

## COVID – 19 Update

### Einführung von Kurzarbeit – welche Schritte müssen Arbeitgeber jetzt beachten?

Stand: 21. April 2020

Angesichts der aktuellen wirtschaftlichen Notlage vieler Unternehmen stellt sich die Frage, wie die Auswirkungen der Corona-Krise schnell, wirksam und nachhaltig begrenzt werden können. Das Konzept der Kurzarbeit bietet eine solche Lösungsmöglichkeit und wurde entsprechend früh auf die aktuelle Lage angepasst. Im Nachfolgenden bieten wir einen stichwortartigen Überblick über die Grundsätze der Einführung von Kurzarbeit und der Unterstützung durch den Erhalt von Kurzarbeitergeld.

Bitte beachten Sie, dass die Einführung von Kurzarbeit indiziell gegen das Vorliegen von betriebsbedingten Kündigungsgründen spricht. Das hindert zwar eine betriebsbedingte Kündigung von solchen Mitarbeitern, die von der Kurzarbeit betroffen sind, nicht gänzlich, erschwert sie aber, weil die Einführung von Kurzarbeit indiziert, dass der Arbeitgeber von einer lediglich vorübergehenden Phase ausgeht.

Für Arbeitgeber besteht unter der Telefonnummer 0800 45555 20 eine Hotline der Arbeitsagentur.

#### **1. Vereinbarung von Kurzarbeit mit Arbeitnehmern / Betriebsrat**

- Kurzarbeit kann nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts angeordnet werden.

- Die Einführung von Kurzarbeit erfordert eine Vereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer oder eine Änderungskündigung oder eine Vereinbarung im Wege eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung.

#### Zur Einführung im Wege der Betriebsvereinbarung:

- Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergibt sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Das Mitbestimmungsrecht erfasst das "Ob" und das "Wie" der Einführung von Kurzarbeit. Vom Mitbestimmungsrecht ist insbesondere erfasst, in welchem Umfang Kurzarbeit einzuführen ist und durch welche Arbeitnehmer Kurzarbeit zu leisten ist. Ohne die Festlegung der betroffenen Arbeitnehmer ist die Betriebsvereinbarung unwirksam. Es genügt insbesondere nicht, dem Arbeitgeber diesbezüglich ein Auswahlermessen einzuräumen (BAG v. 18. November 2015 – 5 AZR 491/14).
- Eine formlose Regelungsabrede zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber wahrt zwar das Mitbestimmungsrecht, führt aber nicht zu einer normativen Änderung der Arbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer. Es ist daher eine

Betriebsvereinbarung abzuschließen. Sollte eine solche nicht erzielt werden, ist die Einigungsstelle anzurufen.

- Soll die Arbeitszeit eines leitenden Angestellten i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG verkürzt werden, bedarf es dazu einer Individualvereinbarung.

#### Zur Einführung von Kurzarbeit in Betrieben ohne Betriebsrat:

- Ist kein Betriebsrat vorhanden und bestehen keine (wirksamen!) Kurzarbeitsklauseln in den jeweiligen Arbeitsverträgen gilt, dass mit jedem betroffenen Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen werden muss. Erforderlichenfalls ist eine Änderungskündigung dahingehend auszusprechen. Eine einseitige Anordnung ist nur in den Fällen des § 19 KSchG im Zusammenhang mit Massenentlassungen denkbar.
- Eine Vereinbarung kann zwar grundsätzlich auch konkludent erfolgen, wenn diese vom Arbeitgeber angeordnet wird und widerspruchlos hingenommen wird und die Kurzarbeit von der Arbeitsagentur genehmigt wird (LAG Düsseldorf v. 14. Oktober 1994 – 10 Sa 1194/94).
- Das gilt allerdings nicht, wenn die Arbeitsverträge Schriftformklauseln enthalten. Zwar sehen solche Ausnahmen für Individualvereinbarungen vor (andernfalls sind sie als unwirksam anzusehen). Es ist aber erstens ernstlich zweifelhaft, ob eine Individualvereinbarung vorliegt, wenn generell im Betrieb bzw. für eine Betriebsabteilung Kurzarbeit nach identischen Grundsätzen eingeführt werden soll. Typischerweise werden Kurzarbeitsvereinbarungen bzw. der Umfang der Kurzarbeit mit dem einzelnen Mitarbeiter gerade nicht individuell ausgehandelt. Daher ist davon auszugehen, dass eine derartige Vereinbarung bei Vorliegen einer Schriftformklausel zwingend schriftlich erfolgen muss.
- Selbst wenn keine entsprechende Schriftformklausel besteht, oder die jeweilige

Kürzung tatsächlich individuell ausgehandelt werden soll, empfehlen wir den Abschluss einer schriftlichen Kurzarbeitsvereinbarung. Diese erleichtert den Nachweis und minimiert damit das Rechtsrisiko, dass der betroffene Arbeitnehmer den vollen Vergütungsanspruch (gerichtlich) geltend macht. Ferner erleichtert eine schriftliche Vereinbarung die Beantragung von Kurzarbeitergeld.

- Wir weisen Sie darauf hin, dass eine einseitige Einführung von Kurzarbeit unwirksam ist, und in diesem Falle der Arbeitslohnanspruch in voller Höhe fortbesteht. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich in lediglich verkürztem Umfang seine Arbeitspflicht erfüllt hat, weil der Arbeitgeber im Übrigen in Annahmeverzug gerät und so seine Vergütungspflicht in vollem Umfang gem. § 615 BGB fortbesteht. Das gleiche Risiko besteht, wenn der Nachweis einer Kurzarbeitsvereinbarung nicht gelingt, sodass wir auch vor diesem Hintergrund zu einer schriftlichen Vereinbarung raten (s.o.).
- Sollte eine solche Vereinbarung nicht zustande kommen, kann eine Änderungskündigung ausgesprochen werden. Hierbei ist zu beachten, dass auch Änderungskündigungen "Entlassungen" i.S.d. § 17 KSchG sind und mithin eine Massenentlassungsanzeige zu erstatten ist, sobald die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht sind. Dafür kommt es nicht darauf an, ob von einer Änderungskündigung betroffene Arbeitnehmer das ihnen unterbreitete Änderungsangebot bei oder nach Zugang der Kündigungserklärung abgelehnt oder – gegebenenfalls unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG – angenommen haben (BAG v. 20. Februar 2014, 2 AZR 346/12).

#### Modalitäten der Kurzarbeit und Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer:

- Die Arbeit kann sowohl gleichmäßig verkürzt werden als auch bestimmte Tage/Schichten ganz gestrichen werden.

- Kurzarbeit kann grundsätzlich auch für nur einzelne Betriebsabteilung eingeführt werden, vgl. zum Kurzarbeitergeld § 97 SGB III.
- Ein Erfordernis dahingehend, dass Kurzarbeit gleichmäßig auf alle Mitarbeiter zu verteilen ist oder bei der Auswahl eine Art Sozialauswahl durchzuführen ist, existiert nicht (vgl. BMAS "Fragen und Antworten zur Kurzarbeit und Qualifizierung"; [https://www.bmas.de/SharedDocs/Download/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmas.de/SharedDocs/Download/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?__blob=publicationFile)). Der Betriebsrat wird (soweit vorhanden) aber bestrebt sein, die Lasten der Kurzarbeit möglichst gleichmäßig zu verteilen. Üblich ist es auch, einzelne Mitarbeiter namentlich auszunehmen, um soziale Härten zu vermeiden.

#### Berücksichtigung von tariflichen Regelungen:

- Bei der Einführung von Kurzarbeit sind die jeweiligen tariflichen Bestimmungen – sofern vorhanden – zu berücksichtigen. Diese enthalten oftmals insbesondere Regelungen zur Ankündigungsfrist.
  - Auch im Übrigen muss die Betriebsvereinbarung oder Individualvereinbarung etwaige tarifliche Bestimmungen beachten. Diese können etwa vorsehen, dass ein Mindestmaß an Entgelt beizubehalten ist oder eine Aufstockung vorsehen.
  - Bitte beachten Sie: Eine rechtswidrige Einführung von Kurzarbeit (z.B. einseitig oder ohne die Mitwirkung des Betriebsrats) führt dazu, dass die Einführung der Kurzarbeit unwirksam ist und der Lohnanspruch in voller Höhe fortbesteht, sodass auch bei geringerer Arbeitsleistung der volle Arbeitslohn gem. § 615 BGB zu zahlen ist.
  - Die Einführung von Kurzarbeit ist unabhängig von der Bewilligung von Kurzarbeitergeld. Die (fehlende) Bewilligung von Kurzarbeitergeld berührt also nicht die wirksame Einführung von Kurzarbeit als solche.
- ## 2. Kurzarbeitsanzeige
- Die Kurzarbeitsanzeige dient der Vorbereitung des Antrags auf Kurzarbeitergeld.
  - Gem. § 99 SGB III ist der Arbeitsausfall bei der zuständigen Agentur für Arbeit schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Diese ist durch den Arbeitgeber oder den Betriebsrat unter Beteiligung des jeweils anderen durchzuführen. Erstattet der Arbeitgeber die Anzeige ist ihr eine Stellungnahme des Betriebsrats hinzuzufügen. In der Anzeige ist glaubhaft zu machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld erfüllt sind.
  - Der Vordruck einer solchen Anzeige ist unter diesem Link erhältlich: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101\\_ba013134.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf). Er ist eigenhändig zu unterschreiben.
  - Diese muss sich nicht zwangsläufig auf den ganzen Betrieb erstrecken, sondern kann sich auch auf einzelne Betriebsabteilungen erstrecken.
  - Sie ist an die zuständige Agentur für Arbeit zu richten. Ihre zuständige Agentur ist über folgenden Link zu ermitteln: <https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/meta-suche/suche/dienststellen>
  - Wichtig ist hier noch: Die Anzeige wird erst mit Zugang bei der zuständigen AA d.h. der AA, in deren Bezirk der Betrieb liegt, in dem der Arbeitsausfall eintritt, wirksam (§ 95 SGB III). Für die Zuständigkeit der AA ist nach gesetzlicher Anordnung maßgebend der Ort des Betriebes oder der Betriebsabteilung (§ 97 S. 2), nicht des Unternehmens, der Firma oder Gesellschaft. Aufgrund der Rechtsprechung des BAG zur Massenentlassungsanzeige ist jedoch zu beachten, dass hier nicht zwingend der Betriebsbegriff des BetrVG Anwendung findet. Insofern ist auch für Standorte, die keinen eigenen Betrieb im Sinne des BetrVG darstellen, wohl die vor Ort tätige AA zuständig, da diese die lokalen Maßnahmen

treffen muss. Im Zweifel bietet es sich auch an, bei der oben genannten Hotline nachzufragen.

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

### 3. Kurzarbeitergeld – Antrag

- Der Vordruck ist unter diesem Link erhältlich:  
[https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107\\_ba015344.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf)
- Hinweise zum Ausfüllen des Vordrucks finden Sie ferner unter diesem Link:  
[https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld\\_ba014273.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf)
- Kurzarbeitergeld setzt folgendes voraus gem. §§ 95 ff. SGB III:
- **Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall**, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und der vorübergehend und nicht vermeidbar ist. Arbeitsausfall, der durch die Folgen der Corona-Krise entsteht, erfüllt diese gesetzlichen Voraussetzungen. Die weitere Voraussetzung, dass mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist (§ 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III), wurde rückwirkend zum 1. März 2020 durch Rechtsverordnung der Bundesregierung dahingehend der aktuellen Notlage angepasst, dass der Anteil der betroffenen Arbeitnehmer nur noch mindestens 10 Prozent der Beschäftigten betragen muss.
- **Betriebliche Voraussetzungen.** Es muss mindestens ein Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb, in der betroffenen Betriebsabteilung beschäftigt werden. Eine Betriebsabteilung

ist anzunehmen bei einer gewissen Selbstständigkeit (eigene organisatorische Leitung, eigener Arbeitszweck) und wenn bestimmte wirtschaftliche Risiken herrschen, die nicht den ganzen Betrieb betreffen.

- **Persönliche Voraussetzungen** bestehen dahingehend, dass das Arbeitsverhältnis ungekündigt sein muss, ein entsprechender Gehaltsausfall vorliegt und der betreffende Arbeitnehmer weiterhin versicherungspflichtig beschäftigt ist.
- Eine Anzeige bei der Agentur für Arbeit muss erfolgt sein.
- Wichtig ist hier noch zu erwähnen, dass wenn eine betriebliche Regelung (Arbeitsvertrag, BV, TV) zur Arbeitszeitflexibilisierung besteht, vorhandenes Arbeitszeitguthaben zunächst abzubauen ist, § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III (dann ist der Arbeitsausfall vermeidbar). Das Gesetz nimmt in § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III von der Obliegenheit zur Auflösung von Arbeitszeitguthaben nur fünf Gruppen von Zeitguthaben ausdrücklich aus. Insbesondere gilt nach § 96 Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB III, dass nur die Mehrarbeit, die über 10% der geschuldeten normalen Jahresarbeitszeit liegt, geschützt ist. Mit anderen Worten: Der Schutz des Arbeitszeitguthabens beschränkt sich auf den Umfang, der über 10 Prozent der Jahresarbeitszeit angespart worden ist. Beispiel: Jahresarbeitszeit = 1.950,0 Stunden, Arbeitszeitkonto-Guthaben = 220,5 Stunden, 10% der Jahresarbeitszeit = 195,0 Stunden - Geschütztes Arbeitszeitguthaben = 25,5 Stunden, d.h. somit müssen die 195 Stunden im Rahmen der Vermeidung des Arbeitsausfalls eingesetzt werden, das restliche Arbeitszeitguthaben von 25,5 Stunden (= über den 10%) bleibt geschützt. Auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden vor Zahlung des Kurzarbeitergeldes wird vollständig verzichtet.

### 4. Kurzarbeitergeld Abrechnung

- Das Kurzarbeitergeld beträgt 60 % der Nettoentgelt Differenz für Arbeitnehmer ohne

- Kinder bzw. 67 % für Arbeitnehmer mit Kindern.
- Die Höhe des Kurzarbeitergeldes berechnet sich aus dem zu ersetzenden, ausgefallenen Lohn, wobei es auf die sog. "Nettolohndifferenz" ankommt. Bei dem sog. Entgeltausfall handelt es sich um das Nettoentgelt, das der Arbeitnehmer ohne Arbeitsausfall erzielt hätte ("Soll-Entgelt") abzüglich des Nettoentgelts, das er tatsächlich erzielt hat.
  - Allerdings ist zu beachten, dass beim berücksichtigungsfähigen Soll-Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung die Obergrenze darstellt. Das heißt, dass Kurzarbeitergeld nicht gezahlt wird, sobald für die reduzierte geleistete Arbeit weiterhin ein Arbeitsentgelt gezahlt wird, das über der Beitragsbemessungsgrenze (zur Zeit: 82.800 € Bruttojahresentgelt) liegt. Sollte die Arbeitszeit auf Null heruntergefahren werden müssen bedeutet dies, dass als monatliches Soll-Entgelt 6.900 € brutto anzusetzen wäre, sollte dem betroffenen Arbeitnehmer in der Regel ein höheres Arbeitsentgelt zustehen.
  - Die Bundesregierung hat durch Rechtsverordnung geregelt, dass rückwirkend zum 1. März 2020 die von den Arbeitgebern allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge für Beschäftigte, die Kurzarbeitergeld beziehen, in pauschalisierter Form von der Agentur für Arbeit erstattet werden.
  - Der Arbeitgeber kann zusätzlich zum Kurzarbeitergeld einen Zuschuss leisten, der ausdrücklich nicht beim Ist-Entgelt zu berücksichtigen ist. Eine Minderung des Kurzarbeitergelds tritt durch die Aufstockungsleistungen somit nicht ein (§ 106 Abs. 2 S. 2 SGB III). Die Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 SvEV beitragsfrei, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80% der Differenz zwischen Soll-Entgelt und Ist-Entgelt nicht übersteigen. Eine solche Aufstockung ist oftmals in Tarifverträgen vorgesehen.

# Ihre Employment & Benefits-Ansprechpartner

## Düsseldorf



**Dr. Vera Luickhardt**  
Senior Associate  
Tel. +49 211 2806 7116  
vera.luickhardt@allenoverly.com

## Frankfurt



**Dr. Hans-Peter Löw**  
Partner  
Tel. +49 69 2648 5440  
hans-peter.loew@allenoverly.com



**Thomas Ubbber**  
Partner  
Tel. +49 69 2648 5430  
thomas.ubber@allenoverly.com



**Boris Blunck**  
Counsel  
Tel. +49 69 2648 5860  
boris.blunck@allenoverly.com



**Anja Schubert**  
Associate  
Tel. +49 69 2648 5531  
anja.schuber@allenoverly.com



**Anja Walter**  
Associate  
Tel. +49 69 2648 5794  
anja.walter@allenoverly.com



**Michaela Massig**  
Senior Associate  
Tel. +49 69 2648 5875  
michaela.massig@allenoverly.com



**Dr. Sebastian Schulz**  
Senior Associate  
Tel. +49 69 2648 5915  
sebastian.schulz@allenoverly.com



**Lisa Wantzen**  
Associate  
Tel. +49 69 2648 5457  
lisa.wantzen@allenoverly.com



**Peter Wehner**  
Counsel  
Tel. +49 69 2648 5988  
peter.wehner@allenoverly.com

---

## Hamburg



**Markulf Behrendt**  
Partner  
Tel. +49 40 82 221 2171  
markulf.behrendt@allenoverly.com



**Dr. Cornelia Drenckhahn**  
Senior Associate  
Tel. +49 40 82 221 2161  
cornelia.drenckhahn@allenoverly.com



**Merle Herrmann**  
Associate  
Tel. +49 40 82 221 2246  
merle.herrmann@allenoverly.com



**Pia Schröder**  
Know-how Officer  
Tel. +49 40 82 221 2392  
pia.schroeder@allenoverly.com



**Sören Seidel**  
Counsel  
Tel. +49 40 82 221 2154  
soeren.seidel@allenoverly.com



**Verena Witzke**  
Associate  
Tel. +49 40 82 221 2370  
verena.witzke@allenoverly.com



**Dr. Julia Pacha**  
Associate  
Tel. +49 40 82 221 2177  
julia.pacha@allenoverly.com

---

## München



**Dr. Bettina Scharff**  
Counsel  
Tel. +49 89 71043 3133  
bettina.scharff@allenoverly.com



**Dr. Isabel Jost**  
Associate  
Tel. +49 89 71043 3149  
isabel.jost@allenoverly.com



**Felicia Charlotte Theresa  
von Grundherr**  
Associate  
Tel. +49 89 71043 3148  
felicia.vongrundherr@allenoverly.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2020. This document is for general guidance only and does not constitute definitive advice. | EU04 #2000086453