

AWV Jade - Newsletter Corona - 26_03_2020-02

Information zur Kurzarbeit und arbeitsrechtliche Hinweise

A. Fahrplan Kurzarbeit

Im Nachgang zu unseren Rundschreiben vom 13.03.2020 und 17.03.2020, mit welchen wir Sie darüber informiert haben, dass die Einführung von Kurzarbeit einer Rechtsgrundlage im Arbeitsvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag bedarf, erhalten Sie im Folgenden weitere praktische Hilfestellungen bei der Einführung und Durchführung von Kurzarbeit.

Der folgende Ablaufplan stellt die einzelnen Schritte, die Sie als Arbeitgeber bei der Einführung von Kurzarbeit beachten müssen dar.

I. Grundsätzlich keine einseitige Anordnung

Die **Einführung von Kurzarbeit bedarf einer Rechtsgrundlage** und kann nicht einseitig von Arbeitgeber angeordnet werden. Sollten keine der oben genannten Rechtsgrundlagen bestehen, genügte den Arbeitsagenturen bei Arbeitgebern ohne Betriebsrat bisher die Einreichung einer **formlosen Sammelliste**, auf welcher der Arbeitgeber mit den Arbeitnehmern eine Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit geschlossen hatte. Konnte der Arbeitgeber auch diesen Nachweis des Einverständnisses der Arbeitnehmer mit der Kurzarbeit nicht vorlegen, so war er bislang gezwungen, gegenüber denjenigen Arbeitnehmern, die ihre Unterschrift auf einer solchen Liste verweigerten, eine **Änderungskündigung** auszusprechen.

Nunmehr hat die Bundesagentur für Arbeit in der Krisenstabssitzung der niedersächsischen Landesregierung am 24.03.2020 mitgeteilt, dass für die Beantragung von Kurzarbeitergeld (KUG) ein **Vermerk des Arbeitgebers**, dass die Arbeitnehmer mit der Einführung der Kurzarbeit einverstanden seien, ausreicht.

Demnach würde eine mündliche - auch telefonische - Einigung über die Einführung von Kurzarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausreichen. Dies gilt allerdings **nur für Unternehmen ohne Betriebsrat – sofern ein Betriebsrat besteht, muss auch weiterhin eine Betriebsvereinbarung vorgelegt werden.**

Diese grundlegende Neuregelung soll zeitnah im Bundestag beschlossen werden, kann aber u.E. aus arbeitsrechtlicher Sicht zu Beweisschwierigkeiten sowie zu Nachfragen der Bundesagentur und somit zu Verzögerungen bei der Bearbeitung der Anträge und Auszahlung des KUG führen.

II. Handlungsempfehlung

Sollten Arbeitnehmer ihr Einverständnis zur Einführung von Kurzarbeit verweigern, müsste dies u.E. aus dem Vermerk hervorgehen. Für diese Arbeitnehmer kann es keine Erstattung von KUG geben. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber grundsätzlich das Entgelt fortzuzahlen hat, sofern der Arbeitnehmer weiterhin seine Arbeitsleistung anbietet.

Daher raten wir dringend zumindest zur Anfertigung einer Sammelliste (siehe Anhang).

Sollte es einzelne Arbeitnehmer geben, die sich mit der Einführung der Kurzarbeit nicht einverstanden erklären, müsste diesen gegenüber, eine **Änderungskündigung mit Ergänzungsvereinbarung (siehe Anhang)** ausgesprochen werden.

Bitte beachten Sie, dass auch für diese Änderungskündigung die übrigen Voraussetzungen vorliegen müssen (wie etwa Anhörung des Betriebsrates, Zustimmung des Integrationsamtes bei Schwerbehinderten, etc.).

B. Rechtsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit

I. Tarifvertrag

1. Prüfung, ob ein Tarifvertrag (TV) anzuwenden ist
 - aufgrund beiderseitiger Tarifbindung
 - aufgrund AVE (aufgrund Allgemeinverbindlicherklärung)
 - aufgrund vertraglicher Inbezugnahme
2. Prüfung, ob TV hinreichend konkrete Bestimmungen zur Kurzarbeit trifft (Reichweite des TV prüfen)
 - TV ist ausreichend, wenn er eine konkrete Anordnungsbefugnis zur Einführung von Kurzarbeit enthält
 - ansonsten ist zusätzlich eine arbeitsvertragliche Regelung bzw. die individuelle Zustimmung der Arbeitnehmer, sowie bei Bestehen eines Betriebsrates i.d.R. der Abschluss einer Betriebsvereinbarung erforderlich
3. Einhaltung der tariflichen Regelungen, wie etwa Ankündigungsfristen, Festlegung des betroffenen Personenkreises, etc.
4. Da TV i.d.R. nur generelle Regelungen für eine Vielzahl von Unternehmen schaffen, sehen Tarifverträge Öffnungsklauseln für betriebliche Regelungen vor, da die konkrete Ausgestaltung den Betriebsparteien überlassen bleiben soll. In diesem Fall muss **zwingend eine Betriebsvereinbarung die Einzelheiten der Kurzarbeit** regeln (Tarifvorrang beachten).

II. Betriebsvereinbarung

1. Bei tarifvertraglicher Rechtsgrundlage sind deren Voraussetzungen bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung (BV) zu beachten; es ist zu prüfen, ob der TV alle Modalitäten zur

Kurzarbeit hinreichend regelt oder ob durch Abschluss einer BV weitere Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten sind.

2. Bei fehlender tarifvertraglicher Rechtsgrundlage sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zwingend zu beachten.

Möglichst zu vermeidende Regelungen

- Beschäftigungsgarantien, bzw. pauschaler Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen während der Kurzarbeit
- Zusätzliche Aufstockungsleistungen (es sei denn, diese sind tarifvertraglich vorgesehen)
- Sonderregelungen hinsichtlich einzelner Entgeltregelungen (z.B. Jahressonderzuwendungen)

3. In Betrieben mit Betriebsrat sind die **Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG** (Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie Verteilung auf die Wochentage und vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit) zu beachten. Es bedarf daher des Abschlusses einer BV über die Ausgestaltung der Kurzarbeit.

Dem Betriebsrat steht ein Initiativrecht zur Einführung der Kurzarbeit zu. Der Abschluss einer BV könnte daher über die Einigungsstelle erzwungen werden.

4. Mit Rundschreiben vom 18.03.2020 hatten wir eine Vorlage einer BV Kurzarbeit übersandt. Für Rückfragen hierzu stehen Ihnen unserer Juristinnen gerne zur Verfügung.

III. Arbeitsvertragliche Regelung oder Ergänzungsvereinbarung

1. Prüfung, ob der Arbeitsvertrag eine sog. Kurzarbeiterklausel enthält, also die Befugnis zur Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber
 - Eine Kurzarbeiterklausel muss die Befugnis zur Anordnung der Kurzarbeit sowie deren Voraussetzungen eindeutig und konkret festlegen (Ankündigungsfrist, Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, betroffener Personenkreis)
2. Sollte keine Regelung vorhanden sein, ist u.E. dringend eine nachträgliche Ergänzungsvereinbarung (individuell oder als Sammelliste) anzuraten; gegenüber denjenigen Arbeitnehmern, die sich der Einführung von Kurzarbeit vollständig verweigern, müsste eine Änderungskündigung ausgesprochen werden
3. Trotz arbeitsvertraglicher Anordnungsbefugnis müssen bei Bestehen eines Betriebsrates dessen betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG gewahrt werden (siehe oben II.3.).

IV. Sammelliste

Eine Vorlage für eine **Sammelliste** können Sie dem Anhang entnehmen.

V. Änderungskündigung mit Ergänzungsvereinbarung

Eine Vorlage für eine **Änderungskündigung mit Ergänzungsvereinbarung** können Sie dem Anhang entnehmen.

C. Vorgehensweise in Betrieben mit und ohne Betriebsrat

I. Kurzarbeit in Betrieben ohne Betriebsrat

In betriebsratslosen Betrieben bedarf die Einführung von Kurzarbeit grundsätzlich einer individualrechtlichen Grundlage, es sei denn, ausnahmsweise berechtigt eine gesetzliche oder hinreichend konkrete tarifliche Regelung zur Einführung von Kurzarbeit. Es ist also entweder eine arbeitsvertragliche Regelung (Kurzarbeiterklausel), Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung oder eine Sammelliste erforderlich.

II. Kurzarbeit in Betrieben mit Betriebsrat

In Betrieben mit Betriebsrat, hat der Arbeitgeber dessen Beteiligungsrechte zu beachten, d.h. er kann die Kurzarbeit nur mit Zustimmung des Betriebsrates einführen, es sei denn, dass ausnahmsweise eine gesetzliche oder hinreichend konkrete tarifliche Regelung zur Einführung von Kurzarbeit berechtigt. Der Abschluss einer BV wird in den meisten Fällen unerlässlich sein; als Rechtsgrundlage für die Einführung sowie zur Wahrung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte.

D. Ablauf des Antragsverfahrens

I. Anzeige über den Arbeitsausfall

Zunächst muss der Arbeitgeber bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb liegt, den Arbeitsausfall anzeigen.

Link zur **Anzeige über Arbeitsausfall**:

https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf

II. Leistungsantrag stellen – Unterlagen einreichen

Nach oder zeitgleich mit Erstattung der Anzeige des Arbeitsausfalles kann der Arbeitgeber die Leistungsanträge und alle weiteren nötigen Unterlagen einreichen.

Link zum **Leistungsantrag**:

https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf

Im folgenden Link finden Sie **Hinweise zum Leistungsantrag**:

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

Erforderliche Unterlagen sind:

- Ankündigung der Kurzarbeit
- Vereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit mit dem Betriebsrat oder den Arbeitnehmern bzw. tarifvertragliche Regelung; ggf. Sammelliste oder Änderungskündigung
- Liste der betroffenen Mitarbeiter
- **Abrechnungsliste**; es muss der Vordruck verwendet werden, siehe Link:

https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108_ba013010.pdf

III. Ausschlussfristen beachten

Der Antrag auf KUG muss innerhalb einer **Ausschlussfrist von 3 Monaten** gestellt werden. Die Frist beginnt mit Ablauf des Kalendermonats, für den das KUG beantragt wird.

E. Alternativen zur Kurzarbeit

I. Kein Vorrang der Kurzarbeit

Es besteht kein Vorrang der Kurzarbeit vor betriebsbedingten Kündigungen, d.h., der Arbeitgeber muss zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen keine Kurzarbeit einführen. Allerdings muss bei jeder Kündigung eine umfassende Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers vorgenommen werden. Im Rahmen dieser Abwägung ist zu prüfen, ob die Kündigung durch die Einführung von Kurzarbeit hätte vermieden werden können. Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, dass Kurzarbeit sinnvoll und möglich gewesen wäre. Dies dürfte von den Arbeitsgerichten aber angesichts der weltweiten Corona-Krise wohl eher großzügig zugunsten der Arbeitnehmer gehandhabt werden.

Dennoch sollten Arbeitgeber auch Alternativen zur Kurzarbeit in Betracht ziehen und prüfen:

- **Probezeitkündigungen**

Probezeitkündigungen können -sofern nichts anderes vertraglich vereinbart wurde- mit der gesetzlichen Frist (§ 622 Abs. 3 BGB) von 2 Wochen gekündigt werden und bedürfen keiner sozialen Rechtfertigung, also keines verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Kündigungsgrundes, da das KSchG erst nach der Wartezeit von 6 Monaten Anwendung findet

- **Befristungen**

Befristete Arbeitsverhältnisse sollten nicht verlängert werden, sie laufen mit Befristungsende bzw. Zweckerreichung (Mitteilungsfrist gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG beachten) regulär aus

- **Fremdpersonal**

Leiharbeitnehmer und sonstiges Fremdpersonal kann häufig mit sehr viel kürzeren Fristen freigesetzt werden als eigene Arbeitnehmer. Daher sollten hier die genauen Fristen geprüft werden. Darüber hinaus bedarf es beim Abbau von Fremdpersonal keiner sozialen Rechtfertigung, da auch hier das KSchG nicht greift.

II. Personalabbau oder Kurzarbeit

Der Vorteil der Kurzarbeit besteht darin, dass bei einer Verbesserung der Krise und infolgedessen einer besseren Auftragslage die Arbeitnehmer sofort zur Verfügung stehen und die Arbeitszeit sofort erhöht oder wieder zur regulären Arbeitszeit zurückgekehrt werden kann.

Bei einem dauerhaften Personalabbau der eigenen Arbeitnehmer wäre zunächst das KSchG zu beachten. Die Kündigungen müssten sozial gerechtfertigt sein und es müsste ggf. eine Sozialauswahl durchgeführt werden. Eine Beendigungskündigung muss nach dem

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das letzte Mittel sein, so dass die Einführung von Kurzarbeit bei einem vorübergehenden Arbeitsausfall als milderer Mittel eine betriebsbedingte Kündigung grundsätzlich ausschließt. Zudem könnte die Erstattung einer Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG erforderlich sein (ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht führt zur Unwirksamkeit der Kündigungen).

Betriebsbedingte Kündigungsgründe liegen nur dann vor, wenn nachgewiesen wird, dass die Arbeitsaufgaben des jeweiligen Arbeitnehmers tatsächlich und auf Dauer weggefallen sind.

Im Falle der Kündigung haben Arbeitnehmer bis zum Ablauf der jeweiligen Kündigungsfrist Anspruch auf das volle Entgelt. Kurzarbeit – insbesondere nach den für die derzeitige Ausnahmesituation geltenden Sonderregeln der KUGV (Kurzarbeitergeldverordnung) – reduziert die Kosten für die Arbeitgeber sofort.

III. Kündigung während der Kurzarbeit

Eine Kündigung während der Kurzarbeit ist sozialwidrig, wenn sie mit denselben Gründen gerechtfertigt wird, aus denen Kurzarbeit angeordnet worden ist. Denn dann besteht für eine betriebliche Kündigung i.d.R. kein dringendes betriebliches Erfordernis. Bestehen über die Gründe für die Kurzarbeit hinaus weitere Gründe, die es dringend erforderlich machen, den Arbeitsplatz wegfallen zu lassen, so kann trotz Kurzarbeit gekündigt werden (z.B. dauerhafter Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, s.o. bei Personalabbau oder Kurzarbeit).

F. Anordnung von Betriebsurlaub

Es stellt sich vermehrt die Frage, inwieweit Betriebsurlaub angeordnet werden kann. In Zeiten von Corona ist es grundsätzlich möglich Betriebsurlaub anzuordnen. Betriebsferien bieten Vorteile nicht nur für den Betrieb, sondern auch für die Arbeitnehmer selbst.

Der einseitigen Anordnung der Betriebsferien als Teil des Urlaubsplans steht § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG gegenüber, wonach Wünsche des Arbeitnehmers berücksichtigt werden sollen. Das Bundesarbeitsgericht hat hier eine 3/5-Regelung als grundsätzlich angemessen erachtet, d.h., 3/5 des regulären Jahresurlaubs für Betriebsferien und 2/5 für individuellen Urlaub.

Sofern einzelne Personen nicht mehr die entsprechende Anzahl an Urlaubstagen zur Verfügung haben, geht dies dann zu Lasten des Betriebs, d.h. es werden zusätzliche Urlaubstage vergeben.

Entschließt der Arbeitgeber sich, aus betriebstechnischen, betriebswirtschaftlichen oder sonstigen Gründen, den Betrieb für eine gewisse Zeit stillzulegen und den Arbeitnehmern des Betriebes während dieser Zeit Urlaub zu gewähren, so bedarf er zu einer solchen Maßnahme zwar der Zustimmung des Betriebsrates, in dieser Maßnahme liegen dann aber die dringenden betrieblichen Belange begründet, die der Berücksichtigung anderweitiger Urlaubswünsche der Arbeitnehmer entgegenstehen.

G. Entschädigung nach § 56 Infektionsschutzgesetz (IfSG)

Entschädigung nach § 56 IfSG erhält auf Antrag, wer aufgrund des Infektionsschutzgesetzes einem Tätigkeitsverbot (§§ 31 und 42 IfSG) oder einer Quarantäne (§ 30 IfSG) unterliegt oder unterworfen wird bzw. wurde.

Hat der Arbeitgeber für einen Arbeitnehmer während der Dauer eines angeordneten Tätigkeitsverbotes oder einer Quarantäne den Lohn fortgezahlt oder wurde ein Selbständiger selbst unter Quarantäne gestellt, kann ein Antrag auf Entschädigung nach § 56 IfSG stellen.

Die Entschädigung kann für die Dauer des angeordneten Tätigkeitsverbotes/Quarantäne, längstens für 6 Wochen gewährt werden.

Voraussetzung für eine Entschädigung ist ein Verdienstaussfall. Ein Verdienstaussfall liegt nicht vor, wenn:

- die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer zu Beginn des Tätigkeitsverbots bzw. der Quarantäne bereits arbeitsunfähig war oder einen sonstigen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall – Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG), dem Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer – Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), dem Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium – Mutterschutzgesetz (MuSchG) oder nach § 616 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) hat
- es sich um ein Ausbildungsverhältnis handelt. Auszubildende haben nach § 19 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b Berufsbildungsgesetz (BBiG) einen Anspruch auf Fortzahlung der Ausbildungsvergütung gegen die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber bis zur Dauer von sechs Wochen.

Hinweis zu Betriebsuntersagungen und Veranstaltungsverböten anlässlich der Corona-Pandemie:

Nicht erfasst von den Entschädigungsleistungen nach § 56 IfSG werden Verdienstaussfälle oder Umsatzverluste bei Betriebsschließungen und Veranstaltungsverböten aufgrund einer behördlich angeordneten Schließung des Betriebs.

Nähere Auskünfte und den Antrag nach § 56 IfSG erhalten Sie bei Ihrem zuständigen Gesundheitsamt:

Stadt Wilhelmshaven

Gesundheitsamt

Gökerstr. 68

26384 Wilhelmshaven

gesundheitsamt@wilhelmshaven.de

Telefon: 04421 16-1570

Landkreis Wittmund

Gesundheitsamt

Dohuser Weg 12

26409 Wittmund

gesundheitsamt@lk.wittmund.de

Telefon: 04462 86-01

Landkreis Friesland

Gesundheitsamt

Beethovenstr. 1

26441 Jever

gesundheit@friesland.de

Telefon: 04461 919-0