. Meyer, in: Dahl/Göpfert/Helm (Hrsg.), Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien. Ptaxisleitfaden am Beispiel der Corona-Krise, Frankfurt/Main 2020, Kap. 1 Rn. 14 und (mit eingehender Begründung) Fischinger/Hengstberger, Lohnanspruch bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschließungen, NZA 2020, 559 ff.

Ende der Krise könnten sie nicht mehr auf ihre eingespielten und erfahrenen Belegschaften zurückgreifen, sondern müssten neues Personal rekrutieren. Dabei würde man insbesondere die bisherigen Leistungsträger schmerzlich vermissen.

Um eine solche für beide Seiten negative Entwicklung zu vermeiden, gibt es seit den 1920er Jahren in Deutschland die Kurzarbeit und das Kurzarbeitergeld.² In der aktuellen Situation ist dieses Mittel von zentraler Bedeutung, weil es das Überleben von Unternehmen sichert und die sonst eintretende Massenarbeitslosigkeit verhindert.

Die Einführung von Kurzarbeit hat zwei elementare Voraussetzungen. Zum einen muss die arbeitsvertraglich festgelegte Arbeitszeit verkürzt werden, was im Einzelfall eine Reduzierung auf null Wochenstunden bedeuten kann. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich nur noch die verbleibende Wochenarbeitszeit bezahlen (unten II). Zum zweiten müssen die Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sein; andernfalls wäre die Verkürzung der Arbeitszeit nicht zumutbar. Die dabei zu erfüllenden Voraussetzungen sind in den §§ 95 ff. SGB III, also im Sozialrecht, geregelt. Es handelt sich um eine Leistung der Arbeitslosenversicherung (unten III).

Die Arbeitslosenversicherung wird durch gleich hohe Beiträge der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer finanziert und liegt in der Hand der Bundesagentur für Arbeit mit zahlreichen lokalen Niederlassungen, die sich „Agentur für Arbeit“ nennen. Soweit die verfügbaren Mittel für die Gewährung gesetzlich vorgesehener Leistungen nicht ausreichen, gibt der Staat einen Zuschuss aus Steuermitteln.

II. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen

Rechtliche Grundlage für die notwendige Reduzierung der Arbeitszeit ist in vielen Fällen ein Tarifvertrag, der zwischen der Gewerkschaft auf der einen und dem Einzelunternehmen oder dem Arbeitgeberverband auf der anderen Seite abgeschlossen wird. Er umschreibt die Bedingungen, unter denen eine Arbeitszeitverkürzung stattfinden kann („unverschuldete wirtschaftliche Schwierigkeiten“, „Auftragsrückgang“ usw.) und legt zugleich fest, dass die Verkürzung von der Gewährung des Kurzarbeitergeldes abhängig ist. An sich gilt in Deutschland ein Tarifvertrag nur für die Gewerkschaftsmitglieder, doch wird in Betrieben, deren Inhaber tarifgebunden ist, in allen Arbeitsverträgen auf den Tarifvertrag verwiesen.

² Nach einigen Vorläufern im Kaiserreich (etwa das Kaligesetz von 1910) wurden Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld im heutigen Sinne flächendeckend für die ganze Wirtschaft durch das „Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung“ (abgekürzt: AVAVG) vom 16.7.1927 eingeführt. S. den Überblick in: <http://www.handwerksjournalisten.de/pages/dokus/kurzarbeitergeld.pdf> (1.11.2020)

Fehlt ein solcher Tarifvertrag, weil der Arbeitgeber keinem Arbeitgeberverband angehört, so kann derselbe Effekt mit Hilfe einer Betriebsvereinbarung erreicht werden, die zwischen dem Betriebsrat als dem frei gewählten Repräsentanten der gesamten Belegschaft und dem Arbeitgeber abgeschlossen wird.

Scheidet auch diese als Rechtsgrundlage aus, müssen die einzelnen Arbeitsverträge entsprechend angepasst werden. Dies geschieht in der Praxis dadurch, dass der Arbeitgeber Kurzarbeit anordnet und die Arbeitnehmer effektiv nur noch kürzer arbeiten, also sinngemäß die Verkürzung ihrer Arbeitszeit akzeptieren.³ Bei leitenden Angestellten ist dies der einzige Weg, auch sie in die Kurzarbeit einzubeziehen, weil sie weder von Tarifverträgen noch von Betriebsvereinbarungen erfasst werden. Dabei wird allerdings typischerweise das Gespräch an die Stelle der Anordnung treten. Eine schon im Voraus vereinbarte Vertragsklausel, wonach der Arbeitgeber „bei Bedarf“ Kurzarbeit anordnen darf, ist wegen Unbestimmtheit unwirksam.⁴ Stellen sich einige Leistungsträger quer (andere Personen werden sich das nicht trauen), so kommt für den Arbeitgeber nur die außerordentliche Änderungskündigung in Betracht, deren Zulässigkeit aber in der Literatur umstritten ist; eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt bislang.⁵ Dies ist ein Anzeichen dafür, dass auch hier die einvernehmliche Regelung bei weitem im Vordergrund steht.

Aus der Praxis wird von Fällen berichtet, in denen zwar Aufträge wegfallen, aber gleichwohl weiter Arbeit für die vertraglich vereinbarten 38 oder 40 Stunden vorhanden ist. Dies hängt damit zusammen, dass zuvor in Wirklichkeit sehr viel mehr als 38 oder 40 Stunden gearbeitet wurde, dass dieses aber nirgends „aktenkundig“ gemacht wurde. Da durch den Auftragsrückgang nur die informell geleisteten (unbezahlten) Überstunden wegfallen, liegt kein Kurzarbeitsfall vor, da ja die bisherige offizielle Arbeitszeit samt Vergütung erhalten bleibt.

Auch wenn die Kurzarbeit auf der Grundlage eines Tarifvertrags oder aufgrund einer Anpassung der Arbeitsverträge eingeführt wird, bedarf sie der Zustimmung des Betriebsrats. Sie unterliegt der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, so dass der Betriebsrat auch von sich aus aktiv werden und die Einführung von Kurzarbeit verlangen kann. Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht verständigen, muss die sog. Einigungsstelle entscheiden: Sie besteht aus einer gleichen Anzahl von Vertretern des Arbeitgebers und des Betriebsrats und wird von einem neutralen Vorsitzenden geleitet, auf den sich beide Seiten verständigen müssen. In der Regel sind alle Beteiligten an einer schnellen Entscheidung interessiert.

³ Bauer/Günther, Kurzarbeit zur Krisenbewältigung – Einführung durch Änderungskündigung? NZA 2020,, 419 ff.; Däubler, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2020, Rn. 983.

⁴ BAG 27.1.1994 – 6 AZR 541/93 – NZA 1995, 134.

⁵ Eingehend Bauer/Günther NZA 2020, 419 ff.; M. Meyer, in: Dahl/Göpfert/Helm, a.a.O., Kap. 2 Abschnitt 2 Rn. 46 ff.

Bei den Verhandlungen über den Inhalt der Betriebsvereinbarung sind zahlreiche Gesichtspunkte zu berücksichtigen.⁶ Wichtig ist insbesondere, dass die Betriebsvereinbarung Beginn und Ende der Kurzarbeit, die Verteilung der (verbleibenden) Arbeitszeit und den Kreis der erfassten Arbeitnehmer eindeutig festlegt; andernfalls ist sie unwirksam.⁷ Bei der Auswahl der Beschäftigten, die in die Kurzarbeit einbezogen werden, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.⁸ Dies ist insbesondere dort von Bedeutung, wo z. B. fünf oder zehn Arbeitnehmer eine gleichartige Arbeit leisten, die nunmehr nur noch zu 60 % anfällt. Hier kann man sich eine proportionale Verkürzung bei allen zu dieser Gruppe gehörenden Arbeitnehmern vorstellen, aber auch eine Regelung der Art, dass zunächst zwei Arbeitnehmer eine Woche lang völlig freigestellt werden, während in der folgenden Woche mit zwei anderen dasselbe geschieht, während die übrigen voll weiter arbeiten.

III. Sozialrechtliche Voraussetzungen

1. Bedingungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld

Die Arbeitszeit auf die Hälfte oder gar auf null zu verkürzen, ist nur dann zumutbar, wenn der einzelne Arbeitnehmer eine „Lohnersatzleistung“ erhält. Diese, das sog. Kurzarbeitergeld, bestimmt sich nach den §§ 95 ff. SGB III. Voraussetzung ist derzeit, dass mindestens ein Zehntel der Belegschaft in einem Kalendermonat von einer Reduzierung der Arbeitszeit und damit von einem Entgeltausfall von mehr als 10% betroffen ist. Vor der Corona-Pandemie lag die Schwelle höher: Es musste mindestens ein Drittel der Belegschaft betroffen sein. Maßgebende Bezugsgröße ist der Betrieb oder die Betriebsabteilung, nicht das Unternehmen (§ 97 SGB III).

Der Arbeitsmangel muss weiter vorübergehenden Charakter haben und unvermeidbar sein. Letzteres ist an sich nicht der Fall, wenn die Arbeitnehmer mit Aufräum- und Reparaturarbeiten beschäftigt werden könnten oder das Unternehmen ein neues Produkt wie z.B. Atemschutzmasken herstellen könnte.⁹ In der aktuellen Situation ist allerdings nicht damit zu rechnen, dass insoweit eine in die Tiefe gehende Prüfung durch die Arbeitsverwaltung erfolgen wird.

Leichter handhabbar ist dagegen die Frage, ob zunächst ein bestehendes Arbeitszeitguthaben

⁶ Instruktives Muster bei Klebe/Heilmann, in: Däubler/Klebe/Wedde, Arbeitshilfen für den Betriebsrat, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 87 Rn. 23.

⁷ BAG 18.11.2015 – 5 AZR 491/14 - NZA 2016, 565.

⁸ Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Hrsg.), a.a.O., Kap. 2 Rn. 7.

⁹ Fuhlrott/Fischer, Arbeitsrecht und Corona 2.0, NZA 2020, 409, 410.

abgebaut werden muss.¹⁰ In § 96 Abs. 4 SGB III wird dies grundsätzlich bejaht. Allerdings gilt dies nur für die aus der Gleitzeit oder ähnlichen Arbeitszeitmodellen folgenden Guthaben. Auch sie müssen nicht voll abgebaut werden; vielmehr kann ein gewisses Zeitkontingent bestehen bleiben, um einen flexiblen Arbeitseinsatz nicht zu gefährden.¹¹ Die sog. Langzeitguthaben (die z.B. einen früheren Rentenbeginn ermöglichen sollen) bleiben nach § 96 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 bis 5 SGB III von vorne herein unberührt. Während der Krise 2008/2009 war man insoweit noch großzügiger gewesen, weil nur solche Guthaben abgebaut werden mussten, die von einem Verfall bedroht waren.¹²

Bevor Kurzarbeit praktiziert und Kurzarbeitergeld beantragt werden kann, muss im Rahmen der bestehenden rechtlichen Möglichkeiten der Einsatz von Leiharbeitern sowie von Arbeitnehmern beendet werden, die auf der Grundlage eines Werkvertrags in den Betrieb kommen. Vorausgesetzt ist, dass deren Tätigkeiten auch von eigenen Beschäftigten erledigt werden können. Bei Leiharbeitnehmern setzt sich das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher fort. Nach dem neuen § 11a AÜG ist nunmehr auch für sie Kurzarbeit möglich.

Müssen die Arbeitnehmer erst ihren Jahresurlaub nehmen, bevor der Arbeitsausfall wirklich „unvermeidbar“ ist und Kurzarbeitergeld bezogen werden kann? Die Regelung des § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III ordnet dies im Grundsatz an, doch soll dies nur gelten, wenn nicht vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn der Urlaub schon bewilligt ist, was Bindungswirkung für beide Seiten hat: Der Arbeitgeber muss den Zeitraum entsprechend einplanen, der Arbeitnehmer kann den gewählten Termin nicht mehr einseitig widerrufen, weil z.B. die geplante Ferienreise nicht stattfinden kann; das Verreisen ist ausschließlich seine Privatsache. „Vorrangig“ kann auch das Arbeitnehmerinteresse sein, wenigstens einige Urlaubstage noch zur freien Verfügung zu haben, weil immer mal der Fall eintreten kann, dass man aus persönlichen Gründen dringend arbeitsfreie Tage benötigt; dies ist dann von Bedeutung, wenn der Jahresurlaub bereits zum größten Teil verbraucht ist.

Ist der Jahresurlaub noch nicht festgelegt, können nach allgemeinen Grundsätzen Betriebsferien in Betracht kommen, über die sich Arbeitgeber und Betriebsrat verständigen

¹⁰ Nach weit verbreiteter Praxis in Deutschland arbeiten viele Arbeitnehmer länger als vereinbart. Das dadurch entstehende „Zeitguthaben“ wird nicht sofort ausbezahlt, sondern auf einem „Konto“ gut geschrieben. In der Literatur ist deshalb auch von einer „Zeitsparkasse“ die Rede (s. Kohte, Arbeitszeitrecht und das Leitbild der Zeitsparkasse, in: Däubler/Voigt (Hrsg.), Risor Silvaticus. Festschrift für Rudolf Buschmann, Frankfurt/Main 2014, S. 71 ff. Es fragt sich, inwieweit Menschen nach langem „Sparen“ noch in der Lage sind, von ihrer Freizeit einen sinnvollen Gebrauch zu machen.

¹¹ Fuhlrott/Fischer, a.a.O., NZA 2020, 410.

¹² Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht, a.a.O., Rn. 986.

müssen. Sie können höchstens drei Fünftel des Jahresurlaubs ausmachen¹³ und dürfen nicht kurzfristig, etwa für die nächsten ein bis drei Monate, anberaumt werden, da die Arbeitnehmer in der Lage sein müssen, ihre private Planung darauf abzustellen.¹⁴ Als Mittel zur Krisenbewältigung kommt dieses Instrument daher faktisch nicht in Frage. Es ist daher vernünftig, dass die Bundesagentur für Arbeit erklärt hat, bis 31.12.2020 auf die Berücksichtigung des Urlaubsanspruchs aus dem laufenden Jahr zu verzichten.¹⁵ Lediglich nicht verbrauchter Urlaub aus den Vorjahren ist zuerst zu nehmen, bevor Kurzarbeitergeld in Anspruch genommen wird. Für eine solche Lösung spricht auch, dass die Belastung für den Arbeitgeber beträchtlich sein könnte: Da während des Urlaubs die Arbeit nicht wegen Corona (sondern wegen der bewilligten Freizeit) ausfällt, wird für diesen Zeitraum kein Kurzarbeitergeld gewährt; stattdessen hat der Arbeitgeber das volle Arbeitsentgelt zu bezahlen. In Krisensituationen kann dies die Liquidität des Unternehmens in unzumutbarer Weise belasten. Die Bundesagentur für Arbeit verweist auch darauf, in der augenblicklichen Situation könnten viele nicht abschätzen, ob sie den Urlaub nicht für andere Zwecke, insbesondere für Kinderbetreuung dringend benötigen werden. In der „Weisung 202003015“ vom 30.3.2020¹⁶) heißt es wörtlich:

„Die BA sieht bis zum 31. Dezember 2020 davon ab, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern. Diese Regelung erfolgt vor dem Hintergrund, dass bei der Interessenabwägung mit vorrangigen Urlaubswünschen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in der jetzigen Situation nicht absehbar ist, für welchen konkreten Zweck diese ihren Urlaub nutzen wollen oder müssen (z. B. Urlaub zur Betreuung ihrer Kinder wegen Schließung der Kitas oder Schulen). Der Schutz durch die Versicherungsgemeinschaft geht aufgrund der außergewöhnlichen Verhältnisse somit der Schadensminderungspflicht des Einzelnen vor. Wird die Kurzarbeit gegen Ende des Urlaubsjahres eingeführt oder bestehen noch übertragene Urlaubsansprüche aus dem vorangegangenen Urlaubsjahr, ist der Arbeitgeber aufzufordern, den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs zur Verminderung des Arbeitsausfalls festzulegen. Auch hier dürfen die Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht entgegenstehen.“

Beginnt die Kurzarbeit erst gegen Ende des Jahres, also etwa im November, so muss der Urlaubstermin festgelegt werden.

2. Höhe und Dauer des Kurzarbeitergeldes

Das Kurzarbeitergeld beträgt 60% des ausfallenden Nettoentgelts; wer mindestens ein Kind zu versorgen hat, erhält 67%. Dabei wird ein „standardisiertes“ Nettoentgelt zugrunde gelegt. Die Bundesagentur für Arbeit stellt eine Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes zur

¹³ BAG 28.7.1981 – 1 ABR 79/79 - NJW 1982, 959.

¹⁴ Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 349

¹⁵ Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 410

¹⁶ Abrufbar unter <https://www.arbeitsagentur.de/datei/ba146387.pdf-1.5.2020>

Verfügung, die im Internet abrufbar ist.¹⁷ Seit kurzem erhöht sich das Kurzarbeitergeld, wenn die Arbeitszeit um mindestens 50% reduziert ist und einige Monate vergangen sind. Ab dem vierten Monat des Bezugs beträgt es 70% (bzw. 77%), ab dem siebten Monat 80% (bzw. 87%) des standardisierten Nettoentgelts. Dies ist in § 421c Abs. 2 SGB III niedergelegt und soll zunächst bis 31.12.2020 gelten. Auf diese Weise soll das Abrutschen in materielle Not verhindert werden, das insbesondere bei Beziehern relativ niedriger Einkommen drohte. Auf der anderen Seite ist die Beitragsbemessungsgrenze zu beachten, die im Westen bei 6.900 EUR brutto, im Osten bei 6.450 EUR brutto liegt. Daraus ergibt sich bei einem Satz von 60 % ein Höchstbetrag von 2.482,33 EUR bzw. von 2.222,98 EUR netto, so dass die Einbuße bei höher Verdienenden relativ größer ist.¹⁸ In einzelnen Betrieben gelingt es dem Betriebsrat, eine Aufstockung auf 80 oder 90 % zu erreichen, doch ist dies angesichts steigender Prozentsätze derzeit weniger dringlich.

Das Kurzarbeitergeld wird nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB III für höchstens zwölf Monate gewährt, doch kann die Bezugsdauer nach § 109 Abs. 1 SGB III durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf bis zu 24 Monate verlängert werden. Davon ist Gebrauch gemacht worden; derzeit (1.11.2020) gilt die VO v. 16. April 2020¹⁹, die den Bezug von Kurzarbeitergeld bis 31.12.2020 auf 21 Monate verlängert, allerdings voraussetzt, dass die Kurzarbeit bereits 2019 begonnen hat. In absehbarer Zeit ist mit einer Verlängerung auf zwei Jahre zu rechnen.

Nach § 104 Abs. 3 SGB III beginnt eine neue Frist von einem Jahr (oder länger), wenn drei Monate lang kein Kurzarbeitergeld bezahlt wurde. Spezifische Gründe für diese „Unterbrechung“ werden nicht genannt. Im Normalfall wird wieder gearbeitet, doch ist denkbar, dass zumindest ein Teil dieses Zeitraums durch Urlaub ausgefüllt ist. In Extremfällen könnte man den Urlaub von zwei Jahren zusammenlegen (was in der Regel drei Monate ausmacht), doch wird dann aller Voraussicht nach besonders streng geprüft, ob nach Ende dieser Zeit die Voraussetzungen von Kurzarbeit immer noch vorliegen, ob insbesondere weiter von einem vorübergehenden Arbeitsmangel die Rede sein kann.

Das Kurzarbeitergeld deckt nur die wegen des Arbeitsmangels ausfallenden Stunden ab. Nicht erfasst ist deshalb die Urlaubs- und die Feiertagsvergütung, die weiter zu Lasten des Arbeitgebers geht. Bisher musste er auch für die ausfallende Arbeitszeit die Sozialabgaben einschließlich des Arbeitnehmeranteils bezahlen. Diese beträchtliche Belastung ist nunmehr,

¹⁷ https://www.arbeitsagentur.de/-datei/kug050-2016_ba014803.pdf

¹⁸ Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Hrsg.), Kap. 2 Rn. 53.

¹⁹ BGBl I S. 801.

d. h. in der Corona-Krise weggefallen, da die gezahlten Beträge von der Bundesagentur für Arbeit erstattet werden.²⁰ Von Interesse ist weiter die neu geschaffene Regel, dass Kurzarbeiter durch eine Nebentätigkeit (z. B. als Helfer im Krankenhaus) einen zusätzlichen Verdienst erwerben können, der nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet wird. Eine Grenze bildet lediglich das Einkommen vor Beginn der Kurzarbeit, das nicht überschritten werden darf. Empfohlen wird auch eine Klausel in der Kurzarbeits-Betriebsvereinbarung, wonach die Entstehung des Anspruchs auf den jährlichen Erholungsurlaub durch die Kurzarbeit nicht beeinflusst wird. Anlass ist eine Entscheidung des EuGH²¹, wonach eine Kürzung wie bei Teilzeitbeschäftigten nicht gegen Unionsrecht verstößt. Dies heißt zugleich, dass sie erfolgen kann, aber nicht muss; gerade deshalb wird eine Klarstellung gesucht.

3. Verfahren

Der Rückgang des Arbeitsanfalls muss nach § 99 Abs. 1 SGB III vom Arbeitgeber bei der zuständigen Agentur für Arbeit, also der lokalen Niederlassung der Bundesagentur, angezeigt werden. Dies kann in schriftlicher oder elektronischer Form erfolgen. Zuständig ist die Agentur, in deren Bezirk sich der Betrieb bzw. die Betriebsabteilung befindet, wo der Arbeitsausfall eintreten wird oder eingetreten ist. Erst nach Erstattung der Anzeige kann der Arbeitgeber den Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld stellen, das für den einzelnen Monat gewährt wird. Frühester Zeitraum ist der Monat, in dem die Anzeige erfolgt ist. Wird dem Antrag stattgegeben, erhält der Arbeitgeber das Kurzarbeitergeld, das er an die einzelnen Arbeitnehmer weiterleitet. Bleibt er von vorne herein untätig, so kann die betriebliche Interessenvertretung (Betriebsrat, Personalrat) die Anzeige erstatten und den Antrag stellen.

Das Verfahren ist im Einzelnen nicht ganz unkompliziert. Angesichts der Antragsflut, die in Corona-Zeiten entstanden ist, hat die Bundesagentur für Arbeit ein Formular für einen „Kurzantrag“ ins Netz gestellt, der das Verfahren erleichtern und beschleunigen soll.²² Wer sich gründlich einarbeiten will, sei auf die „Hinweise zum Antragsverfahren“²³ und auf die „Fachlichen Weisungen Kurzarbeitergeld“²⁴ verwiesen. Eine genaue Beachtung ist insbesondere für den Arbeitgeber empfehlenswert, da die Bundesagentur für Arbeit das Kurzarbeitergeld zurückverlangen kann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass ihre

²⁰ § 2 Abs. 1 Kurzarbeitergeldverordnung vom 25. März 2020; zu weiteren Fragen siehe *Däubler*, Arbeitsrecht, Rn. 987 f.

²¹ 8.11.2012 – C-229/11, NZA 2012, 1273

²² https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf.

²³ https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf

²⁴ https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf.

Voraussetzungen nicht vorgelegen haben. Der Arbeitgeber kann dann aber nicht etwa seinerseits die Arbeitnehmer in Regress, d. h. auf Rückzahlung in Anspruch nehmen, da sie ihm gegenüber als Lohnersatz einen Zahlungsanspruch in Höhe des Kurzarbeitergeldes haben.²⁵ In Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen wird außerdem häufig festgelegt, dass das volle Entgelt zu bezahlen ist, wenn kein Kurzarbeitergeld gewährt wird.

IV. Ausnahmen

1. Geringfügig Beschäftigte

Personen, die nicht mehr als 450 Euro pro Monat verdienen, sind sog. geringfügig Beschäftigte nach § 8 SGB IV. Sie sind nicht in die Arbeitslosenversicherung einbezogen und erhalten deshalb auch kein Kurzarbeitergeld. In der aktuellen Situation brachte diese Regel häufig Studenten in große Schwierigkeiten, die sich durch einen solchen Job (z. B. als Kellner in einem Restaurant oder als Taxifahrer) zusammen mit einer Unterstützung durch die Familie notdürftig über Wasser halten konnten. Der ersatzlose Wegfall der Einkommensquelle wurde vom Staat nicht ausreichend kompensiert, da lediglich Darlehen zur Verfügung gestellt wurden.

2. Auszubildende

Auch Auszubildende sind (einschließlich ihrer Ausbilder) in aller Regel von der Kurzarbeit und dem Kurzarbeitergeld ausgenommen, weil die Ausbildung in vollem Umfang fortgesetzt werden soll und nicht von der Auftragslage abhängen darf. Anders als die geringfügig Beschäftigten erhalten sie ihre volle Vergütung weiter. Notfalls müssen bestimmte Lerninhalte vorgezogen oder digital vermittelt werden. Auch kann es sich als notwendig erweisen, den Auszubildenden in eine Abteilung zu versetzen, die weiter arbeitet.²⁶ Nur wenn dies alles nicht möglich ist, können auch Auszubildende in die Kurzarbeit einbezogen werden. Es kann sich im Übrigen empfehlen, in die Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit einen Negativkatalog aufzunehmen, der die Auszubildenden und ggf. andere ausgenommene Gruppen ausdrücklich nennt.

²⁵ BAG 11.7.1990 – 5 AZR 557/89 - NZA 1991, 67; ebenso für das Saison-Kurzarbeitergeld im Baugewerbe BAG 22.4.2009 – 5 AZR 310/08 - NZA 2009, 913; wie BAG Bertz, Kurzarbeit in Zeiten der Corona-Krise, NJW-Spezial 2020, 243.

²⁶ Lakies, Berufsbildungsgesetz, Basiskommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2020, § 10 Rn. 3; Banke, in: Wohlgemuth, Berufsbildungsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2011, § 10 Rn. 25.

3. Sorge für Kinder statt Arbeit

Während der Pandemie ist häufig der Fall aufgetreten, dass eine Mutter oder ein Vater nicht zur Arbeit erscheinen konnte, weil ein Kind unter 12 Jahren zu versorgen war. Da beim Lockdown im Frühjahr 2020 auch Schulen und Kindergärten geschlossen waren, standen Eltern in einer Pflichtenkollision: Sie mussten die zu Hause bleibenden Kinder auch zu Zeiten versorgen, in denen sie sonst gearbeitet hätten. Dies ist eine Situation, die ersichtlich nichts mit Kurzarbeit zu tun hat. Wer zu Hause blieb, beging zwar keine Pflichtverletzung, da § 275 Abs. 3 BGB die Verweigerung unzumutbarer Leistungen gestattet: Das Kind oder die Kinder unversorgt zu Hause zu lassen, war in der Tat nicht zumutbar. Nur entfiel damit auch nach § 326 Abs. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. die Vergütung.

Der Gesetzgeber hat ungewöhnlich schnell auf diese Situation reagiert. Durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes „zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27. März 2020²⁷ wurden zwei Bestimmungen in das Infektionsschutzgesetz eingefügt. Der neue § 56 Abs. 1a bestimmt, dass bei einer vorübergehenden Schließung von Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen, die die Verbreitung ansteckender Krankheiten verhindern soll, die Sorgeberechtigten von Kindern bis zu zwölf Jahren eine Entschädigung für den entstandenen Verdienstausschlag erhalten. Voraussetzung ist, dass sie die Kinder selbst betreuen müssen, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen können. Die Großeltern bleiben als Teil einer Risikogruppe außer Betracht. Auch wird zum Teil verlangt, dass im Rahmen des Zumutbaren zunächst ein bestehendes Arbeitszeitguthaben abgebaut werden muss.²⁸ Zum zweiten wurde § 56 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz in der Weise ergänzt, dass die „Entschädigung“ 67% des Verdienstausschlags ausmacht und längstens für sechs Wochen gewährt wird. Auch besteht eine Obergrenze von 2.016 EUR für einen Monat. Inzwischen ist die Frist für jeden Elternteil auf zehn Wochen verlängert worden; Alleinerziehende haben ein Kontingent von 20 Wochen. Nur was die Höhe, nicht aber was die Dauer angeht, ist eine Parallele zum Kurzarbeitergeld erkennbar. Die Auszahlung erfolgt durch den Arbeitgeber, der die fraglichen Beträge von der Gesundheitsbehörde erstattet erhält.²⁹

²⁷ BGBl I S. 587

²⁸ Kleinebrink, Arbeitsbefreiung zur Betreuung eines Kindes, DB 2020, 952, 955

²⁹ Kleinebrink, DB 2020, 952, 955.

4. Soloselbständige

Selbständig arbeitende Personen sind nicht in die Arbeitslosenversicherung einbezogen. Dies gilt auch dann, wenn sie im Wesentlichen von einem Auftraggeber abhängig sind und deshalb als „arbeitnehmerähnliche Personen“ qualifiziert werden. Sie erhalten deshalb kein Kurzarbeitergeld. Bei der Untersagung öffentlicher Kulturveranstaltungen und bei der Schließung von Läden blieben sie daher ohne Versorgung. Der Staat gewährte lediglich Zuschüsse zu den Fixkosten, was viele Künstler und kleine Ladenbesitzer in existenzielle Schwierigkeiten brachte. Bei entsprechenden Maßnahmen im November 2020 hat man deshalb die Regeln geändert: Kleinbetriebe mit bis zu 50 Beschäftigten erhalten 75 % ihrer Einnahmen, die sie im Monat November 2019 erzielt hatten.

5. Sonderfälle

Kein Kurzarbeitergeld erhalten gekündigte Arbeitnehmer sowie solche, die einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben (§ 98 Abs. 1 SGB III). Bei ihnen ist die Erhaltung des Arbeitsplatzes ersichtlich kein erreichbares Ziel mehr.

Auch die Bezieher von Krankengeld sind ausgeschlossen; es dürfen nicht zwei Lohnersatzleistungen nebeneinander bezogen werden. Endet das Krankengeld und steht die fragliche Person dem Arbeitsmarkt zur Verfügung, so wird auch der Bezug von Kurzarbeitergeld wieder möglich.

Wer bei Beginn der Kurzarbeit krank war und deshalb einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hatte, erhält wie die Nicht-Erkrankten nur noch einen geminderten Entgeltanspruch. Statt des Kurzarbeitergeldes erhält er nach § 47b Abs. 4 SGB V in gleicher Höhe Krankengeld. Erkrankt er während der Kurzarbeitsperiode, behält er für die Dauer des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung auch den Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

V. Kündigung während der Kurzarbeitsphase?

Die Kurzarbeit setzt voraus, dass es sich um einen vorübergehenden Arbeitsmangel handelt. Im Gegensatz dazu sind betriebsbedingte Kündigungen im Grundsatz nur zulässig, wenn ein

dauernder Arbeitsmangel oder ein Arbeitsmangel von nicht absehbarer Dauer vorliegt. Die Gründe, die die Kurzarbeit rechtfertigen können, lassen sich deshalb nicht für eine Rechtfertigung einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen heranziehen.³⁰ Dies wäre überdies ein widersprüchliches Verhalten.

Dieser Grundsatz betrifft den gesamten Betrieb, in dem die Kurzarbeit eingeführt wurde. Können 40 von 100 Beschäftigten wie bisher in vollem Umfang weiter arbeiten, ist damit zugleich zum Ausdruck gebracht, dass bei ihnen nicht einmal ein vorübergehender Arbeitsmangel vorliegt. Auch sie können – obwohl nicht unmittelbar von Kurzarbeit betroffen - nicht betriebsbedingt gekündigt werden.

Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass während der Kurzarbeitsperiode Gründe für einen definitiven Personalabbau neu entstehen: Das ist noch nicht der Fall, wenn sich lediglich der vorübergehende Arbeitsausfall ausweitet, wenn z. B. weitere Geschäftspartner nichts mehr bestellen, weil jetzt auch sie von Corona-Maßnahmen betroffen sind. In solchen Fällen kommt allein eine Ausdehnung der Kurzarbeit in Betracht. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn wichtige Aufträge auf Dauer weg brechen, weil der Auftraggeber Insolvenz anmeldet und sein Unternehmen liquidiert werden soll. Hier kann betriebsbedingt gekündigt werden.³¹ Eine bloße Willensentscheidung des Arbeitgebers, der sich zu einer dauerhaften Reduzierung seiner geschäftlichen Tätigkeit entschließt, reicht dagegen nicht aus: Durch den Antrag auf Kurzarbeitergeld hat er sich in der Weise festgelegt, dass er jedenfalls für die dafür vorgesehene Frist sein Unternehmen fortführen will.

Die Möglichkeit, wegen neu entstandener Umstände zu kündigen, kann durch Tarifvertrag oder durch Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden. Eine solche Regelung kann sich auf die Dauer der Kurzarbeit beschränken, aber auch einen längeren Zeitraum wählen.

VI. Kündigung statt Kurzarbeit?

Vorübergehender Arbeitsmangel ist – wie schon betont – grundsätzlich kein

³⁰ BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 - NZA 2012, 852; Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Hrsg.), a.a.O., Kap. 2 Rn. 15; Rador, in: Bader/Fischermeier u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019, § 1 KSchG Rn. 569.

³¹ BAG 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 - NZA 2012, 852.

Kündigungsgrund. Nun kann allerdings der Fall eintreten, dass der Arbeitgeber den Arbeitsmangel als dauerhaft ansieht, während die Beschäftigten und der Betriebsrat ihn als vorübergehendes Phänomen betrachten. In einem solchen Fall kann der Betriebsrat von seinem Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Gebrauch machen und so den Versuch unternehmen, den Arbeitgeber an den Verhandlungstisch zu bringen. Gelingt dies nicht, weil dieser nur über definitiven Personalabbau verhandeln möchte, kann er die Bildung einer Einigungsstelle in die Wege leiten. Dies geschieht in der Weise, dass er nach § 100 ArbGG beim Arbeitsgericht die Einsetzung eines Einigungsstellenvorsitzenden und die Bestimmung der Zahl der Beisitzer beantragt. Im Rahmen eines solchen Verfahrens wird nur geprüft, ob „offensichtlich“ kein Mitbestimmungsrecht besteht, was bei „offenen“, mit Unsicherheiten belasteten Entwicklungen kaum je der Fall sein wird. Die auf diese Weise zustande gekommene Einigungsstelle wird dann die Möglichkeit von Kurzarbeit prüfen. Dabei kommt der Bundesagentur für Arbeit faktisch eine entscheidende Rolle zu: Ist sie zur Bewilligung von Kurzarbeitergeld bereit, weil sie die Bedingungen als gegeben ansieht, wird der Arbeitgeber schwerlich auf seinen Kündigungsabsichten beharren können. Kurzarbeit wird praktiziert, die Arbeitsplätze bleiben zunächst erhalten. Unterlässt es jedoch der Betriebsrat, von seinem Initiativrecht Gebrauch zu machen, so hat er eine große Chance vergeben.³²

Will der Arbeitgeber eine größere Zahl von Kündigungen aussprechen oder andere Formen des Personalabbaus praktizieren, so sind häufig die Voraussetzungen einer Betriebsänderung nach § 111 Satz 3 BetrVG erfüllt. Naheliegend ist insbesondere die Annahme einer Betriebseinschränkung nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG. In diesem Fall muss der Arbeitgeber zunächst mit dem Betriebsrat über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln, was gerade dann, wenn der Betriebsrat nur einen vorübergehenden Arbeitsmangel annimmt, häufig zur Anrufung einer Einigungsstelle führen wird. Diese kann dann ihrerseits entscheiden, ob ein dauerhafter oder nur ein vorübergehender Rückgang des Arbeitsvolumens vorliegt. Argumente für die zweite Alternative werden es allerdings schwerer haben als bei Ausschöpfung des Initiativrechts; der Vorsitzende der Einigungsstelle wird die kritische Frage stellen, weshalb erst jetzt dem Arbeitsmangel ein vorübergehender Charakter zugesprochen wird. Außerdem müsste der Vorsitzende das Verfahren einstellen, da er ja nicht für den Gegenstand „Kurzarbeit“ eingesetzt ist; dazu wird er nur ausnahmsweise bereit sein.

Will der Arbeitgeber Kündigungen aussprechen, ohne über Interessenausgleich und

³² BAG 4. 3.1986 – 1 ABR 15/84 - NZA 1986, 432; vgl. auch BAG 11.9.1986 – 2 AZR 564/85 - BB 1987, 1882)

Sozialplan zu verhandeln, so kann ihm der Betriebsrat nach Ansicht der Mehrzahl der Landesarbeitsgerichte den Ausspruch von Kündigungen durch einstweilige Verfügung verbieten lassen.³³ Sie wirken zwar nur so lange, bis ein Interessenausgleich zustande gekommen oder endgültig gescheitert ist. Dies kann aber viele Monate in Anspruch nehmen und damit einen Zeitraum, in dem sich die betrieblichen Verhältnisse gebessert haben. Zumindest haben die Arbeitnehmer mehr Zeit zur Verfügung, nach einem anderen Arbeitsplatz Ausschau zu halten..

Besteht im Betrieb kein Betriebsrat, so scheiden alle diese Möglichkeiten von vorne herein aus. Wehren sich Beschäftigte gegen Kündigungen und erheben Kündigungsschutzklage, so muss das Arbeitsgericht überprüfen, ob im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mehr für einen vorübergehenden oder mehr für einen dauerhaften Arbeitsmangel sprach. In wirklichen Zweifelsfällen ist die erste Alternative zu bevorzugen. Dafür spricht einmal die Tatsache, dass die Kurzarbeit weniger in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer eingreift, weil sie ihren Arbeitsplatz zunächst behalten. Zum andern kann für eine solche Lösung die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 2 SGB III herangezogen werden. Sie verpflichtet den Arbeitgeber, Entlassungen vorrangig durch betriebliche Maßnahmen zu vermeiden.³⁴ Angesichts der geringen Belastungen, die die Kurzarbeit nach der heutigen Rechtslage für den Arbeitgeber mit sich bringt, ist es ihm in Zweifelsfällen zuzumuten, diesen Weg auch in Zweifelsfällen zu gehen.

VII. Fazit

Die Kurzarbeit hat sich in Deutschland bewährt. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass die Zahl der Kurzarbeiter zwischen März und Juni 2020 kontinuierlich zwischen 5 ½ und 6 Mio. lag.³⁵ Dies macht ungefähr ein Sechstel aller abhängig Beschäftigten aus. Nach der Krise in den Jahren 2008 und 2009 bestand Konsens darüber, dass die Rückkehr zum Vorkrisenniveau entscheidend dadurch erleichtert wurde, dass die mit dem Betrieb vertrauten Arbeitskräfte sofort wieder zur Verfügung standen. Bei der sehr viel tieferen Krise, in die manche Branche durch die Corona-Pandemie geraten sind, hat der Gesetzgeber sogar den Bezug von Kurzarbeitergeld erleichtert und die Höhe an den gestiegenen Bedarf der Betroffenen angepasst. Insoweit erweist sich die Kurzarbeit als flexibles Mittel, um die

³³ Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 17. Aufl., Frankfurt/Main 2020, § 112, 112a Rn. 53

³⁴ Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2020, § 1 KSchG Rn. 295

³⁵ <https://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-39-der-arbeitsmarkt-im-august-2020>.

Wirkungen einer Krise deutlich abzumildern. Dass sie als solche nicht verhindert werden kann, steht auf einem anderen Blatt.