Dok.-Nr.: 2302107

Vertragsgestaltung und -management
Vertrag vom 01.04.2020

Arbeitsvertrag Kurzarbeit

Inhaltsverzeichnis

Vertrag (Fn. 1-13)
- Mustervertrag 1
- Mustervertrag 2

Erläuterungen
- 1 Wegweiser
- 2. Überblick
  - 2.1 Grundlagen
  - 2.2 Beschäftigungsanspruch und Betriebs-/Wirtschaftsrisiko
    - 2.2.1 Beschäftigungsanspruch
    - 2.2.2 Betriebs- und Wirtschaftsrisiko
- 3. Rechtsgrundlagen zur Einführung der Kurzarbeit
  - 3.1 Kurzarbeit aufgrund gesetzlicher Bestimmungen
  - 3.2 Tarifliche Kurzarbeitsklauseln
  - 3.3 Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit
    - 3.3.1 Normative Wirkung
    - 3.3.2 Form
    - 3.3.3 Inhalt einer Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit und Tarifvorbehalt
  - 3.4 Individualvertragliche Abreden - Nachtrag zum Arbeitsvertrag
  - 3.5 Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag
  - 3.6 Änderungskündigung
  - 3.7 Rechtsfolge bei fehlender Rechtsgrundlage
  - 3.8 Zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats
    - 3.8.1 Unterlassungsanspruch und etwaige Unwirksamkeit der Kurzarbeit bei unterlassener Mitbestimmung
    - 3.8.2 Initiativrecht des Betriebsrats
- 4. Zivilrechtliche Anforderungen
  - 4.1 Form
  - 4.2 Mindestinhalt und fakultativer Inhalt des Nachtrags
  - 4.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)
    - 4.3.1 Arbeitsvertrag als AGB
    - 4.3.2 Überraschende Klauseln
    - 4.3.3 Vorrang der Individualabrede
    - 4.3.4 Inhaltskontrolle von Formularklauseln

4.3.5 Unangemessene Benachteiligung
4.3.6 Transparenzgebot
4.3.7 Spezielle Klauselverbote, §§ 308 und 309 BGB
4.4 Anwendung tariflicher Regelungen auf das Arbeitsverhältnis
4.4.1 Beiderseitige kongruente Tarifbindung, § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG
4.4.2 Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG
4.4.3 Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag
4.5 Diskriminierungsverbot - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
4.6 Direktionsrecht des Arbeitgebers
5. Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld
5.1 Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall (§§ 95 Satz 1 Nr. 1, 96 SGB III)
5.1.1 Gründe für den Arbeitsausfall
5.1.2 Vorübergehender Arbeitsausfall
5.1.3 Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls
5.1.3.1 Gesetzliche Fälle des vermeidbaren Arbeitsausfalls
5.1.3.2 Betriebliche Vorkehrungen
5.1.4 Volumen des Arbeitsausfalls
5.2 Betriebliche Voraussetzungen
5.3 Persönliche Voraussetzungen
5.3.1 Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung aus zwingenden Gründen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1b SGB III)
5.3.2 Aufnahme eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Anschluss an die Berufsausbildung (§ 98 Abs. 1 Nr. 1c SGB III)
5.3.3 Vom Bezug des Kurzarbeitergeldes ausgeschlossene Personengruppen (§ 98 Abs. 3 SGB III)
5.4 Wirksame Anzeige des Arbeitsausfalls (§ 99 SGB III)
5.4.1 Beginn des Kurzarbeitergeldbezuges
5.4.2 Entscheidung der Arbeitsagentur
6. Bemessung des Kurzarbeitergeldes
6.1 Leistungssatz
6.2 Pauschalierung der Nettoentgeltdifferenz
6.2.1 Bestimmung des Soll-Entgelts
6.2.2 Bestimmung des Ist-Entgelts
6.2.3 Aufstockung des Arbeitsentgelts, Mindestlohngarantien
6.2.4 Anrechnung von Entgelt aus Nebeneinkommen
6.3 Anspruchsdauer
6.4 Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld
6.5 Urlaub, Feiertag und Krankheit während der Kurzarbeit
6.5.1 Erholungsurlaub
6.5.2 Feiertag während der Kurzarbeit
6.5.3 Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Kurzarbeit
7. Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Kurzarbeit
7.1 Lohnsteuer
7.2 Beiträge zur Sozialversicherung

7.2.1 Fiktiventgelt
7.2.2 Tragung der Beiträge
8. Zitierte Literatur

Vertrag (Fn. 1-13)

Mustervertrag 1[1]

Hinweis: Bitte beachten Sie, dass keinerlei Haftung für die Rechtsgültigkeit und die Aktualität des Vertragsmusters zum Zeitpunkt der Verwendung und die korrekte Anwendung im Einzelfall übernommen werden kann. Dies gilt insbesondere, da für Nachträge zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit kaum Rechtsprechung veröffentlicht wurde. Das Vertragsmuster kann insoweit nur Anregungen liefern und ist stets an die individuellen Bedürfnisse im Einzelfall anzupassen sowie juristisch final zu überprüfen.

Vereinbarung über Kurzarbeit

zwischen

_____

- im Folgenden **Arbeitgeber** genannt -

und

_____

- im Folgenden **Arbeitnehmer** genannt -

wird als **Ergänzung zum Arbeitsvertrag** zwischen den Parteien vom _____ folgende Vereinbarung über Kurzarbeit getroffen:

§ 1 **Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit, Lage der Arbeitszeit**[2]

(1) In der Zeit von ____ bis ____ wird die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Arbeitszeit auf eine Wochenarbeitszeit von ____ Stunden reduziert (Kurzarbeit).

oder

(1) In der Zeit von ____ bis ___ wird die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Arbeitszeit auf null Stunden reduziert (Kurzarbeit Null).

evtl. ergänzend

(2) Während der Kurzarbeit wird der Arbeitnehmer wie folgt eingesetzt: ___.

§ 2**Entgeltreduzierung, Kurzarbeitergeld**[3]

(1) Während der Dauer der verkürzten Arbeitszeit (Kurzarbeit) vermindert sich das Entgelt des Arbeitnehmers im Verhältnis der ausgefallenen Arbeitszeit zur vertraglich vereinbarten Arbeitszeit.

oder

(1) Während der Kurzarbeit Null entfällt der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt.

(2) Als Ausgleich für die Reduzierung/den Wegfall des Entgelts stellt der Arbeitgeber bei der zuständigen Agentur für Arbeit einen Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld. Das von der Arbeitsagentur gewährte Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III wird vom Arbeitgeber bei der üblichen Gehaltsabrechnung ggf. als Vorschuss abgerechnet. Sollte die Agentur für Arbeit die Zahlung von Kurzarbeitergeld ablehnen, erhält der Arbeitnehmer für die weggefallene Arbeitszeit eine Vergütung (brutto) in Höhe des (fiktiven) Kurzarbeitergeldes. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer den Wegfall des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld zu vertreten hat.

evtl. ergänzend

(3) Um die finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, erhält der Arbeitnehmer einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld als Bruttoentgelt. Der Zuschuss wird pro Monat in Höhe von _____ gewährt. Soweit Lohnsteuer anfällt, trägt diese wie üblich der Arbeitnehmer.

§ 3Urlaub, Freizeitausgleich[4]

(1) Verlangt die Arbeitsagentur bei der Beantragung des Kurzarbeitergeldes für den Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zunächst (einen Teil seiner) Urlaubsansprüche oder Resturlaubsansprüche gewährt oder sind Überstunden vorhanden, ist vor der Reduzierung der Arbeitszeit Urlaub zunächst zu gewähren bzw. Überstunden in Freizeit auszugleichen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, diesen Urlaub bzw. den Freizeitausgleich gegenüber dem Arbeitnehmer anzuordnen, soweit dies von der Arbeitsagentur als Voraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes gefordert wird. Für diese Zeiten erhält der Arbeitnehmer sein übliches Entgelt.

(2) Der Arbeitnehmer ist berechtigt, auch während der Kurzarbeit Erholungsurlaub nach den betrieblichen Regelungen zu nehmen. Während des Erholungsurlaubs wird die Kurzarbeit ausgesetzt.

§ 4 **Nebenbeschäftigung[5]**

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber jede Nebenbeschäftigung (egal ob selbständig oder unselbständig, versicherungspflichtig oder geringfügig), die während der Kurzarbeit aufgenommen wird, unter Angabe des Entgelts schriftlich mitzuteilen, damit der Arbeitgeber prüfen kann, ob eine etwaige Anrechnung des Entgelts auf das Kurzarbeitergeld erfolgen muss.

Der Zustimmungsvorbehalt aus § _____ des Arbeitsvertrages bleibt unberührt.

§ 5 Schlussbestimmungen[6]

(1) Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages berühren die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Sie haben nicht die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge. Die unwirksamen oder nichtigen Bestimmungen sind so umzudeuten, dass der mit ihnen beabsichtigte wirtschaftliche Zweck erreicht wird. Ist eine Umdeutung nicht möglich, sind die Vertragsschließenden verpflichtet, eine Vereinbarung zu treffen, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen oder nichtigen Bestimmung möglichst nahe kommt. Gleiches gilt, wenn der Vertrag eine Lücke enthält, die die Vertragsparteien bei deren Kenntnis geregelt hätten.

evtl. ergänzend

(2) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt nicht für individuelle Vertragsabreden i. S. v. § 305b BGB mit einem vertretungsbefugten Vertreter des Arbeitgebers. Im Übrigen kann das

Formerfordernis nicht durch mündliche Vereinbarung, konkludentes Verhalten oder stillschweigend außer Kraft gesetzt werden.

....., den .....

(Arbeitgeber) (Arbeitnehmer)

Mustervertrag 2[7]

Hinweis: Bitte beachten Sie, dass keinerlei Haftung für die Rechtsgültigkeit und die Aktualität des Vertragsmusters zum Zeitpunkt der Verwendung und die korrekte Anwendung im Einzelfall übernommen werden kann. Dies gilt insbesondere, da für Nachträge zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit kaum Rechtsprechung veröffentlicht wurde. Das Vertragsmuster kann insoweit nur Anregungen liefern und ist stets an die individuellen Bedürfnisse im Einzelfall anzupassen sowie juristisch final zu überprüfen.

Vereinbarung über Kurzarbeit

zwischen

_____

- im Folgenden **Arbeitgeber** genannt -

und

_____

- im Folgenden **Arbeitnehmer** genannt -

wird als **Ergänzung zum Arbeitsvertrag** zwischen den Parteien vom _____ folgende Vereinbarung über Kurzarbeit getroffen:

Vorbemerkung

Aufgrund der aktuellen Krisensituation ____ (z.B. im Zusammenhang mit dem Corona-Virus, die zur Unterbrechung der Lieferketten sowie zum teilweisen Wegfall des Absatzes geführt hat) und dem daraus resultierenden geringen Arbeitsanfall beim Arbeitgeber, hat sich dieser entschlossen, für den gesamten Betrieb/für die Betriebsabteilung ____, voraussichtlich für ____ Monate zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen Kurzarbeit einzuführen.

Dies vorausgeschickt treffen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer folgende Vereinbarung:

§ 1 Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit, Lage der Arbeitszeit[8]

(1) In der Zeit von ____ bis ____ ist der Arbeitgeber berechtigt, Kurzarbeit anzuordnen, soweit ein erheblicher Arbeitsausfall im Sinne des § 96 SGB III in dem Betrieb/der der Betriebsabteilung, in dem/der der Arbeitnehmer beschäftigt ist, vorliegt. In dieser Zeit kann der Arbeitgeber die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte oder sonst übliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers einseitig bis auf eine Wochenarbeitszeit von ____/Null Stunden reduzieren.

(2) Der Arbeitgeber hat die Verkürzung der Arbeitszeit gegenüber dem Arbeitnehmer jeweils mit einer Frist von ____ (z.B. drei Wochen / mindestens vier Tagen / bis spätestens Donnerstag, 16.00 Uhr) für ____ (z.B. die Folgewoche) anzukündigen.

(3) Die verkürzte Arbeitszeit wird dem Arbeitnehmer durch ____ (z.B. per Email, durch Aushang) _____ mitgeteilt.

evtl. ergänzend

(4) Während der Kurzarbeit wird der Arbeitnehmer wie folgt eingesetzt: _____

§ 2 Entgeltreduzierung, Kurzarbeitergeld[9]

(1) Während der Dauer der verkürzten Arbeitszeit (Kurzarbeit) vermindert sich das Entgelt des Arbeitnehmers im Verhältnis der ausgefallenen Arbeitszeit zur vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Während der Kurzarbeit Null entfällt der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt vollständig.

(2) Als Ausgleich für die Reduzierung oder den Wegfall des Entgelts stellt der Arbeitgeber bei der zuständigen Agentur für Arbeit einen Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld. Das von der Arbeitsagentur gewährte Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III wird vom Arbeitgeber bei der üblichen Gehaltsabrechnung ggf. als Vorschuss abgerechnet. Sollte die Agentur für Arbeit die Zahlung von Kurzarbeitergeld ablehnen, erhält der Arbeitnehmer für die weggefallene Arbeitszeit eine Vergütung (brutto) in Höhe des (fiktiven) Kurzarbeitergeldes. Dies gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer den Wegfall des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld zu vertreten hat.

evtl. ergänzend

(3) Um die finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, erhält der Arbeitnehmer einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld als Bruttoentgelt. Der Zuschuss wird pro Monat in Höhe von ____ gewährt. Soweit Lohnsteuer anfällt, trägt diese wie üblich der Arbeitnehmer.

§ 3 Urlaub, Freizeitausgleich[10]

(1) Verlangt die Arbeitsagentur bei der Beantragung des Kurzarbeitergeldes für den Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zunächst (einen Teil seiner) Urlaubsansprüche oder Resturlaubsansprüche gewährt oder sind Überstunden vorhanden, ist vor der Reduzierung der Arbeitszeit Urlaub zunächst zu gewähren bzw. Überstunden in Freizeit auszugleichen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, diesen Urlaub bzw. den Freizeitausgleich gegenüber dem Arbeitnehmer anzuordnen, soweit dies von der Arbeitsagentur als Voraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes gefordert wird. Für diese Zeiten erhält der Arbeitnehmer sein übliches Entgelt.

(2) Der Arbeitnehmer ist berechtigt, auch während der Kurzarbeit Erholungsurlaub nach den betrieblichen Regelungen zu nehmen. Während des Erholungsurlaubs wird die Kurzarbeit ausgesetzt.

§ 4 Nebenbeschäftigung[11]

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber jede Nebenbeschäftigung (egal ob selbständig oder unselbständig, versicherungspflichtig oder geringfügig), die während der Kurzarbeit aufgenommen wird, unter Angabe des Entgelts schriftlich mitzuteilen, damit der Arbeitgeber prüfen kann, ob eine etwaige Anrechnung des Entgelts auf das Kurzarbeitergeld erfolgen muss.

Der Zustimmungsvorbehalt aus § ____ des Arbeitsvertrages bleibt unberührt.

evtl. ergänzend

§ 5 Verzicht auf ordentliche betriebsbedingte Kündigung[12]

Der Arbeitgeber verzichtet in dem Zeitraum, für den gegenüber dem Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 Kurzarbeit angeordnet werden kann, auf die ordentliche betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus den in der Vorbemerkung genannten Gründen.

§ 6 Schlussbestimmungen[13]

(1) Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages berühren die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Sie haben nicht die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge. Die unwirksamen oder nichtigen Bestimmungen sind so umzudeuten, dass der mit ihnen beabsichtigte wirtschaftliche Zweck erreicht wird. Ist eine Umdeutung nicht möglich, sind die Vertragsschließenden verpflichtet, eine Vereinbarung zu treffen, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen oder nichtigen Bestimmung möglichst nahe kommt. Gleiches gilt, wenn der Vertrag eine Lücke enthält, die die Vertragsparteien bei deren Kenntnis geregelt hätten.

evtl. ergänzend

(2) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt nicht für individuelle Vertragsabreden i. S. v. § 305b BGB mit einem vertretungsbefugten Vertreter des Arbeitgebers. Im Übrigen kann das Formerfordernis nicht durch mündliche Vereinbarung, konkludentes Verhalten oder stillschweigend außer Kraft gesetzt werden.

....., den .....

(Arbeitgeber)	(Arbeitnehmer)

Erläuterungen

Kurzarbeit- Nachtrag zum Arbeitsvertrag (Stand 1.04.2020)

1 Wegweiser

Hinweis:

Im Anhang zur Expertise befinden sich zwei Musterverträge zur Einführung der Kurzarbeit als individuellen Nachtrag zum Arbeitsvertrag.

Der Mustervertrag 1 sieht die Einführung von Kurzarbeit für einen vereinbarten (wohl eher kürzeren) Zeitraum vor, wobei sich die konkrete Arbeitszeitreduzierung unmittelbar aus der Vereinbarung ergibt. Als Ausgleich für den Entgeltverlust wird dem Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld gewährt.

Der Mustervertrag 2 sieht die Einführung von Kurzarbeit für einen vereinbarten (eventuell auch längeren) Zeitraum vor, wobei sich die konkrete Arbeitszeitreduzierung nicht aus der Vereinbarung unmittelbar ergibt, sondern vom Arbeitgeber für die vereinbarte Dauer der Kurzarbeit bestimmt werden kann. Im Gegenzug wurde die Option aufgenommen, wonach der Arbeitgeber für die Dauer der Kurzarbeit auf eine betriebsbedingte Kündigung

gegenüber dem Arbeitnehmer (die ohnehin erschwerten Bedingungen während der Kurzarbeit unterliegt) verzichtet. Als Ausgleich für den Entgeltverlust wird dem Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld gewährt.

Achtung: Bitte beachten Sie, dass keinerlei Haftung für die Rechtsgültigkeit und die Aktualität des Vertragsmusters zum Zeitpunkt der Verwendung und die korrekte Anwendung im Einzelfall übernommen werden kann. Dies gilt insbesondere, da für Nachträge zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit kaum Rechtsprechung veröffentlicht wurde. Das Vertragsmuster kann insoweit nur Anregungen liefern und ist stets an die individuellen Bedürfnisse im Einzelfall anzupassen.

Auch wenn die Arbeitslosenzahlen im ersten Quartal 2020 immer noch auf einem historisch niedrigen Niveau sind, machen sich in einigen Branchen und Regionen die konjunkturelle Abschwächung und der Strukturwandel bereits bemerkbar. Vor allem in der Automobilindustrie schlagen die Absatzschwäche und die geplante Abkehr vom Verbrennungsmotor bereits auf die Beschäftigung durch. Kurzarbeit kann dabei für Arbeitgeber ein sehr gut geeignetes Mittel sein, um auf einen vorübergehenden Auslastungsrückgang im Unternehmen, sei es konjunkturell oder saisonal bedingt, zu reagieren. Dies hat die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise in den Jahren 2009 und 2010 eindrucksvoll gezeigt. Die damaligen Maßnahmen zur Erleichterung der Kurzarbeit bewahrten viele Arbeitgeber davor, Fachkräfte auszustellen, die danach wieder dringend benötigt wurden.

Außerdem kann Kurzarbeit auch bei krisenhaften Situationen, wie der Corona-Pandemie helfen.

Eine krisenhafte Situation, wie sie die Verordnungsermächtigung im "Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vorsieht, kann sich z. B. unmittelbar aus einer hohen Anzahl an Erkrankungen oder Quarantänefällen unter den Beschäftigten ergeben, die eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebs unmöglich macht. Sie kann aber auch mittelbare Folge, etwa durch die Absage verschiedener Messen und Großveranstaltungen, durch ein eingeschränktes Reiseverhalten oder durch Betriebsschließungen aufgrund Ausgangsbeschränkungen sein. In vielen international verflochtenen Unternehmen kann es durch eine Pandemie zu abreißenden Lieferketten kommen. Durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld kann in solchen Situationen der DAX-Konzern ebenso wie das kleine Taxiunternehmen oder der Friseursalon um die Ecke unterstützt werden.

Eine gesetzliche Definition der Kurzarbeit existiert nicht. In der Regel wird Kurzarbeit als die "vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit, regelmäßig verbunden mit einer entsprechenden Minderung des Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmer", beschrieben. Kurzarbeit liegt demnach immer dann vor, wenn die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte regelmäßige wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegen, vorübergehend verkürzt werden soll. Grundsätzlich stellt jede Verringerung einer fest vereinbarten Arbeitszeit Kurzarbeit dar. Bei der sogenannten "Kurzarbeit Null" wird die Arbeit sogar gänzlich aufgehoben.

Die finanziellen Einbußen der Arbeitnehmer durch die gleichzeitige Kürzung des Arbeitsentgelts können durch Kurzarbeitergeld aufgefangen werden.

Da die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit eine Abweichung von den vereinbarten Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann Kurzarbeit nicht "einfach so" durch den Arbeitgeber eingeführt werden. Dem stehen sowohl der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch, als auch das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers entgegen. Möchte der Arbeitgeber die Arbeitszeit vorübergehend zur Einführung von Kurzarbeit reduzieren, benötigt er hierfür eine Rechtsgrundlage. Anderenfalls behalten die Mitarbeiter ihren Vergütungsanspruch trotz Verkürzung der Arbeitszeit und es kann zu Rückforderungen bei bereits gewährtem Kurzarbeitergeld kommen.

Auch wenn der Gesetzgeber und die Bundesregierung im Zusammenhang mit der Corona-Krise diverse Erleichterungen bei der Kurzarbeit und umfangreiche finanzielle Hilfen beschlossen haben, gilt dies nur für den Zugang zum Kurzarbeitergeld, also dem Zugang zur staatlichen Hilfe, und betrifft nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Wie im Rahmen jeder anderen Kurzarbeit auch müssen hierfür die betrieblichen Voraussetzungen geschaffen werden, damit nicht nur die Arbeitszeit verkürzt, sondern auch das Arbeitsentgelt wirksam verringert wird.

Eine Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit kann in gesetzlichen Bestimmungen, einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und dessen Betriebsrat oder in individualvertraglichen Absprachen enthalten sein.

Statt einer individualvertraglichen Absprache kann die Verkürzung der Arbeitszeit ggf. auch im Rahmen einer Änderungskündigung herbeigeführt werden. Allerdings stellt die Änderungskündigung zur Einführung der Kurzarbeit in der Praxis selten ein geeignetes Mittel dar, da zum einen die individuellen (eventuell sehr langen) Kündigungsfristen einzuhalten sind und der Arbeitnehmer auch bei der Änderungskündigung die Möglichkeit hat, deren Wirksamkeit mit der Kündigungsschutzklage überprüfen zu lassen.

2. Überblick

2.1 Grundlagen

Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher, gegenseitiger Austauschvertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur persönlichen (§ 613 BGB) Leistung von fremdbestimmter, abhängiger oder unselbständiger Arbeit unter Leitung und Weisung des Arbeitgebers und der Arbeitgeber zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 29, Rdn. 1).

Der Arbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und als Unterfall des Dienstvertrags (§§ 611 ff. BGB) ein gegenseitiger Austauschvertrag (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Rdn. 3 zu § 611 BGB). Der Arbeitnehmer schuldet die Leistung von Arbeit, nicht dagegen einen bestimmten Erfolg.

Als schuldrechtlicher Vertrag sind auf den Arbeitsvertrag die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) anzuwenden, soweit nicht die Eigenheiten des Arbeitsvertrages oder spezielle arbeitsrechtliche Regelungen entgegenstehen (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 29 Rdn. 4).

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 01.01.2002 können Arbeitsverträge Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen und unterliegen dann der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB).

Nachträge zum Arbeitsvertrag sind bei Einverständnis beider Parteien selbstverständlich jederzeit möglich, unterliegen aber ebenfalls der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB, wenn sie Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen.

2.2 Beschäftigungsanspruch und Betriebs-/Wirtschaftsrisiko

Der Arbeitgeber kann die vertraglich vereinbarte oder tarifliche Arbeitszeit nicht ohne weiteres einseitig verkürzen. Dem stehen sowohl der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch, als auch das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers entgegen. Möchte der Arbeitgeber die Arbeitszeit vorübergehend zur Einführung von Kurzarbeit reduzieren, benötigt er hierfür eine Rechtsgrundlage.

2.2.1 Beschäftigungsanspruch

Das in den §§ 611 ff. BGB konzipierte Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches kennt zwar grundsätzlich keinen allgemeinen Beschäftigungsanspruch des zur Dienstleistung Verpflichteten. Trotzdem erkennt das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung bereits seit 1955 einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers an.

Das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nicht nur, wie beim Dienstvertrag der selbstständig Tätigen oder bei sonstigen Schuldverhältnissen, lediglich einzelne bestimmte Leistungen betreffe, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfasse, deshalb wesentlich sein Leben gestalte und seine Persönlichkeit bestimme. Die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch beruhe auch nicht nur auf dem wirtschaftlichen Wert seiner Leistung, sondern weitgehend darauf, wie er die ihm obliegenden Aufgaben erfülle. Gerade das gebe ihm im Bereich des Arbeitslebens maßgeblich seine Würde als Mensch.

Deshalb müsse der Arbeitgeber nicht bloß aufgrund seiner Treuepflicht, sondern vor allem auch aufgrund der jedermann aus Artikel 1 und Artikel 2 des Grundgesetzes (GG) obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit beeinträchtigen könne (BAG vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54). Eine solche Beeinträchtigung würde aber vorliegen, wenn einem Arbeitnehmer zugemutet werde, sein Gehalt in Empfang zu nehmen, ohne sich in seinem bisherigen Beruf betätigen zu können.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat den allgemeinen Beschäftigungsanspruch in einer Entscheidung aus 1985 bestätigt. Danach sei der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, seinen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage eines solchen allgemeinen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers ist das Arbeitsvertragsrecht. Der Anspruch leitet sich aus §§ 611, 613 BGB i. V. m. § 242 BGB auf Grundlage der Wertentscheidungen der Artikel 1 und 2 GG ab (BAG vom 27.02.1985 – GS 1/84).

Der Arbeitgeber ist also grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer im vereinbarten Umfang tatsächlich zu beschäftigen.

2.2.2 Betriebs- und Wirtschaftsrisiko

Neben der Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer auch tatsächlich zu beschäftigen, spielt für die Frage einer Verkürzung der Arbeitszeit vor allem auch das sogenannte Betriebs- und Wirtschaftsrisiko eine erhebliche Rolle.

Wird einem Arbeitnehmer nach Begründung des Arbeitsvertrages die Arbeitsleistung ganz oder teilweise unmöglich, ohne dass ihn oder den Arbeitgeber hieran ein Verschulden trifft, verliert er nach § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, also seine Arbeitsvergütung. Eine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB liegt auch dann vor, wenn die Aufrechterhaltung der Arbeit durch den Arbeitgeber nur mit wirtschaftlich nicht sinnvollen und damit nicht mehr zumutbaren Mitteln möglich ist (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 1; BAG vom 09.07.2008 - 5 AZR 810/07).

Von diesem Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen, wonach der Arbeitnehmer auch ohne Arbeitsleistung seinen Vergütungsanspruch behält, z. B. nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz bei einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit.

Eine solche Ausnahme enthält auch § 615 BGB: Will der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen bzw. kann er die Arbeitsleistung schuldhaft nicht annehmen oder trägt er das Risiko des Arbeitsausfalls (§ 615 Satz 3 BGB), behält der Arbeitnehmer danach trotzdem seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt. Dies folgt regelmäßig bereits aus den

allgemeinen Regelungen zum Annahmeverzug in den §§ 293 ff. BGB und wurde für das Arbeitsvertragsrecht speziell in § 615 BGB normiert.

Beim **Betriebsrisiko** ist es aus betriebstechnischen Gründen unmöglich oder für den Arbeitgeber unzumutbar, die Arbeit durchführen zu lassen und die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzunehmen. Beim sogenannten **Wirtschaftsrisiko** wird die Durchführung des Arbeitsprozesses zwar als solches nicht gehemmt, die Ausführung der Arbeit wird für das Unternehmen jedoch wirtschaftlich sinnlos (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 9).

Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer z. B. wegen Auftragsmangels nicht beschäftigen, wird er nicht von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Er hat vielmehr nach § 615 Satz 1 BGB dem Arbeitnehmer das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Der Arbeitnehmer muss sich lediglich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 615 Satz 2 BGB).

Beispiel: Das Architekturbüro des Arbeitgebers muss für zwei Arbeitstage die Arbeit einstellen, da bei Bauarbeiten vor dem Bürogebäude die Stromleitung zerstört wurde und daher weder Computer, noch Internet oder Telefon funktionieren. Das Architekturbüro schließt daher für zwei Tage seinen Betrieb, die Arbeitnehmer werden nicht zur Arbeitsleistung herangezogen.

Da der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, behalten die Arbeitnehmer an den beiden Tagen, an denen der Betrieb geschlossen bleibt, nach § 615 Satz 1 und 3 BGB dennoch ihren Vergütungsanspruch, obwohl keine Arbeitsleistung erbracht wird. Wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung (eine nicht geleistete Arbeitsstunde kann zu diesem Zeitpunkt nicht mehr geleistet, sondern allemal nachgeholt werden) folgt aus dem Annahmeverzug des Arbeitgebers auch die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung. Ohne entsprechende Vereinbarungen (z. B. im Rahmen eines Arbeitszeitkontos) müssen die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

Die Betriebsrisikolehre gilt grundsätzlich auch in krisenhaften Situationen, wie im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Es wird zwar teilweise vertreten, dass hier ein Fall höherer Gewalt gegeben wäre, wie z.B. in Deutschland auch während des Zweiten Weltkriegs entschieden (Zerstörung von Fabrikgebäuden durch Bombenangriffe), sodass das übliche Betriebs- und Wirtschaftsrisiko nicht mehr vom Arbeitgeber zu tragen wäre und die Arbeitnehmer im Ergebnis ihren Vergütungsanspruch verlieren würden. Ob dies tatsächlich auch von der Rechtsprechung so gesehen wird, muss abgewartet werden, dürfte aber eher unwahrscheinlich sein. Außerdem bitte dann die Politik aktuell keine Sonderregelungen zur Kurzarbeit einführen, da ansonsten der Vergütungsanspruch der Mitarbeiter bei verkürzter Arbeitszeit und damit auch die Grundlage für das Kurzarbeitergeld automatisch entfallen würden.

3. Rechtsgrundlagen zur Einführung der Kurzarbeit

Aus den unter Ziffer 2.2 dargestellten Grundsätzen, insbesondere im Hinblick auf das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebs- und Wirtschaftsrisiko bedarf die Einführung einer Kurzarbeit einer gesonderten Rechtsgrundlage.

Diese kann enthalten sein in

- gesetzlichen Bestimmungen,
- einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag,

- einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und dessen Betriebsrat oder
- in individualvertraglichen Absprachen.

Statt einer individualvertraglichen Absprache kann die Verkürzung der Arbeitszeit ggf. auch im Rahmen einer Änderungskündigung herbeigeführt werden.

3.1 Kurzarbeit aufgrund gesetzlicher Bestimmungen

Die Möglichkeit zur Verkürzung der Arbeitszeit einseitig durch den Arbeitgeber, d. h. ohne weitere Mitwirkung des einzelnen Arbeitnehmers, kann sich im Einzelfall bereits aus gesetzlichen Bestimmungen ergeben.

In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei der Kündigung einer größeren Anzahl von Mitarbeitern diese **sogenannte Massenentlassung** nach § 17 KSchG bei der für ihn zuständigen Arbeitsagentur anzumelden. Verstößt der Arbeitgeber gegen seine Anzeigepflicht, sind dennoch ausgesprochene Kündigungen unwirksam.

Sind Entlassungen nach § 17 KSchG anzuzeigen, werden diese vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit nicht bzw. nur mit deren Zustimmung wirksam. Die Arbeitsagentur kann im Einzelfall bestimmen, dass die Entlassungssperre auf längstens zwei Monate nach Eingang der Anzeige ausgedehnt wird (§ 18 Abs. 2 KSchG).

Ist der Arbeitgeber nicht in der Lage, Arbeitnehmer bis zum Ende der Entlassungssperre voll zu beschäftigen, so kann die Bundesagentur für Arbeit zulassen, dass der Arbeitgeber für die Zwischenzeit Kurzarbeit einführt. In diesem Fall ist der Arbeitgeber auch berechtigt, Lohn oder Gehalt der mit verkürzter Arbeitszeit beschäftigten Arbeitnehmer entsprechend zu kürzen (§ 19 Abs. 2 KSchG). Allerdings darf die Kürzung des Arbeitsentgelts (mit der Folge, dass Kurzarbeitergeld gezahlt wird) erst dann erfolgen, wenn das Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen gesetzlichen oder den vereinbarten Bestimmungen enden würde. Da bereits die gesetzliche Grundkündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats beträgt und die Entlassungssperre relativ selten verlängert wird, spielt die Möglichkeit der Kurzarbeit nach § 19 KSchG in der Praxis eine untergeordnete Rolle.

Beachte: Die Regelungen zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes in den §§ 95 ff. SGB III beinhalten selbst keine gesetzliche Grundlage zur Einführung der Kurzarbeit, sondern setzen diese unter der Voraussetzung "erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall" voraus.

3.2 Tarifliche Kurzarbeitsklauseln

Die Tarifvertragsparteien sind aufgrund ihrer Tarifautonomie berechtigt, die Voraussetzungen, das Verfahren und die Rechtsfolgen der Einführung von Kurzarbeit im Betrieb zu regeln. Ob die Tarifvertragsparteien, also die Arbeitgeberverbände (oder beim Haustarifvertrag der einzelnen Arbeitgeber) und Gewerkschaften, in ihren Tarifverträgen die Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit vorsehen, bleibt diesen überlassen.

Die **Gestaltung tariflicher Kurzarbeitsklauseln** ist in der Praxis außerordentlich vielfältig. Es finden sich Regelungen, wonach der Arbeitgeber bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einseitig oder im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat, in Einzelfällen auch nur nach Einschaltung der Tarifvertragsparteien, Kurzarbeit einführen kann. In der Regel werden zumindest die Voraussetzungen der Kurzarbeit, oftmals aber auch die Auswirkungen auf der

Vergütungsseite normiert, wonach Arbeitnehmer z. B. ein bestimmtes Mindestentgelt behalten oder der Arbeitgeber zu einem Zuschuss zum Kurzarbeitergeld verpflichtet wird.

Tarifverträge, die die Möglichkeit der Kurzarbeit vorsehen, regeln üblicherweise:

- Einführung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber allein oder nur gemeinsam mit dem Betriebsrat (Betriebsvereinbarung; eventuell auch nur unter Einschaltung der Tarifvertragsparteien),
- Ankündigungsfristen
- Verfahren bei Durchführung der Kurzarbeit
- Höchstdauer und Unterbrechungen
- Auswirkungen einer Kündigung oder sonstigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Mindestentgelte oder Aufstockungsbeträge zum Kurzarbeitergeld.

Aufgrund der Tarifautonomie sind die Tarifvertragsparteien in ihrer Regelungsbefugnis überwiegend frei.

Ältere Tarifverträge enthalten oft noch pauschale Ermächtigungen an den Arbeitgeber, ohne weitere Voraussetzungen Kurzarbeit einzuführen. Diese sind jedoch wegen Verstoßes gegen tariflich unabdingbares Kündigungsschutzrecht unwirksam. Der Tarifvertrag muss vielmehr die Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit bestimmen (BAG vom 18.10.1994 – 1 AZR 503/93; BAG vom 27.01.1994 – 6 AZR 541/93).

Enthält ein Tarifvertrag (wirksame) Regelungen zur Einführung der Kurzarbeit, kann der Arbeitgeber die Verkürzung der Arbeitszeit (nur) dann auf die tariflichen Bestimmungen stützen, wenn der Tarifvertrag auch auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist. Die unmittelbare und zwingende Wirkung eines Tarifvertrages kann sich aus einer beiderseitigen kongruenten Tarifbindung oder aus der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages ergeben.

Liegt keine Allgemeinverbindlichkeit vor, wirken die Tarifverträge normalerweise nur dann normativ auf das Arbeitsverhältnis, wenn sowohl der Arbeitgeber Mitglied im Arbeitgeberverband als auch der Arbeitnehmer Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft ist. Für die Kurzarbeit besteht insoweit aber eine Ausnahme. Nach wohl herrschender Meinung stellen **Kurzarbeitsklauseln** in Tarifverträgen **sog. Betriebsnormen** im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG dar und gelten daher für alle vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer eines Betriebes, sobald der **Arbeitgeber tarifgebunden**, d. h. Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 47, Rn. 4). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber einheitlich, d. h. auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern Kurzarbeit rechtswirksam auf Grundlage der Tarifnormen einführen kann.

Alternativ können die Arbeitsvertragsparteien den Tarifvertrag auch zum Gegenstand ihres Arbeitsvertrages machen, d. h. diesen in den Arbeitsvertrag einbeziehen.

Zu Einzelheiten hierzu siehe Ziffer 4.4.

3.3 Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit

Eine wirksame Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit kann in Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt wurde, auch die gemeinsame Regelung der Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) in Form einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 2 BetrVG darstellen.

Daneben hat der Betriebsrat in Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt wurde, ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei Einführung der Kurzarbeit, unabhängig von der gewählten Rechtsgrundlage (siehe hierzu ausführlich Ziffer 3.8).

3.3.1 Normative Wirkung

Eine wirksame Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit bildet auch die gemeinsame Regelung der Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) in Form einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 2 BetrVG.

Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gelten unmittelbar und zwingend für alle Arbeitsverhältnisse in dem Betrieb des Arbeitgebers (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG). Betriebsvereinbarungen sind nicht möglich für Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (sog. Tarifvorbehalt, § 77 Abs. 3 BetrVG).

Die Normen von Betriebsvereinbarungen sind auch auf Arbeitnehmer anzuwenden, deren Arbeitsverhältnis erst nach Abschluss der Betriebsvereinbarung eingegangen wurde. Abweichende Bestimmungen, z.B. im Arbeitsvertrag, zu Ungunsten des Arbeitnehmers sind unbeachtlich.

3.3.2 Form

Nach § 77 Abs. 2 Satz 1 BetrVG sind Betriebsvereinbarungen vom Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Entgegen des (etwas missverständlichen) Wortlauts von § 77 Abs. 2 BetrVG kommt die Betriebsvereinbarung allerdings nicht durch den gemeinsamen Beschluss zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustande (einen solchen gemeinsamen Beschluss von Arbeitgeber und Betriebsrat kennt das Betriebsverfassungsgesetz auch nicht, Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 18), sondern als vertragliche Vereinbarung durch übereinstimmende Willenserklärungen der Betriebspartner, die der Schriftform bedürfen. Die Willensbildung des Betriebsrats setzt allerdings einen ordnungsgemäßen Beschluss voraus.

Die Betriebsvereinbarung bedarf zwingend der Schriftform. Eine nur mündlich vereinbarte Betriebsvereinbarung wäre nichtig. Insoweit wird § 125 Satz 1 BGB (zumindest analog) angewendet. Das Formerfordernis dient dem Gebot der Normenklarheit. Die schriftliche Niederlegung soll zum einen die Betriebsparteien veranlassen, die getroffene Regelung präzise niederzulegen, um spätere Zweifel und Streitigkeiten nach Möglichkeit zu vermeiden. Zum anderen sollen die der Betriebsvereinbarung unterworfenen Arbeitnehmer die sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten zuverlässig erkennen können (Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 21).

Die Betriebsvereinbarung muss nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB die Unterschriften des Arbeitgebers und des Betriebsrats, in der Regel vertreten durch den Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter, auf derselben Urkunde aufweisen. Der Austausch einseitig unterzeichneter Urkunden soll dem Schriftformerfordernis nicht genügen (BAG vom 21.08.1990 – 3 AZR 422/89; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 21).

3.3.3 Inhalt einer Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit und Tarifvorbehalt

Bestehen für einen Betrieb keine tariflichen Regelungen (z. B. weil der Betrieb nicht unter den fachlichen oder räumlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, keine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers vorliegt oder der Tarifvertrag zwar auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, aber keine Regelungen zur Kurzarbeit enthält) zur Einführung von Kurzarbeit, gilt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG uneingeschränkt. In diesen Fällen sind einer Vereinbarung der Betriebspartner über die Einführung, den Umfang und die Ausgestaltung einer Kurzarbeit inhaltlich keine Grenzen gesetzt.

Gleiches gilt, wenn zwar eine Tarifbindung für den Betrieb vorliegt, die Laufzeit des Tarifvertrages, der eine Kurzarbeitsklausel enthält, aber vor Einführung der Kurzarbeit endete und noch kein neuer Tarifvertrag abgeschlossen wurde. Die Rechtsnormen des abgelaufenen Tarifvertrages gelten nach § 4 Abs. 5 TVG dann nur so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Als andere Abmachung im Sinne des § 4 Abs. 5 TVG ist auch eine Betriebsvereinbarung anzusehen. Diese kann Regelungen enthalten, die für die Arbeitnehmer günstiger oder ungünstiger sind als jene, die in dem abgelaufenen Tarifvertrag enthalten waren.

Besteht dagegen ein wirksamer Tarifvertrag für den Betrieb des Arbeitgebers, ist der **Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1, Eingangssatz BetrVG** zu beachten. Danach hat der Betriebsrat nur insoweit mitzubestimmen, als eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. § 87 Abs. 1 Satz 1 BetrVG setzt der Mitbestimmung des Betriebsrats Schranken. Sie besteht nur dort, wo der zwingende Tarifvertrag keine abschließenden Regelungen enthält. Die Betriebsvereinbarung muss sich zudem im zulässigen Regelungsbereich des Tarifvertrages halten.

Weder gesetzlich noch durch das Bundesarbeitsgericht ist bisher abschließend bestimmt, **welchen Inhalt** eine Betriebsvereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit (mindestens) haben muss. Da bei Kurzarbeit in erheblicher Weise in das Individualarbeitsverhältnis eingegriffen wird und sich insbesondere bei der Einführung von sog. "Kurzarbeit Null" eine evidente Änderung der wirtschaftlichen Lebensgrundlagen der Arbeitnehmer ergeben, werden von einigen Landesarbeitsgerichten **hohe Anforderungen** an die für die Betriebsvereinbarung notwendigen Regelungen gestellt.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts muss eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind (BAG vom 18. 11. 2015 – 5 AZR 491/14).

Der Eingriff in das Arbeitsverhältnis durch die Betriebspartner im Rahmen einer Betriebsvereinbarung (Verringerung der Arbeitszeit und Verringerung des Entgelts) setzt daher voraus, dass die Betriebsvereinbarung den Anforderungen normativer Bestimmtheit gerecht wird, so dass alle Beteiligten bereits aus der Vereinbarung entnehmen können, welche Arbeitnehmer zu welchem Zeitpunkt freigestellt werden. Diese Position ist in der letzten Zeit in der Gerichtspraxis einhellige Meinung (BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14; LAG Frankfurt vom 14.3.1997 – 17/13 Sa 162/96; LAG Chemnitz vom 31.7.2002 – 2 Sa 910/01; LAG Baden-Württemberg vom 25.11.2005 – 20 Sa 112/04; LAG Mainz vom 30.3.2006 – 11 Sa 609/05; LAG Rostock vom 20.7.2006 – 1 Sa 34/06; LAG Hamm vom 01.08.2012 - 5 Sa 27/12).

Auch das BAG verlangt für die normative Wirkung einer Vereinbarung zur Kurzarbeit hinreichende Bestimmtheit (BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14; BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08). Die Betriebsvereinbarung muss "**die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer** (Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 47 Rn. 6)"; "**die Auswahl (der AN) nach einem mehr oder minder gebundenen Ermessen der Geschäftsführung genügt nicht den Anforderungen an einen wirksamen Eingriff in die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten der Arbeitnehmer des Betriebs**" (BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14, Rn. 15 und 17).

Nach den zitierten Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte könne eine Betriebsvereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit nur dann die Arbeitszeit und damit auch den Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer wirksam verringern, wenn dort zumindest geregelt sind:

- Beginn und Dauer der Kurzarbeit
- Lage und Verteilung der Arbeitszeit

- Auswahl der von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer oder Abteilungen
- Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen soll (Kurzarbeit Null).

Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, genüge die Betriebsvereinbarung dem auch für Rechtsnormen geltenden Bestimmtheitsgrundsatz und könne auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers in sein Arbeitsverhältnis eingreifen (LAG Hamm vom 01.08.2012 – 5 Sa 27/12; LAG Hamm vom 12.06.2014 – 11 Sa 1566/13).

Der Verweis auf eine ergänzend abgeschlossene Regelungsabrede reicht hierfür nicht aus (LAG Hamm vom 19.11.2014 - 4 Sa 1108/14).

Beispiel: Mit seinem Urteil vom 18.11.2015 musste das BAG den Fall eines Arbeitnehmers entscheiden, der vom Arbeitgeber Vergütungsansprüche für März bis Dezember 2011 in Höhe von insgesamt knapp 8.000 Euro brutto gefordert hatte. Nach seiner Ansicht konnte der Arbeitgeber seine Arbeitszeit nicht um insgesamt 385 Stunden reduzieren, weil mit ihm keine vertragliche Regelung getroffen wurde und die Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht ausreichend wäre. Daher müsse ihm der Arbeitgeber das vereinbarte Arbeitsentgelt bezahlen, auch wenn er ihn in im Umfang von 385 Stunden nicht eingesetzt hatte.

Die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abgeschlossene, streitgegenständliche Betriebsvereinbarung genügte nach Ansicht des BAG nicht den Anforderungen: Aus der "BV Kurzarbeit" hätte sich insbesondere nicht ergeben, für welche Arbeitnehmer Kurzarbeit angeordnet werde. Vielmehr konnte nach der BV die Geschäftsführung allein darüber entscheiden, welche Arbeitnehmer – über bestimmte, in der BV konkret bezeichnete Arbeitnehmer(gruppen) hinaus – wegen ihrer "Aufgabenstellung" von der Kurzarbeit ausgenommen werden könnten. Bereits dieser Mangel der Betriebsvereinbarung stehe der wirksamen Einführung von Kurzarbeit entgegen, denn die Auswahl nach einem mehr oder minder gebundenen Ermessen der Geschäftsführung genüge nicht den Anforderungen an einen wirksamen Eingriff in die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten der Arbeitnehmer des Betriebs.

3.4 Individualvertragliche Abreden - Nachtrag zum Arbeitsvertrag

Die Einführung von Kurzarbeit mit einer Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und entsprechender Minderung des Arbeitsentgelts kann auch auf Grundlage individualvertraglicher Absprachen zwischen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer erfolgen.

Der Arbeitnehmer ist aber natürlich nicht gezwungen, die Vereinbarung zu unterzeichnen und der Verkürzung seiner Arbeitszeit und damit auch seines Entgelts zuzustimmen.

3.5 Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag

Die einseitige Einführung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber kann auch bereits im Arbeitsvertrag vorbehalten sein. Sofern eine solche Klausel wirksam vereinbart wurde, würde es keines Nachtrages zum Arbeitsvertrag und auch keiner Änderungskündigung bedürfen. Die Verkürzung der Arbeitszeit könnte dann allein aufgrund des (wirksamen) Vorbehalts im Arbeitsvertrag erfolgen.

Ob ein solcher Vorbehalt zur Einführung von Kurzarbeit bereits im Formulararbeitsvertrag zulässig ist, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. Jedenfalls darf eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Daher sind Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen. Eine Unwirksamkeit kann gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch dann vorliegen, wenn die Kurzarbeitsklausel keine Regelungen über Umfang und Ausmaß der

Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises und ähnliches enthält (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

Da die Zulässigkeit noch nicht geklärt ist, sollten Arbeitgeber auch bei einer vorsorglichen Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag eventuell versuchen, einen konkreten Nachtrag zur Kurzarbeit abzuschließen, wenn keine andere Rechtsgrundlage (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) zur Verfügung steht.

3.6 Änderungskündigung

Kommt eine individuelle Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit nicht zustande und kann der Arbeitgeber auch sonst keine Rechtsgrundlage heranziehen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, wirksame Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag), könnte die Verkürzung der Arbeitszeit und die damit einhergehende Verringerung des Arbeitsentgelts durch Änderungskündigung herbeigeführt werden. Dabei kündigt der Arbeitgeber das bisherige Arbeitsverhältnis und bietet dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen, im Fall der Kurzarbeit mit verkürzter Arbeitszeit und verringerter Vergütung, an.

In der Praxis ist die Einführung von Kurzarbeit durch Ausspruch von Änderungskündigungen allerdings schwierig. Für die Änderungskündigung gelten die gleichen Regelungen wie für eine Beendigungskündigung.

In Betrieben, mit in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmern, unterliegen Arbeitsverhältnisse, die bereits länger als sechs Monate angedauert haben, dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Kündigungen sind dann nur aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen zulässig.

Ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar muss für die Einführung der Kurzarbeit ein anerkannter Kündigungsgrund im Sinne von § 1 KSchG vorliegen. Der Arbeitgeber müsste im Streitfall nachweisen können, dass betriebsbedingte Gründe für die Einführung der Kurzarbeit vorliegen und gegebenenfalls eine Sozialauswahl unter den betroffenen Mitarbeitern vornehmen.

Zudem gelten die gesetzlichen, tariflichen oder einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsfristen uneingeschränkt auch für die Änderungskündigung, sodass die Verkürzung der Arbeitszeit jeweils erst nach Ablauf der individuellen Kündigungsfrist möglich ist. Wegen der unterschiedlichen Kündigungsfristen, z. B. in Abhängigkeit der Betriebszugehörigkeit nach § 622 Abs. 2 BGB, könnte die Kurzarbeit im Betrieb nicht einheitlich eingeführt werden.

Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie könnte eine außerordentliche Änderungskündigung nach § 626 BGB, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in diesem Sinne, wie etwa eine Existenzgefährdung, eventuell denkbar sein. Hier muss die Rechtsprechung abgewartet werden.

Wie die Beendigungskündigung würde auch die Änderungskündigung der Mitwirkung der zuständigen Gremien bzw. Behörden bedürfen, wenn einzelne Arbeitnehmer unter besonderem Kündigungsschutz stehen, z. B. werdende Mütter oder Schwerbehinderte.

Letztlich könnte der Arbeitnehmer gegen die Änderungskündigung auch durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage gerichtlich vorgehen.

3.7 Rechtsfolge bei fehlender Rechtsgrundlage

Führt der Arbeitgeber Kurzarbeit ein und zahlt dem Arbeitnehmer nur ein verringertes Entgelt auf Basis der verkürzten Arbeitszeit (zuzüglich des Kurzarbeitergeldes), kann der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Nachzahlung seiner vollen Vergütung aus dem Gesichtspunkt des **Annahmeverzugs** nach §§ 615, 293 ff. BGB haben. Allerdings muss der Arbeitnehmer hierzu seine Arbeitsleistung, zumindest mündlich, anbieten.

Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen.

Streiten die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, genügt ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Dieses kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht. Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich. Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt, insbesondere er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14).

Führt der Arbeitgeber ohne wirksame Rechtsgrundlage Kurzarbeit ein, muss ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung tatsächlich oder wörtlich anbieten. Er muss zumindest gegen die Anordnung der Kurzarbeit protestieren und damit Bereitschaft ausdrücken, im vereinbarten Umfang weiterzuarbeiten. Er darf nicht widerspruchslos der Arbeitsleistung fernbleiben. Soweit der Arbeitnehmer in diesem Sinne seine Arbeitsleistung nicht angeboten hat, steht ihm seine übliche Vergütung auf Basis der ungekürzten Arbeitszeit aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nicht zu (BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14).

3.8 Zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats

Unabhängig auf Basis welcher Rechtsgrundlage die Einführung der Kurzarbeit erfolgen soll (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertragliche Regelung), besteht in Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt wurde, das zwingende Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wegen der vorübergehenden Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit. In der Regel wird auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betroffen sein, wonach der Betriebsrat bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen hat.

In Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern (alle Arbeitnehmer des Betriebes, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und Leiharbeitnehmer, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden), von denen drei wählbar sind (alle Wahlberechtigten, die dem Betrieb mindestens 6 Monate angehören), werden Betriebsräte gewählt (§ 1 Abs. 1 BetrVG). In Betrieben ohne Betriebsrat entfällt naturgemäß die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Einführung von Kurzarbeit. Das gilt auch für betriebsratspflichtige Betriebe, in denen die Arbeitnehmer bisher davon abgesehen haben, einen Betriebsrat zu wählen oder die Wahl nichtig war. Das Unterlassen einer Betriebsratswahl geht insofern zu Lasten der Betriebsangehörigen (BAG vom 12.10.1961 – 5 AZR 423/60).

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat bei einer vorübergehenden Verkürzung (oder Verlängerung) der betriebsüblichen Arbeitszeit mitzubestimmen. Betriebsübliche Arbeitszeiten sind alle Arbeitszeiten, die die Arbeitnehmer, ein Teil von ihnen oder auch nur einzelne Arbeitnehmer jeweils individualrechtlich dem Arbeitgeber schulden (BAG vom 16.07.1991 – 1 ABR 69/90). Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich auf die Frage ob, für welchen vorübergehenden Zeitraum und in welchem Umfang Kurzarbeit eingeführt und wie die geänderte Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage verteilt werden soll (LAG Hamm vom 01.08.2012 – 5 Sa 27/12). Dabei ist unerheblich, ob einzelne Stunden ausfallen sollen, bestimmte Wochentage oder die Arbeit in ganzen Wochen (Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 87, Rn. 150).

Kommt eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht zustande, entscheidet die **Einigungsstelle**. Deren Spruch ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 87 Abs. 2 BetrVG i. V. m. § 76 BetrVG). In Fällen der zwingenden Mitbestimmung, wie etwa nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zur vorübergehenden Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit, kann jede Partei, also sowohl der Betriebsrat als auch der Arbeitgeber, das Scheitern der Verhandlungen mitteilen und die Einigungsstelle anrufen.

Bei der Einigungsstelle handelt es sich nicht um eine feste Institution, sondern um einen Spruchkörper, der bei Bedarf im Einzelfall gebildet wird. Die Einigungsstelle besteht aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern, die vom Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden sowie einem unparteiischen Vorsitzenden, auf dessen Person sich beide Seiten einigen müssen (§ 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden nicht zustande, so bestellt ihn das Arbeitsgericht auf Antrag einer der beiden Parteien. Dieses entscheidet auch, wenn kein Einverständnis über die Anzahl der Beisitzer erzielt werden kann (§ 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 BetrVG). Die Einigung oder der Spruch der Einigungsstelle ist für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer verbindlich.

3.8.1 Unterlassungsanspruch und etwaige Unwirksamkeit der Kurzarbeit bei unterlassener Mitbestimmung

Verstößt der Arbeitgeber gegen ein zwingendes Mitbestimmungsrecht aus § 87 BetrVG, erkennt das Bundesarbeitsgericht in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung seit seinem Urteil vom 03.05.1994 einen nicht an die engen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG (der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG setzt einen groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz voraus) geknüpften **Unterlassungsanspruch** an (BAG vom 03.05.1994 – 1 ABR 24/93).

Beteiligt der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht bei Einführung der Kurzarbeit, kann der Betriebsrat die Unterlassung der Verkürzung der Arbeitszeit beim Arbeitsgericht im Rahmen eines Beschlussverfahrens beantragen. Der Unterlassungsanspruch aus § 87 BetrVG kann auch durch **einstweilige Verfügung** geltend gemacht werden. Im Rahmen einer Interessenabwägung hat das Arbeitsgericht das Gewicht des drohenden Verstoßes und die Bedeutung der umstrittenen Maßnahmen für den Arbeitgeber und die Belegschaft angemessen zu berücksichtigen (BAG vom 03.05.1994 – 1 ABR 24/93).

Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts gewährt aber nicht nur dem Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch, sondern hat zusätzlich **individualrechtliche Folgen**. Soweit der Arbeitgeber eine zwingende Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 BetrVG unterlässt, sind einseitig vom Arbeitgeber getroffene Maßnahmen insoweit unwirksam, als dadurch Ansprüche der Arbeitnehmer vereitelt oder geschmälert werden (BAG vom 13.07.1977 – 1 AZR 336/75). Maßnahmen des Arbeitgebers, die der notwendigen Mitbestimmung entbehren, sind demzufolge rechtswidrig und unwirksam. Dies gilt sowohl für einseitige Anordnungen in Ausübung des Direktionsrechts, als auch für einzelvertragliche Vereinbarungen. Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung ist nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers (BAG vom 18.09.2002 – 1 AZR 668/01).

3.8.2 Initiativrecht des Betriebsrats

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG greift nicht erst dann ein, wenn der Arbeitgeber sich zur Verkürzung der Arbeitszeit bereits entschlossen hat. Vielmehr hat das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einführung von Kurzarbeit auch zum Inhalt, dass der Betriebsrat die **Verkürzung der Arbeitszeit aktiv verlangen** und ggf. über einen Spruch der Einigungsstelle sogar erzwingen kann (BAG vom 04.03.1986 – 1 ABR 15/84).

Dadurch kann der Betriebsrat z. B. Entlassungen aus betriebsbedingten Gründen (jedenfalls vorübergehend) vermeiden.

4. Zivilrechtliche Anforderungen

4.1 Form

Der Arbeitsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form. Er kann z. B. mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden. Schon aus Beweisgründen bietet sich aber an, den Arbeitsvertrag schriftlich niederzulegen.

Soll ein Arbeitsvertrag befristet abgeschlossen werden, bedarf die Befristungsabrede (nicht der Arbeitsvertrag im Übrigen) der Schriftform nach § 14 Abs. 4 TzBfG und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen zweckbefristeten (z.B. Vertretung eines Arbeitnehmers in Elternzeit) oder einen rein kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag handelt. Ein ohne Beachtung der Schriftform abgeschlossener "befristeter Arbeitsvertrag" gilt nach § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Nach dem Nachweisgesetz (NachwG, BGBl.I 1995 S.946) ist der Arbeitgeber verpflichtet, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen (§ 2 NachwG). Ausgenommen hiervon sind Arbeitnehmer, die nur zur vorübergehenden Aushilfe von höchstens einem Monat eingestellt werden (§ 1 NachwG).

So wie der Arbeitsvertrag selbst auch, unterliegt natürlich auch ein Nachtrag zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit keiner Formvorschrift. Dies gilt auch, wenn der Nachtrag (wie für die Einführung von Kurzarbeit üblich, bzw. im Hinblick auf die Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes sogar erforderlich) nur vorübergehend, d.h. befristet gelten soll. Insoweit gilt die Formvorschrift des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht.

Ein Nachtrag zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit könnte deshalb auch mündlich oder durch konkludente Einigung (durch schlüssiges Verhalten) zustande kommen.

> ***Beispiel:*** Der Arbeitgeber kündigt auf einer Mitarbeiterversammlung die Einführung von Kurzarbeit ab dem 01. April unter Benennung der veränderten (verkürzten) Arbeitszeiten an. Zusätzlich macht der Arbeitgeber einen entsprechenden Aushang am schwarzen Brett und informiert seine Mitarbeiter per Rund-E-Mail.

Der Arbeitnehmer findet sich ab 01. April (nur) zu den bezeichneten verringerten Arbeitszeiten im Betrieb ein und nimmt widerspruchslos das gekürzte Arbeitsentgelt und das für ihn beantragte Kurzarbeitergeld entgegen.

Für die Verkürzung der Arbeitszeit und die Verringerung des Arbeitsentgelts besteht eine wirksame Rechtsgrundlage aufgrund individueller Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, die durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen ist.

Zu beachten ist allerdings, dass in vielen Arbeitsverträgen und auch in vielen Arbeitsvertragsmustern sog. einfache oder doppelte **Schriftformklauseln** enthalten sind, wonach Ergänzungen zum Arbeitsvertrag oder abweichende Vereinbarungen zwingend der Schriftform bedürfen.

Je nach Ausgestaltung werden diese Schriftformklauseln von der Rechtsprechung kritisch gesehen und teilweise für unwirksam gehalten. Allerdings muss sich der Arbeitgeber als Verwender der Formularklauseln regelmäßig an diese halten und kann sich selbst nicht auf deren Unwirksamkeit berufen. Daher dürfte in der Praxis ein mündlicher oder schlüssiger Nachtrag zur Kurzarbeit selten möglich sein (unabhängig von der Beweisbarkeit).

4.2 Mindestinhalt und fakultativer Inhalt des Nachtrags

Leider gibt es zum zulässigen Inhalt von Nachträgen zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit keine ersichtliche Rechtsprechung.

Lediglich das LAG Berlin-Brandenburg hat sich mit einer Kurzarbeitsklausel beschäftigt, die allerdings bereits (als Vorbehaltsregelung) im Arbeitsvertrag enthalten war, das heißt nicht in der konkreten Situation der Kurzarbeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien abgeschlossen wurde.

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg darf eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Daher sind Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen. Eine Unwirksamkeit kann gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch dann vorliegen, wenn die Kurzarbeitsklausel keine Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises und ähnliches enthält (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

Ob diese strengen Anforderungen auch für einen individuellen Nachtrag zum Arbeitsvertrag gelten, der in der konkreten Situation der Kurzarbeit abgeschlossen wird und vom Arbeitnehmer nicht unterzeichnet werden muss, ist bisher nicht in der Rechtsprechung geklärt. Da sich der Arbeitgeber – anders als bei einer Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag – hier keine einseitige Option für die Zukunft vorbehält, sondern die Parteien eine konkrete und für den Arbeitnehmer grundsätzlich freiwillige Regelung für die aktuelle Situation treffen, dürften die Anforderungen allerdings niedriger sein.

Zu beachten ist allerdings, dass auch ein solcher Nachtrag zur Kurzarbeit regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen wird, und daher den strengen Regelungen der §§ 305 ff. BGB unterliegt. Bei der Gestaltung ist daher vor allem das Transparenzgebot zu beachten und jede unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers zu vermeiden.

Zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, siehe 4.3

Der Nachtrag zur Kurzarbeit muss mindestens die Parteien der vertraglichen Regelung (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) sowie die Tatsache der Verkürzung der Arbeitszeit enthalten.

Im Hinblick darauf, dass Kurzarbeitergeld nur bei einem vorübergehenden Arbeitsausfall gewährt wird, also zum Ende des Prognosezeitraums wieder mit dem Übergang zur Vollarbeit gerechnet werden muss, dürfte für einen Nachtrag zur Kurzarbeit auch eine zeitliche Dauer (Befristung) erforderlich sein.

Neben der Verkürzung der Arbeitszeit sollte auch die damit bezweckte Rechtsfolge, d.h. die Verkürzung des Arbeitsentgelts geregelt werden.

Als fakultative Regelungen kommen z.B. in Betracht,

- die Möglichkeit, Erholungsurlaub während der Kurzarbeit zu nehmen und die Bestimmung des Urlaubsentgelts,
- Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld,
- abweichende Aufgaben des Arbeitnehmers während der Kurzarbeit,
- anderweitige Lage der Arbeitszeit,
- abweichender Arbeitsort,

- Schicksal sonstiger Leistungen, die von der Vergütung abhängen (anteilige Kürzung oder Gewährung weiterhin voller Höhe);

4.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

4.3.1 Arbeitsvertrag als AGB

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1.1.2002 können Arbeitsverträge Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) darstellen und unterliegen dann der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge sind allerdings die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB).

Ein Arbeitsvertrag oder ein Nachtrag zum Arbeitsvertrag stellen AGB dar und unterliegen damit den §§ 305 ff. BGB, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen enthalten, die eine Vertragspartei (Arbeitgeber als Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt, § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind ausgenommen, § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB.

Vertragsbedingungen sind vorformuliert, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind (Palandt, BGB, Rdn. 8 zu § 305 BGB), z.B. in einem Formularvertrag (Palandt, BGB, Rdn. 14 zu § 305 BGB, wie etwa beim vorliegenden Mustervertrag) oder als gespeicherter Text auf einem Datenträger (Palandt, BGB, Rdn. 8 zu § 305 BGB).

Die Vertragsbedingungen müssen für eine mehrfache Verwendung vorgesehen sein. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitgeber den Text selbst erstellt hat. Es genügt die Verwendung etwa eines Musters des Arbeitgeberverbandes, auch wenn es von Arbeitgeber nur für einen einzigen Arbeitnehmer angewendet werden soll (BGH vom 23.6.2005 – VII ZR 277/04, ZIP 2005, S.1604).

Vorformuliert sind Arbeitsvertragsbedingungen nicht nur dann, wenn vom Arbeitgeber ein vollständiges Arbeitsvertragsmuster verwendet, sondern auch, wenn der Arbeitsvertrag aus einzelnen Textbausteinen zusammengesetzt wird (LAG Rheinland-Pfalz vom 22.01.2014 - 7 Sa 334/13).

Für eine Vielzahl von Verträgen sind die Vertragsbedingungen vorformuliert, wenn sie nicht nur für einen bestimmten Vertrag, sondern mindestens für drei Verwendungen ausgearbeitet wurden (BAG vom 18.3.2008 – 9 AZR 186/07, NZA 2008, S.1004). Die §§ 305 ff. BGB sind dann bereits im ersten Verwendungsfall anwendbar (Palandt, BGB, Rdn. 9 zu § 305 BGB).

Da der Arbeitnehmer als Verbraucher nach § 13 BGB zu qualifizieren ist (BAG vom 25.05.2005 - 5 AZR 572/04, DB 2005, S.2136) finden die §§ 305c Abs. 2, 306, 307 bis 309 BGB selbst dann Anwendung, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, soweit der Arbeitnehmer auf Grund der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Vertrag nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

"Gestellt" sind Vertragsbedingungen, wenn sie von einer Partei einseitig auferlegt werden (Palandt, BGB, Rdn. 10 zu § 305 BGB). Bei Arbeitsverträgen gelten die Vertragsbedingungen als vom Arbeitgeber gestellt, es sei denn, dass sie durch den Arbeitnehmer als Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). "Aushandeln" bedeutet mehr als bloßes Verhandeln. Es genügt daher nicht, dass eine Vertragsklausel dem Arbeitnehmer bei Abschluss bekannt ist und bei ihm nicht auf Bedenken stößt, bzw. der Inhalt einer Vertragsklausel zwischen den Parteien erörtert und übereinstimmend angenommen wird. Vielmehr ist Voraussetzung, dass der Inhalt der einzelnen Regelung dem Vertragspartner

(Arbeitnehmer) ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen eingeräumt wurde oder er zumindest die reale Möglichkeit hatte, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGH vom 19.5.2005, NJW 2005, S.2543).

4.3.2 Überraschende Klauseln

Formularklauseln werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie überraschende Klauseln i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB darstellen.

Gem. § 305c Abs. 1 Satz 1 BGB sind überraschende Klauseln in AGB solche Bestimmungen, die nach den Umständen, auch nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders (Arbeitgebers) nicht mit ihnen zu rechnen braucht. Dies ist u.a. der Fall, wenn die Klausel mit dem Leitbild des Vertrages unvereinbar ist oder erheblich von dispositiven gesetzlichen Vorschriften abweicht (BAG vom 13.07.2005 - 10 AZR 532/04, DB 2005, S.2415).

Aber auch Klauseln, die für sich betrachtet keine überraschenden Klauseln darstellen, können überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB sein, wenn sie im Vertragstext falsch eingeordnet und dadurch geradezu "versteckt" oder zwischen anderen Regelungen kaum auffindbar sind (LG Saarbrücken vom 27.03.2002 - 11 S 200/01, NJW-RR 2002, S. 915).

So hat das BAG etwa eine Verfallsklausel als "überraschend" qualifiziert, die in einem 19 Paragraphen umfassenden Vertrag unter der Überschrift "Schlussbestimmungen" enthalten war (BAG vom 31.8.2005 - 5 AZR 545/04, NZA 2006, S.324). Gleiches gilt für eine Probezeitvereinbarung, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter der Überschrift "Sonstiges" an anderer Stelle als die weiteren Beendigungsmodalitäten ohne drucktechnische Hervorhebung untergebracht ist (LAG Niedersachsen vom 27.02.2018 - 10 Sa 25/17). Überraschend können auch Verweisklauseln auf einen branchenfremden Tarifvertrag sein (Reinecke, BB 2006, S.2637).

Dagegen werden Widerrufs- und Anrechnungsvorbehalte regelmäßig wegen ihrer Üblichkeit in Zusammenhang mit der Gewährung von freiwilligen Leistungen nicht als überraschend angesehen. Gleiches gilt für die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 32, Rdn. 26).

4.3.3 Vorrang der Individualabrede

Haben die Parteien eine Vereinbarung im Einzelnen getroffen, hat diese Vorrang vor einer abweichenden AGB/Formularklausel, § 305b BGB. Die im Widerspruch stehende AGB ist dann unwirksam. Dabei ist unerheblich, ob die Individualabrede zu einer AGB-Klausel in direktem oder indirektem Widerspruch steht (Palandt, BGB, Rdn. 3 u. Rdn. 4 zu § 305b BGB) oder in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt die Individualabrede getroffen wurde.

Eine AGB-Klausel kann daher auch durch eine mündliche oder durch schlüssiges Verhalten getroffene Individualabrede unwirksam werden (Palandt, BGB, Rdn. 2 zu § 305b BGB).

4.3.4 Inhaltskontrolle von Formularklauseln

Ist eine Formularklausel im Arbeitsvertrag nicht überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB und haben die Parteien diesbezüglich auch keine nach § 305b BGB vorrangige Individualabrede getroffen, unterliegt die Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB, soweit sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzenden Regelungen enthält (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Als Rechtsvorschriften gelten nicht nur Gesetzesbestimmungen, sondern alle allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze die für das jeweilige Schuldverhältnis bestehen (BAG vom 30.07.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, S.1173).

Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften gleich (§ 310 Abs. 4 S. 3 BGB). Eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB von arbeitsvertraglich insgesamt in Bezug genommenen Tarifverträgen erfolgt nicht, weil sie gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur bei einer Abweichung von Rechtsvorschriften stattfindet. Tarifverträge stehen nach § 310 Abs. 4 S. 3 BGB Rechtsvorschriften i.S.v. § 307 Abs. 3 BGB gleich. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, durch welche Regelungstechnik der betreffende Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, dass der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis in seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich erfasst (BAG vom 27.06.2018 - 10 AZR 290/17).

Beschränkt sich die Inbezugnahme dagegen auf einzelne Vorschriften eines Tarifvertrags, entfällt die durch § 310 Abs. 4 S.1 BGB erzeugte Privilegierung. Begünstigungen bei einzelnen Regelungen werden häufig um den Preis von Benachteiligungen durch andere Vorschriften erwirkt. Erst die Gesamtheit der Regelungen eines Tarifvertrags begründet grundsätzlich die Vermutung, dass dieser die divergierenden Interessen angemessen ausgleicht. Der Tarifvertrag muss einschränkungslos und grundsätzlich in seiner Gesamtheit auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Einzelvertragliche Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers sind dabei unschädlich (BAG vom 27.06.2018 - 10 AZR 290/17). Ob dies auch gilt, wenn (nur) abgrenzbare Teilkomplexe tarifvertraglicher Regelungen vollständig übernommen wurden, ist umstritten und bisher durch das BAG nicht entschieden.

Formularklauseln dürfen aufgrund der Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB

- den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen benachteiligen, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB,
- das sog. Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht verletzen und
- nicht gegen die (konkreten) Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB verstoßen.

Die Inhaltskontrolle schafft lediglich einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Klauselverwender, im Arbeitsverhältnis also regelmäßig durch den Arbeitgeber. Sie dient dagegen nicht dem Schutz des Klauselverwenders von den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmunen (BAG v. 27.10.2005 - 8 AZR 3/05).

Wenn eine Klausel den Arbeitnehmer als Vertragspartner des Verwenders (Arbeitgebers) unangemessen benachteiligt, kann sich der Arbeitgeber hierauf nicht mit Erfolg berufen (LAG Rheinland-Pfalz vom 03.05.2018 - 4 Sa 396/17).

4.3.5 Unangemessene Benachteiligung

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenswerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird (BAG vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, BB 2006, S.829).

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Das dispositive Gesetzesrecht ist hier Leitbild der Inhaltskontrolle (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 35, Rdn. 44a). Je weiter sich AGB vom gesetzlichen Leitbild entfernen, desto größer ist die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung.

Schränkt eine Bestimmung wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben gegenüber einer Vertragspartei so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, kann ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen.

4.3.6 Transparenzgebot

Wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot ist eine Klausel unwirksam, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Transparenzgebot soll den Arbeitnehmer davor schützen, dass er von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (BAG vom 01.09.2010 – 5 AZR 517/09, BB 2011, S.61). Das Transparenzgebot verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel so genau beschrieben werden, dass für den Arbeitnehmer keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (BAG vom 31.08.2005 – 5 AZR 545/04, BB 2006, S.443).

Die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders (Arbeitgebers) sind daher – im Rahmen des rechtlich möglichen und tatsächlich zumutbaren – so klar und präzise wie möglich zu umschreiben (BAG vom 28.05.2009 – 8 AZR 896/07, BB 2010, S.447).

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nicht allein deshalb intransparent, weil sie nicht in der Muttersprache des Vertragspartners gefasst sind. Wer sich auf einen Arbeitsvertrag in fremder Sprache einlässt, trägt grundsätzlich auch das Sprachrisiko (BAG vom 19.03.2014 - 5 AZR 252/12, DB 2014, S.1623).

Für die Prüfung der Transparenz einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingung ist allein auf die Gesetzeslage bei Vertragsschluss abzustellen. Ist eine Klausel bei Vertragsschluss transparent, verliert sie ihre Wirksamkeit nicht, wenn spätere Gesetzesänderungen zu ihrer Intransparenz führen.

4.3.7 Spezielle Klauselverbote, §§ 308 und 309 BGB

Die §§ 308 und 309 BGB enthalten spezielle Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit. Sie spielen in Arbeitsverträgen nur eine untergeordnete Rolle. Darüber hinaus sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 bei ihrer Anwendung auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.

So ist etwa – trotz des Verbots in § 309 Nr. 6 BGB - die Vereinbarung von Vertragsstrafen in Formulararbeitsverträgen anerkannt. Wegen der fehlenden Erzwingbarkeit der Arbeitsleistung müssten unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts Vertragsstrafenabreden in Arbeitsverträgen grundsätzlich zulässig sein, z.B. für den Fall, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht antritt oder vor Ablauf der Kündigungsfrist die weitere Arbeitsleistung verweigert (BAG vom 04.03.2004 – 8 AZR 169/03, DB 2004, S.1784).

Hält eine Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand, ist die Klausel gem. §§ 307 Abs. 1, 308, 309 BGB unwirksam, der Vertrag im Übrigen bleibt unberührt, § 306 Abs. 1 BGB. Die unwirksame Klausel wird nicht auf den mit §§ 305 ff. BGB vereinbaren Teil reduziert (Palandt, BGB, Rdn. 6 zu § 306 BGB).

Ausnahmsweise kann eine unwirksame AGB teilweise aufrechterhalten werden, wenn sie in einen zulässigen und in einen unzulässigen Teil so aufgespalten werden kann, dass der wirksame Teil für sich eine verständliche und sinnvolle Regelung darstellt (auch als "blue-pencil"-Test bezeichnet; BAG vom 12.03.2008 - 10 AZR 152/07, DB 2008, S.1272; BGH vom 11.05.2005 – IV ZR 25/04, NJW-RR 2005, S.1189).

4.4 Anwendung tariflicher Regelungen auf das Arbeitsverhältnis

Die Normen eines Tarifvertrages gelten nach § 4 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Auch ohne beiderseitige, kongruente Tarifbindung ist ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis zwingend anzuwenden, wenn er gem. § 5 TVG durch das Bundesministerium für Arbeit und

Soziales für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Dann sind alle Arbeitsverhältnisse im räumlichen, zeitlichen, betrieblichen, fachlichen und örtlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages dem normativen Teil eines Tarifvertrages unterworfen, auch wenn die Parteien des betroffenen Arbeitsverhältnisses ansonsten nicht tarifgebunden sind. Dies gilt unabhängig von der Kenntnis des Tarifvertrages.

Alternativ können die Arbeitsvertragsparteien den Tarifvertrag auch zum Gegenstand ihres Arbeitsvertrages machen, d. h. diesen in den Arbeitsvertrag einbeziehen.

4.4.1 Beiderseitige kongruente Tarifbindung, § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG

Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln, gelten nach § 4 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) unmittelbar und zwingend zwischen allen beiderseits Tarifgebundenen, wenn das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, betrieblichen, persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des Tarifvertrages fällt.

Tarifgebunden sind nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, also der Arbeitgeber, der Mitglied im Arbeitgeberverband ist und auf Arbeitnehmerseite das Gewerkschaftsmitglied. Der Arbeitgeber ist auch selbst Tarifvertragspartei und kann deshalb einen Firmentarifvertrag mit einer Gewerkschaft abschließen (oder auch dazu gezwungen werden, z. B. durch Streik). Die Tarifbindung muss zu den jeweiligen Verbänden bestehen, die den konkreten Tarifvertrag abgeschlossen haben. Insbesondere auf Arbeitnehmerseite setzt dies voraus, dass die Mitgliedschaft in der "richtigen" Gewerkschaft besteht.

Ist schon der Arbeitgeber nicht Mitglied im Arbeitgeberverband (die Mitgliedschaft ist überwiegend freiwillig), ist ein Tarifvertrag grundsätzlich nicht nach §§ 3, 4 TVG zwingend auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, soweit dieser nicht allgemeinverbindlich ist. Bei einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband muss die unmittelbare und zwingende Wirkung für jedes Arbeitsverhältnis gesondert festgestellt werden. Nur die Gewerkschaftsmitglieder haben Anspruch auf die tariflichen Regelungen.

Regelungen eines Tarifvertrages sind daher nur bei beiderseitiger kongruenter Tarifbindung zwingend.

Nach wohl herrschender Meinung stellen **Kurzarbeitsklauseln** in Tarifverträgen **solche Betriebsnormen** im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG dar und gelten daher für alle vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer eines Betriebes, sobald der **Arbeitgeber tarifgebunden**, d. h. Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 47, Rn. 4). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber einheitlich, d. h. auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern Kurzarbeit rechtswirksam auf Grundlage der Tarifnormen einführen kann.

4.4.2 Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG

Unabhängig von einer Tarifbindung erfassen die Rechtsnormen eines Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wenn der Tarifvertrag durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärt wurde (§ 5 Abs. 4 TVG).

Ist ein Tarifvertrag allgemeinverbindlich, wirkt dieser zwingend auf das Arbeitsverhältnis, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber Mitglied im Arbeitgeberverband und der Arbeitnehmer Mitglied in der Gewerkschaft ist.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales stellt ein ständig aktualisiertes "Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge" auf seinen Internetseiten zur Verfügung.

Zu beachten ist, dass der Allgemeinverbindlichkeit immer nur konkrete Tarifverträge, in der Regel aber nicht ganze Tarifwerke (Rahmentarifvertrag, Entgeltrahmentarifvertrag, Entgelttarifvertrag, Tarifvertrag über Vermögenswirksame Leistungen, Tarifvertrag über Altersversorgung, etc.) unterliegen.

Treffen die Tarifvertragsparteien Regelungen zur Kurzarbeit, werden sich diese regelmäßig im Manteltarifvertrag befinden, sodass es auf dessen Allgemeinverbindlichkeit ankommt.

4.4.3 Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag

Den Arbeitsvertragsparteien steht es aufgrund der zivilrechtlichen Vertragsautonomie frei, auch ohne unmittelbare und zwingende Wirkung (aufgrund Allgemeinverbindlichkeit oder kongruenter Tarifbindung), einen Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Hierzu kann der Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug genommen werden (z. B. "Es gelten die Bestimmungen des Tarifvertrages XY in seiner jeweils geltenden Fassung (...)").

Der Arbeitgeber erspart sich in diesem Fall sozusagen "die Arbeit", den Tarifvertrag abzuschreiben. Die Arbeitsbedingungen, insbesondere die Vergütung aus dem Tarifvertrag, stellen dann arbeitsvertragliche Regelungen dar.

Zu unterscheiden ist zwischen einer deklaratorischen (bei Tarifgebundenheit der Parteien) und einer konstitutiven Bezugnahme (ohne Bezugnahme findet kein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung).

Des Weiteren kann eine Bezugnahmeklausel statisch, halbdynamisch oder volldynamisch ausgestaltet sein. Wenn ein genau definierter Tarifvertrag in Bezug genommen wird, liegt eine statische Bezugnahme vor. Eine solche ist halbdynamisch, wenn auf den jeweils im fachlichen Geltungsbereich zeitlich geltenden Tarifvertrag verwiesen wird. Schließlich ist die Bezugnahme volldynamisch, wenn eine Verweisung auf den jeweils für den Betrieb geltenden Tarifvertrag gegeben ist.

Die Arbeitsvertragsparteien können im Arbeitsvertrag grundsätzlich auch unwirksame Tarifverträge in Bezug nehmen. Die Wirksamkeit der individualrechtlichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag hängt grundsätzlich nicht von dessen Wirksamkeit ab. Etwas Anderes gelte nur dann, wenn besondere Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, die Arbeitsvertragsparteien wollten den Tarifvertrag nur für den Fall seiner Wirksamkeit in Bezug nehmen. Solche Anhaltspunkte sind beispielsweise gegeben, wenn nur mit einer Bezugnahme auf einen wirksamen Tarifvertrag deren Zweck – wie etwa das Abweichen vom Gebot der Gleichbehandlung nach § 9 Nr. 2 AÜG – erreicht werden kann (BAG vom 30.08.2017 - 4 AZR 443/15).

Enthält ein Formulararbeitsvertrag, der pauschal auf einen Tarifvertrag Bezug nimmt, eine ausdrückliche Regelung, die von einer tariflichen Bestimmung abweicht, hat die von der Tarifvorschrift abweichende Regelung grundsätzlich Vorrang (BAG vom 20.01.2015 - 9 AZR 585/13, DB 2015, S.1415).

Eine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht (siehe ausführlich, Ziffer 4.3.4) von arbeitsvertraglich insgesamt in Bezug genommenen Tarifverträgen erfolgt nicht, weil sie gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur bei einer Abweichung von Rechtsvorschriften stattfindet. Tarifverträge stehen nach § 310 Abs. 4 S. 3 BGB Rechtsvorschriften i.S.v. § 307 Abs. 3 BGB gleich. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, durch welche Regelungstechnik der betreffende Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, dass der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis in seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich erfasst (BAG vom 27.06.2018 - 10 AZR 290/17).

Beschränkt sich die Inbezugnahme dagegen auf einzelne Vorschriften eines Tarifvertrags, entfällt die durch § 310 Abs. 4 S.1 BGB erzeugte Privilegierung. Begünstigungen bei einzelnen Regelungen werden häufig um den Preis von Benachteiligungen durch andere Vorschriften erwirkt. Erst die Gesamtheit der Regelungen eines Tarifvertrags begründet grundsätzlich die Vermutung, dass dieser die divergierenden Interessen angemessen ausgleicht. Der Tarifvertrag muss einschränkungslos und grundsätzlich in seiner Gesamtheit auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Einzelvertragliche Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers sind dabei unschädlich (BAG vom 27.06.2018 - 10 AZR 290/17).

Ob dies auch gilt, wenn (nur) abgrenzbare Teilkomplexe tarifvertraglicher Regelungen, z.B. die gesamten Regelungen zur Kurzarbeit, vollständig übernommen werden, ist umstritten und bisher durch das BAG nicht entschieden.

4.5 Diskriminierungsverbot - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Der aus Art. 3 GG abgeleitete **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln. Damit verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz eine sachfremde Gruppenbildung und die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe (BAG vom 21.09.2011 - 5 AZR 520/10).

Die Frage der Ungleichbehandlung kann sich u.a. bei der Veränderung der Arbeitsbedingungen durch neue Arbeitsverträge stellen, wenn Vergünstigungen, wie etwa ein höherer Urlaubsanspruch von der Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrages abhängig gemacht werden.

Nach Ansicht des LAG Rheinland-Pfalz liegt bei solchen Konstellationen grundsätzlich keine Ungleichbehandlung vor. Bietet der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge an, sei die Teilung der Belegschaft in eine Gruppe, die das Angebot des Arbeitgebers annehmen (und damit z.B. den erhöhten Urlaubsanspruch erhalten) und in eine solche, die es ablehnen, unabhängig vom Willen des Arbeitgebers durch die Entscheidung jedes einzelnen Arbeitnehmers für oder gegen den Abschluss des neuen Arbeitsvertrages erfolgt. Der Gewährung von zusätzlichen Leistungen nur an die Arbeitnehmer, die das Vertragsangebot angenommen hätten, läge deshalb keine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers zugrunde. Der Arbeitgeber komme lediglich seiner vertraglichen Verpflichtung aus den neuen Arbeitsverträgen nach. Die bloße Vertragserfüllung sei keine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers und damit könne bereits dem Grunde nach keine Ungleichbehandlung vorliegen (LAG Rheinland-Pfalz vom 07.06.2018 - 5 Sa 459/17).

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Nach § 7 AGG dürfen Beschäftigte, insbesondere also Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, nicht wegen eines in § 1 AGG geschützten Grundes benachteiligt werden.

Das AGG soll Diskriminierungen aus Gründen

- der Rasse oder der ethnischen Herkunft,
- des Geschlechts,
- der Religion oder Weltanschauung,
- einer Behinderung,
- des Alters oder
- der sexuellen Identität

verhindern oder beseitigen.

Im arbeitsrechtlichen Bereich spielt das AGG insbesondere eine Rolle für

- die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg,
- die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen.

Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot führen dazu, dass entsprechende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag unwirksam sind (§ 7 Abs. 2 AGG). Darüber hinaus steht dem Mitarbeiter ein Beschwerderecht zu (§ 13 AGG), wenn es im laufenden Beschäftigungsverhältnis zu Benachteiligungen kommt.

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 15 Abs. 1 AGG).

Enthält ein Arbeitsvertrag Bestimmungen, die gegen die Diskriminierungsverbote aus dem AGG verstoßen, kann der Arbeitnehmer deshalb die für ihn günstigste Leistung beanspruchen.

4.6 Direktionsrecht des Arbeitgebers

Wegen der Natur des Arbeitsverhältnisses kann die vom Arbeitnehmer konkret zu erbringende Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben werden. Nach § 106 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO) obliegt es daher dem Arbeitgeber, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen in den Grenzen der arbeitsvertraglichen Regelungen und unter Beachtung ggf. anwendbarer Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge sowie der gesetzlichen Vorschriften näher zu bestimmen (BAG vom 19.05.2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, S.1119). Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erstreckt darüber hinaus auf eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten, deren Erfüllung unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 45, Rdn. 13b).

Die Weisungen des Arbeitgebers müssen stets unter Ausübung billigen Ermessens erfolgen. Dies verlangt vom Arbeitgeber eine Abwägung der wechselseitigen berechtigten Interessen, ggf. unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen. Soweit keine vorzugswürdigen betrieblichen Interessen oder berechtigte Belange anderer Arbeitnehmer entgegenstehen, hat der Arbeitgeber insbesondere auf schutzwürdige familiäre Belange des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

Ob sich die Anweisung des Arbeitgebers in den Grenzen seines Weisungsrechts hält und billigem Ermessen entspricht, ist gerichtlich überprüfbar.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers reicht nur soweit, als keine Konkretisierung der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag enthalten ist. Wurde im Arbeitsvertrag etwa der Hauptsitz des Arbeitgebers an einem bestimmten Ort als Arbeitsplatz festgelegt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht durch einseitige Weisung an die Niederlassung in einem anderen Ort versetzen (sofern keine Versetzungsklausel enthalten ist, vgl. § 1 Abs. 3 im Mustervertrag).

Möchte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotzdem in die Niederlassung entsenden, muss er eine Änderungskündigung aussprechen. Diese beendet das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Inhalt und bietet dem Arbeitnehmer gleichzeitig ein neues Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen an. Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot nicht an, wird das Arbeitsverhältnis beendet. Der Arbeitnehmer ist berechtigt, das geänderte Angebot unter dem Vorbehalt der Sozialverträglichkeit der Änderungen anzunehmen.

Sowohl die in der Änderungskündigung enthaltene Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses als auch die geänderten Bedingungen unterliegen im vollen Umfang der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen einer Kündigungsschutzklage. Sind im Unternehmen regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer (ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten) beschäftigt, muss die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt im Sinne der §§ 2, 1 Abs. 2 u. 3 KSchG sein.

Nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst sind die Höhe des Entgelts und der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung.

Ohne entsprechende vertragliche Regelung kann der Arbeitgeber daher nicht im Rahmen der Kurzarbeit allein auf Basis des Direktionsrechts die Arbeitszeit (und damit das Entgelt des Arbeitnehmers) verkürzen. Unter den Voraussetzungen des § 106 GewO kann nur die Lage der Arbeitszeit, nicht jedoch auch deren Umfang verändert werden (BAG vom 17.01.1995 – 1 AZR 283/94; BAG vom 06.12.2008 – 9 AZR 164/08, Rn. 33).

5. Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit, insbesondere die Voraussetzungen, sind in den §§ 95 ff. SGB III geregelt.

Besteht eine wirksame Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit (aus Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Regelung, siehe Ziffer 3.), reduziert sich das Brutto-Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der verkürzten Arbeitszeit. Das Kurzarbeitergeld soll diese Rechtsfolge für den Arbeitnehmer abfedern und einen teilweisen Ausgleich der Vergütungseinbuße bieten.

Das Kurzarbeitergeld stellt einen originären Anspruch des Arbeitnehmers dar. Er selbst ist Anspruchsberechtigter der Leistungen. Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, den als Leistungsvoraussetzung notwendigen Antrag zu stellen. Antragsberechtigt sind nur die in § 323 Abs. 2 SGB III Genannten (Arbeitgeber und Betriebsrat). Der Arbeitnehmer selbst ist weder anzeige- noch antragsberechtigt.

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber jedoch verpflichtet, die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes zu schaffen, insbesondere den Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld (rechtzeitig) zu stellen. Die schuldhafte Verletzung der Anzeige nach § 99 SGB III durch den Arbeitgeber sowie dessen Antragsstellung außerhalb der Ausschlussfrist des § 325 Abs. 3 SGB III können zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers nach § 280 Abs. 1 BGB führen.

Arbeitnehmer haben nach § 95 SGB III Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

- ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,
- die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,
- die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und
- der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist.

Für das konjunkturelle Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III darf als Negativvoraussetzung kein Fall des Saison-Kurzarbeitergeldes nach § 101 SGB III vorliegen (§ 95 Satz 2 SGB III).

Als zusätzliche Voraussetzung muss ein Antrag durch den Arbeitgeber oder den Betriebsrat nach § 323 Abs. 2 SGB III innerhalb der Ausschlussfrist des § 325 Abs. 3 SGB III gestellt worden sein.

5.1 Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall (§§ 95 Satz 1 Nr. 1, 96 SGB III)

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt nach § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III zunächst das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall voraus. Wann der Arbeitsausfall erheblich ist, regelt grundsätzlich § 96 SGB III. Für das Saison-Kurzarbeitergeld gilt eine Sonderregelung in § 101 Abs. 5 SGB III.

Ein **Entgeltausfall** liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber Kurzarbeit auf Basis einer wirksamen Rechtsgrundlage, z. B. in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Absprache, und – sofern im Betrieb ein Betriebsrat gewählt wurde – unter Beachtung dessen Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG eingeführt

hat (siehe hierzu ausführlich Ziffer 3.) In diesem Fall reduziert sich das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der Verkürzung der Arbeitszeit.

Anderenfalls behält der Arbeitnehmer trotz Verkürzung der Arbeitszeit nach § 615 BGB den Anspruch auf seine (volle) Vergütung, obwohl der Arbeitgeber die Arbeitszeit verkürzt (siehe ausführlich, Ziffer 2.2). In diesem Fall würde auch eine Grundvoraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes, "erheblicher Arbeitsausfall **mit Entgeltausfall**" fehlen, sodass gegebenenfalls auch ein gewähltes Kurzarbeitergeld zurückgefordert werden könnte.

Im Einzelfall können z. B. tarifvertragliche Regelungen oder Betriebsvereinbarungen abweichende Vergütungsregelungen vorsehen, die dem Arbeitnehmer z. B. einen Aufstockungsbetrag zum gekürzten Brutto-Arbeitsentgelt oder eine Mindestvergütung gewähren.

Nach § 96 SGB III **ist ein Arbeitsausfall erheblich**, wenn

- er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht,
- er vorübergehend ist,
- er nicht vermeidbar ist und
- im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist. Bei den Berechnungen sind Auszubildende nicht mitzuzählen (§ 96 Abs. 1 Satz 2 SGB III).

Der Entgeltausfall im Sinne der §§ 95 Satz 1 Nr. 1, 96 Abs. 1 SGB III kann auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts des Arbeitnehmers betragen (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Halbsatz SGB III).

5.1.1 Gründe für den Arbeitsausfall

Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III ist ein Arbeitsausfall (nur dann) erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht oder wenn er durch eine Veränderung der betrieblichen Strukturen verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist (§ 96 Abs. 2 SGB III).

Wirtschaftliche Ursachen

Der Begriff "wirtschaftliche Ursachen" ist umfassend und schließt alle Arbeitsausfälle ein, die sich aus der Gesamtheit der laufenden Produktions- und Konjunkturvorgänge, den Veränderungen des Wirtschaftskreislaufes und damit aus der Teilnahme des Betriebs am Wirtschaftsleben ergeben (BSG vom 21.06.2018 – B 11 AL 4/17 R).

Wirtschaftliche Ursachen sind dabei alle Störungen im Wirtschaftskreislauf, insbesondere Konjunkturschwankungen, Auftragsmangel oder Absatzschwierigkeiten. Hierzu zählt grundsätzlich auch ein Arbeitsausfall, der durch eine mittelbare arbeitskampfbedingte Störung des Betriebsablaufs verursacht wird (BAG vom 20.07.1982 – 1 AZR 404/80). Wirtschaftliche Ursachen für einen Arbeitsausfall liegen hingegen nicht vor, wenn dieser wesentlich darauf beruht, dass ein Produkt aus der Mode kommt (BSG vom 15.12.2005 – B 7a AL 10/05 R).

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts muss eine Betriebsleitung auf Veränderungen der Verkaufbarkeit von Erzeugnissen reagieren bzw. mit neuen Produkten antworten. Das Betriebs- und Geschäftsrisiko kann nicht auf Dauer auf die Allgemeinheit durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld verlagert werden. Dementsprechend wären "Managementfehler" und "wirtschaftliche Fehleinschätzungen" als typischerweise betriebsspezifisch verursachte Ursachen anzusehen, die gerade nicht auf der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung beruhen.

Das Merkmal "wirtschaftliche Gründe" enthält im Wesentlichen die Abgrenzung zu betriebsspezifischen Gründen, die der allgemeinen Risikosphäre des Arbeitgebers zuzuordnen sind und damit nicht den Bezug von Kurzarbeitergeld rechtfertigen.

Auch eine **krisenhafte Situation**, wie im Zusammenhang mit dem Corona-Virus kann zu wirtschaftlichen Ursachen für einen Arbeitsausfall führen, beispielsweise durch die Absage verschiedener Messen und Großveranstaltungen, durch ein eingeschränktes Reiseverhalten oder bei Unterbrechungen der Lieferketten, zum Beispiel aus China oder Italien.

Die wirtschaftlichen Gründe müssen nicht die ausschließliche, aber zumindest die wesentliche oder überwiegende Ursache für den Arbeitsausfall sein (BSG vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R).

Die Frage nach der wesentlichen Ursache für den Arbeitsausfall stellt sich immer dann, wenn auch andere als wirtschaftliche Gründe für den Arbeitsausfall, d. h. für dessen Entstehung und dessen Umfang ursächlich sind. Liegen neben wirtschaftlichen Ursachen weitere in § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und Abs. 3 SGB III genannte Ursachen vor (betriebliche Strukturveränderung, unabwendbares Ereignis), sind diese unbeachtlich (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.1, Abs. 2 (96.4)).

Ein Arbeitsausfall beruht auch dann auf wirtschaftlichen Gründen, wenn er durch eine **Veränderung der betrieblichen Strukturen** verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist (§ 96 Abs. 2 SGB III).

Die betriebliche Strukturveränderung muss auf einer allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung beruhen, die von außen auf den Betrieb einwirkt, auf deren Eintritt der Betrieb also 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 oder strukturelle Störungen der Gesamtwirtschaftslage (BSG vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R).

Eine Strukturveränderung kann in der Umstellung auf ein neues Produkt, durch Erweiterung oder Einschränkung der Fertigung, als auch durch innerbetriebliche Umorganisation verursacht werden. Wird die betriebliche Strukturveränderung durch betriebsorganisatorische Maßnahmen bewirkt, so ist der Ausschlusstatbestand in § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 SGB III (Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls) dann nicht anzuwenden, wenn die Strukturveränderung eine Folge der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung ist; denn es liegen dann nicht ausschließlich betriebsorganisatorische Gründe vor (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.2, Abs. 2 (96.10)).

Unabwendbares Ereignis

Unter einem unabwendbaren Ereignis im Sinne von § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III ist allgemein ein Ereignis zu verstehen, das unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu beurteilenden Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren, noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist. Hierunter fallen auch solche Vorkommnisse, die auf menschlicher Tätigkeit beruhen oder mitberuhen, für die aber jede Verantwortlichkeit des davon Betroffenen vernünftigerweise abzulehnen ist.

Ein unabwendbares Ereignis wäre z. B. im Falle eines Fabrikbrandes gegeben, der durch einen Blitzschlag verursacht wurde. Entsteht der Brand dagegen, weil z. B. der Arbeitgeber Sicherheitsvorschriften nicht eingehalten hat, so läge kein unabwendbares Ereignis vor. Ein unabwendbares Ereignis wäre aber gegeben, wenn es Beschäftigte des Arbeitgebers schuldhaft herbeigeführt haben (BSG vom 21.06.1977 – 7 RAr 7/76).

Der Arbeitsausfall muss grundsätzlich unmittelbar auf dem unabwendbaren Ereignis beruhen. Eine mittelbare Abhängigkeit genügt nicht.

Beispiel:

Beim Arbeitgeber tritt ein akuter Arbeitsmangel ein, weil dessen größter Kunde aufgrund eines Hochwassers vorübergehend keine Aufträge mehr an den Arbeitgeber erteilt. Das unabwendbare Ereignis beim Kunden stellt kein unmittelbares unabwendbares Ereignis beim Arbeitgeber dar.

Im vorliegenden Fall können aber wirtschaftliche Ursachen vorliegen, wobei zu prüfen wäre, inwieweit diese vermeidbar waren.

Zumindest nach bisheriger Rechtsprechung stellt eine schwerwiegende Erkrankung des Arbeitgebers (z.B. in einer Arztpraxis), die eine Fortführung der Arbeit der dort Beschäftigten nicht zulässt, kein unabwendbares Ereignis dar (BSG vom 11.12.2014 – B 11 AL 3/14 R). Hier soll es dem Arbeitgeber obliegen, Vorsorgemaßnahmen für solche Situationen zu treffen. Ob diese Rechtsprechung auch im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie uneingeschränkt aufrechterhalten bleibt, muss abgewartet werden.

Nach § 96 Abs. 3 SGB III liegt ein unabwendbares Ereignis insbesondere dann vor, wenn ein Arbeitsausfall auf ungewöhnlichen, von dem üblichen Witterungsverlauf abweichenden **Witterungsverhältnissen** beruht.

Zu den Witterungsverhältnissen, die nach § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB III **kein** unabwendbares Ereignis darstellen, gehören vor allem solche Arbeitsausfälle, die in den Wintermonaten eintreten und unmittelbar oder mittelbar durch einen normalen Witterungsverlauf verursacht sind. Ein Arbeitsausfall beruht dagegen insbesondere dann auf einem unabwendbaren Ereignis, wenn er unter Berücksichtigung der regionalen klimatischen Gegebenheit durch außergewöhnliche, dem üblichen Wetterverlauf nicht entsprechende Witterungsverhältnisse verursacht ist (z. B. langanhaltender strenger Frost, hohe Schneelage oder Hochwasser).

Ein unabwendbares Ereignis liegt auch vor, wenn ein Arbeitsausfall durch **behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen** verursacht ist, die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind (§ 96 Abs. 3 Satz 2 SGB III). Wird die Stilllegung des Betriebes zum Schutz für Umwelt oder Bevölkerung aufgrund der betriebsspezifischen Gefährlichkeit behördlich angeordnet (z. B. Atomanlagen, chemische Betriebe), können durch die Verwendung riskanter Technologien bedingte Produktionsausfälle möglicherweise dem betriebsspezifischen Betriebsrisiko zuzuordnen sein.

Wenn Arbeitnehmer **aus anderen Gründen**, z. B. infolge ungünstiger Witterung, Straßensperren oder Fahrverboten bei Smogalarm, ihren Arbeitsplatz nicht erreichen, die Fortführung der Arbeit im Betrieb aber möglich ist, fällt die Arbeit nicht aus den in § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III genannten Gründen aus. Ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht selbst dann nicht, wenn aufgrund des "objektiven Leistungshindernisses" keine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 616 BGB besteht und für die Ausfallstunden deshalb kein Arbeitsentgelt gezahlt wird.

Hinweis: Nach § 616 BGB behält der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Arbeitsvergütung, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird. Solche Gründe in der Person des Arbeitnehmers können z. B. die Pflege eines nahen Angehörigen oder die Geburt eines eigenen Kindes sein. Objektive Ursachen, wie etwa Stau oder starker Schneefall, begründen dagegen keinen Anspruch auf Vergütungsfortzahlung nach § 616 BGB.

5.1.2 Vorübergehender Arbeitsausfall

Ein Arbeitsausfall, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, ist nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III dann erheblich, wenn er vorübergehend ist.

Ein vorübergehender Arbeitsausfall liegt dann vor, wenn sich aus den Gesamtumständen des Einzelfalles ergibt, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit wieder mit dem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist.

Der Gesetzgeber regelt nicht die Länge des Prognosezeitraums. Die Rechtsprechung und die Arbeitsverwaltung gehen davon aus, dass ein Zeitraum, der die in § 104 Abs. 1 SGB III geregelte maximale Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes nicht überschreitet, noch als vorübergehend anzusehen ist (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.5 Abs. 1 (96.19); BSG vom 17.05.1983 – 7 RAr 13/82).

Wurde die Bezugsdauer in der Vergangenheit durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III verlängert, war nach Ansicht der Arbeitsverwaltung stets dieser längere Zeitraum für die Prognose heranzuziehen.

Obwohl bei strukturell bedingter Kurzarbeit im Sinne des § 96 Abs. 2 SGB III regelmäßig dauerhafte Verschiebungen des wirtschaftlichen Kräftegleichgewichts vorliegen werden, kann auch in diesen Fällen die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls anzuerkennen sein, wenn unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Faktoren durch den Arbeitgeber glaubhaft gemacht wird, dass innerhalb der geltenden Höchstbezugsdauer wiederum mit dem Übergang zur Vollarbeit gerechnet werden kann (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.5, Abs. 2 (96.20)).

Die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls muss zu Beginn und während der gesamten Dauer des Kurzarbeitergeldbezugs gegeben sein. Wird während des Bezugs von Kurzarbeitergeld festgestellt, dass keine Aussicht auf Beendigung der Kurzarbeit (mehr) besteht, so ist die Entscheidung über die Gewährung von Kurzarbeitergeld von diesem Zeitpunkt an nach § 48 SGB X aufzuheben.

Trifft der Arbeitgeber z.B. die unternehmerische Entscheidung, einen Betrieb oder bestimmte Betriebsteile stillzulegen (BSG vom 25.04.1991 – 11 RAr 21/89) oder eine Betriebsänderung in Form eines erheblichen Personalabbaus (§ 17 KSchG) durchzuführen, entfällt die Grundlage für die Gewährung von Kurzarbeitergeld, sobald konkrete Umsetzungsschritte, wie z.B. Ausspruch von Kündigungen oder der Abschluss von Interessenausgleichsvereinbarungen mit endgültigen Namenslisten, erfolgen (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.5, Abs. 4 (96.22)). Nicht erforderlich ist dagegen, dass jeder in der Vergangenheit vorhandene Arbeitsplatz oder sämtliche gefährdeten Arbeitsverhältnisse voraussichtlich erhalten werden können. Vielmehr genügt es, dass eine erhebliche arbeitsmarktpolitisch noch vertretbare Anzahl von Arbeitsplätzen erhalten bleibt, um das Ziel der Arbeitsplatzerhaltung zu fördern (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 5).

5.1.3 Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls

Ein Arbeitsausfall ist nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III nur dann erheblich, wenn er nicht vermeidbar ist.

5.1.3.1 Gesetzliche Fälle des vermeidbaren Arbeitsausfalls

§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III nennt explizit drei Fälle, in denen der Arbeitsausfall insbesondere vermeidbar ist.

Als vermeidbar gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III insbesondere ein Arbeitsausfall, der

- überwiegend branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruht,
- durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, oder
- durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Für die in § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III genannten Fälle beruht der Arbeitsausfall in der Regel schon nicht auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis, sodass die Gewährung des Kurzarbeitergeldes bereits mangels Erfüllung der Voraussetzung nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III ausgeschlossen ist.

Betriebsüblich in diesem Sinne ist z. B. ein Arbeitsausfall, der durch die Eigenart des Betriebs bedingt ist. Branchenüblich sind Arbeitsausfälle, die im Wirtschaftszweig des Arbeitgebers mit einer gewissen Regelmäßigkeit auftreten. Saisonbedingte Ausfallzeiten treten regelmäßig zur selben Jahreszeit auf (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6a).

§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III enthält keine erschöpfende Aufzählung der Arbeitsausfälle, die nach dem Zweck des Kurzarbeitergeldes dem normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen sind. Denkbar ist hier insbesondere der Fall von Anlaufschwierigkeiten bei Firmenneugründungen (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.7, Abs. 2 (96.31)).

Vermeidbarkeit durch Urlaubsgewährung (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III)

Der Arbeitsausfall kann durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaubs vermieden werden, soweit nicht vorrangige Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung entgegenstehen (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III).

Nach § 7 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sind bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

Die Belange des Arbeitnehmers berücksichtigt die Regelung in § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers ist der Vorrang vor einer Vermeidung des Arbeitsausfalls einzuräumen. Vom Arbeitnehmer soll nicht gefordert werden, dass ihm der Arbeitgeber entgegen seiner Urlaubsplanung Urlaub zur Vermeidung der Kurzarbeit gewährt.

Den vorrangigen Urlaubswünschen der betroffenen Arbeitnehmer dürften bereits vereinbarte **Betriebsferien** gleichstehen (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6a).

Auch in diesem Fall wird es den Arbeitnehmern nicht zuzumuten sein, die bereits geplanten Betriebsferien zu verlegen.

Umgekehrt scheidet der Anspruch auf Kurzarbeitergeld aus, wenn der Urlaub z. B. durch Eintragung in die Urlaubsliste, durch Urlaubsplan oder Betriebsferien bereits auf einen bestimmten Zeitraum festgelegt wurde und hiervon abgewichen wird, weil der Zeitraum von der Kurzarbeit erfasst wird. In diesem Fall ist vom Vorliegen eines vermeidbaren Arbeitsausfalls auszugehen.

Vermeidbarkeit bei Nutzung von im Betrieb möglichen Arbeitszeitschwankungen (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III)

Ein Arbeitsausfall gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auch dann als vermeidbar, wenn er durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Für die Frage der Vermeidbarkeit sind allein solche Regelungen zur Arbeitszeit maßgebend, von denen im Betrieb durch Vereinbarung auf betrieblicher bzw. einzelvertraglicher Ebene auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Enthält z. B. ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Tarifvertrag die Möglichkeit der Flexibilisierung der Arbeitszeit, wird diese auf das Arbeitsverhältnis aber nicht angewendet, muss die im Tarifvertrag vorgesehene Möglichkeit nicht berücksichtigt werden. Das Erfordernis der Unvermeidbarkeit verlangt von den Betriebsparteien oder den Arbeitsvertragsparteien nicht, bestehende Arbeitszeitvereinbarungen zu ändern oder solche einzuführen.

Besteht im Betrieb eine **Arbeitszeitflexibilisierung**, z. B. wenn Arbeitszeitkonten geführt werden, hat der Arbeitgeber als Voraussetzung für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes glaubhaft zu machen und darzulegen, dass alle Möglichkeiten der Flexibilisierung vor Einführung der Kurzarbeit tatsächlich ausgeschöpft wurden. Vorhandene Zeitguthaben müssen im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zunächst reduziert werden, soweit es sich nicht um geschützte Arbeitszeitguthaben handelt.

Da das Gesetz aber von "Arbeitszeitschwankungen" spricht, müssen ggf. zunächst auch Minusstunden aufgebaut werden, wenn eine solche Möglichkeit für das Arbeitsverhältnis vorgesehen ist. Beim Aufbau von Minusstunden auf dem Arbeitszeitkonto zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ist der Grundsatz der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu beachten. Eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit kann insbesondere vorliegen, wenn die kurzfristige Liquidität des Arbeitgebers durch die Maßnahme zur Vermeidung der Kurzarbeit, hier der Vorfinanzierung von Minusstunden, gefährdet ist.

Durch das "Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020 (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, abweichend von § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden zur Vermeidung von Kurzarbeit vollständig oder teilweise zu verzichten (§ 109 Abs. 5 Nr. 2 SGB III). Mit der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) wurde bis zum 31.12.2020 hiervon Gebrauch gemacht. Es müssen daher bis 31.12.2020 keinen negativen Arbeitszeitsalden aufgebaut werden.

Geschützte Arbeitszeitguthaben (§ 96 Abs. 4 Satz 3 SGB III)

Zum Schutz der besonderen Interessenlage der Arbeitnehmer werden bestimmte Arbeitszeitguthaben nach § 96 Abs. 4 Satz 3 SGB III besonders geschützt. In den dort **abschließend aufgezählten Fällen** kann von den Arbeitnehmern die Auflösung des Arbeitszeitguthabens nicht verlangt werden. Dies betrifft ein Arbeitszeitguthaben, soweit es

- vertraglich ausschließlich zur Überbrückung von Arbeitsausfällen außerhalb der Schlechtwetterzeit bestimmt ist und den Umfang von 50 Stunden nicht übersteigt,
- Wertguthaben, die ausschließlich für die in § 7c Abs. 1 SGB IV genannten Zwecke bestimmt sind (z. B. Freistellungen nach dem Pflegezeit- oder Familienpflegezeitgesetz, Elternzeit, für berufliche Qualifizierungsmaßnahmen oder für einen gleitenden Übergang bzw. die vorzeitige Inanspruchnahme eines Ruhestandes),
- zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Saison-Kurzarbeitergeld angespart worden ist und den Umfang von 150 Stunden nicht übersteigt,
- den Umfang von 10 Prozent der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit eines Arbeitnehmers übersteigt oder

- länger als ein Jahr unverändert bestanden hat.

Besteht im Betrieb eine Gleitzeitregelung (Flexibilisierungsvereinbarung ausschließlich zugunsten des Arbeitnehmers) müssen vor der Kurzarbeit angesammelte Zeitguthaben nicht zur Vermeidung bzw. 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 (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.8.6. (96.65)).

Besteht in einem Betrieb eine Vereinbarung über die Flexibilisierung der Arbeitszeit, wonach mindestens 10 % der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit zum Ausgleich eines unterschiedlichen Arbeitsanfalls eingesetzt werden können, **gilt** ein Arbeitsausfall, der im Rahmen dieser Regelung nicht mehr ausgeglichen werden kann, **als nicht vermeidbar** (§ 96 Abs. 4 Satz 4 SGB III).

5.1.3.2 Betriebliche Vorkehrungen

Ein Arbeitsausfall ist nicht vermeidbar, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern.

Um die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls sicherzustellen, hat der Betrieb vor Beginn und während des Arbeitsausfalls alles in seiner Kraft Stehende zu unternehmen, um den Arbeitsausfall zu vermindern oder zu beheben. Unterlässt es der Betrieb, geeignete und wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen durchzuführen, die den Arbeitsausfall mit Wahrscheinlichkeit abgewendet hätten, entfällt der Anspruch auf Kurzarbeitergeld (BSG vom 21.02.1991 – 7 RAr 20/90).

Zur Vermeidung des Arbeitsausfalls kommen insbesondere in Betracht

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

Dabei ist maßgeblich, was von einem sorgfältigen Unternehmer an Vorsorgemaßnahmen und ständigen Anpassungsmaßnahmen erwartet werden kann (BSG vom 15.12.2005 - B 7a AL 10/05 R).

Arbeitet der Betrieb in der Just-in-time-Produktion, kann eine Lagerproduktion als Maßnahme zur Vermeidung des Arbeitsausfalls von der Arbeitsverwaltung nicht verlangt werden. Mit einer solchen Maßnahme würde in den Betriebsablauf eingegriffen (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6).

Zur Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ist der Arbeitgeber auch nicht gezwungen, die als Leiharbeitnehmer im kurzarbeitenden Betrieb beschäftigten Mitarbeiter freizusetzen oder befristete Beschäftigungsverhältnisse auslaufen zu lassen.

Anzeichen für eine Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls können insbesondere sein, dass

- Kurzarbeit eingeführt wird, um eine Vorratsstreckung (z. B. an Rohstoffen) zu erreichen;

- die Preis- oder Lohnentwicklung abgewartet werden soll;
- mehrfach von verschiedenen Auftraggebern Lieferungen beanstandet wurden oder Lieferungen nicht termingemäß erfolgen und deshalb Aufträge zurückgezogen oder nicht mehr erteilt worden sind;
- bei einer Häufung von Feiertagen (z. B. zwischen Weihnachten und Neujahr) wirtschaftliche Unrentabilität (z. B. Anheizen, Anlaufzeiten für die Produktion) umgangen werden soll;
- unmittelbar vor Einführung der Kurzarbeit in nennenswertem Umfang Mehrarbeit geleistet wurde.

5.1.4 Volumen des Arbeitsausfalls

Schließlich ist ein Arbeitsausfall im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III nur dann erheblich, wenn eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern im Betrieb vom Ausfall eines bestimmten Arbeitsvolumens betroffen ist. Im jeweiligen Kalendermonat muss mindestens ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III).

Aufgrund der vom Bundessozialgericht geäußerten Zweifel, ob "Kurzarbeit Null" terminologisch noch unter den Begriff der Kurzarbeit falle, da in diesen Fällen keine Restarbeitszeit mehr gegeben sei (BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 21/09 R), hat der Gesetzgeber in der aktuellen Fassung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Klarstellung aufgenommen, wonach der Entgeltausfall auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen kann.

Durch das **"Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020** (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, abweichend von abweichend von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III den Anteil der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, die vom Entgeltausfall betroffen sein müssen, auf bis zu 10 Prozent herabzusetzen (§ 109 Abs. 5 Nr. 1 SGB III). Mit der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) wurde bis zum 31.12.2020 hiervon Gebrauch gemacht. Es müssen daher bis 31.12.2020 nur 10 % der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer im jeweiligen Kalendermonat von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein.

Bei der Berechnung des **Drittels bzw. der 10 % der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer** ist zunächst die Zahl der Arbeitnehmer festzustellen, die mindestens an einem Tag des Bezugszeitraums (Kalendermonat) die im Betriebsplan vorhandenen Arbeitsplätze besetzen (BSG vom 12.02.1980 – 7 RAr 23/79). Zu den Beschäftigten in diesem Sinne zählen auch erkrankte Mitarbeiter oder Mitarbeiter im Erholungsurlaub, geringfügig Beschäftigte, Mitarbeiterinnen im Mutterschutz und Leiharbeitnehmer (Leiharbeitnehmer sind für die Berechnung zu berücksichtigen, obwohl diese mangels Arbeitgebereigenschaft des Entleihers keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben).

Nach der ausdrücklichen Regelung in § 96 Abs. 1 Satz 2 SGB III sind bei der Bestimmung der Mitarbeiterzahl Auszubildende nicht mitzuzählen. Ebenso wenig zählen Mitarbeiter, die als Teilnehmer einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme Arbeitslosengeld erhalten und Heimarbeiter. Außer Betracht bleiben zusätzlich Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis zum Beispiel wegen Elternzeit, Pflegezeit oder eines freiwilligen Wehrdienstes ruht.

Anschließend ist festzustellen, ob mindestens ein Drittel bzw. 10% der beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoarbeitsentgelts betroffen ist. Zu berücksichtigen sind dabei zunächst Mitarbeiter, deren Arbeitszeit sich infolge der Kurzarbeit verkürzt und damit eine Entgeltreduzierung hinnehmen müssen. Zur Berechnung des Drittels zählen aber auch erkrankte und beurlaubte

Arbeitnehmer mit, wenn sie bei Anwesenheit im Betrieb von einem solchen Entgeltausfall betroffen wären. Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die zur Vermeidung des Arbeitsausfalls Zeitguthaben eingebracht haben, die aufgrund einer innerbetrieblichen Umsetzung oder eines außerbetrieblichen Verleihs nicht von einem Entgeltausfall von mehr als 10 v.H. betroffen sind, oder die im Anspruchszeitraum ausgeschieden oder eingestellt wurden, wenn infolge des Arbeitsausfalls ihr persönlicher Entgeltausfall mehr als 10 % des Bruttoarbeitsentgelts für die Dauer des Bestehens des Beschäftigungsverhältnisses betrug (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.10, Abs. 4 (96.71)).

Für die Berechnung der Entgeltdifferenz bestimmt sich das Bruttoarbeitsentgelt nach § 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III. Es umfasst das gesamte Arbeitsentgelt, ohne Berücksichtigung des Entgelts für Mehrarbeit und ist nicht auf die Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung beschränkt.

5.2 Betriebliche Voraussetzungen

Die betrieblichen Voraussetzungen im Sinn von § 95 Satz 1 Nr. 2 SGB III sind nach § 97 SGB III erfüllt, wenn in dem Betrieb mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist. Betrieb im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld ist auch eine Betriebsabteilung.

Bei der Beschäftigung muss es sich um eine **versicherungspflichtige Beschäftigung** handeln.

Für die Bestimmung des Betriebs kann der allgemeine arbeitsrechtliche **Betriebsbegriff** herangezogen werden. Danach ist Betrieb im Sinne des § 97 Abs. 1 SGB III die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Betriebsinhaber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt. Es kommt wesentlich auf das Vorhandensein einer eigenen institutionellen Leitung an, die die Durchführung der arbeitstechnischen Zwecke steuert und dabei den Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich wahrnimmt. Maßgebendes Kriterium ist die Entscheidung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.1, Abs. 1 (97.1)).

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist nur an Arbeitnehmer in Betrieben möglich, die ihren Betriebssitz im Geltungsbereich des SGB III, also in den Grenzen der Bundesrepublik Deutschland haben.

Als **Betriebsabteilung** im Sinne des § 97 Satz 2 SGB III ist die mit technischen Mitteln ausgestattete Zusammenfassung von Arbeitnehmern zu einer geschlossenen Arbeitsgruppe anzusehen, die aus sachlichen Gründen organisatorisch, insbesondere durch eine eigene technische Leitung vom übrigen Betrieb getrennt ist und einen eigenen Betriebszweck – auch Hilfszweck – verfolgt.

Eine **eigene technische Leitung** hat eine Betriebsabteilung auch dann noch, wenn diese in Personalunion mit anderen leitenden Funktionen im Betrieb wahrgenommen wird (z. B. Inhaber eines Baubetriebs leitet die Bereiche Hoch- und Tiefbau selbst), **solange die organisatorische Trennung** dieser Abteilungen besteht.

Grundsätzlich muss die Betriebsabteilung eine **bestimmte eigene Aufgabe im Sinne eines bestimmten arbeitstechnischen Zwecks** zu erfüllen haben, die sie von den anderen Betriebsabteilungen unterscheidet, wobei es genügt, dass die in dieser Betriebsabteilung vereinigte Arbeitsgruppe damit lediglich dem Hauptzweck des Betriebes dient und nur einen "Hilfszweck" verfolgt. Unter Betriebsabteilung ist somit nicht nur eine selbstständige Abteilung mit einem besonderen Betriebszweck (z. B. Buchdruckereiabteilung in einem Schokolade-verarbeitenden Betrieb), sondern auch ein Betriebsteil zu verstehen, dessen Arbeitsergebnis der Gesamtproduktion des Betriebes dient (z. B. Lackiererei eines Kraftfahrzeugherstellers, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.2, Abs. 3 (97.7)).

Eine Betriebsabteilung liegt grundsätzlich nicht vor, wenn die Arbeitsgruppe nur ganz wenige oder gar nur einen einzelnen Arbeitnehmer umfasst; diese Annahme ist jedoch im Einzelfall durch besondere Umstände widerlegbar. Das Vorliegen einer Betriebsabteilung ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil einzelne Arbeitnehmer dieser Abteilung gelegentlich in andere Abteilungen des Betriebes umgesetzt werden. Ein **ständiger Wechsel** der Arbeitnehmer spricht dagegen in der Regel gegen das Vorliegen einer Betriebsabteilung (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.2, Abs. 5 (97.9)).

5.3 Persönliche Voraussetzungen

Nach § 95 Satz 1 Nr. 3 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die persönlichen Voraussetzungen bestimmen sich nach § 98 SGB III.

Diese sind zunächst erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls

- eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt,
- aus zwingenden Gründen aufnimmt oder
- im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III).

Da der Arbeitnehmer seine versicherungspflichtige Beschäftigung "**fortsetzen**" muss, ist allgemein die **Sozialversicherungspflicht** Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld. Daher sind z. B. geringfügig Beschäftigte, Rentner, Werkstudenten – die unter das sozialversicherungsrechtliche "Werkstudentenprivileg" (für weitere Details zum sog. Werkstudentenprivileg siehe auch Expertise "Werkstudent") fallen – oder beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer vom persönlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen.

§ 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III ergänzt die persönlichen Voraussetzungen dahingehend, dass das Arbeitsverhältnis während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst ist. Bei Kündigung und Aufhebungsvertrag kann sich die mit dem Kurzarbeitergeld verfolgte arbeitsmarktpolitische Zielsetzung der Erhaltung des Beschäftigungsverhältnisses nicht (mehr) verwirklichen.

Bei einer Kündigung entfällt das Kurzarbeitergeld am Tag nach der Übergabe des Kündigungsschreibens bzw. drei Tage nach Absendung des Kündigungsschreibens per Brief (wobei der Tag der Absendung nicht mitgerechnet wird). Bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages besteht mit dem Tag nach Unterzeichnung kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld mehr.

Endet ein Arbeitsverhältnis während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgrund einer **Befristung**, liegt kein Fall der Kündigung oder des Aufhebungsvertrages im Sinne von § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III vor. Das Kurzarbeitergeld wird (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) bis zum Ende der Befristung gewährt.

Wenn sich an eine befristete Beschäftigung eine weitere (befristete oder unbefristete) Beschäftigung nahtlos anschließt, wird die versicherungspflichtige Beschäftigung "**fortgesetzt**", sodass ebenfalls Kurzarbeitergeld gewährt werden kann.

Fortgesetzt wird auch ein ruhendes Arbeitsverhältnis, wenn Arbeitnehmer nach Beendigung des Ruhenszeitraums (z. B. längere Krankheit oder Mutterschaft) wieder in das Arbeitsverhältnis zurückkehren. Fortgesetzt wird damit auch ein wegen einer Elternzeit ruhendes Arbeitsverhältnis bei Rückkehr aus der Elternzeit. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer in Teilzeit oder Vollzeit auf den Arbeitsplatz zurückkehrt.

Ein ruhendes Arbeitsverhältnis wird also auch dann fortgesetzt, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Vereinbarung über die Elternzeit innerhalb der Elternzeit in das Beschäftigungsverhältnis durch Wiederaufnahme der

Beschäftigung in Teilzeit zurückkehrt, **soweit dies vor Beginn der Elternzeit vertraglich festgelegt wurde** (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 4.2, Abs. 5 (98.8)).

5.3.1 Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung aus zwingenden Gründen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1b SGB III)

Grundsätzlich würden sich die Feststellung eines erheblichen Arbeitsausfalls und die Einstellung neuer, bisher nicht im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer widersprechen. Dennoch wird (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) Kurzarbeitergeld gewährt, wenn ein Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung aus zwingenden Gründen aufnimmt.

Die zwingende Aufnahme einer Beschäftigung in diesem Sinne liegt immer dann vor, wenn der Arbeitgeber aufgrund gesetzlicher, betrieblicher oder vertraglicher Vorgaben zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet ist, wie etwa nach Beendigung eines Bundesfreiwilligendienstes.

Im Allgemeinen dürfte das Vorliegen zwingender Gründe auch anzunehmen sein, wenn es zur Weiterführung des Betriebes unumgänglich notwendig war, eine nicht entbehrliche Fachkraft (z. B. einen Maschinisten oder Meister) einzustellen, die aus den Reihen der Belegschaft nicht gewonnen werden konnte (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 98 SGB III, Ziffer 4.3, Abs. 1 (98.9)).

5.3.2 Aufnahme eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Anschluss an die Berufsausbildung (§ 98 Abs. 1 Nr. 1c SGB III)

Kurzarbeitergeld kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch Arbeitnehmern gewährt werden, die nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung im Anschluss an die

Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnehmen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die versicherungspflichtige (befristete oder unbefristete) Beschäftigung bei dem bisherigen Ausbildungsbetrieb oder einem anderen Arbeitgeber aufgenommen wird. Ebenso wenig ist eine Beschäftigung aus zwingenden Gründen erforderlich.

Die Arbeitsaufnahme muss "im Anschluss" an die Beendigung der Berufsausbildung erfolgen. Unschädlich sind Zeiten der Nichtbeschäftigung von geringer Dauer zwischen dem Ende des Berufsausbildungsverhältnisses und der Aufnahme der versicherungspflichtigen Beschäftigung. Die versicherungspflichtige Beschäftigung muss lediglich zeitnah aufgenommen werden (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 98 SGB III, Ziffer 4.3, Abs. 1 (98.9)).

Die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug des Kurzarbeitergeldes sind auch erfüllt, wenn der Arbeitnehmer während des Bezugs von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig erkrankt, solange Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle besteht bzw. ohne den Arbeitsausfall bestehen würde (§ 98 Abs. 2 SGB III; zu Einzelheiten bei einer Erkrankung im Zusammenhang mit der Kurzarbeit siehe Ziffer 6.5.3.).

5.3.3 Vom Bezug des Kurzarbeitergeldes ausgeschlossene Personengruppen (§ 98 Abs. 3 SGB III)

Die persönlichen Voraussetzungen sind **nicht erfüllt** und damit der Bezug von Kurzarbeitergeld ausgeschlossen, bei Arbeitnehmern

- 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,

- während des Bezugs von Krankengeld sowie
- einem Ausfall von Arbeitseinkünften im Zusammenhang mit einer Organ- oder Stammzellenspende.

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist letztlich auch für solche Personen ausgeschlossen, die bei einer Vermittlung durch die Arbeitsverwaltung nicht in der von der Agentur für Arbeit verlangten und gebotenen Weise mitwirken (§ 98 Abs. 4 Satz 1 SGB III).

Die Arbeitsagentur kann in entsprechender Anwendung von § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III eine **Sperrzeit in Bezug auf das Kurzarbeitergeld** anordnen, wenn der Arbeitnehmer im Einzelfall trotz einer Belehrung über die Rechtsfolgen eine von der Agentur für Arbeit angebotene zumutbare Beschäftigung nicht angenommen oder nicht angetreten hat, ohne für dieses Verhalten einen wichtigen Grund zu haben (§ 98 Abs. 4 Satz 3 SGB III).

5.4 Wirksame Anzeige des Arbeitsausfalls (§ 99 SGB III)

Nach § 95 Satz 1 Nr. 4 SGB III muss der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt werden. Die Anzeige richtet sich nach § 99 SGB III.

Der Arbeitsausfall ist bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Die Anzeige kann nur vom Arbeitgeber oder der Betriebsvertretung erstattet werden. Der einzelne vom Arbeitsausfall betroffene Arbeitnehmer ist nicht berechtigt, die Anzeige zu erstatten.

Nach den Vorgaben der Arbeitsverwaltung genügen für eine schriftliche Anzeige auch ein Telefax oder eine eingescannte sowie unterschriebene, per E-Mail übersandte Anzeige. Amtliche Vordrucke finden sich im Internet auf den Seiten der Bundesagentur für Arbeit unter www.arbeitsagentur.de. Zwischenzeitlich kann die Anzeige auch elektronisch über eServices erstattet werden Eine mündliche oder telefonische Anzeige erfüllt die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 99 SGB III, Ziffer 5.1, Abs. 1 (99.1)).

Wird die Anzeige durch den Arbeitgeber erstattet, ist eine **Stellungnahme der Betriebsvertretung** (z. B. Betriebsrat) beizufügen.

Fehlt die Stellungnahme der Betriebsvertretung in der Anzeige, kann diese nachgeholt werden. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts macht das Fehlen der Stellungnahme und damit der Verstoß gegen § 99 Abs. 1 Satz 3 SGB III die Anzeige des Arbeitgebers nicht unwirksam (BSG vom 30.05.1978 – 7/12 RAr 100/76).

Mit der Anzeige ist nach § 99 Abs. 1 Satz 4 SGB III glaubhaft zu machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall (§ 96 SGB III) besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld (§ 97 SGB III) erfüllt sind. Der Arbeitgeber kann sich hierzu aller Beweismittel bedienen, wobei sich die Glaubhaftmachung vom Beweis dadurch unterscheidet, dass ein geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit genügt. Die Glaubhaftmachung verlangt deshalb keine endgültige, dennoch aber eine sehr weitgehende Überzeugung der Arbeitsagentur.

Nach den allgemeinen Grundsätzen in §§ 20, 21 SGB X hat die Arbeitsagentur gegebenenfalls auch den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln.

5.4.1 Beginn des Kurzarbeitergeldbezuges

Nach § 99 Abs. 2 SGB III wird Kurzarbeitergeld frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Arbeitsausfälle, die zwar vor dem Eingang der Anzeige bei der Arbeitsagentur, jedoch noch im gleichen Kalendermonat liegen, werden (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) in die Gewährung des Kurzarbeitergeldes einbezogen.

Bei einer **verspäteten Anzeige** kommt weder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch in Frage (BSG vom 14.02.1989 – 7 RAr 18/87).

Eine Ausnahme bilden **Arbeitsausfälle infolge eines unabwendbaren Ereignisses**. Nach Ansicht der Arbeitsverwaltung ist in derartigen Fällen das Kurzarbeitergeld vom Beginn des Arbeitsausfalls an zu gewähren, wenn die Anzeige unverzüglich nach Eintritt des Ereignisses erstattet worden ist (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 99 SGB III, Ziffer 5.3, Abs. 2 (99.7)).

5.4.2 Entscheidung der Arbeitsagentur

Die zuständige Agentur für Arbeit hat dem Anzeigenden unverzüglich einen schriftlichen Bescheid darüber zu erteilen, ob aufgrund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 99 Abs. 3 SGB III).

6. Bemessung des Kurzarbeitergeldes

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach §§ 105 und 106 SGB III. Es beträgt 60 % bzw. 67 % der Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt, wobei das Soll-Entgelt und Ist-Entgelt auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag zu runden sind. Die pauschalierten Nettoentgelte werden nach § 109 Abs. 1 Nr. 1 SGB III durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales jeweils für ein Kalenderjahr in der "Verordnung über die pauschalierten Nettoentgelte für das Kurzarbeitergeld" festgelegt.

Die konkrete Berechnung des Kurzarbeitergeldes erfolgt in fünf Schritten (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 105 SGB III, Ziffer 9. (105.1) unter Verweis auf die Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 10., unter Verwendung der "Tabelle zur Berechnung des Kug" (Kug 050)):

1. Feststellung des Soll-Entgeltes,
2. Feststellung des Ist-Entgeltes,
3. Feststellung der Leistungsgruppe und des Leistungssatzes.
4. Ermittlung der rechnerischen Leistungssätze, die aus den pauschalierten Nettoentgelten für das Soll-Entgelt und für das Ist-Entgelt nach den Leistungssätzen 1 und 2 errechnet wurden und in der Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes (Kug), abgedruckt sind,
5. Ermittlung des Unterschiedsbetrages zwischen den aus der Tabelle abgelesenen rechnerischen Leistungssätzen für das Soll-Entgelt und für das Ist-Entgelt. Das Ergebnis stellt das Kurzarbeitergeld dar.

Wird das optionale Faktorverfahren zur Berechnung der Lohnsteuer für Arbeitnehmerehegatten angewendet, kann das Kug nicht anhand der Kug-Tabelle nachvollzogen werden

Nach der früheren Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit war das Kurzarbeitergeld **in vier Schritten zu berechnen**, wobei zunächst (1.) das Brutto-Soll-Entgelt und das Brutto-Ist-Entgelt jeweils für den Monat des Kurzarbeitergeld-Bezugs gebildet, auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag gerundet und dann (2.) in ein pauschaliertes Netto-Soll-Entgelt und Netto-Ist-Entgelt umgerechnet wurden. (3.) Die Differenz zwischen dem Netto-Soll-Entgelt und dem Netto-Ist- Entgelt ergab die Netto-Entgeltdifferenz aus der (4.) auf Basis des einschlägigen Leistungssatzes das konkrete Kurzarbeitergeld berechnet wurde. Dies entspricht dem gesetzlichen Rechenweg aus §§ 105, 106 und 109 SGB III. Beide Rechenwege führen natürlich zum selben Ergebnis.

6.1 Leistungssatz

Für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, beträgt das Kurzarbeitergeld 67 % der Nettoentgeltdifferenz (§ 105 Nr. 1 SGB III). Diesen höheren Leistungssatz erhalten damit alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den Familienstand, deren elektronische Lohnsteuermerkmale (ElStAM) einen Kinderfreibetrag von mindestens 0,5 ausweisen. Entscheidend ist allein die verwandtschaftliche Beziehung. Wo das Kind wohnt, ist unbeachtlich. Ergibt sich der Kinderfreibetrag nicht aus den elektronischen Lohnsteuermerkmalen, wie etwa im Fall der Lohnsteuerklassen V und VI, ist eine Bescheinigung der Arbeitsagentur nötig (§ 320 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz SGB III).

Mitarbeiter ohne unterhaltspflichtige Kinder erhalten als Kurzarbeitergeld 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum.

6.2 Pauschalierung der Nettoentgeltdifferenz

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den sich aus der Tabelle ergebenden, rechnerischen Leistungssätzen für das Soll-Entgelt und für das Ist-Entgelt.

Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall in dem Anspruchszeitraum (Kalendermonat) erzielt hätte, vermindert um Entgelt für Mehrarbeit (§ 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III).

Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile (§ 106 Abs. 1 Satz 3 SGB III).

Sowohl für die Berechnung des Soll-Entgelts als auch des Ist-Entgelts bleibt **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** außer Betracht.

6.2.1 Bestimmung des Soll-Entgelts

Soll-Entgelt im Sinne des § 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III ist das Bruttoarbeitsentgelt des Arbeitnehmers, soweit es sich um beitragspflichtige Einnahmen im Sinne von §§ 342 ff. SGB III und damit um Entgelt im Sinne der Sozialversicherung handelt.

Eine **Entgeltumwandlung** in den Durchführungswegen Direktzusage und Unterstützungskasse sowie Pensionskasse, Pensionsfonds und Direktversicherung stellt bis zu einem Betrag in Höhe von 4 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung kein Arbeitsentgelt dar (§ 1 Abs. 1 Nr. 9 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV)) und ist deshalb weder im Soll- noch im Ist-Entgelt zu berücksichtigen.

Für die Berechnung des Soll-Entgelts (und theoretisch auch des Ist-Entgelts) ist nur das beitragspflichtige Entgelt heranzuziehen, d. h. es ist die jeweilige **Beitragsbemessungsgrenze** in der Rentenversicherung zu berücksichtigen. Beitragsfreie Entgeltbestandteile bleiben ebenfalls außen vor.

Da für die Berechnung des Kurzarbeitergeldes immer der "Bezugszeitraum", also der jeweils aktuelle Kalendermonat zu beachten ist, bleibt bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz (anders als z. B. für die Berechnung des Arbeitslosengeldes) **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** (wie z. B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Jahresprämien, Tantieme, etc.) außen vor (§ 106 Abs. 1 Satz 4 SGB III).

Sachbezüge sind mit dem Wert zu berücksichtigen, der sich aus der Sachbezugsverordnung ergibt.

Bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz nach § 106 Abs. 1 SGB III werden aufgrund von **kollektiven Beschäftigungssicherungsvereinbarungen** durchgeführte vorübergehende Änderungen der vertraglich vereinbarten

Arbeitszeit nicht berücksichtigt. Solche kollektiven Regelungen können insbesondere im Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung enthalten sein.

Nach § 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III ist bei der Berechnung des Soll-Entgelts das "**Entgelt für Mehrarbeit**" nicht zu berücksichtigen. Hierzu zählt jede Entgeltleistung, die gezahlt wird, weil Arbeit über die Arbeitszeit hinaus erbracht worden ist, die die Arbeitsvertragsparteien als die gewöhnliche und regelmäßige ansehen (BSG vom 18.02.1987 – 7 RAr 19/86). Von diesem Ausschluss werden sowohl die für die Mehrarbeit geleistete Grundvergütung als auch etwaige Zuschläge erfasst. Zuschläge für Überstunden, die nicht für die tatsächlich geleistete Mehrarbeit im Anspruchszeitraum gezahlt werden, sondern z.B. in der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder im Urlaubsentgelt enthalten sind, sind bei der Ermittlung des Soll-Entgeltes zu berücksichtigen (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (KUG) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 106 SGB III, Ziffer 10., Abs. 8 (106.10)).

Kann das Soll-Entgelt in dem Anspruchszeitraum nicht hinreichend bestimmt festgestellt werden, sieht § 106 Abs. 4 SGB III eine **Durchschnitts- bzw. Vergleichsberechnung** vor. Dies kann z.B. bei stark schwankenden Entgelten, etwa auf Grundlage von Provisionen, der Fall sein.

Nach § 106 Abs. 4 Satz 1 SGB III ist das Soll-Entgelt nach dem Durchschnitt des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers in dem Betrieb in den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn des Arbeitsausfalls zu bestimmen. Auch hierfür wird das Entgelt für Mehrarbeit nicht berücksichtigt.

Ist selbst die Durchschnittsberechnung nicht möglich, ist für die Bestimmung der Nettoentgeltdifferenz das durchschnittliche Soll-Entgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers heranzuziehen (§ 106 Abs. 4 Satz 2 SGB III).

Von der Regelung in § 106 Abs. 2 Satz 2 SGB III werden etwa Arbeitnehmer erfasst, die während der Kurzarbeit eine Beschäftigung im Betrieb aufnehmen (z. B. bei Übernahme von Auszubildenden) und bei denen ein Soll-Entgelt nicht festgestellt werden kann und wegen des Beginns der Beschäftigung ein Rückgriff auf einen Referenzzeitraum nicht möglich ist. Das danach ermittelte monatliche Soll-Entgelt wird für die gesamte Dauer der Kurzarbeit zugrunde gelegt, es sei denn, es treten Änderungen der Berechnungsgrundlage des Lohnes ein (Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 11.2.1).

Verändert sich das Arbeitsentgelt während des Bezugs von Kurzarbeitergeld, sind **Änderungen** nach § 106 Abs. 4 Satz 3 SGB III zu berücksichtigen, wenn und solange die Änderung auch für die Dauer der Kurzarbeit wirksam ist. Die Änderung kann sich aus persönlichen Gründen ergeben (z. B. Veränderung der Arbeitszeit) oder auch aus betrieblichen Gründen, wie etwa bei einer tariflichen Entgelterhöhung.

6.2.2 Bestimmung des Ist-Entgelts

Nach § 106 Abs. 1 Satz 3 SGB III bestimmt sich das Ist-Entgelt nach dem Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum (Kalendermonat) tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller ihm zustehenden Entgeltanteile.

Auch beim Ist-Entgelt bleibt einmalig gezahltes Entgelt außer Betracht (§ 106 Abs. 1 Satz 4 SGB III). Anders als bei der Bestimmung des Soll-Entgelts sind für das Ist-Entgelt Leistungen des Arbeitgebers für Mehrarbeit dagegen zu berücksichtigen. Stehen dem Arbeitnehmer Mehrarbeitszuschläge (z. B. aus einem zwingend anwendbaren Tarifvertrag oder einer einzelvertraglichen Regelung) zu, werden diese aber vom Arbeitgeber nicht ausbezahlt, sind diese fiktiv dem Ist-Entgelt hinzuzurechnen.

Wird das tatsächlich vom Arbeitnehmer erzielte Arbeitsentgelt im Bezugszeitraum auch aus anderen Gründen als einem erheblichen Arbeitsausfall nach § 96 SGB III vermindert, ist das Ist-Entgelt nach § 106 Abs. 2 Satz 1 SGB III um den Betrag zu erhöhen, um den das Arbeitsentgelt aus anderen Gründen gemindert ist (z. B. unbezahlter Urlaub).

6.2.3 Aufstockung des Arbeitsentgelts, Mindestlohngarantien

Nach § 106 Abs. 2 Satz 2 SGB III bleibt Arbeitsentgelt, das durch den Arbeitgeber unter Anrechnung des Kurzarbeitergeldes gezahlt wird, bei der Berechnung des Ist-Entgelts außer Betracht. In der Regel basieren solche Leistungen auf tariflichen (seltener auch einzelvertraglichen) Bestimmungen und sehen einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld oder den Ausgleich der Differenz zwischen dem unter Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes erzielten Netto-Arbeitsentgelt und einem gewissen Prozentsatz (z. B. 80 %) des sonst üblichen Netto-Entgelts vor.

6.2.4 Anrechnung von Entgelt aus Nebeneinkommen

Erzielt der Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit ein Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld **aufgenommenen Beschäftigung**, selbstständigen Tätigkeit (Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit betreffen nur solche, die vom Beschäftigten erarbeitet werden (sogenanntes "mühevolles Einkommen"). Nicht berücksichtigt wird Einkommen, das ohne Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird, wie z. B. Zinseinnahmen oder Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung) oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, ist das Ist-Entgelt nach § 106 Abs. 3 SGB III um dieses Entgelt zu erhöhen.

Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich dabei um eine versicherungspflichtige oder z. B. eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB IV handelt. Unter einer "anderen Beschäftigung" ist eine solche bei einem anderen Arbeitgeber zu verstehen. Übt ein Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber mehrere Beschäftigungen aus, so liegt ohne Rücksicht auf die arbeitsvertragliche Gestaltung sozialversicherungsrechtlich regelmäßig ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis vor. Das aus den Arbeitsverhältnissen erzielte Entgelt fließt insgesamt ins Ist-Entgelt ein.

Auch wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung handelt, bei der das Entgelt "brutto gleich netto" gezahlt wird, ist das aus der anderweitigen Beschäftigung erzielte Entgelt in voller Höhe dem Ist-Entgelt hinzuzurechnen.

Für die Anrechnung auf das Ist-Entgelt muss die andere Beschäftigung "während des Bezugs von Kurzarbeitergeld" aufgenommen werden. Das Arbeitseinkommen aus einer schon vor Beginn der Kurzarbeit (genauer: vor Beginn des Anspruchszeitraums, also des Kalendermonats, in dem die Kurzarbeit beginnt) aufgenommenen Nebentätigkeit ist im Rahmen des § 106 Abs. 3 SGB III nicht zu berücksichtigen.

Eine andere Beschäftigung bleibt auch dann anrechnungsfrei, wenn sie erst kurz vor dem Bezug des Kurzarbeitergeldes aufgenommen wurde. Eine Mindestbeschäftigungszeit ist nicht erforderlich (Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 12.6 96 BGBl. I 2015, S. 2557).

Nach dem "**Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2**" (lag bei Drucklegung nur im Referentenentwurf vor) soll in der Zeit vom 1. April 2020 bis 31. Oktober 2020, abweichend von § 106 Abs. 3 SGB III, Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Solche, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigungen sollen versicherungsfrei in der Arbeitsförderung sein.

6.3 Anspruchsdauer

Nach § 104 Abs. 1 SGB III in der Fassung des "Gesetzes zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und weiterer Vorschriften" vom 21.12.201596 wird Kurzarbeitergeld seit 01.01.2016 für eine **Dauer von längstens zwölf Monaten** von der Agentur für Arbeit geleistet.

Nach § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates nicht bedarf, die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld über die gesetzliche Bezugsdauer hinaus bis zur Dauer von 24 Monaten verlängern, wenn außergewöhnliche Verhältnisse auf dem gesamten Arbeitsmarkt vorliegen.

Als erster Kalendermonat, für den Kurzarbeitergeld gezahlt wird, ist der Monat anzusehen, in dem die Voraussetzungen nach § 96 SGB III, insbesondere die Mindesterfordernisse nach § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III (mindestens ein Drittel bzw. 10 % (nach der vorübergehenden Regelung) der in dem Betrieb oder Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer ist von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % des monatlichen Brutto-Entgelts betroffen, siehe ausführlich Ziffer 5.1.4) **erstmalig erfüllt** sind. Die Regelbezugsdauer ist kalendermäßig nach vollen Monaten bestimmt. Sie läuft jeweils bis zum letzten Tag des Kalendermonats, auch wenn im Laufe dieses Kalendermonats von der verkürzten Arbeitszeit zur Vollarbeit zurückgekehrt wird.

Nach § 104 Abs. 2 SGB III verlängert sich die betriebliche Bezugsdauer, wenn innerhalb dieser für einen zusammenhängenden Zeitraum von mindestens einem Kalendermonat kein Kurzarbeitergeld gezahlt wurde.

Nach Ablauf der Bezugsdauer wird Kurzarbeitergeld nach § 104 Abs. 3 SGB III erneut gewährt, wenn seit dem letzten Kalendermonat, für den Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, drei Monate vergangen sind und die Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld erneut vorliegen.

Wird die Arbeitszeit im Rahmen der Kurzarbeit nicht für den gesamten Betrieb, sondern nur für einzelne Betriebsabteilungen verkürzt, ist die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld für jede betroffene Betriebsabteilung gesondert zu bestimmen.

6.4 Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld setzt als weitere Anspruchsvoraussetzung einen Antrag voraus. Der Antrag auf Kurzarbeitergeld ist von der Anzeige des Arbeitsausfalls nach § 99 SGB III zu unterscheiden.

Obwohl der einzelne Arbeitnehmer Anspruchsberechtigter des Kurzarbeitergelds ist, hat er selbst kein Antragsrecht. Den Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld können (§ 323 Abs. 2 SGB III) nur der Arbeitgeber selbst oder die Betriebsvertretung (z. B. Betriebsrat) stellen. Dem Antrag des Arbeitgebers ist eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen.

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld muss bei der zuständigen Arbeitsagentur innerhalb einer **Ausschlussfrist** von drei Kalendermonaten einzeln für den jeweiligen Kalendermonat beantragt werden. Die Ausschlussfrist beginnt mit Ablauf des Monats, in dem die Tage liegen, für die Leistungen beantragt werden.

Ist die Anzeige über den Arbeitsausfall fristgerecht eingegangen, kann Kurzarbeitergeld nach § 325 Abs. 3 SGB III innerhalb von drei Kalendermonaten noch rückwirkend beantragt werden.

Die Anzeige des Arbeitsausfalls ersetzt grundsätzlich den (regelmäßig nachgelagerten) Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld nicht (BSG vom 06.04.2000 – B 11 AL 81/99 R).

Nach § 323 Abs. 2 Satz 1 SGB III muss der Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld durch den Arbeitgeber (bzw. die Betriebsvertretung) **schriftlich oder elektronisch** gestellt werden. Die Arbeitsagenturen stellen hierfür

Antragsformulare zur Verfügung, deren Verwendung aber keine zwingende Voraussetzung für einen wirksamen Antrag ist (BSG vom 06.04.2000 – B 11 AL 81/99 R).

Dem Antrag des Arbeitgebers ist eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Auch diese ist von der Stellungnahme, die der Anzeige des Arbeitsausfalls nach § 99 SGB III beizufügen ist, zu unterscheiden. Allerdings beeinträchtigt das Fehlen der Stellungnahme der Betriebsvertretung die Wirksamkeit der Antragstellung nicht und wahrt die Ausschlussfrist. Gegebenenfalls hat die zuständige Arbeitsagentur aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 20 SGB X) die Stellungnahme nachzufordern. Bei einer elektronischen Beantragung kann von der wiederholten Stellungnahme des Betriebsrates bei den monatlichen Leistungsanträgen abgesehen werden. Dafür muss beim ersten Leistungsantrag die Betriebsvertretung erklären, dass sie dem Antrag der Leistungen in dem Rahmen zustimmt, der durch eine Betriebsvereinbarung festgelegt ist (Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), A. Allgemeine Hinweise).

6.5 Urlaub, Feiertag und Krankheit während der Kurzarbeit

6.5.1 Erholungsurlaub

Es ist einem Arbeitnehmer nicht untersagt, auch während der Kurzarbeit seinen Erholungsurlaub zu nehmen.

Das Urlaubsentgelt eines Arbeitnehmers bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden bezahlten Entgelts (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG). Für die Dauer des Urlaubs erhält der Arbeitnehmer das nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen berechnete Urlaubsentgelt in ungekürztem Umfang. Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG bleiben Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum in Folge von Kurzarbeit eintreten, für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht.

Da für Urlaubstage auch während der Kurzarbeit somit keine Verdienstkürzung eintritt, steht dem Arbeitnehmer für diesen Zeitraum auch kein Kurzarbeitergeld zu.

6.5.2 Feiertag während der Kurzarbeit

Nach § 2 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt dem Arbeitnehmer dasjenige Entgelt zu bezahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte.

Nach dem Prinzip der sogenannten "Monokausalität" muss der gesetzliche Feiertag für den Arbeitsausfall die alleinige Ursache bilden. Fällt die Arbeit am Feiertag auch infolge anderer Gründe aus (z. B. weil der Teilzeitbeschäftigte am Tag des Feiertages ohnehin nicht beschäftigt worden wäre), scheidet die Entgeltfortzahlung nach § 2 EFZG aus.

Hierzu enthält § 2 Abs. 2 EFZG eine Sonderregelung: Fällt die Arbeit an einem gesetzlichen Feiertag nicht allein wegen der Feiertagsruhe, sondern gleichzeitig infolge von Kurzarbeit aus und wird für die anderen Tage der Kurzarbeit Kurzarbeitergeld geleistet, so wird fingiert, dass die ausgefallene Arbeitszeit infolge des gesetzlichen Feiertages mit der Folge ausgefallen ist, dass der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung am Feiertag in Höhe des Kurzarbeitergeldes bezahlen muss (BAG vom 20.07.1982 – 1 AZR 404/80).

Das Entgelt für den Feiertag in Höhe des Kurzarbeitergeldes trägt der Arbeitgeber. Eine Erstattung durch die Bundesanstalt für Arbeit erfolgt nicht.

6.5.3 Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Kurzarbeit

Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

Ist ein Arbeitnehmer während des Kurzarbeitszeitraums arbeitsunfähig krank, so hat er nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe des Entgelts, das er **ohne** die Krankheit verdient hätte. Damit bleibt es bei der Bestimmung in § 3 Abs. 1 EFZG.

Beispiel:

Wird die Arbeitszeit aufgrund von Kurzarbeit im Betrieb des Arbeitgebers im April für zwei Wochen auf Null reduziert (Kurzarbeit Null) und erkrankt der Arbeitnehmer A in einer der beiden Wochen, hat er für diese Woche keinen Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber.

Nach dem strengen Lohnausfallprinzip erhält der erkrankte Arbeitnehmer das, was er verdient hätte, wenn die Arbeit nicht infolge der Arbeitsunfähigkeit ausgefallen wäre. Da A auch ohne Arbeitsunfähigkeit – wie seine Kollegen auch – wegen der Kurzarbeit keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt gegen den Arbeitgeber hätte, ändert auch die Erkrankung daran nichts.

Für die Frage, ob der Arbeitnehmer bei einer Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit einer Kurzarbeit Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat, muss unterschieden werden:

- Nach § 98 Abs. 2 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Leistungsfortzahlung in Höhe des Kurzarbeitergeldes, wenn sie **während** des Bezuges von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig werden, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes im Krankheitsfalle besteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde.
- Erkrankt der Arbeitnehmer bereits vor dem Anspruchszeitraum, so hat er Anspruch auf Krankengeld gegen die Krankenkasse in Höhe des Kurzarbeitergeldes nach § 47b Abs. 4 SGB V, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle bestehen würde.

Der Bezug von Krankengeld schließt den Anspruch auf Kurzarbeitergeld gemäß § 98 Abs. 3 Nr. 2 SGB III aus.

Die Regelung in der Übersicht:

Zeitraum Kurzarbeitergeld	AU während KUG	AU vor KUG
Anspruch auf Entgeltfortzahlung (EFZ) besteht	▪ Für Zeit der Arbeit: normale EFZ nach § 4 Abs. 3 EFZG	▪ Für Zeit der Arbeit: normale EFZ nach § 4 Abs. 3 EFZG
	▪ Für Zeit des Arbeitsausfalls: KUG nach § 98 Abs. 2 SGB III	▪ Für Zeit des Arbeitsausfalls: Krankengeld nach § 47b Abs. 4 SGB V in Höhe des KUG
Anspruch auf Entgeltfortzahlung (EFZ) bestand nicht oder ist abgelaufen	Krankengeld nach § 47b Abs. 3 SGB V	normales Krankengeld nach § 47 SGB V

7. Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Kurzarbeit

7.1 Lohnsteuer

Das Kurzarbeitergeld ist nach § 3 Nr. 2 a) EStG steuerfrei. Es unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) EStG, d. h. nach § 32b Abs. 1 EStG ist auf das nach § 32a Abs. 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzuwenden.

Da das Kurzarbeitergeld dem Progressionsvorbehalt unterliegt, muss es in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung gesondert ausgewiesen werden. Trotz des Ausfalls von Arbeitstagen ist kein Eintrag des Buchstabens "U" im Lohnkonto erforderlich, da die Höhe des Kurzarbeitergeldes gesondert in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung zu bescheinigen ist. Sobald Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, darf der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer keinen Lohnsteuer-Jahresausgleich durchführen.

Um die für den Arbeitnehmer finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, gewähren insbesondere Tarifverträge oftmals einen **Zuschuss zum Kurzarbeitergeld**. Solche Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld sind als Arbeitseinkommen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 EStG lohnsteuerpflichtig.

7.2 Beiträge zur Sozialversicherung

Das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses während eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld wird – unabhängig von der Dauer der ggf. auch vollständigen Arbeitszeitreduzierung – in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung als fortbestehend angeordnet (§ 24 Abs. 3 SGB III, § 1 Nr. 1 SGB VI, § 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, § 49 Abs. 2 SGB XI).

Wird während der Kurzarbeit normal gearbeitet und damit Arbeitsentgelt erzielt, tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer insoweit die Beiträge zur Sozialversicherung nach den normalen Bestimmungen, d. h. grundsätzlich zur Hälfte.

Im Einzelfall sehen tarifliche (seltener auch einzelvertragliche) Bestimmungen einen **Zuschuss zum Kurzarbeitergeld** oder den Ausgleich der Differenz zwischen dem unter Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes erzielten Netto-Arbeitsentgelt und einem gewissen Prozentsatz (z. B. 75 %) des sonst üblichen Netto-Entgelts vor.

Solche Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld zählen nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 SvEV nicht zum sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nicht übersteigen. Darüber hinausgehende Beträge unterliegen der normalen Beitragspflicht, wie das während der Kurzarbeit für die Arbeit bezahlte Entgelt.

7.2.1 Fiktiventgelt

Bemessungsgrundlage für die Beiträge aus dem gezahlten Kurzarbeitergeld sind 80 % des Differenzbetrages zwischen dem Brutto-Soll-Entgelt und dem Brutto-Ist-Entgelt ("**fiktives Entgelt**") nach § 106 SGB III (§ 232a Abs. 2 SGB V; § 163 Abs. 6 SGB VI).

Soweit Kurzarbeitergeld gezahlt wird, sind die Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung aus dem "**fiktivem Entgelt**" alleine vom Arbeitgeber zu tragen (§ 249 Abs. 2 SGB V; § 58 Abs. 5 SGB XI; § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI). Beiträge zur Arbeitslosenversicherung aus dem fiktiven Entgelt sind nicht zu entrichten.

Eine "kompliziertere" Berechnung ergibt sich, wenn das Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne die angeordnete Kurzarbeit im Entgeltabrechnungszeitraum erzielt hätte (sog. **Soll-Entgelt**), **oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung** liegt. In diesem Fall kann nach der Auffassung der

Spitzenorganisationen der Sozialversicherung (Besprechungsergebnis des GKV-Spitzenverbandes, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit vom 13./14.10.2009) für die Feststellung des "fiktiven Entgelts" in einem ersten Schritt das leistungsrechtlich definierte Soll-Entgelt **nur bis zum Betrag der Beitragsbemessungsgrenze** in der Arbeitslosenversicherung berücksichtigt werden.

Im **zweiten Schritt** findet eine **Begrenzung der beitragspflichtigen Einnahmen** (Summe aus Ist-Entgelt und fiktivem Entgelt) auf die jeweilige Beitragsbemessungsgrenze (BBG) für den Versicherungszweig statt, zu dem die Beiträge zu entrichten sind. Diese "Deckelung" gilt allerdings **nur für die Kranken- und Pflegeversicherung**, da aufgrund der identischen Höhe der BBG in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung eine Begrenzung bereits im ersten Schritt stattgefunden hat. Dabei ist **vorrangig** das tatsächliche Entgelt (Ist-Entgelt) zu berücksichtigen, das "**fiktive Entgelt**" wird nur (anteilig) **soweit herangezogen**, **als das Ist-Entgelt die jeweilige Beitragsbemessungsgrenze nicht erreicht**.

7.2.2 Tragung der Beiträge

Die SV-Beiträge auf das **Ist-Entgelt** tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer **zur Hälfte**; den kassenindividuellen Zuschlagssatz zur KV tragen seit 01.01.2019 Arbeitgeber und Arbeitnehmer wieder paritätisch gemeinsam, den Beitragszuschlag für Kinderlose in der Pflegeversicherung trägt der Arbeitnehmer allein.

Die auf das "**fiktive Entgelt**" entfallenden Sozialversicherungsbeiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung, **trägt der Arbeitgeber alleine**, einschließlich des kassenindividuellen Zusatzbeitrags zur Krankenversicherung (KV). **Beiträge zur Arbeitslosenversicherung fallen nicht an**. Den Beitragszuschlag zur Pflegeversicherung (PV) trägt die Bundesagentur für Arbeit (pauschal).

Durch das **"Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020** (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen.

Aufgrund § 2 der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) werden dem Arbeitgeber für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form erstattet. Für die Pauschalierung wird die Sozialversicherungspauschale nach § 153 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III abzüglich des Betrags zur Arbeitsförderung zu Grunde gelegt.

8. Zitierte Literatur

Bücher und Kommentare

Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 76. Auflage 2017, Verlag C. H. Beck, München

Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, Verlag C. H. Beck, München

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, Verlag C. H. Beck, München

Küttner, Personalhandbuch 2018, 25. Auflage 2018, Verlag C. H. Beck, München

Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Auflage 2018, Verlag Franz Vahlen, München

Zeitschriften

Der Betrieb (DB)

Betriebs-Berater (BB)

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungs-Report (NZA-RR)

Erläuterungen zum Mustervertrag 1 und Mustervertrag 2

Fußnoten:

[1] **Mustervertrag 1**

Der Mustervertrag 1 sieht die Einführung von Kurzarbeit für einen vereinbarten (wohl eher kürzeren) Zeitraum vor, wobei sich die konkrete Arbeitszeitreduzierung unmittelbar aus der Vereinbarung ergibt. Als Ausgleich für den Entgeltverlust wird dem Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld gewährt.

Hinweis: Bitte beachten Sie, dass keinerlei Haftung für die Rechtsgültigkeit und die Aktualität des Vertragsmusters zum Zeitpunkt der Verwendung und die korrekte Anwendung im Einzelfall übernommen werden kann. Dies gilt insbesondere, da für Nachträge zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit kaum Rechtsprechung veröffentlicht wurde. Das Vertragsmuster kann insoweit nur Anregungen liefern und ist stets an die individuellen Bedürfnisse im Einzelfall anzupassen.

[2] **Erläuterungen zu § 1 Mustervertrag (Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit, Lage der Arbeitszeit)**

Kurzarbeit ist die "vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit, regelmäßig verbunden mit einer entsprechenden Minderung des Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmer". Kurzarbeit liegt demnach immer dann vor, wenn die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte regelmäßige wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegen, vorübergehend verkürzt werden soll. Grundsätzlich stellt jede Verringerung einer fest vereinbarten Arbeitszeit Kurzarbeit dar. Bei der sogenannten "Kurzarbeit Null" wird die Arbeit sogar gänzlich aufgehoben.

Da die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit eine Abweichung von den vereinbarten Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann Kurzarbeit nicht "einfach so" durch den Arbeitgeber eingeführt werden. Dem stehen sowohl der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch, als auch das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers entgegen. Möchte der Arbeitgeber die Arbeitszeit vorübergehend zur Einführung von Kurzarbeit reduzieren, benötigt er hierfür eine Rechtsgrundlage. Anderenfalls behalten die Mitarbeiter ihren Vergütungsanspruch trotz Verkürzung der Arbeitszeit und es kann zu Rückforderungen bei bereits gewährtem Kurzarbeitergeld kommen.

Auch wenn der Gesetzgeber und die Bundesregierung im Zusammenhang mit der Corona-Krise diverse Erleichterungen bei der Kurzarbeit und umfangreiche finanzielle Hilfen beschlossen haben, gilt dies nur für den Zugang zum Kurzarbeitergeld, also dem Zugang zur staatlichen Hilfe, und betrifft nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Wie im Rahmen jeder anderen Kurzarbeit auch müssen hierfür die betrieblichen Voraussetzungen geschaffen werden, damit nicht nur die Arbeitszeit verkürzt, sondern auch das Arbeitsentgelt wirksam verringert wird.

Die Einführung von Kurzarbeit mit einer Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und entsprechender

Minderung des Arbeitsentgelts kann z.B. auf Basis eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung, aber auch auf Grundlage individualvertraglicher Absprachen zwischen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer erfolgen.

Der Arbeitnehmer ist aber natürlich nicht gezwungen, die Vereinbarung zu unterzeichnen und der Verkürzung seiner Arbeitszeit und damit auch seines Entgelts zuzustimmen.

Leider gibt es zum zulässigen Inhalt von Nachträgen zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit keine ersichtliche Rechtsprechung.

Lediglich das LAG Berlin-Brandenburg hat sich mit einer Kurzarbeitsklausel beschäftigt, die **allerdings bereits (als Vorbehaltsregelung) im Arbeitsvertrag enthalten war**, das heißt nicht in der konkreten Situation der Kurzarbeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien abgeschlossen wurde.

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg darf eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Daher sind Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen. Eine Unwirksamkeit kann gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch dann vorliegen, wenn die Kurzarbeitsklausel keine Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises und ähnliches enthält (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

Ob diese strengen Anforderungen auch für einen individuellen Nachtrag zum Arbeitsvertrag gelten, der in der konkreten Situation der Kurzarbeit abgeschlossen wird und vom Arbeitnehmer auch abgelehnt werden könnte, ist bisher nicht in der Rechtsprechung geklärt. Da sich der Arbeitgeber – anders als bei einer Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag – hier keine einseitige Option für die Zukunft vorbehält, sondern die Parteien eine konkrete und für den Arbeitnehmer grundsätzlich freiwillige Regelung für die aktuelle Situation treffen, dürften die Anforderungen allerdings niedriger sein.

In dem vorliegenden Vertragsmuster 1 wurde daher die Reduzierung der Arbeitszeit für einen konkreten Zeitraum in einem konkreten Umfang (alternativ in vollem Umfang, bei Kurzarbeit Null) vorgesehen.

Da der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang keinerlei einseitiges Bestimmungsrecht hat, sondern die Arbeitszeit – analog einer vorübergehenden Teilzeitvereinbarung – durch die Vereinbarung selbst verkürzt wird, dürfte auch eine Ankündigungsfrist zur Reduzierung der Arbeitszeit (wie in der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg für eine arbeitsvertragliche Regelung gefordert) nicht erforderlich sein.

Zu beachten ist allerdings, dass auch ein solcher Nachtrag zur Kurzarbeit regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen wird, und daher den strengen Regelungen der §§ 305 ff. BGB unterliegt.

Zu § 1 Absatz 1 (Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit)

Variante 1

In Variante 1 wird die Arbeitszeit auf ein bestimmtes Maß reduziert, d.h. der Arbeitnehmer wird noch zur Arbeitsleistung herangezogen.

Variante 2

In Variante 2 wird die Arbeitszeit vollständig reduziert, d.h. Kurzarbeit Null durchgeführt. Hierbei entfällt die Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers.

Das Bundessozialgericht hatte in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2010 Zweifel geäußert, ob "Kurzarbeit Null" terminologisch noch unter den Begriff der Kurzarbeit zu subsumieren wäre, da in diesen Fällen keine Restarbeitszeit mehr gegeben sei (BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 21/09 R). Damit wäre der Begriff der ***Kurzarbeit*** nicht mehr gegeben. Der Gesetzgeber hat daraufhin in der aktuellen Fassung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Klarstellung aufgenommen, wonach der Entgeltausfall auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen kann.

Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wird daher auch für Kurzarbeit Null Kurzarbeitergeld gewährt.

Zu § 1 Absatz 2 (Lage der Arbeitszeit)

Wird die Arbeit nicht vollständig reduziert (Kurzarbeit Null), sondern der Arbeitnehmer weiterhin in verringertem Umfang zur Arbeitsleistung herangezogen, kann es sich anbieten, die Lage der Arbeitszeit in dem Nachtrag zur Kurzarbeit festzulegen.

Hierdurch wird allerdings das Weisungsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen. Dieses Weisungsrecht findet seine Grenzen nur in den Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertrages, und es darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden (BAG vom 30.10.1991 - 5 AZR 6/91).

Enthält der Arbeitsvertrag, oder wie hier der Nachtrag zur Kurzarbeit, eine Konkretisierung der Lage der Arbeitszeit, wird hierdurch das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO insoweit eingeschränkt.

[3] **Zivilrechtliche Erläuterungen zu § 2 Mustervertrag (Entgeltreduzierung, Kurzarbeitergeld, Zuschuss)**

Zu § 2 Absatz 1 (Entgeltreduzierung)

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt nach § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III zunächst das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall voraus.

Ein **Entgeltausfall** liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber Kurzarbeit auf Basis einer wirksamen Rechtsgrundlage, z. B. durch die vorliegende einzelvertragliche Absprache einführt. In diesem Fall reduziert sich das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der Verkürzung der Arbeitszeit.

Anderenfalls behält der Arbeitnehmer trotz Verkürzung der Arbeitszeit nach § 615 BGB den Anspruch auf seine (volle) Vergütung, obwohl der Arbeitgeber die Arbeitszeit verkürzt (siehe ausführlich, Expertise Ziffer 2.2.2). In diesem Fall würde auch eine Grundvoraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes, "erheblicher Arbeitsausfall **mit Entgeltausfall**" fehlen, sodass gegebenenfalls auch ein gewähltes Kurzarbeitergeld zurückgefordert werden könnte.

Vorsorglich sollte die Reduzierung der Vergütung im Nachtrag zum Arbeitsvertrag über die Kurzarbeit klargestellt werden.

In ***Variante 1*** wurde entsprechend der ersten Variante zu § 1 Abs. 1 eine Reduzierung der Vergütung im Verhältnis der ausgefallenen Arbeitszeit zur vertraglich vereinbarten Arbeitszeit festgelegt.

In ***Variante 2*** entfällt der Anspruch auf Vergütung auf Grundlage der Kurzarbeit Null vollständig.

Gegebenenfalls könnte ein Zuschuss zum Kurzarbeitergeld nach Absatz 3 gewährt werden (siehe Erläuterungen

zu Absatz 3).

Zu § 2 Absatz 2 (Kurzarbeitergeld)

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit, insbesondere die Voraussetzungen, sind in den §§ 95 ff. SGB III geregelt.

Besteht eine wirksame Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit, reduziert sich das Brutto-Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der verkürzten Arbeitszeit bzw. entfällt sogar vollständig. Das Kurzarbeitergeld soll diese Rechtsfolge für den Arbeitnehmer abfedern und einen teilweisen Ausgleich der Vergütungseinbuße bieten.

Das Kurzarbeitergeld stellt einen originären Anspruch des Arbeitnehmers dar. Er selbst ist Anspruchsberechtigter der Leistungen. Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, den als Leistungsvoraussetzung notwendigen Antrag zu stellen. Antragsberechtigt sind nur die in § 323 Abs. 2 SGB III Genannten (Arbeitgeber und Betriebsrat). Der Arbeitnehmer selbst ist weder anzeige- noch antragsberechtigt.

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber jedoch verpflichtet, die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes zu schaffen, insbesondere den Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld (rechtzeitig) zu stellen. Die schuldhafte Verletzung der Anzeige nach § 99 SGB III durch den Arbeitgeber sowie dessen Antragsstellung außerhalb der Ausschlussfrist des § 325 Abs. 3 SGB III können zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers nach § 280 Abs. 1 BGB führen.

Verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten, wird der Arbeitnehmer aus vorgenannten Schadensersatzgesichtspunkten einen Anspruch auf Zahlung des "fiktiven Kurzarbeitergeldes" haben. Dies wurde im Mustervertrag klargestellt. Ausgeschlossen wurde der Anspruch, soweit die Versagung des Kurzarbeitergeldes aus Gründen erfolgt, die der Arbeitnehmer zu vertreten hat.

Zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld, siehe ausführlich in der Expertise, Ziffer 5.

Für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, beträgt das Kurzarbeitergeld 67 % der Nettoentgeltdifferenz (§ 105 Nr. 1 SGB III). Diesen höheren Leistungssatz erhalten damit alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den Familienstand, deren elektronische Lohnsteuerabzugsmerkmale (ElStAM) einen Kinderfreibetrag von mindestens 0,5 ausweisen. Entscheidend ist allein die verwandtschaftliche Beziehung. Wo das Kind wohnt, ist unbeachtlich. Ergibt sich der Kinderfreibetrag nicht aus den elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmalen, wie etwa im Fall der Lohnsteuerklassen V und VI, ist eine Bescheinigung der Arbeitsagentur nötig (§ 320 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz SGB III).

Mitarbeiter ohne unterhaltspflichtige Kinder erhalten als Kurzarbeitergeld 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum.

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den sich aus der Kurzarbeitergeld-Tabelle ergebenden, rechnerischen Leistungssätzen für das Soll-Entgelt und für das Ist-Entgelt. **Soll-Entgelt** ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall in dem Anspruchszeitraum (Kalendermonat) erzielt hätte, vermindert um Entgelt für Mehrarbeit (§ 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III). **Ist-Entgelt** ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile (§ 106 Abs. 1 Satz 3 SGB III).

Sowohl für die Berechnung des Soll-Entgelts als auch des Ist-Entgelts bleibt **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** außer Betracht.

Zu § 2 Absatz 3 (Zuschuss zum Kurzarbeitergeld)

In der Eventualergänzung in § 2 Abs. 3 wird dem Arbeitnehmer zur Abmilderung der finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit ein Zuschuss zum Kurzarbeitergeld gewährt.

Nach § 106 Abs. 2 Satz 2 SGB III bleibt Arbeitsentgelt, das durch den Arbeitgeber unter Anrechnung des Kurzarbeitergeldes gezahlt wird, bei der Berechnung des Ist-Entgelts außer Betracht.

Oftmals basieren solche Leistungen auf tariflichen Bestimmungen, können aber natürlich auch vom Arbeitgeber freiwillig gewährt werden. Für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung spielt es keine Rolle, ob der Zuschuss verpflichtend ist oder vom Arbeitgeber freiwillig gewährt wird.

Soweit keine verpflichtenden Vorgaben vorhanden sind, kann der Zuschuss zum Kurzarbeitergeld z.B. als fester Betrag oder z.B. als Ausgleich der Differenz zwischen dem unter Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes erzielten Netto-Arbeitsentgelt und einem gewissen Prozentsatz (z. B. 80 %) des sonst üblichen Netto-Entgelts geleistet werden.

Bei der Bestimmung in Höhe eines gewissen Prozentsatzes sollte allerdings bedacht werden, dass dieser in der Regel nicht automatisch über die Lohnabrechnung bestimmt werden kann, sondern im Einzelfall berechnet werden muss. Es bietet sich daher an, den Zuschuss z.B. als festen monatlichen Betrag, als Prozentsatz des Bruttoentgelts oder als Prozentsatz des zu Beginn der Kurzarbeit einmalig bestimmten, pauschalierten Nettoentgelts aus dem Soll-Entgelt, zu definieren.

Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Erläuterungen zu § 2 Mustervertrag

Lohnsteuer

Wird die Arbeitszeit nicht vollständig reduziert (keine Kurzarbeit Null), unterliegt das Arbeitsentgelt für die tatsächlich geleistete Arbeitszeit als Ist-Entgelt der normalen Lohnbesteuerung.

Das Kurzarbeitergeld ist nach § 3 Nr. 2 a) EStG steuerfrei. Es unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) EStG, d. h. nach § 32b Abs. 1 EStG ist auf das nach § 32a Abs. 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzuwenden.

Da das Kurzarbeitergeld dem Progressionsvorbehalt unterliegt, muss es in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung gesondert ausgewiesen werden. Trotz des Ausfalls von Arbeitstagen ist kein Eintrag des Buchstabens "U" im Lohnkonto erforderlich, da die Höhe des Kurzarbeitergeldes gesondert in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung zu bescheinigen ist. Sobald Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, darf der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer keinen Lohnsteuer-Jahresausgleich durchführen.

Um die für den Arbeitnehmer finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, gewähren insbesondere Tarifverträge oftmals einen **Zuschuss zum Kurzarbeitergeld** (Eventualergänzung in Abs. 3). Solche Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld sind als Arbeitseinkommen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 EStG lohnsteuerpflichtig.

Sozialversicherung

Das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses während eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld wird – unabhängig vom Umfang und der Dauer der ggf. auch vollständigen Arbeitszeitreduzierung – in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung als fortbestehend angeordnet (§ 24 Abs. 3 SGB III, § 1 Nr. 1 SGB VI, § 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, § 49 Abs. 2 SGB XI).

Soweit während der Kurzarbeit normal gearbeitet und damit Arbeitsentgelt erzielt wird, tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge zur Sozialversicherung nach den normalen Bestimmungen, d. h. grundsätzlich zur Hälfte.

Wird vom Arbeitgeber (wie in der Eventualergänzung zu Abs. 3) ein **Zuschuss zum Kurzarbeitergeld** gewährt, zählt dieser nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 SvEV nicht zum sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt, soweit dieser zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nicht übersteigt. Darüber hinausgehende Beträge unterliegen der normalen Beitragspflicht, wie das während der Kurzarbeit für die Arbeit bezahlte Entgelt.

Bemessungsgrundlage für die Beiträge aus dem gezahlten Kurzarbeitergeld sind 80 % des Differenzbetrages zwischen dem Brutto-Soll-Entgelt und dem Brutto-Ist-Entgelt ("**fiktives Entgelt**") nach § 106 SGB III (§ 232a Abs. 2 SGB V; § 163 Abs. 6 SGB VI).

Soweit Kurzarbeitergeld gezahlt wird, sind die Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung aus dem "**fiktivem Entgelt**" alleine vom Arbeitgeber zu tragen (§ 249 Abs. 2 SGB V; § 58 Abs. 5 SGB XI; § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI).

Die SV-Beiträge auf das **Ist-Entgelt** tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer **zur Hälfte**; den kassenindividuellen Zuschlagssatz zur KV tragen seit 01.01.2019 Arbeitgeber und Arbeitnehmer wieder paritätisch gemeinsam, den Beitragszuschlag für Kinderlose in der Pflegeversicherung trägt der Arbeitnehmer allein.

Die auf das "**fiktive Entgelt**" entfallenden Sozialversicherungsbeiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung, **trägt der Arbeitgeber alleine**, einschließlich des kassenindividuellen Zusatzbeitrags zur Krankenversicherung (KV). **Beiträge zur Arbeitslosenversicherung fallen nicht an**. Den Beitragszuschlag zur Pflegeversicherung (PV) trägt die Bundesagentur für Arbeit (pauschal).

Durch das **"Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020** (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen.

Aufgrund § 2 der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) werden dem Arbeitgeber für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form erstattet. Für die Pauschalierung wird die Sozialversicherungspauschale nach § 153 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III abzüglich des Betrags zur Arbeitsförderung zu Grunde gelegt.

[4] **Erläuterungen zu § 3 Mustervertrag (Urlaub, Freizeitausgleich)**

Zu § 3 Absatz 1 (Urlaub, Freizeitausgleich als Voraussetzung für Kug)

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt nach § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III zunächst das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall voraus. Wann der Arbeitsausfall erheblich ist, regelt grundsätzlich § 96 SGB III.

Nach § 96 SGB III **ist ein Arbeitsausfall erheblich**, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er vorübergehend ist, im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) einen bestimmten Umfang erreicht **und der Arbeitsausfall nicht vermeidbar ist**.

§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III nennt explizit Fälle, in denen der Arbeitsausfall insbesondere vermeidbar ist. Als vermeidbar gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III u.a. ein Arbeitsausfall, der

durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, oder

durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Der Arbeitsausfall kann durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaubs vermieden werden, soweit nicht vorrangige Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung entgegenstehen (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III).

Nach § 7 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sind bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

Die Belange des Arbeitnehmers berücksichtigt die Regelung in § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers ist der Vorrang vor einer Vermeidung des Arbeitsausfalls einzuräumen. Vom Arbeitnehmer soll nicht gefordert werden, dass ihm der Arbeitgeber entgegen seiner Urlaubsplanung Urlaub zur Vermeidung der Kurzarbeit gewährt.

Umgekehrt scheidet der Anspruch auf Kurzarbeitergeld aus, wenn der Urlaub z. B. durch Eintragung in die Urlaubsliste, durch Urlaubsplan oder Betriebsferien bereits auf einen bestimmten Zeitraum festgelegt wurde und hiervon abgewichen wird, weil der Zeitraum von der Kurzarbeit erfasst wird. In diesem Fall ist vom Vorliegen eines vermeidbaren Arbeitsausfalls auszugehen.

Ein Arbeitsausfall gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auch dann als vermeidbar, wenn er durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Für die Frage der Vermeidbarkeit sind allein solche Regelungen zur Arbeitszeit maßgebend, von denen im Betrieb durch Vereinbarung auf betrieblicher bzw. einzelvertraglicher Ebene auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Enthält z. B. ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Tarifvertrag die Möglichkeit der Flexibilisierung der Arbeitszeit, wird diese auf das Arbeitsverhältnis aber nicht angewendet, muss die im Tarifvertrag vorgesehene Möglichkeit nicht berücksichtigt werden. Das Erfordernis der Unvermeidbarkeit verlangt von den Betriebsparteien oder den Arbeitsvertragsparteien nicht, bestehende Arbeitszeitvereinbarungen zu ändern oder solche einzuführen.

Besteht im Betrieb eine **Arbeitszeitflexibilisierung**, z. B. wenn Arbeitszeitkonten geführt werden, hat der Arbeitgeber als Voraussetzung für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes glaubhaft zu machen und darzulegen, dass alle Möglichkeiten der Flexibilisierung vor Einführung der Kurzarbeit tatsächlich ausgeschöpft wurden. Vorhandene Zeitguthaben müssen im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zunächst reduziert werden, soweit es sich nicht um geschützte Arbeitszeitguthaben handelt.

Da das Gesetz aber von "Arbeitszeitschwankungen" spricht, müssen ggf. zunächst auch Minusstunden aufgebaut werden, wenn eine solche Möglichkeit für das Arbeitsverhältnis vorgesehen ist. Beim Aufbau von Minusstunden auf dem Arbeitszeitkonto zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ist der Grundsatz der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu beachten. Eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit kann insbesondere vorliegen, wenn die kurzfristige Liquidität des Arbeitgebers durch die Maßnahme zur Vermeidung der Kurzarbeit, hier der

Vorfinanzierung von Minusstunden, gefährdet ist.

Durch das "Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020 (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, abweichend von § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden zur Vermeidung von Kurzarbeit vollständig oder teilweise zu verzichten (§ 109 Abs. 5 Nr. 2 SGB III). Mit der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) wurde bis zum 31.12.2020 hiervon Gebrauch gemacht. Es müssen daher bis 31.12.2020 keinen negativen Arbeitszeitsalden aufgebaut werden.

Zum Schutz der besonderen Interessenslage der Arbeitnehmer werden bestimmte Arbeitszeitguthaben nach § 96 Abs. 4 Satz 3 SGB III besonders geschützt. In den dort **abschließend aufgezählten Fällen** kann von den Arbeitnehmern die Auflösung des Arbeitszeitguthabens nicht verlangt werden.

Siehe hierzu ausführlich, Expertise Ziffer 5.1.3.1

Zu § 3 Absatz 2 (Erholungsurlaub)

Es ist einem Arbeitnehmer nicht untersagt, auch während der Kurzarbeit seinen Erholungsurlaub zu nehmen.

Der Arbeitgeber hat bei der Festlegung der zeitlichen Lage des Erholungsurlaubs nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Interessen des Arbeitnehmers und die betrieblichen Belange zu einem Ausgleich zu bringen. Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen, § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG.

Das Urlaubsentgelt eines Arbeitnehmers bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden bezahlten Entgelts (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG). Für die Dauer des Urlaubs erhält der Arbeitnehmer das nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen berechnete Urlaubsentgelt in ungekürztem Umfang. Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG bleiben Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum in Folge von Kurzarbeit eintreten, für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht.

Da für Urlaubstage auch während der Kurzarbeit somit keine Verdienstkürzung eintritt, steht dem Arbeitnehmer für diesen Zeitraum auch kein Kurzarbeitergeld zu.

[5] **Erläuterungen zu § 4 Mustervertrag (Nebenbeschäftigung)**

Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber die Zurverfügungstellung seiner gesamten Arbeitskraft. Allerdings gilt dies nur im Rahmen der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Darüber hinaus steht ihm die Verwendung seiner Arbeitskraft grundsätzlich frei.

Verwendet der Arbeitnehmer seine Freizeit außerhalb des Hauptbeschäftigungsverhältnisses für eine berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrages, genießt er dabei den grundrechtlichen Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Nicht auf Erwerb gerichtete Tätigkeiten, wie z.B. ehrenamtliches Engagement für einen Verein, sind durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Ein absolutes Nebentätigkeitsverbot ist daher unzulässig. Aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion gem. § 306 Abs. 1, 2 BGB kann eine solche Klausel auch nicht einschränkend ausgelegt werden; sie ist

vielmehr insgesamt unwirksam.

Ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ist der Arbeitnehmer aber nicht ohne weiteres verpflichtet, in jedem Falle eine Nebentätigkeit dem Hauptarbeitgeber mitzuteilen (BAG vom 18.01.1996 - 6 AZR 314/95, BB 1996, S. 1892). Zur Wahrung seiner Interessen sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zumindest zur Mitteilung jeder Nebenbeschäftigung verpflichten, besser noch in den Arbeitsvertrag ein Verbot mit (zwingendem) Erlaubnisvorbehalt aufnehmen.

Zu Einzelheiten, siehe § 11 des Mustervertrages zur Expertise "Anstellungsvertrag" allgemein.

Soweit der Arbeitsvertrag ein Verbot der Nebenbeschäftigung mit zwingendem Erlaubnisvorbehalt regelt, sollte auch im Nachtrag zur Kurzarbeit klargestellt werden, dass dieses auch während der Kurzarbeit seine Gültigkeit behält.

In jedem Falle sollte aber für die Dauer der Kurzarbeit explizit eine Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers über etwaige Nebentätigkeiten geregelt werden.

Erzielt der Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit ein Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld **aufgenommenen Beschäftigung**, selbstständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, ist das Ist-Entgelt nach § 106 Abs. 3 SGB III um dieses Entgelt zu erhöhen. Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit betreffen nur solche, die vom Beschäftigten erarbeitet werden (sogenanntes "mühevolles Einkommen"). Nicht berücksichtigt wird Einkommen, das ohne Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird, wie z. B. Zinseinnahmen oder Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung.

Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich dabei um eine versicherungspflichtige oder z. B. eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB IV handelt. Unter einer "anderen Beschäftigung" ist eine solche bei einem anderen Arbeitgeber zu verstehen. Übt ein Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber mehrere Beschäftigungen aus, so liegt ohne Rücksicht auf die arbeitsvertragliche Gestaltung sozialversicherungsrechtlich regelmäßig ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis vor. Das aus den Arbeitsverhältnissen erzielte Entgelt fließt insgesamt ins Ist-Entgelt ein.

Das aus der anderweitigen Beschäftigung erzielte Entgelt ist in voller Höhe dem Ist-Entgelt hinzuzurechnen, auch wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung handelt, bei der das Entgelt "brutto gleich netto" gezahlt wird.

Für die Anrechnung auf das Ist-Entgelt muss die andere Beschäftigung "während des Bezugs von Kurzarbeitergeld" aufgenommen werden. Das Arbeitseinkommen aus einer schon vor Beginn der Kurzarbeit (genauer: vor Beginn des Anspruchszeitraums, also des Kalendermonats, in dem die Kurzarbeit beginnt) aufgenommenen Nebentätigkeit ist im Rahmen des § 106 Abs. 3 SGB III nicht zu berücksichtigen.

Eine andere Beschäftigung bleibt auch dann anrechnungsfrei, wenn sie erst kurz vor dem Bezug des Kurzarbeitergeldes aufgenommen wurde. Eine Mindestbeschäftigungszeit ist nicht erforderlich (Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 12.6 96 BGBl. I 2015, S. 2557).

Nach dem "**Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2**" (lag bei Drucklegung nur im Referentenentwurf vor) soll in der Zeit vom 1. April 2020 bis 31. Oktober 2020, abweichend von § 106 Abs. 3 SGB III, Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu

aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Solche, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigungen sollen versicherungsfrei in der Arbeitsförderung sein.

[6] **Erläuterungen zu § 5 Mustervertrag (Schlussbestimmungen)**

Zu § 5 Absatz 1 (Salvatorische Klausel)

Nach § 139 BGB wird vermutet, dass bei Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Mit Vereinbarung einer Teilnichtigkeitsklausel (salvatorische Klausel) wird diese Vermutung des § 139 BGB verhindert.

Eine Ausnahme zu der Grundregelung in § 139 BGB enthält § 306 BGB für das AGB-Recht. Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden (z. B. weil sie eine überraschende Klausel darstellen) oder sind unwirksam (z. B. wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot oder einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers), so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB).

Soweit die Vertragsklauseln im Formulararbeitsvertrag nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften. Ist eine Vertragsklausel nicht teilbar, tritt an ihre Stelle das Gesetz. Insoweit vermag auch eine salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag keine geltungserhaltende Reduktion der teilweise unwirksamen Vertragsklausel zu erreichen.

Die Teilbarkeit einer Vertragsbestimmung im Formulararbeitsvertrag (allgemeine Geschäftsbedingung) ist mittels einer Streichung des unwirksamen Teils mit einem "blauen Stift" zu ermitteln, sog. "blue-pencil-Test" (BAG vom 21.04.2005 – 8 AZR 425/04, BB 2005, S.2822). Enthält eine Klausel mehrere sachliche Regelungen, ist der unzulässige Teil der Regelung sprachlich eindeutig abtrennbar und die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt der zulässige Teil im Übrigen bestehen (BAG vom 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, DB 2012, S.179).

Zu § 5 Absatz 2 (Eingeschränkte, doppelte Schriftformklausel)

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass sich mündliche Zusagen durch vertretungsberechtigte Vertreter des Arbeitgebers als vorrangige Individualvereinbarungen gegenüber formularmäßigen Schriftformklauseln durchsetzen (BAG vom 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, DB 2008, S.2365).

Die doppelte Schriftformklausel kann beim Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei gemäß § 125 S. 2 BGB nichtig.

Da dies nicht der Rechtslage nach § 305b BGB entspricht, ist die doppelte Schriftformklausel im Formulararbeitsverträgen generell geeignet, den Arbeitnehmer irrezuführen und deshalb als unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB zu qualifizieren (BAG vom 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, DB 2008, S.2365), wenn dort nicht bereits die Einschränkung nach § 305b BGB enthalten ist.

Nach § 309 Nr. 13 b) BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Textform gebunden werden (siehe Erläuterungen zu den Ausschlussfristen). Nach ganz herrschender Meinung fallen vertragliche Abreden nicht unter den Anwendungsbereich von § 309 Nr. 13 BGB.

Denn aus dem Wortlaut der Vorschrift (auch in der neuen Fassung) ergibt sich, dass die Erklärung zur Rechtswahrnehmung oder Rechtswahrung erforderlich sein muss. Auf eine auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung trifft das nicht zu (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdn. 111 zu § 309 BGB).

[7] **Mustervertrag 2**

Der Mustervertrag 2 sieht die Einführung von Kurzarbeit für einen vereinbarten Zeitraum vor, wobei sich die konkrete Arbeitszeitreduzierung nicht aus der Vereinbarung unmittelbar ergibt, sondern vom Arbeitgeber für die Dauer der Kurzarbeit bestimmt werden kann. Im Gegenzug wurde die Option aufgenommen, wonach der Arbeitgeber für die Dauer der Kurzarbeit auf eine betriebsbedingte Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer (die ohnehin erschwerten Bedingungen während der Kurzarbeit unterliegt) verzichtet. Als Ausgleich für den Entgeltverlust wird dem Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld gewährt.

Hinweis: Bitte beachten Sie, dass keinerlei Haftung für die Rechtsgültigkeit und die Aktualität des Vertragsmusters zum Zeitpunkt der Verwendung und die korrekte Anwendung im Einzelfall übernommen werden kann. Dies gilt insbesondere, da für Nachträge zum Arbeitsvertrag zur Einführung von Kurzarbeit kaum Rechtsprechung veröffentlicht wurde. Das Vertragsmuster kann insoweit nur Anregungen liefern und ist stets an die individuellen Bedürfnisse im Einzelfall anzupassen.

[8] **Erläuterungen zur Vorbemerkung und zu § 1 Mustervertrag (Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit, Lage der Arbeitszeit)**

Kurzarbeit ist die "vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit, regelmäßig verbunden mit einer entsprechenden Minderung des Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmer". Kurzarbeit liegt demnach immer dann vor, wenn die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte regelmäßige wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegen, vorübergehend verkürzt werden soll. Grundsätzlich stellt jede Verringerung einer fest vereinbarten Arbeitszeit Kurzarbeit dar. Bei der sogenannten "Kurzarbeit Null" wird die Arbeit sogar gänzlich aufgehoben.

Da die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit eine Abweichung von den vereinbarten Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann Kurzarbeit nicht "einfach so" durch den Arbeitgeber eingeführt werden. Dem stehen sowohl der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch, als auch das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers entgegen. Möchte der Arbeitgeber die Arbeitszeit vorübergehend zur Einführung von Kurzarbeit reduzieren, benötigt er hierfür eine Rechtsgrundlage. Anderenfalls behalten die Mitarbeiter ihren Vergütungsanspruch trotz Verkürzung der Arbeitszeit und es kann zu Rückforderungen bei bereits gewährtem Kurzarbeitergeld kommen.

Auch wenn der Gesetzgeber und die Bundesregierung im Zusammenhang mit der Corona-Krise diverse Erleichterungen bei der Kurzarbeit und umfangreiche finanzielle Hilfen beschlossen haben, gilt dies nur für den Zugang zum Kurzarbeitergeld, also dem Zugang zur staatlichen Hilfe, und betrifft nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Wie im Rahmen jeder anderen Kurzarbeit auch müssen hierfür die betrieblichen Voraussetzungen geschaffen werden, damit nicht nur die Arbeitszeit verkürzt, sondern auch das Arbeitsentgelt wirksam verringert wird.

Die Einführung von Kurzarbeit mit einer Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und entsprechender Minderung des Arbeitsentgelts kann z.B. auf Basis eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung, aber auch auf Grundlage individualvertraglicher Absprachen zwischen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer erfolgen.

Der Arbeitnehmer ist aber natürlich nicht gezwungen, die Vereinbarung zu unterzeichnen und der Verkürzung

seiner Arbeitszeit und damit auch seines Entgelts zuzustimmen.

Leider gibt es zum zulässigen Inhalt von Nachträgen zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit keine ersichtliche Rechtsprechung.

Lediglich das LAG Berlin-Brandenburg hat sich mit einer Kurzarbeitsklausel beschäftigt, die allerdings bereits (als Vorbehaltsregelung) im Arbeitsvertrag enthalten war, das heißt nicht in der konkreten Situation der Kurzarbeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien abgeschlossen wurde.

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg darf eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Daher sind Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen. Eine Unwirksamkeit kann gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch dann vorliegen, wenn die Kurzarbeitsklausel keine Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises und ähnliches enthält (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

Ob diese strengen Anforderungen auch für einen individuellen Nachtrag zum Arbeitsvertrag gelten, der in der konkreten Situation der Kurzarbeit abgeschlossen wird und vom Arbeitnehmer auch abgelehnt werden könnte, ist bisher nicht in der Rechtsprechung geklärt. Da sich der Arbeitgeber – anders als bei einer Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag – hier keine einseitige Option für die Zukunft vorbehält, sondern die Parteien eine konkrete und für den Arbeitnehmer grundsätzlich freiwillige Regelung für die aktuelle Situation treffen, dürften die Anforderungen allerdings niedriger sein.

In dem alternativen Vertragsmuster #1 wurde die Reduzierung der Arbeitszeit für einen konkreten Zeitraum in einem konkreten Umfang (alternativ in vollem Umfang, bei Kurzarbeit Null) vorgesehen.

In diesem alternativen Vertragsmuster # 1 würde die verringerte Arbeitszeit also immer konkret zwischen den Parteien für einen bestimmten Zeitraum festgelegt und entspricht damit einer vorübergehenden Teilzeitvereinbarung, die ohne weiteres zulässig und von der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien gedeckt sein sollte.

Das vorliegende **Vertragsmuster 2** sieht dagegen vor, dass die Arbeitsvertragsparteien sich grundsätzlich auf eine Reduzierung der Arbeitszeit mit entsprechender Verringerung der Vergütung für einen bestimmten Zeitraum auf ein, im Vertrag definiertes Maß einigen, der Arbeitgeber aber dann je nach Bedarf entscheiden kann, wie weit die Arbeitszeit tatsächlich reduziert wird. Aus den Erwägungen der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 sollte hierfür eine Ankündigungsfrist ausdrücklich vorgesehen werden.

Zu beachten ist außerdem, dass auch ein solcher Nachtrag zur Kurzarbeit regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen wird, und daher auch im Übrigen den strengen Regelungen der §§ 305 ff. BGB unterliegt.

Zur Vorbemerkung

Im vorliegenden Vertragsmuster liegen die Arbeitsvertragsparteien die generelle Möglichkeit zur Verkürzung der Arbeitszeit im Zusammenhang mit der Kurzarbeit fest. Kurzarbeitsklauseln, die bereits im Arbeitsvertrag vorbehalten wurden, dürfen – wie sonstige Vertragsregelungen, die allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen – den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Wie oben dargestellt, hat das LAG Berlin-Brandenburg an solche Regelungen hohe Anforderungen gestellt (LAG Berlin-

Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

In der Literatur wird zur Frage der Zulässigkeit unter Verweis auf die Vorschrift des § 310 Abs. 4 S. 2 BGB (Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses) vertreten, dass eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 BGB nicht anzunehmen sei, wenn das Anordnungsrecht für die Kurzarbeit mit der Bewilligung und Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit im Sinne der §§ 95 ff. SGB III gekoppelt werde. Die Regelungen zum Kurzarbeitergeld in den §§ 95 ff. SGB III wären rechtliche Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses, die nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB zu berücksichtigen wären. Die Kurzarbeit diene insbesondere der Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen, wovon beide Vertragsparteien profitieren würden (Dr. Knut Müller/Oliver Deeg, Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen, Arbeitsrecht Aktuell 2010, S.209 ff.).

Es bietet sich daher an, in einer Vereinbarung zur Kurzarbeit, die den Arbeitgeber zur Reduzierung der Arbeitszeit ermächtigen soll, in einer Vorbemerkung die Umstände darzulegen, aufgrund derer der Arbeitgeber aus seiner Sicht die Kurzarbeit einführen muss und darauf hinzuweisen, dass diese auch der Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen dienen soll. Dabei sollten Umstände genannt werden, die wirtschaftliche Gründe oder ein unabwendbares Ereignis im Sinne von § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III darstellen.

Nach dem LAG Berlin Brandenburg muss eine Kurzarbeitsklausel, die bereits im Arbeitsvertrag enthalten ist, die betroffenen betrieblichen Bereiche festlegen (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420). Rein vorsorglich sollte daher, wie hier in der Vorbemerkung, klargestellt werden, wo im Betrieb oder in den Betriebsabteilungen Kurzarbeit durchgeführt wird und dass der betroffene Arbeitnehmer dort beschäftigt ist.

Zu § 1 Absatz 1 (Kurzarbeit, Verringerung der Arbeitszeit)

In § 1 Abs. 1 des Mustervertrages 2 wird zunächst festgelegt, für welchen Zeitraum Kurzarbeit durchgeführt wird. Im Hinblick auf das Transparenzgebot ist festzulegen, für welchen Zeitraum der Arbeitgeber im Rahmen der Kurzarbeit berechtigt ist, die Arbeitszeit zu verkürzen.

Da – anders als im Vertragsmuster 1 – nicht unmittelbar und konkret durch die Vereinbarung selbst verkürzt wird, sondern erst durch die Mitteilung des Arbeitgebers nach Absatz 2, sollte nach den in der Literatur diskutierten Gesichtspunkten die Option der Arbeitszeitverkürzung an die Voraussetzungen des erheblichen Arbeitsausfalls im Sinne des § 96 SGB III geknüpft werden (siehe auch Anmerkungen zur Vorbemerkung).

Zur Wahrung des Transparenzgebot muss angegeben werden, bis zu welchem Maß der Arbeitgeber die Arbeitszeit verkürzen kann. Zulässig sollte auch sein, die Arbeitszeit bis zur Kurzarbeit Null reduzieren zu können.

Das Bundessozialgericht hatte in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2010 Zweifel geäußert, ob "Kurzarbeit Null" terminologisch noch unter den Begriff der Kurzarbeit zu subsumieren wäre, da in diesen Fällen keine Restarbeitszeit mehr gegeben sei (BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 21/09 R). Damit wäre der Begriff der Kurzarbeit nicht mehr gegeben. Der Gesetzgeber hat daraufhin in der aktuellen Fassung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Klarstellung aufgenommen, wonach der Entgeltausfall auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen kann.

Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wird daher auch für Kurzarbeit Null Kurzarbeitergeld gewährt.

Zu § 1 Absatz 2 (Ankündigungsfrist)

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg darf eine Kurzarbeitsklausel, die bereits im Arbeitsvertrag enthalten ist, den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne von § 307 BGB. Daher sind Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen (LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10, DB 2011, S.420).

Auch der Nachtrag zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit stellt Allgemeine Geschäftsbedingungen dar und darf unter Anwendung der §§ 305 ff. BGB den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen im Sinne vom § 307 BGB.

Wird daher die Arbeitszeit nicht nur für einen konkreten und überschaubaren Zeitraum unmittelbar durch den Nachtrag verkürzt, sondern erhält der Arbeitgeber durch den Nachtrag lediglich die Option, die Arbeitszeit im Rahmen der Kurzarbeit nach seinen Bedürfnissen, gegebenenfalls auch über einen längeren Zeitraum hinweg zu verkürzen, sollte vorsorglich unter Berücksichtigung der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 auch in dem Nachtrag eine Ankündigungsfrist für die konkrete Verkürzung der Arbeitszeit vorgesehen werden.

Leider musste das LAG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 07.10.2010 nicht entscheiden, wie lange eine Ankündigungsfrist mindestens sein muss, da die der Entscheidung zugrundeliegende Vertragsklausel keinerlei Ankündigungsfrist vorsah.

Ist eine Kurzarbeitsklausel bereits im Arbeitsvertrag enthalten, muss die Ankündigungsfrist den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, sich auf die geänderten Umstände einzustellen. Erst mit Bekanntgabe des konkreten Umfangs der Kurzarbeit könne er sich auf die veränderte Einkommens- und Arbeitszeitsituation einstellen und rechtzeitig über Freizeit und finanzielle Verpflichtungen disponieren. Zudem bietet dem Arbeitnehmer eine angemessene Ankündigungsfrist ausreichend Zeit, die Rechtmäßigkeit der Anordnung überprüfen und ggf. geeignete Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsnachteilen treffen zu können (Dr. Knut Müller/Oliver Deeg, Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen, Arbeitsrecht Aktuell 2010, S.209 ff. unter Verweis auf BAG VOM 12.10.1994 – 7 AZR 398/93).

Tarifverträge zur Kurzarbeit sehen Ankündigungsfristen zwischen fünf Arbeitstagen (Nr. 44 MTV holz- und kunststoffverarbeitende Industrie im nordwestdeutschen Raum der BRD) und vier Wochen (§ 9 Abs. 1 MTV Einzelhandel NRW) vor. Nach Ansicht der Literatur erscheine mit Blick auf Sinn und Zweck der Frist, eine Zeitspanne von 3 Wochen, nicht zuletzt auch in Anlehnung an § 4 KSchG, als angemessen (Dr. Knut Müller/Oliver Deeg, Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen, Arbeitsrecht Aktuell 2010, S.209 ff.).

Ob ein Nachtrag zur Einführung der Kurzarbeit, der in der konkreten Situation eines erheblichen Arbeitsausfalls im Sinne des § 96 SGB III abgeschlossen wird, ebenfalls eine Ankündigungsfrist in der diskutierten Länge von drei Wochen enthalten muss, kann abschließend nicht beurteilt werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber sich nicht zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vorbehält, irgendwann einmal im Bedarfsfalle die Arbeitszeit einseitig zu reduzieren, sondern dass die Verringerung der Arbeitszeit in der konkreten Bedarfssituation zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart wird und damit der Arbeitnehmer vor seiner Unterschrift die Möglichkeit hat, die Rechtmäßigkeit der Kurzarbeit überprüfen zu lassen und gegebenenfalls geeignete Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsnachteilen treffen kann.

Es scheint daher durchaus vertretbar, für die konkrete Verringerung der Arbeitszeit im Rahmen eines Nachtrags zur Kurzarbeit, eine kürzere Ankündigungsfrist vorzusehen. Das LAG Berlin-Brandenburg führt in seiner Entscheidung vom 07.10.2010 aus, dass die Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag bereits deshalb unwirksam wäre, weil der Arbeitgeber "von einem auf den anderen Tag Kurzarbeit anordnen und damit den dem Arbeitnehmer zu seiner Existenzsicherung dienen dem Vergütungsanspruch ganz oder teilweise sofort zu Fall"

bringen könne. Da auch diese Rechtsfolge bei einem Nachtrag zur Kurzarbeit von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängt, dürfte auch eine kürzere Frist ausreichend sein.

Eventuell könnte die Frist in Analogie zur sog. Abrufarbeit nach § 12 TzBfG bestimmt werden. Nach § 12 Abs. 3 TzBfG (in der ab 01.01.2019 geltenden Fassung; davor gleichlautend in § 12 Abs. 2 TzBfG) ist der Arbeitnehmer im Rahmen der Abrufarbeit nur dann zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt. Eine von § 12 Abs. 3 TzBfG abweichende Vereinbarung zwischen den Parteien, die eine kürzere als die viertätige Ankündigungsfrist vorsieht oder in der der Arbeitnehmer auf die Ankündigungs-frist verzichtet, ist wegen Verstoß gegen § 12 Abs. 3 TzBfG nach § 134 BGB nichtig.

Für die Fristberechnung gelten die §§ 186 ff. BGB. Für den Lauf der Frist ist der Zugang der Arbeitsankündigung entscheidend. Der Tag des Zugangs sowie der Tag der Arbeitsleistung zählen bei der Berechnung der Frist nicht mit (vier Tage "im Voraus"). Ist der letzte Tag vor dem Vier-Tages-Zeitraum ein Samstag, Sonntag oder Feiertag, so muss die Mitteilung nach § 193 BGB wegen der anzustellenden Rückrechnung am vorhergehenden Werktag erfolgen (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Rdn. 26 zu § 12 TzBfG).

Im Vertragsmuster wurden verschiedene Varianten für die Ankündigungsfrist zur Verkürzung der Arbeitszeit vorgeschlagen. Idealerweise sollte die Verkürzung der Arbeitszeit immer für einen bestimmten Zeitraum, z.B. für eine Woche erfolgen.

Zu § 1 Absatz 3 (Mitteilung)

Die verkürzte Arbeitszeit muss dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden. Idealerweise sollte hierfür bereits eine Regelung im Nachtrag getroffen werden. Bei einer Mitteilung durch Aushang, bei der die Verkürzung der Arbeitszeit nicht allgemeingültig, z.B. für eine gesamte Abteilung oder einem gesamten Bereich mitgeteilt wird, dürfte gegen datenschutzrechtliche Erwägungen nach der DS-GVO verstoßen. Hier sollte besser eine individuelle Mitteilung erfolgen.

Zu § 1 Absatz 4 (Lage der Arbeitszeit)

Wird die Arbeit nicht vollständig reduziert (Kurzarbeit Null), sondern der Arbeitnehmer weiterhin in verringerten Umfang zur Arbeitsleistung herangezogen, kann es sich anbieten, die Lage der Arbeitszeit in dem Nachtrag zur Kurzarbeit festzulegen.

Hierdurch wird allerdings das Weisungsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen. Dieses Weisungsrecht findet seine Grenzen nur in den Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertrages, und es darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden (BAG vom 30.10.1991 - 5 AZR 6/91).

Enthält der Arbeitsvertrag, oder wie hier der Nachtrag zur Kurzarbeit, eine Konkretisierung der Lage der Arbeitszeit, wird hierdurch das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO insoweit eingeschränkt.

[9] **Zivilrechtliche Erläuterungen zu § 2 Mustervertrag (Entgeltreduzierung, Kurzarbeitergeld, Zuschuss)**

Zu § 2 Absatz 1 (Entgeltreduzierung)

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt nach § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III zunächst das Vorliegen eines erheblichen

Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall voraus.

Ein Entgeltausfall liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber Kurzarbeit auf Basis einer wirksamen Rechtsgrundlage, z. B. durch die vorliegende einzelvertragliche Absprache einführt. In diesem Fall reduziert sich das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der Verkürzung der Arbeitszeit.

Anderenfalls behält der Arbeitnehmer trotz Verkürzung der Arbeitszeit nach § 615 BGB den Anspruch auf seine (volle) Vergütung, obwohl der Arbeitgeber die Arbeitszeit verkürzt (siehe ausführlich, Expertise Ziffer 2.2.2). In diesem Fall würde auch eine Grundvoraussetzung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes, "erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall" fehlen, sodass gegebenenfalls auch ein gewähltes Kurzarbeitergeld zurückgefordert werden könnte.

Vorsorglich sollte die Reduzierung der Vergütung im Nachtrag zum Arbeitsvertrag über die Kurzarbeit klargestellt werden.

Zu § 2 Absatz 2 (Kurzarbeitergeld)

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit, insbesondere die Voraussetzungen, sind in den §§ 95 ff. SGB III geregelt.

Besteht eine wirksame Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit, reduziert sich das Brutto-Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der verkürzten Arbeitszeit bzw. entfällt sogar vollständig. Das Kurzarbeitergeld soll diese Rechtsfolge für den Arbeitnehmer abfedern und einen teilweisen Ausgleich der Vergütungseinbuße bieten.

Das Kurzarbeitergeld stellt einen originären Anspruch des Arbeitnehmers dar. Er selbst ist Anspruchsberechtigter der Leistungen. Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, den als Leistungsvoraussetzung notwendigen Antrag zu stellen. Antragsberechtigt sind nur die in § 323 Abs. 2 SGB III Genannten (Arbeitgeber und Betriebsrat). Der Arbeitnehmer selbst ist weder anzeige- noch antragsberechtigt.

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber jedoch verpflichtet, die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes zu schaffen, insbesondere den Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld (rechtzeitig) zu stellen. Die schuldhafte Verletzung der Anzeige nach § 99 SGB III durch den Arbeitgeber sowie dessen Antragsstellung außerhalb der Ausschlussfrist des § 325 Abs. 3 SGB III können zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers nach § 280 Abs. 1 BGB führen.

Verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten, wird der Arbeitnehmer aus vorgenannten Schadensersatzgesichtspunkten einen Anspruch auf Zahlung des "fiktiven Kurzarbeitergeldes" haben. Dies wurde im Mustervertrag klargestellt. Ausgeschlossen wurde der Anspruch, soweit die Versagung des Kurzarbeitergeldes aus Gründen erfolgt, die der Arbeitnehmer zu vertreten hat.

Zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld, siehe ausführlich in der Expertise, Ziffer 5.

Für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, beträgt das Kurzarbeitergeld 67 % der Nettoentgeltdifferenz (§ 105 Nr. 1 SGB III). Diesen höheren Leistungssatz erhalten damit alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den Familienstand, deren elektronische Lohnsteuermerk-male (ElStAM) einen Kinderfreibetrag von mindestens 0,5 ausweisen. Entscheidend ist allein die verwandtschaftliche Beziehung. Wo das Kind wohnt, ist unbeachtlich. Ergibt sich der Kinderfreibetrag nicht aus den elektronischen Lohnsteuermerkmalen, wie etwa im Fall der Lohnsteuerklassen V und VI, ist eine Bescheinigung der Arbeitsagentur nötig (§ 320 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz SGB III).

Mitarbeiter ohne unterhaltspflichtige Kinder erhalten als Kurzarbeitergeld 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum.

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den sich aus der Kurzarbeitergeld-Tabelle ergebenden, rechnerischen Leistungs-sätzen für das Soll-Entgelt und für das Ist-Entgelt. Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeits-entgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall in dem Anspruchszeitraum (Kalendermonat) erzielt hätte, vermindert um Entgelt für Mehrarbeit (§ 106 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile (§ 106 Abs. 1 Satz 3 SGB III).

Sowohl für die Berechnung des Soll-Entgelts als auch des Ist-Entgelts bleibt einmalig gezahltes Arbeitsentgelt außer Betracht.

Zu § 2 Absatz 3 (Zuschuss zum Kurzarbeitergeld)

In der Eventualergänzung in § 2 Abs. 3 wird dem Arbeitnehmer zur Abmilderung der finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit ein Zuschuss zum Kurzarbeitergeld gewährt.

Nach § 106 Abs. 2 Satz 2 SGB III bleibt Arbeitsentgelt, das durch den Arbeitgeber unter Anrechnung des Kurzarbeitergeldes gezahlt wird, bei der Berechnung des Ist-Entgelts außer Betracht.

Oftmals basieren solche Leistungen auf tariflichen Bestimmungen, können aber natürlich auch vom Arbeitgeber freiwillig gewährt werden. Für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung spielt es keine Rolle, ob der Zuschuss verpflichtend ist oder vom Arbeitgeber freiwillig gewährt wird.

Soweit keine verpflichtenden Vorgaben vorhanden sind, kann der Zuschuss zum Kurzarbeitergeld z.B. als fester Betrag oder z.B. als Ausgleich der Differenz zwischen dem unter Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes erzielten Netto-Arbeitsentgelt und einem gewissen Prozentsatz (z. B. 80 %) des sonst üblichen Netto-Entgelts geleistet werden.

Bei der Bestimmung in Höhe eines gewissen Prozentsatzes sollte allerdings bedacht werden, dass dieser in der Regel nicht automatisch über die Lohnabrechnung bestimmt werden kann, sondern im Einzelfall berechnet werden muss. Es bietet sich daher an, den Zuschuss z.B. als festen monatlichen Betrag, als Prozentsatz des Brutto-entgelts oder als Prozentsatz des zu Beginn der Kurzarbeit einmalig bestimmten, pauschalierten Nettoentgelts aus dem Soll-Entgelt, zu definieren.

Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Erläuterungen zu § 2 Mustervertrag

Lohnsteuer

Wird die Arbeitszeit nicht vollständig reduziert (keine Kurzarbeit Null), unterliegt das Arbeitsentgelt für die tatsächlich geleistete Arbeitszeit als Ist-Entgelt der normalen Lohnbesteuerung.

Das Kurzarbeitergeld ist nach § 3 Nr. 2 a) EStG steuerfrei. Es unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) EStG, d. h. nach § 32b Abs. 1 EStG ist auf das nach § 32a Abs. 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzuwenden.

Da das Kurzarbeitergeld dem Progressionsvorbehalt unterliegt, muss es in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung gesondert ausgewiesen werden. Trotz des Ausfalls von Arbeitstagen ist kein Eintrag des Buchstabens "U" im Lohnkonto erforderlich, da die Höhe des Kurzarbeitergeldes gesondert in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung zu bescheinigen ist. Sobald Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, darf

der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer keinen Lohnsteuer-Jahresausgleich durchführen.

Um die für den Arbeitnehmer finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, gewähren insbesondere Tarifverträge oftmals einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld (Eventualergänzung in Abs. 3). Solche Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld sind als Arbeitseinkommen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 EStG lohnsteuerpflichtig.

Sozialversicherung

Das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses während eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld wird – unabhängig vom Umfang und der Dauer der ggf. auch vollständigen Arbeitszeitreduzierung – in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung als fortbestehend angeordnet (§ 24 Abs. 3 SGB III, § 1 Nr. 1 SGB VI, § 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, § 49 Abs. 2 SGB XI).

Soweit während der Kurzarbeit normal gearbeitet und damit Arbeitsentgelt erzielt wird, tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge zur Sozialversicherung nach den normalen Bestimmungen, d. h. grundsätzlich zur Hälfte.

Wird vom Arbeitgeber (wie in der Eventualergänzung zu Abs. 3) ein Zuschuss zum Kurzarbeitergeld gewährt, zählt dieser nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 SvEV nicht zum sozial-versicherungspflichtigen Arbeitsentgelt, soweit dieser zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nicht übersteigt. Darüber hinausgehende Beträge unterliegen der normalen Beitragspflicht, wie das während der Kurzarbeit für die Arbeit bezahlte Entgelt.

Bemessungsgrundlage für die Beiträge aus dem gezahlten Kurzarbeitergeld sind 80 % des Differenzbetrages zwischen dem Brutto-Soll-Entgelt und dem Brutto-Ist-Entgelt ("fiktives Entgelt") nach § 106 SGB III (§ 232a Abs. 2 SGB V; § 163 Abs. 6 SGB VI).

Soweit Kurzarbeitergeld gezahlt wird, sind die Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung aus dem "fiktivem Entgelt" alleine vom Arbeitgeber zu tragen (§ 249 Abs. 2 SGB V; § 58 Abs. 5 SGB XI; § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI).

Die SV-Beiträge auf das Ist-Entgelt tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Hälfte; den kassenindividuellen Zuschlagssatz zur KV tragen seit 01.01.2019 Arbeitgeber und Arbeitnehmer wieder paritätisch gemeinsam, den Beitragszuschlag für Kinderlose in der Pflegeversicherung trägt der Arbeitnehmer allein.

Die auf das "fiktive Entgelt" entfallenden Sozialversicherungsbeiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung, trägt der Arbeitgeber alleine, einschließlich des kassenindividuellen Zusatzbeitrags zur Krankenversicherung (KV). Beiträge zur Arbeitslosenversicherung fallen nicht an. Den Beitragszuschlag zur Pflegeversicherung (PV) trägt die Bundesagentur für Arbeit (pauschal).

Durch das "Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020 (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen.

Aufgrund § 2 der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) werden dem Arbeitgeber für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung

auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form er-stattet. Für die Pauschalierung wird die Sozialversicherungspauschale nach § 153 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III abzüglich des Betrags zur Arbeitsförderung zu Grunde gelegt.

[10] **Erläuterungen zu § 3 Mustervertrag (Urlaub, Freizeitausgleich)**

Zu § 3 Absatz 1 (Urlaub, Freizeitausgleich als Voraussetzung für Kug)

er Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt nach § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III zunächst das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall voraus. Wann der Arbeitsausfall erheblich ist, regelt grundsätzlich § 96 SGB III.

Nach § 96 SGB III ist ein Arbeitsausfall erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er vorübergehend ist, im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) einen bestimmten Umfang erreicht und der Arbeitsausfall nicht vermeidbar ist.

§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III nennt explizit Fälle, in denen der Arbeitsausfall insbesondere vermeidbar ist. Als vermeidbar gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III u.a. ein Arbeitsausfall, der

durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, oder

durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Der Arbeitsausfall kann durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaubs vermieden werden, soweit nicht vorrangige Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung entgegenstehen (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III).

Nach § 7 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sind bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

Die Belange des Arbeitnehmers berücksichtigt die Regelung in § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers ist der Vorrang vor einer Vermeidung des Arbeitsausfalls einzuräumen. Vom Arbeitnehmer soll nicht gefordert werden, dass ihm der Arbeitgeber entgegen seiner Urlaubsplanung Urlaub zur Vermeidung der Kurzarbeit gewährt.

Umgekehrt scheidet der Anspruch auf Kurzarbeitergeld aus, wenn der Urlaub z. B. durch Eintragung in die Urlaubsliste, durch Urlaubsplan oder Betriebsferien bereits auf einen bestimmten Zeitraum festgelegt wurde und hiervon abgewichen wird, weil der Zeitraum von der Kurzarbeit erfasst wird. In diesem Fall ist vom Vorliegen eines vermeidbaren Arbeitsausfalls auszugehen.

Ein Arbeitsausfall gilt nach § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auch dann als vermeidbar, wenn er durch die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Für die Frage der Vermeidbarkeit sind allein solche Regelungen zur Arbeitszeit maßgebend, von denen im Betrieb durch Vereinbarung auf betrieblicher bzw. einzelvertraglicher Ebene auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Enthält z. B. ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Tarifvertrag die Möglichkeit der Flexibilisierung der Arbeitszeit, wird diese auf das Arbeitsverhältnis aber nicht angewendet, muss die im Tarifvertrag vorgesehene Möglichkeit nicht berücksichtigt werden. Das Erfordernis der Unvermeidbarkeit verlangt von den

Betriebsparteien oder den Arbeitsvertragsparteien nicht, bestehende Arbeitszeitvereinbarungen zu ändern oder solche einzuführen.

Besteht im Betrieb eine Arbeitszeitflexibilisierung, z. B. wenn Arbeitszeitkonten geführt werden, hat der Arbeitgeber als Voraussetzung für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes glaubhaft zu machen und darzulegen, dass alle Möglichkeiten der Flexibilisierung vor Einführung der Kurzarbeit tatsächlich ausgeschöpft wurden. Vorhandene Zeitguthaben müssen im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zunächst reduziert werden, soweit es sich nicht um geschützte Arbeitszeitguthaben handelt.

Da das Gesetz aber von "Arbeitszeitschwankungen" spricht, müssen ggf. zunächst auch Minusstunden aufgebaut werden, wenn eine solche Möglichkeit für das Arbeitsverhältnis vorgesehen ist. Beim Aufbau von Minusstunden auf dem Arbeitszeitkonto zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ist der Grundsatz der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu beachten. Eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit kann insbesondere vorliegen, wenn die kurzfristige Liquidität des Arbeitgebers durch die Maßnahme zur Vermeidung der Kurzarbeit, hier der Vorfinanzierung von Minusstunden, gefährdet ist.

Durch das "Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld" vom 13.03.2020 (BGBl. I 2020, S.493 ff.) wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, abweichend von § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III auf den Einsatz negativer Arbeitszeitsalden zur Vermeidung von Kurzarbeit vollständig oder teilweise zu verzichten (§ 109 Abs. 5 Nr. 2 SGB III). Mit der "Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)" vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, S.595) wurde bis zum 31.12.2020 hiervon Gebrauch gemacht. Es müssen daher bis 31.12.2020 keinen negativen Arbeitszeitsalden aufgebaut werden.

Zum Schutz der besonderen Interessenlage der Arbeitnehmer werden bestimmte Arbeitszeitguthaben nach § 96 Abs. 4 Satz 3 SGB III besonders geschützt. In den dort abschließend aufgezählten Fällen kann von den Arbeitnehmern die Auflösung des Arbeitszeitguthabens nicht verlangt werden.

Siehe hierzu ausführlich, Expertise Ziffer 5.1.3.1

Zu § 3 Absatz 2 (Erholungsurlaub)

Es ist einem Arbeitnehmer nicht untersagt, auch während der Kurzarbeit seinen Erholungsurlaub zu nehmen.

Der Arbeitgeber hat bei der Festlegung der zeitlichen Lage des Erholungsurlaubs nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Interessen des Arbeitnehmers und die betrieblichen Belange zu einem Ausgleich zu bringen. Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen, § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG.

Das Urlaubsentgelt eines Arbeitnehmers bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden bezahlten Entgelts (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG). Für die Dauer des Urlaubs erhält der Arbeitnehmer das nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen berechnete Urlaubsentgelt in ungekürztem Umfang. Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG bleiben Verdienstkürzungen, die im Be-rechnungszeitraum in Folge von Kurzarbeit eintreten, für die Berechnung des Urlaubs-entgelts außer Betracht.

Da für Urlaubstage auch während der Kurzarbeit somit keine Verdienstkürzung eintritt, steht dem Arbeitnehmer

für diesen Zeitraum auch kein Kurzarbeitergeld zu.

[11] **Erläuterungen zu § 4 Mustervertrag (Nebenbeschäftigung)**

Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber die Zurverfügungstellung seiner gesamten Arbeitskraft. Allerdings gilt dies nur im Rahmen der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Darüber hinaus steht ihm die Verwendung seiner Arbeitskraft grundsätzlich frei.

Verwendet der Arbeitnehmer seine Freizeit außerhalb des Hauptbeschäftigungsverhältnisses für eine berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrages, genießt er dabei den grundrechtlichen Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Nicht auf Erwerb gerichtete Tätigkeiten, wie z.B. ehrenamtliches Engagement für einen Verein, sind durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Ein absolutes Nebentätigkeitsverbot ist daher unzulässig. Aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion gem. § 306 Abs. 1, 2 BGB kann eine solche Klausel auch nicht einschränkend ausgelegt werden; sie ist vielmehr insgesamt unwirksam.

Ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ist der Arbeitnehmer aber nicht ohne weiteres verpflichtet, in jedem Falle eine Nebentätigkeit dem Hauptarbeitgeber mitzuteilen (BAG vom 18.01.1996 - 6 AZR 314/95, BB 1996, S. 1892). Zur Wahrung seiner Interessen sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zumindest zur Mitteilung jeder Nebenbeschäftigung verpflichten, besser noch in den Arbeitsvertrag ein Verbot mit (zwingendem) Erlaubnisvorbehalt aufnehmen.

Zu Einzelheiten, siehe § 11 des Mustervertrages zur Expertise "Anstellungsvertrag" allgemein.

Soweit der Arbeitsvertrag ein Verbot der Nebenbeschäftigung mit zwingendem Erlaubnisvorbehalt regelt, sollte auch im Nachtrag zur Kurzarbeit klargestellt werden, dass dieses auch während der Kurzarbeit seine Gültigkeit behält.

In jedem Falle sollte aber für die Dauer der Kurzarbeit explizit eine Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers über etwaige Nebentätigkeiten geregelt werden.

Erzielt der Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit ein Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung, selbstständigen Tätigkeit (Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit betreffen nur solche, die vom Beschäftigten erarbeitet werden (sogenanntes "mühevolles Einkommen").

Nicht berücksichtigt wird Einkommen, das ohne Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird, wie z. B. Zinseinnahmen oder Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung) o-der Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, ist das Ist-Entgelt nach § 106 Abs. 3 SGB III um dieses Entgelt zu erhöhen.

Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich dabei um eine versicherungspflichtige oder z. B. eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB IV handelt. Unter einer "anderen Beschäftigung" ist eine solche bei einem anderen Arbeitgeber zu verstehen. Übt ein Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber mehrere Beschäftigungen aus, so liegt ohne Rücksicht auf die arbeitsvertragliche Gestaltung sozialversicherungsrechtlich regelmäßig ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis vor. Das aus den Arbeitsverhältnissen erzielte Entgelt fließt insgesamt ins Ist-Entgelt ein.

Das aus der anderweitigen Beschäftigung erzielte Entgelt ist in voller Höhe dem Ist-Entgelt hinzuzurechnen, auch wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung handelt, bei der das Entgelt "brutto gleich netto"

gezahlt wird.

Für die Anrechnung auf das Ist-Entgelt muss die andere Beschäftigung "während des Bezugs von Kurzarbeitergeld" aufgenommen werden. Das Arbeitseinkommen aus einer schon vor Beginn der Kurzarbeit (genauer: vor Beginn des Anspruchszeitraums, also des Kalendermonats, in dem die Kurzarbeit beginnt) aufgenommenen Nebentätigkeit ist im Rahmen des § 106 Abs. 3 SGB III nicht zu berücksichtigen.

Eine andere Beschäftigung bleibt auch dann anrechnungsfrei, wenn sie erst kurz vor dem Bezug des Kurzarbeitergeldes aufgenommen wurde. Eine Mindestbeschäftigungszeit ist nicht erforderlich (Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 12.6 96 BGBl. I 2015, S. 2557).

Nach dem "Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2" (lag bei Drucklegung nur im Referentenentwurf vor) soll in der Zeit vom 1. April 2020 bis 31. Oktober 2020, abweichend von § 106 Abs. 3 SGB III, Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Solche, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigungen sollen versicherungsfrei in der Arbeitsförderung sein.

[12] **Erläuterungen zu § 5 Mustervertrag (Kündigungsverzicht)**

Beschäftigt der Arbeitgeber mehr als zehn Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG und besteht das Arbeitsverhältnis bereits länger als sechs Monate (§ 1 Abs. 1 KSchG), ist eine Kündigung unter anderem dann sozial ungerechtfertigt nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen.

Der Arbeitgeber hat darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen (Schaub, Arbeits-recht von A bis Z, "Betriebsbedingte Kündigung"),

aufgrund welcher inner- oder außerbetrieblicher Umstände er sich zu einem bestimmten unternehmerischen Handeln veranlasst sieht, das zu einer Verringerung des Beschäftigungsbedarfs (Wegfall von Arbeitsplätzen) führt

ob die betrieblichen Erfordernisse "dringende" sind und die Kündigung "bedingen",

Dies ist nicht der Fall, wenn der Rückgang des Beschäftigungsbedarfs anderweitig aufgefangen werden kann, entweder durch betriebsorganisatorische Maßnahmen oder durch eine anderweitige Beschäftigung des anderenfalls zu kündigenden Arbeitnehmers.

und ob der Arbeitgeber die Kündigung bei vergleichbaren Arbeitnehmern dem sozial am wenigsten schutzwürdigen Arbeitnehmer gegenüber ausgesprochen hat.

Liegen die Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit vor, ist diese im Hinblick auf eine Beendigungskündigung nicht nur eine mildere Maßnahme, sondern es fehlt der für eine Beendigungskündigung notwendige Dauermangel der Arbeitsmenge (BAG vom 23.02.2012 – 2 AZR 548/10).

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Kurzarbeit ist daher sozialwidrig, wenn sie mit denselben Gründen gerechtfertigt wird, aus denen Kurzarbeit angeordnet worden ist. Denn dann besteht für eine

betriebliche Kündigung in der Regel nicht das gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG notwendige "dringende" betriebliche Erfordernis. Zudem setzt eine betriebsbedingte Kündigung einen dauerhaften Fortfall der Arbeitsmenge voraus, an dem es auch arbeitsrechtlich bei einer Kurzarbeit fehlt, da diese immer nur den vorübergehenden Arbeitsausfall zur Voraussetzung hat (Gagel, SGB II/SGB III, Rdn. 186 zu § 95 SGB III).

Nur wenn über die Gründe für die Kurzarbeit hinaus weitere Gründe bestehen, die es dringend erforderlich machen, den Arbeitsplatz wegfallen zu lassen, so kann eventuell trotz Kurzarbeit gekündigt werden (BAG vom 17.10.1980 – 7 AZR 675/78).

Verzichtet der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Kurzarbeit auf den Ausspruch betriebsbedingte Kündigungen aus Gründen, die Auslöser für die Kurzarbeit sind, ist das Zugeständnis des Arbeitgebers gering. Der Kündigungsverzicht kann aber ein zusätzlicher Anreiz zur Unterzeichnung der Zusatzvereinbarung für den Arbeitnehmer sein.

[13] **Erläuterungen zu § 6 Mustervertrag (Schlussbestimmungen)**

Zu § 6 Absatz 1 (Salvatorische Klausel)

Nach § 139 BGB wird vermutet, dass bei Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Mit Vereinbarung einer Teilnichtigkeitsklausel (salvatorische Klausel) wird diese Vermutung des § 139 BGB verhindert.

Eine Ausnahme zu der Grundregelung in § 139 BGB enthält § 306 BGB für das AGB-Recht. Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden (z. B. weil sie eine überraschende Klausel darstellen) oder sind unwirksam (z. B. wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot oder einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers), so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB).

Soweit die Vertragsklauseln im Formulararbeitsvertrag nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften. Ist eine Vertragsklausel nicht teilbar, tritt an ihre Stelle das Gesetz. Insoweit vermag auch eine salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag keine geltungserhaltende Reduktion der teilweise unwirksamen Vertragsklausel zu erreichen.

Die Teilbarkeit einer Vertragsbestimmung im Formulararbeitsvertrag (allgemeine Geschäftsbedingung) ist mittels einer Streichung des unwirksamen Teils mit einem "blauen Stift" zu ermitteln, sog. "blue-pencil-Test" (BAG vom 21.04.2005 – 8 AZR 425/04, BB 2005, S.2822). Enthält eine Klausel mehrere sachliche Regelungen, ist der unzulässige Teil der Regelung sprachlich eindeutig abtrennbar und die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt der zulässige Teil im Übrigen bestehen (BAG vom 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, DB 2012, S.179).

Zu § 6 Absatz 2 (Eingeschränkte, doppelte Schriftformklausel)

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass sich mündliche Zusagen durch vertretungsberechtigte Vertreter des Arbeitgebers als vorrangige Individualvereinbarungen gegenüber formularmäßigen Schriftformklauseln durchsetzen (BAG vom 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, DB 2008, S.2365).

Die doppelte Schriftformklausel kann beim Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei gemäß § 125 S. 2 BGB nichtig.

Da dies nicht der Rechtslage nach § 305b BGB entspricht, ist die doppelte Schriftform-klausel im

Formulararbeitsverträgen generell geeignet, den Arbeitnehmer irrezuführen und deshalb als unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB zu qualifizieren (BAG vom 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, DB 2008, S.2365), wenn dort nicht bereits die Einschränkung nach § 305b BGB enthalten ist.

Nach § 309 Nr. 13 b) BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Textform gebunden werden (siehe Erläuterungen zu den Ausschlussfristen). Nach ganz herrschender Meinung fallen vertragliche Abreden nicht unter den Anwendungsbereich von § 309 Nr. 13 BGB. Denn aus dem Wortlaut der Vorschrift (auch in der neuen Fassung) ergibt sich, dass die Erklärung zur Rechtswahrnehmung oder Rechtswahrung erforderlich sein muss. Auf eine auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung trifft das nicht zu (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdn. 111 zu § 309 BGB).

Kontextbezogene Links

Vorlagen und Muster:

- Arbeitsvertrag Kurzarbeit zur Weiterbearbeitung in MS-Word

Andere Nutzer sahen auch:

- Kurzarbeitergeld - Lexikon Lohn und Personal
- Kurzarbeitergeld (Beispiele für LODAS)
- Auswirkungen des Corona-Virus auf die Lohnabrechnungen
- Kurzarbeitergeld (Kug) abrechnen in LODAS compact / classic / comfort
- Fragen und Antworten zum Thema Kurzarbeitergeld (Kug) im Kontext des Corona-Virus