

Christian Beck

Kurzarbeit

Rechtssichere Umsetzung im Unternehmen



2. Auflage

Kompaktwissen
Lohn und Personal

Christian Beck

Kurzarbeit

Rechtssichere Umsetzung im Unternehmen

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2020 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.w

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Dieses Buch und alle in ihm enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Die E-Books können Sie auf allen PCs und mobilen Endgeräten Ihrer Betriebsstätte nutzen, für die Sie diese erworben haben. Eine Weitergabe an Dritte ist nicht zulässig.

Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

Stand: März 2020

DATEV-Artikelnummer: 12408

E-Mail: literatur@service.datev.de

Christian Beck

Christian Beck, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, gründete Anfang 2009 eine ausschließlich auf Arbeitsrecht spezialisierte Kanzlei in der Metropolregion Nürnberg und betreut gemeinsam mit seinen Kollegen deutschlandweit überwiegend Arbeitgeber in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.

Zuvor war er neun Jahre für einen Kanzleiverbund aus Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Rechtsanwälten tätig und begleitete schwerpunktmäßig Sanierungen, Restrukturierungen und Unternehmenstransaktionen mittelständischer Unternehmen aus gesellschaftsrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht. Als Partner leitete er dort bereits verantwortlich das Referat Arbeitsrecht.

Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist Herr Beck stark als Referent in der Fortbildung engagiert, leitete in den vergangenen Jahren diverse Seminare zu mehr als fünfzig arbeitsrechtlichen Themen und veröffentlichte verschiedene Praxisratgeber.

Editorial

Auch wenn die Arbeitslosenzahlen 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 „Arbeit-von-morgen-Gesetz“ 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 oder durch ein eingeschränktes Reiseverhalten sein. In vielen international verflochtenen Unternehmen kann es durch eine Pandemie zu abreißen Lieferketten kommen. Durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld kann in solchen Situationen der DAX-Konzern ebenso wie das kleine Taxiunternehmen 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 Arbeitnehmer¹ 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, sondern bedarf einer wirksamen Rechtsgrundlage. Anderenfalls behalten die Mitarbeiter ihren Vergütungsanspruch trotz Verkürzung der Arbeitszeit und es kann zu Rückforderungen bei bereits gewährtem Kurzarbeitergeld kommen.

Das vorliegende Kompaktwissen stellt zunächst die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen für die Einführung einer Kurzarbeit dar und geht anschließend auf die sozialversicherungsrechtlichen und steuerlichen Besonderheiten ein.

Dabei werden bereits die im Zusammenhang mit der Corona-Krise geschaffenen Erleichterungen im „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ berücksichtigt.

Nürnberg, im März 2020

Christian Beck

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird jeweils nur das generische Maskulinum verwendet.

Der Inhalt im Überblick

1	Arbeitsrechtliche Grundlagen zur Einführung von Kurzarbeit.....	5
1.1	Beschäftigungsanspruch	5
1.2	Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	6
1.3	Rechtsgrundlagen zur Einführung der Kurzarbeit	8
1.3.1	Kurzarbeit aufgrund gesetzlicher Bestimmungen	9
1.3.2	Tarifliche Kurzarbeitsklauseln	10
1.3.3	Exkurs: Anwendung tariflicher Regelungen auf das Arbeitsverhältnis	11
1.3.4	Beispiel für eine Kurzarbeitsklausel im Tarifvertrag.....	15
1.3.5	Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit	16
1.3.6	Individualvertragliche Abreden oder Einzelmaßnahmen als Rechtsgrundlage	26
2	Voraussetzungen der Gewährung von Kurzarbeitergeld.....	34
2.1	Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall (§§ 95 Satz 1 Nr. 1, 96 SGB III)	35
2.1.1	Gründe für den Arbeitsausfall	38
2.1.2	Vorübergehender Arbeitsausfall	42
2.1.3	Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls	43
2.1.4	Volumen des Arbeitsausfalls	51
2.2	Betriebliche Voraussetzungen.....	54
2.3	Persönliche Voraussetzungen	56
2.3.1	Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung aus zwingenden Gründen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1b SGB III)	59

2.3.2	Aufnahme eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Anschluss an die Berufsausbildung (§ 98 Abs. 1 Nr. 1c SGB III)	59
2.3.3	Vom Bezug des Kurzarbeitergeldes ausgeschlossene Personengruppen (§ 98 Abs. 3 SGB III)	60
2.4	Wirksame Anzeige des Arbeitsausfalls (§ 99 SGB III)	61
2.4.1	Beginn des Kurzarbeitergeldbezuges	62
2.4.2	Entscheidung der Arbeitsagentur	63

3 Bemessung des Kurzarbeitergeldes 64

3.1	Leistungssatz	65
3.2	Pauschalierung der Nettoentgeltdifferenz	65
3.2.1	Bestimmung des Soll-Entgelts	66
3.2.2	Bestimmung des Ist-Entgelts	69
3.2.3	Aufstockung des Arbeitsentgelts, Mindestlohngarantien.....	69
3.2.4	Anrechnung von Entgelt aus Nebeneinkommen	70
3.3	Anspruchsdauer.....	71
3.4	Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld	72
3.5	Urlaub, Feiertag und Krankheit während der Kurzarbeit	74
3.5.1	Erholungsurlaub	74
3.5.2	Feiertag während der Kurzarbeit	75
3.5.3	Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Kurzarbeit.....	76

4 Lohnsteuer und Sozialversicherung 79

4.1	Lohnsteuer	79
4.2	Beiträge zur Sozialversicherung	79

1

Arbeitsrechtliche Grundlagen zur Einführung von Kurzarbeit

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.

1.1 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.² 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.

² BAG vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54

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.³

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

1.2 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.⁴

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

³ BAG vom 27.02.1985 – GS 1/84

⁴ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 1; BAG vom 09.07.2008 - 5 AZR 810/07

(§ 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.⁵

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: Der Automobilhersteller A muss für zwei Arbeitstage die Produktion seiner Fahrzeuge einstellen, da er wegen eines Streits mit seinem Zulieferer Z von diesem keine Kupplungen geliefert bekommt. Der Automobilhersteller schließt 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 Arbeitsleistung⁶ folgt aus dem Annahmeverzug des Arbeitgebers auch die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung. Ohne entsprechende Vereinbarungen⁷ müssen die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

⁵ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 9

⁶ Eine nicht geleistete Arbeitsstunde kann zu diesem Zeitpunkt nicht mehr geleistet, sondern allemal nachgeholt werden.

⁷ Z. B. im Rahmen eines Arbeitszeitkontos

1.3 Rechtsgrundlagen zur Einführung der Kurzarbeit

Die Einführung einer Kurzarbeit bedarf daher 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.

Hinweis

Das in § 106 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO) normierte **Weisungs- oder Direktionsrecht des Arbeitgebers**, wonach dieser Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind, rechtfertigt nicht die Einführung von Kurzarbeit. Unter den Voraussetzungen des § 106 GewO kann nur die Lage der Arbeitszeit, nicht jedoch auch deren Umfang verändert werden.

Auch die **Regelungen zum Kurzarbeitergeld** in den §§ 95 ff. SGB III enthalten keine eigene Rechtsgrundlage zur Verkürzung der Arbeitszeit. Sie setzen vielmehr eine wirksame Rechtsgrundlage voraus, die im Ergebnis zu einem Entgeltausfall führt.

1.3.1 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).⁸

⁸ 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.

Hinweis

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld setzt unter anderem einen **erheblichen Arbeitsausfall** voraus.

Die durch den erheblichen Arbeitsausfall bedingte Kurzarbeit ist begrifflich nicht identisch mit der Kurzarbeit im Sinne des § 19 KSchG. Die Zulassung von Kurzarbeit durch die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 19 KSchG bedeutet somit grundsätzlich nicht, dass auch automatisch ein Arbeitsausfall im Sinne der Regelungen zum Kurzarbeitergeld vorliegt. Die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist nur dann möglich, wenn daneben die Voraussetzungen der §§ 95 und 96 SGB III erfüllt sind.⁹

1.3.2 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 einzelne 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.

⁹ Siehe hierzu →[Kapitel 2](#)

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

- Einführung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber allein oder nur gemeinsam mit dem Betriebsrat (Betriebsvereinbarung),¹⁰ 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.

Hinweis

Bestimmungen, die dem Arbeitgeber einseitig die Anordnung von Kurzarbeit erlauben,¹¹ ohne sonstige, einschränkende Regelungen zu treffen (Voraussetzungen, Umfang, Höchstdauer, etc.) sind wegen Verstoßes gegen das Kündigungsschutzrecht unwirksam.¹²

1.3.3 Exkurs: Anwendung tariflicher Regelungen auf das Arbeitsverhältnis

Enthält ein Tarifvertrag Regelungen zur Einführung der Kurzarbeit, kann der Arbeitgeber die Verkürzung der Arbeitszeit nur dann auf die

¹⁰ Soweit der Tarifvertrag keine abschließenden Regelungen enthält, bleiben die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unberührt, siehe hierzu → [Kapitel 1.3.5.1](#)

¹¹ Noch regelmäßig in älteren Tarifverträgen zu finden.

¹² BAG vom 27.01.1994 – 6 AZR 541/93

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

1.3.3.1 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,¹³ 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

¹³ Die Mitgliedschaft ist überwiegend freiwillig.

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.

Hinweis

Eine Ausnahme gilt nach § 3 Abs. 2 TVG für Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen. Diese **sog. Betriebsnormen** gelten für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Auf die Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers kommt es hier nicht an.

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.¹⁴ Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber einheitlich, d. h. auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern Kurzarbeit rechtswirksam auf Grundlage der Tarifnormen einführen kann.

Hinweis

Sieht ein Tarifvertrag im Falle der Kurzarbeit eine bestimmte **Mindestlohn- oder Gehaltsgarantie** vor (z. B. in Höhe von 80 v. H. des bei Vollarbeit erzielbaren Arbeitsentgelts), so handelt es sich hierbei um **Inhaltsnormen** im Sinne des § 4 Abs. 1 TVG, die die Tarifbindung des Arbeitgebers und gleichzeitig des Arbeitnehmers voraussetzen (§ 3 Abs. 1 TVG), wenn sie nicht anderweitig wirksam in den Arbeitsvertrag einbezogen wurden (z. B. durch Inbezugnahmeklauseln).

¹⁴ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 47, Rn. 4

1.3.3.2 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.¹⁵

1.3.3.3 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.¹⁶

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.

¹⁵ Der Allgemeinverbindlichkeit unterliegen immer nur konkrete Tarifverträge, in der Regel aber nicht ganze Tarifwerke (Rahmentarifvertrag, Entgeltahmentarifvertrag, Entgelttarifvertrag, Tarifvertrag über Vermögenswirksame Leistungen, Tarifvertrag über Altersversorgung, etc.). Treffen die Tarifvertragsparteien Regelungen zur Kurzarbeit, werden sich diese regelmäßig im Manteltarifvertrag befinden, sodass es auf dessen Allgemeinverbindlichkeit ankommt.

¹⁶ Z. B. „Es gelten die Bestimmungen des Tarifvertrages XY in seiner jeweils geltenden Fassung (...)“.

1.3.4 Beispiel für eine Kurzarbeitsklausel im Tarifvertrag

Der „Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in den bayerischen Betrieben des Groß- und Außenhandels vom 23.06.1997“¹⁷, der durch Bekanntmachung vom 18.11.1997 für allgemeinverbindlich erklärt wurde, enthält in § 10 folgende Regelung zur Kurzarbeit:

§ 10 Kurzarbeit

1. Kurzarbeit zur Vermeidung von Entlassungen kann, ohne Rücksicht auf die Kündigungsfristen der einzelnen Arbeitsverträge, mit einer Ankündigungsfrist von 30 Tagen nach eingehender gemeinsamer Überprüfung mit dem Betriebsrat, soweit ein solcher besteht, von der Geschäftsleitung eingeführt werden. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat können die Tarifvertragsparteien binnen einer Woche angerufen und beigezogen werden. Bei einer Arbeitseinschränkung, die infolge behördlicher Maßnahmen oder höherer Gewalt notwendig wird, entfällt die Ankündigungsfrist.
2. Es gelten die Bestimmungen des Arbeitsförderungsgesetzes¹⁸ über Kurzarbeit einschließlich der Richtlinien und Rechtsverordnungen.
3. Wird die Kurzarbeit vorübergehend bis zu höchstens 3 Wochen durch Vollarbeit unterbrochen, so ist die Wiederaufnahme der Kurzarbeit nicht von einer vorherigen Ankündigung gemäß Abs. 1 abhängig.
4. Wird einem Arbeitnehmer/einer Arbeitnehmerin während der Dauer der Kurzarbeit gekündigt, so hat er/sie für die Zeit der Kündigungsfrist Anspruch auf das ungekürzte Entgelt. Dasselbe gilt, wenn vor Einführung der Kurzarbeit gekündigt wird und das Ende des Arbeitsverhältnisses in die Kurzarbeit fällt. Scheidet ein Arbeit-

¹⁷ Trotz seines Alters ist der Tarifvertrag immer noch allgemeinverbindlich und gilt daher für alle Betriebe des Groß- und Außenhandels in Bayern.

¹⁸ Das Arbeitsförderungsgesetz ist zum 01.01.1998 außer Kraft getreten. Die relevanten Regelungen zur Kurzarbeit finden sich aktuell in den §§ 95 ff. SGB III. Deren Anwendung ergibt sich im Wege der Auslegung des Tarifvertrages.

nehmer/eine Arbeitnehmerin infolge eigener Kündigung während der Dauer der Kurzarbeit aus, so entsteht ein Anspruch auf Zahlung des ungekürzten Entgeltes für die Zeit der für das Arbeitsverhältnis gültigen Kündigungsfrist, jedoch nicht länger als 1 1/2 Monate. Für den Zeitraum der Zahlung des ungekürzten Entgeltes kann der Arbeitgeber volle Arbeitsleistung verlangen.

1.3.5 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.

1.3.5.1 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,¹⁹ das zwingende Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.²⁰

¹⁹ 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).

²⁰ Bei Einführung von Kurzarbeit wird in der Regel 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.

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.²¹ 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.²² Dabei ist unerheblich, ob einzelne Stunden ausfallen sollen, bestimmte Wochentage oder die Arbeit in ganzen Wochen.²³

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.

²¹ BAG vom 16.07.1991 – 1 ABR 69/90

²² LAG Hamm vom 01.08.2012 – 5 Sa 27/12

²³ Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 87, Rn. 150

Hinweis

Für das Bestehen des Mitbestimmungsrechts kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III vorliegen oder nicht.

1.3.5.2 Unterlassungsanspruch und 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 BetrVG²⁴ geknüpften **Unterlassungsanspruch** an.²⁵

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.²⁶

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 wer-

²⁴ Der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG setzt einen groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz voraus.

²⁵ BAG vom 03.05.1994 – 1 ABR 24/93

²⁶ BAG vom 03.05.1994 – 1 ABR 24/93

den.²⁷ 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.²⁸

Beispiel: Aufgrund eines konjunkturell bedingten Auftragseinbruchs beim Arbeitgeber vereinbart dieser mit seinen Mitarbeitern an der Betriebsstätte in München die Reduzierung der Arbeitszeit in den kommenden zwei Monaten von bisher 40 Stunden auf 10 Stunden wöchentlich. Gleichzeitig soll auch die Vergütung um drei Viertel reduziert werden. Alle Arbeitnehmer des Betriebs in München sind einverstanden und unterzeichnen einen entsprechenden individuellen Nachtrag zum Arbeitsvertrag.

Der Betriebsrat am Standort München wurde in die Maßnahme nicht einbezogen. Der Arbeitgeber ging davon aus, dass aufgrund der einzelvertraglichen Nachträge zum Arbeitsvertrag eine Mitbestimmung des Betriebsrats nicht bestünde.

Trotz der individuellen Zustimmung sämtlicher Arbeitnehmer ist die Maßnahme, d. h. die Verkürzung der Arbeitszeit und die damit verbundene Verkürzung des Arbeitsentgelts, wegen der Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG unwirksam. Nach der Grundregel in § 615 BGB, wonach der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, behalten die Arbeitnehmer ihren vollen Vergütungsanspruch, obwohl sie nur ein Viertel ihrer Arbeitsleistung erbracht haben. Der Arbeitgeber ist zur Nachzahlung der nicht gewährten Vergütung verpflichtet. Sollte durch die zuständige Arbeitsagentur Kurzarbeitergeld gewährt worden sein, würde dieses zurückgefordert.

²⁷ BAG vom 13.07.1977 – 1 AZR 336/75

²⁸ BAG vom 18.09.2002 – 1 AZR 668/01

1.3.5.3 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.²⁹ Dadurch kann der Betriebsrat z. B. Entlassungen aus betriebsbedingten Gründen (jedenfalls vorübergehend) vermeiden.

1.3.5.4 Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit

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.

Hinweis

Die Verkürzung der Arbeitszeit mit einer entsprechenden Verminderung der Vergütung des Arbeitnehmers setzt eine **förmliche Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 2 BetrVG** voraus. Nur sie wirkt gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer ein.³⁰ Eine Regelungsabrede würde hierfür nicht ausreichen.

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

²⁹ BAG vom 04.03.1986 – 1 ABR 15/84

³⁰ BAG vom 14.02.1991 – 2 AZR 415/90

Betriebsrat zustande,³¹ 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.³²

Die Betriebsvereinbarung muss nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB die Unterschriften des Arbeitgebers und des Betriebsrats, in der Regel vertreten durch den Vorsitzenden, auf derselben Urkunde aufweisen. Der Austausch einseitig unterzeichneter Urkunden soll dem Schriftformerfordernis nicht genügen.³³

Hinweis

Die Ausübung des Mitbestimmungsrechts im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (z. B. wenn als Rechtsgrundlage für die Verkürzung der Arbeitszeit individualvertragliche Vereinbarungen abgeschlossen werden sollen), unterliegt keiner besonderen Formvorschrift, könnte also z. B. auch mündlich erfolgen.³⁴

³¹ Einen solchen gemeinsamen Beschluss von Arbeitgeber und Betriebsrat kennt das Betriebsverfassungsgesetz auch nicht (Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 18)

³² Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 21

³³ BAG vom 21.08.1990 – 3 AZR 422/89; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 77, Rn. 21

³⁴ Aus Beweisgesichtspunkten sollte aber auch diese Mitbestimmung schriftlich dokumentiert werden.

Hinweis

Zumindest nach früherer Ansicht der Arbeitsverwaltung liegt eine förmliche Betriebsvereinbarung nicht vor, wenn die Betriebsparteien die **Anzeige über den Arbeitsausfall** an die Agentur für Arbeit gemeinsam unterzeichnen. Die Unterschrift des Betriebsrats auf der Anzeige über den Arbeitsausfall bedeute lediglich, dass den Angaben des Arbeitgebers in der Anzeige zugestimmt wird. Dies stelle lediglich eine Tatsachenerklärung dar.³⁵

1.3.5.5 Inhalt einer Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit und Tarifvorbehalt

Bestehen für einen Betrieb keine tariflichen Regelungen³⁶ 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 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

³⁵ Ehemalige Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum Kurzarbeitergeld, zu § 95 SGB III, Ziffer 1.2.1, Abs. 5; auch wenn in den aktuellen, seit 20.12.2008 gültigen „Fachlichen Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug)“ der Hinweis nicht mehr erhalten ist, dürfte die durch beide Betriebspartner unterzeichnete Anzeige über den Arbeitsausfall regelmäßig keinen, im Sinne des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ausreichenden Regelungswillen aufweisen und damit keine Betriebsvereinbarung darstellen.

³⁶ 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.

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.

Beispiel: Regelt z. B. ein Tarifvertrag, dass Kurzarbeit nur mit einer Ankündigungsfrist von zwei Wochen eingeführt werden kann und das Arbeitsentgelt während der Kurzarbeit 70 v. H. des Arbeitsentgelts bei betriebsüblicher Arbeitszeit nicht unterschreiten darf, können Arbeitgeber und Betriebsrat aufgrund des Tarifvorbehalts in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in einer Betriebsvereinbarung nicht etwa die Einführung der Kurzarbeit mit einer Ankündigungsfrist von nur einer Woche und einer Entgeltminderung von bis zu 50 v. H. vereinbaren. Ebenso wenig könnte die Ankündigungsfrist auf drei Wochen verlängert werden, da der Tarifvertrag insoweit eine abschließende Regelung enthält.

Eine Betriebsvereinbarung mit diesen Inhalten würde zu Lasten des Arbeitnehmers keine Bindungswirkung entfalten und hätte keine Reduzierung des Arbeitsentgelts zur Folge.

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.³⁷ 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.

Nach dem Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm 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.³⁸

Der Verweis auf eine ergänzend abgeschlossene Regelungsabrede reicht hierfür nicht aus.³⁹

³⁷ BAG vom 18.11.2015 – 5 AZR 491/14

³⁸ LAG Hamm vom 01.08.2012 – 5 Sa 27/12; LAG Hamm vom 12.06.2014 – 11 Sa 1566/13

³⁹ 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 im Umfang von 385 Stunden nicht eingesetzt hatte.

Die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abgeschlossene, streitgegenständliche Betriebsvereinbarung genüge 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.

Hinweis

Wurde gegenüber einem Arbeitnehmer nicht wirksam Kurzarbeit angeordnet (weil z. B. die zugrunde liegende Betriebsvereinbarung nicht den Anforderungen entspricht), setzt ein Anspruch auf Annahmeverzugsentgelt (also Nachzahlung der Vergütung für die ausgefallene Arbeitszeit) zumindest ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung voraus.⁴⁰

⁴⁰ BAG vom 18. 11. 2015 – 5 AZR 491/14; LAG Hamm vom 12.06.2014 - 11 Sa 1566/13

1.3.6 Individualvertragliche Abreden oder Einzelmaßnahmen als Rechtsgrundlage

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. Ab einer gewissen Betriebsgröße ist dies in der Praxis relativ schwierig umzusetzen, da mit jedem Arbeitnehmer eine Einzelfallregelung getroffen werden muss und der Arbeitnehmer nicht gezwungen ist, der Verkürzung seiner Arbeitszeit und damit auch seines Entgelts zuzustimmen.

Hinweis

Gilt in einem Betrieb kein Tarifvertrag oder enthält dieser keine Kurzarbeitsklausel und wurde von dem Betrieb auch kein Betriebsrat gewählt, besteht für den Arbeitgeber sogar ausschließlich die Möglichkeit Kurzarbeit einzuführen

- durch eine entsprechende Vereinbarung mit den einzelnen Arbeitnehmern (Nachtrag zum Arbeitsvertrag),
- durch Kündigung der Arbeitsverhältnisse unter gleichzeitigem Angebot neuer Arbeitsverträge mit geänderter Arbeitszeit und angepasster Vergütung (Änderungskündigung) oder
- unter Inanspruchnahme einer bereits in den Arbeitsverträgen enthaltenen Kurzarbeitsklausel.

1.3.6.1 Nachtrag zum Arbeitsvertrag

Durch einen individualvertraglichen Nachtrag zum Arbeitsvertrag kann Kurzarbeit eingeführt werden. Der Nachtrag würde die Verkürzung der Arbeitszeit und die sich daraus ergebene Verringerung des Arbeitsentgelts enthalten.

So wie der Arbeitsvertrag selbst auch, unterliegt ein solcher Nachtrag zum Arbeitsvertrag zur Einführung der Kurzarbeit keiner Formvorschrift.⁴¹

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 widerspruchsfrei 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.

⁴¹ Arbeitsverträge können selbstverständlich schriftlich, ebenso gut aber auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten (konkludent) abgeschlossen werden. Das Nachweisgesetz verpflichtet lediglich den Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG). Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, hat dies auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages keinen Einfluss.

Hinweis

Einer schlüssigen Vereinbarung zur Verkürzung der Arbeitszeit können einzelne arbeitsvertragliche Bestimmungen entgegenstehen. Viele Arbeitsverträge enthalten z. B. sogenannte **doppelte Schriftformklauseln**, wonach Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages der Schriftform bedürfen und das Schriftformerfordernis auch für die Aufhebung desselben bestehe.

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 20.05.2008 doppelte Schriftformklauseln in bestimmten Fällen im Formulararbeitsvertrag für unwirksam erachtet,⁴² wird sich der Arbeitgeber als Verwender der Formulklausel an diese halten müssen. Da die Einführung der Kurzarbeit für den Arbeitgeber vorteilhaft ist, wird ein entsprechender Nachtrag zum Arbeitsvertrag schriftlich erfolgen müssen, wenn der Arbeitsvertrag selbst eine doppelte Schriftformklausel enthält, unabhängig davon, ob diese im Sinne der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wirksam ausgestaltet wurde oder nicht. Ein konkludenter Nachtrag durch schlüssiges Verhalten dürfte in diesem Fall ausgeschlossen sein.

1.3.6.2 Änderungskündigung

Kommt eine individuelle Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit nicht zustande, 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.

⁴² BAG vom 20.05.2008 – 9 AZR 382/07

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.

Ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar,⁴³ 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.

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.

1.3.6.3 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 allein aufgrund des (wirksamen) Vorbehalts im Arbeitsvertrag erfolgen.

⁴³ In Betrieben mit in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmern unterliegen Arbeitsverhältnisse, die bereits länger als sechs Monate angedauert haben, dem allgemeinen Kündigungsschutz. Kündigungen sind dann nur aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen zulässig.

Hinweis

Die im Arbeitsvertrag vorbehaltene Möglichkeit, Kurzarbeit durch den Arbeitgeber einzuführen, beseitigt nicht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, muss dessen Mitbestimmungsrecht gewahrt werden, auch dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrages gegenüber den Arbeitnehmern die Arbeitszeit im Rahmen der Kurzarbeit verringern darf.

Exkurs: Arbeitsvertrag als allgemeine Geschäftsbedingungen

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 01.01.2002 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 stellt AGB dar („Formulararbeitsvertrag“) und unterliegt damit den §§ 305 ff. BGB, wenn er für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen enthält, 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. Da der **Arbeitnehmer als Verbraucher** nach § 13 BGB zu qualifizieren ist⁴⁴, 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 aufgrund 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.⁴⁵ Bei

⁴⁴ BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04

⁴⁵ Palandt, BGB, Rdn. 10 zu § 305 BGB

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.

Überraschende Klauseln

Formularklauseln werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie überraschende Klauseln im Sinne des § 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. Auch Klauseln, die für sich betrachtet keine überraschenden Klauseln darstellen, können überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB sein, wenn sie im Vertragstext falsch eingeordnet und dadurch geradezu „versteckt“ oder zwischen anderen Regelungen kaum auffindbar sind.⁴⁶

Beispiel: Eine Klausel im Formulararbeitsvertrag, die die Einführung von Kurzarbeit einseitig durch den Arbeitgeber ermöglicht, gehört thematisch zur Vereinbarung der Arbeitszeit oder eventuell zur Regelung der Vergütung. Würde sich die Kurzarbeitsklausel dagegen in den „Sonstigen Bestimmungen“ oder den „Schlussbestimmungen“ befinden, dürfte es sich um eine überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB handeln, die damit nicht wirksam wäre.

Inhaltskontrolle von Formularklauseln

Formularklauseln im Arbeitsvertrag unterliegen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB, soweit sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Formularklauseln dürfen danach

- 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

⁴⁶ LG Saarbrücken vom 27.03.2002 – 11 S 200/01

- nicht gegen die (konkreten) Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB verstoßen.

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 billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird.⁴⁷

Wegen Verstoßes 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.⁴⁸ Das Transparenzgebot verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel so genau beschrieben werden, dass für den Arbeitnehmer keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen.⁴⁹ Der Arbeitnehmer soll wissen, „was Sache ist“.

Kurzarbeitsklausel im Formulararbeitsvertrag

Da der Arbeitgeber generell das Betriebsrisiko trägt, hatte das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg zu entscheiden, ob **Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen** und damit nach § 307 BGB unwirksam sind.

In Arbeitsverträgen vorformulierte Klauseln, die dem Arbeitgeber die einseitige Anordnung von Kurzarbeit ermöglichen, stellen nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg eine Abweichung von §§ 611 BGB, 2 KSchG dar. Solche Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine **Ankündigungsfrist** vorsehen. Solche Klauseln können auch dann gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam sein, wenn sie

⁴⁷ BAG vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04

⁴⁸ BAG vom 01.09.2010 – 5 AZR 517/09

⁴⁹ BAG vom 31.08.2005 – 5 AZR 545/04

Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises u. Ä. völlig offen lassen. Die bloße Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 95 ff. SGB III führt weder für sich genommen, noch über die Regelung des § 310 Abs. 4 BGB zu einer Legitimation der Klauseln, die den genannten Grundsätzen nicht entsprechen.⁵⁰

Hinweis

Das LAG Berlin-Brandenburg lässt in seiner Entscheidung ausdrücklich offen, ob Kurzarbeitsklauseln im Arbeitsvertrag überhaupt zulässig sind. Der Arbeitgeber sollte – wenn möglich – also stets mit dem Arbeitnehmer vorsorglich eine Vereinbarung für den konkreten Einzelfall (die bevorstehende Kurzarbeit) treffen, wenn er nicht auf tarifliche Regelungen zurückgreifen oder eine Betriebsvereinbarung mit dem (gewählten) Betriebsrat abschließen kann.

Soll trotzdem (etwa vorsorglich) eine Kurzarbeitsklausel in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden, könnte diese unter Berücksichtigung der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg eventuell lauten:

„Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit anordnen, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, der Arbeitsausfall der Arbeitsagentur angezeigt ist und die Voraussetzungen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld vorliegen (§§ 95 ff. SGB III).

Für die Dauer der Kurzarbeit vermindert sich die in § ... dieses Vertrags geregelte Vergütung entsprechend der ausgefallenen Arbeitszeit. Bei der Anordnung von Kurzarbeit hat der Arbeitgeber eine Ankündigungsfrist von drei Wochen einzuhalten“.

⁵⁰ LAG Berlin-Brandenburg vom 07.10.2010 – 2 Sa 1230/10

2

Voraussetzungen der 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,⁵¹ 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 schuldhaft 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.

⁵¹ Aus Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Regelung, siehe →[Kapitel 1.3](#)

Voraussetzungen für die Gewährung von konjunkturellem Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III

Arbeitnehmer haben 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.

2.1 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.⁵² In diesem Fall reduziert sich das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers entsprechend der Verkürzung der Arbeitszeit.⁵³

Anderenfalls behält der Arbeitnehmer trotz Verkürzung der Arbeitszeit nach § 615 BGB den Anspruch auf seine (volle) Vergütung, obwohl der Arbeitgeber die Arbeitszeit verkürzt.⁵⁴

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).⁵⁵

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).

⁵² Siehe hierzu ausführlich →[Kapitel 1](#)

⁵³ 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.

⁵⁴ Siehe ausführlich →[Kapitel 1.2](#)

⁵⁵ Durch das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ vom 13.03.2020 kann durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, der Anteil der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, die vom Entgeltausfall betroffen sein müssen, auf bis zu 10 Prozent herabgesetzt werden (siehe auch →[Kapitel 2.1.4](#))

Hinweis

Der Gesetzgeber hat bei der Bestimmung der Erheblichkeit des Arbeitsausfalls lediglich eine Mindestgrenze von mehr als 10 %, jedoch keine Obergrenze bestimmt. In seinen Urteilen vom 14.09.2010 warf das Bundessozialgericht in den Entscheidungsgründen die Frage auf, ob es in der Sache nicht zweifelhaft sei, ob „Kurzarbeit Null“ terminologisch noch unter den Begriff der Kurzarbeit falle, da in diesen Fällen keine Restarbeitszeit mehr gegeben sei.⁵⁶

Kurzarbeit sei die (vorübergehende) Verkürzung der betriebsüblichen regelmäßigen Arbeitszeit. Wird die betrieblich regelmäßige Arbeitszeit allerdings in einer Weise „verkürzt“, dass überhaupt keine Arbeit mehr zu leisten ist („**Kurzarbeit Null**“), führe dies zum Wegfall der Arbeitsleistung für den gesamten Zeitraum. Schon nach allgemeinem Begriffsverständnis wäre dies aber keine „Kurzarbeit“ mehr, sondern eine „Nichtarbeit“. Insoweit könne u. U. nicht von einem „erheblichen“ Arbeitsausfall gesprochen werden, weil auch der Begriff des erheblichen Arbeitsausfalls bei sachgerechter Auslegung von einer „Restarbeitszeit“ ausgehen würde, während bei sog. „Kurzarbeit Null“ überhaupt keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestehen solle.⁵⁷

Als Reaktion auf die Erwägungen des Bundessozialgerichts vom 14.09.2010 hat der Gesetzgeber im Vergleich zur früheren Regelung in § 170 Abs. 1 Nr. 4 SGB III in der neuen Fassung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Klarstellung aufgenommen, wonach der Entgeltausfall auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen kann.

Die Ergänzung der gesetzlichen Vorschrift stellt klar, dass auch ein vollständiger Arbeitsausfall mit 100-prozentigem Entgeltausfall von den Vorschriften zum Kurzarbeitergeld erfasst wird. Ziel des Kurzarbeitergeldes ist es, den Verbleib von Arbeitnehmern in Beschäftigung zu fördern und Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitszeit auf null Stunden reduziert ist. Auch in diesen Fällen ist die Anwendung der Kurzarbeit sozial- und arbeitsmarktpolitisch sinnvoll und gewollt.

⁵⁶ BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und B 7 AL 21/09 R

⁵⁷ BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und B 7 AL 21/09 R

2.1.1 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).

2.1.1.1 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.⁵⁸

Wirtschaftliche Ursachen sind dabei alle Störungen im Wirtschaftskreislauf, insbesondere Konjunkturschwankungen, Auftragsmangel oder Absatzschwierigkeiten. 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 sein oder bei Unterbrechungen der Lieferketten, zum Beispiel aus China. Hierzu zählt grundsätzlich auch ein Arbeitsausfall, der durch eine mittelbare arbeitskampfbedingte Störung des Betriebsablaufs verursacht wird.⁵⁹ Wirtschaftliche Ursachen für einen Arbeitsausfall liegen hingegen nicht vor, wenn dieser wesentlich darauf beruht, dass ein Produkt aus der Mode kommt.⁶⁰

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 „Manage-

⁵⁸ BSG vom 21.06.2018 – B 11 AL 4/17 R

⁵⁹ BAG vom 20.07.1982 – 1 AZR 404/80

⁶⁰ BSG vom 15.12.2005 – B 7a AL 10/05 R

mentfehler“ 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.

Die wirtschaftlichen Gründe müssen nicht die ausschließliche, aber zumindest die wesentliche oder überwiegende Ursache für den Arbeitsausfall sein.⁶¹ 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.⁶²

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.⁶³

⁶¹ BSG vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R

⁶² Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.1, Abs. 2 (96.4)

⁶³ BSG vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R

Eine Strukturveränderung kann durch die Umstellung auf ein neues Produkt, durch Erweiterung oder Einschränkung der Fertigung, als auch durch innerbetriebliche Umorganisation verursacht werden.⁶⁴

2.1.1.2 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.⁶⁵

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.

⁶⁴ Wird die betriebliche Strukturveränderung durch betriebsorganisatorische Maßnahmen bewirkt, so ist der Ausschlussstatbestand 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)).

⁶⁵ Ein unabwendbares Ereignis wäre aber gegeben, wenn es Beschäftigte des Arbeitgebers schuldhaft herbeigeführt haben (BSG vom 21.06.1977 – 7 RA r 7/76).

Eine schwerwiegende Erkrankung des Arbeitgebers (z.B. in einer Arztpraxis), die eine Fortführung der Arbeit der dort Beschäftigten nicht zulässt, stellt kein unabwendbares Ereignis dar.⁶⁶

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. lang anhaltender 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

⁶⁶ BSG vom 11.12.2014 – B 11 AL 3/14 R

dann nicht, wenn aufgrund des „objektiven Leistungshindernisses“⁶⁷ keine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 616 BGB besteht und für die Ausfallstunden deshalb kein Arbeitsentgelt gezahlt wird.

2.1.2 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.⁶⁸ Wurde die Bezugsdauer durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III verlängert, war dieser längere Zeitraum für die Prognose heranzuziehen.⁶⁹

Obwohl bei strukturell bedingter Kurzarbeit im Sinne des § 96 Abs. 2 SGB III regelmäßig dauerhafte Verschiebungen des wirtschaftlichen

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Bis zum 31.12.2015 wurde nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB III a.F. Kurzarbeitergeld für längstens 6 Monate geleistet. Regelmäßig hat die Bundesregierung von der Ermächtigung in § 109 Abs. 1 Nr. 2 SGB III Gebrauch gemacht, und die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld über die gesetzliche Bezugsdauer von nur 6 Monaten hinaus (bis zur Obergrenze von 24 Monaten) verlängert. Die Arbeitsverwaltung hat den Prognosezeitraum regelmäßig in Länge der jeweils aktuellen Bezugsdauer angenommen.

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.⁷⁰

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 stillzulegen⁷¹ 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.⁷² 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 Arbeitsplatzzerhaltung zu fördern.⁷³

2.1.3 Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls

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

⁷⁰ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.5, Abs. 2 (96.20).

⁷¹ BSG vom 25.04.1991 – 11 RAR 21/89

⁷² Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.5, Abs. 4 (96.22).

⁷³ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 5

2.1.3.1 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.⁷⁴

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.⁷⁵

Dabei ist maßgeblich, was von einem sorgfältigen Unternehmer an Vorsorgemaßnahmen und ständigen Anpassungsmaßnahmen erwartet werden kann.⁷⁶

⁷⁴ BSG vom 21.02.1991 – 7 RAr 20/90

⁷⁵ Freiwillig geleistete Stunden im Rahmen von Aufräumarbeiten nach einem unabwendbaren Ereignis vermindern nach Ansicht der Arbeitsverwaltung den Anspruch auf Kurzarbeitergeld nicht; Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum Kurzarbeitergeld, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.7, Abs. 2.

⁷⁶ 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.⁷⁷

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.

2.1.3.2 Gesetzliche Fälle des vermeidbaren Arbeitsausfalls

Neben diesen allgemeinen Erwägungen enthält § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III 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,

⁷⁷ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6

- 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.⁷⁸

§ 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 Firmen-neugründungen.⁷⁹

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

Der Arbeitsausfall kann durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub 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

⁷⁸ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6a

⁷⁹ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.7, Abs. 2 (96.31).

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.

Hinweis

Wird die Kurzarbeit gegen Ende des Kalenderjahres eingeführt oder bestehen noch übertragene Urlaubsansprüche aus dem vorangegangenen Kalenderjahr, hat der Arbeitgeber den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs zur Verhinderung des Arbeitsausfalls festzulegen, soweit einer solchen Bestimmung nicht die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers entgegenstehen, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer keine Urlaubswünsche geäußert hat.

Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, ist das Kurzarbeitergeld im Umfang des Entgeltausfalls zu versagen, der dem Urlaubsanspruch entspricht.⁸⁰

⁸⁰ Aufgrund der besonderen Urlaubsregelung im Baugewerbe ist das Einbringen von übertragenen Teilurlaubsansprüchen nicht zu fordern, wenn die Kurzarbeit zu Beginn oder Mitte eines Kalenderjahres eintritt. Dagegen kann bei gewerblichen Arbeitnehmern bis zum Ende eines Kalenderjahres verlangt werden, dass ein aus dem Vorjahr übertragener Resturlaubsanspruch genommen wird. (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.7.2, Abs. 4 (96.45)).

Den vorrangigen Urlaubswünschen der betroffenen Arbeitnehmer dürften bereits vereinbarte **Betriebsferien** gleichstehen.⁸¹ 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.

2.1.3.4 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.

Hinweis

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.

⁸¹ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 48, Rn. 6a

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. Da das Gesetz aber von „Arbeitszeitschwankungen“ spricht, müssen ggf. zunächst auch Minusstunden aufgebaut werden, wenn eine solche Möglichkeit für das Arbeitsverhältnis vorgesehen ist.⁸²

Durch das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ vom 13.03.2020 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).

2.1.3.5 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

⁸² 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.

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.

Beispiel: Der Arbeitnehmer A ist mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Vor Beginn der Kurzarbeit weist sein Arbeitszeitkonto einen positiven Saldo in Höhe von 260 Stunden aus. Der niedrigste Stand des Arbeitszeitkontos innerhalb der letzten 12 Monate vor Beginn der Kurzarbeit lag bei 180 Stunden.

Nach § 96 Abs. 4 Satz 3 Nr. 4 SGB III sind 10 % der Jahresarbeitszeit zur Vermeidung des Arbeitsausfalls einzubringen. Danach müssten vor Beginn der Kurzarbeit 208 Arbeitsstunden abgebaut werden (40 Stunden x 52 Wochen x 10 % = 208 Stunden). 52 Stunden wären dagegen geschützt.

Nach § 96 Abs. 4 Satz 3 Nr. 5 SGB III sind Arbeitszeitguthaben geschützt, die länger als ein Jahr unverändert bestanden haben. Dies bedeutet nicht, dass das Arbeitszeitguthaben keinerlei Schwankungen unterworfen sein durfte. Die Schutzvorschrift bezieht sich vielmehr auf den **niedrigsten Stand des Arbeitszeitkontos innerhalb der letzten 12 Monate** vor Beginn der Kurzarbeit.

Liegen die Voraussetzungen des § 96 Abs. 4 Satz 3 Nr. 4 und Nr. 5 SGB III vor, kommt die **für den Arbeitnehmer günstigere Regelung**, also diejenige, die ihm einen höheren Schutz des Arbeitszeitkontos gewährt, zum Einsatz.

Da der niedrigste Stand des Arbeitszeitsaldos in den letzten 12 Monaten vor Beginn der Kurzarbeit 180 Stunden betrug, müssen nicht die zuvor berechneten 208 Überstunden, **sondern nur 80 Stunden** eingebracht werden (260 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto ./ 180 Stunden als niedrigster Saldo).

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.⁸³

2.1.3.6 Arbeitszeitschwankungen

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).

Hinweis

Durch diese Vorschrift werden Betriebe privilegiert, in denen bereits vorsorglich ein bestimmter Mindestumfang an Arbeitszeitschwankungen vereinbart wird, um die Arbeitszeit an die jeweilige Produktion und Auslastung anzupassen, weil hierdurch bereits eine Minderauslastung der Kapazitäten und damit Kurzarbeit vermieden wird.

Liegt eine vereinbarte Arbeitszeitschwankung in diesem Sinne vor, werden die Voraussetzungen des § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 bis 3 SGB III nicht mehr geprüft. **Die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls wird insoweit unterstellt.**

2.1.4 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

⁸³ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.8.6. (96.65)

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).

Hinweis

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,⁸⁴ hat der Gesetzgeber in der neuen Fassung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Klarstellung aufgenommen, wonach der Entgeltausfall auch jeweils 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen kann.

Bei der Berechnung des **Drittels 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.⁸⁵ Zu den Beschäftigten in diesem Sinne zählen auch erkrankte Mitarbeiter oder Mitarbeiter im Erholungsurlaub, geringfügig Beschäftigte, Mitarbeiterinnen im Mutterschutz und Leiharbeiternehmer.⁸⁶

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.

⁸⁴ BSG vom 14.09.2010 – B 7 AL 29/09 R und B 7 AL 21/09 R; siehe ausführlich unter →[Kapitel 2.1](#)

⁸⁵ BSG vom 12.02.1980 – 7 RA r 23/79

⁸⁶ Leiharbeiternehmer sind für die Berechnung zu berücksichtigen, obwohl diese mangels Arbeitgebereneigenschaft des Entleihers keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben.

Anschließend ist festzustellen, ob mindestens ein Drittel 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.⁸⁷

Durch das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ vom 13.03.2020 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. 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).

Hinweis

Sind die Mindestanforderungen nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III erfüllt, kann allen Arbeitnehmern des Betriebes in Höhe des jeweiligen Entgeltausfalls Kurzarbeitergeld gewährt werden (wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen), und zwar auch dann, wenn im konkreten Fall der Entgeltausfall nicht mehr als 10 % des Bruttoentgelts beträgt.

⁸⁷ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.10, Abs. 4 (96.71)

Beispiel: In einem Betrieb mit 29 Arbeitnehmern reduziert sich die Arbeitszeit aufgrund Kurzarbeit bei 12 Mitarbeitern von regulär 40 Wochenstunden auf 30 Wochenstunden, bei 3 Arbeitnehmern nur auf 38 Wochenstunden.

Die Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III sind erfüllt. Bei einem Drittel der Arbeitnehmer (mindestens 10⁸⁸) reduziert sich die Arbeitszeit um mindestens 10 % (von 40 Wochenstunden auf 30 Wochenstunden, ergibt 25 %). Obwohl sich für drei Arbeitnehmer die Arbeitszeit und damit die Bruttomonatsvergütung lediglich um 5 % verringert, erhalten diese (soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen) ebenfalls Kurzarbeitergeld.

Für die Berechnung der Entgelt Differenz 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.

2.2 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

⁸⁸ Bei der Ermittlung des Drittels darf eine Abrundung nicht erfolgen, d. h. (mindestens) ein Drittel von 29 Arbeitnehmern sind nicht 9, sondern 10 Arbeitnehmer (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 96 SGB III, Ziffer 2.10, Abs. 5 (96.72)).

Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich wahrnimmt. Maßgebendes Kriterium ist die Entscheidung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten.⁸⁹

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

Hinweis

Auf die Rechtsform des Unternehmens, dem der Betrieb angehört, kommt es nicht an, auch nicht darauf, ob es sich um private oder öffentliche Betriebe handelt.

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

⁸⁹ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.1, Abs. 1 (97.1)

Betriebszweck (z. B. Buchdruckereiabteilung in einem schokoladeverarbeitenden Betrieb), sondern auch ein Betriebsteil zu verstehen, dessen Arbeitsergebnis der Gesamtproduktion des Betriebes dient (z. B. Lackiererei eines Kraftfahrzeugherstellers).⁹⁰

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.⁹¹

2.3 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 sozialversicherungs-

⁹⁰ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.2, Abs. 3 (97.7)

⁹¹ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 3.2, Abs. 5 (97.9)

rechtliche „Werkstudentenprivileg“⁹² 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

⁹² Für weitere Details zum sog. Werkstudentenprivileg siehe auch Kompaktwissen „Schüler, Studenten, Aushilfen“, Art.-Nr. 36621

innerhalb der Elternzeit in das Beschäftigungsverhältnis durch Wiederaufnahme der Beschäftigung in Teilzeit zurückkehrt, **soweit dies vor Beginn der Elternzeit vertraglich festgelegt wurde.**⁹³

Hinweis

Nach § 2 Abs. 2 SGB IV sind versicherungspflichtig (und unterliegen damit auch dem Schutz der Sozialversicherung!) Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind.

Aus diesem allgemeinen Grundsatz und im Umkehrschluss aus § 7 Abs. 1a SGB IV folgt, dass bei einer „Kurzarbeit Null“, bei der die Arbeitszeit und damit das Bruttoentgelt des Arbeitnehmers **über einen Monat hinaus** auf Null reduziert wird, das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis enden würde.

Um dies zu verhindern, wird das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses während eines erheblichen Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld 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). Dadurch wird verhindert, dass in den Fällen, in denen wegen eines Arbeitsausfalls im Sinne von §§ 95 ff. SGB III für einen längeren zusammenhängenden Zeitraum die Arbeit ganz ausfällt, die versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrochen wird und der Versicherungsschutz entfällt.

⁹³ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 97 SGB III, Ziffer 4.2, Abs. 5 (98.8)

2.3.1 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.⁹⁴

2.3.2 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.

⁹⁴ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 98 SGB III, Ziffer 4.3, Abs. 1 (98.9)

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.⁹⁵

Hinweis

Die vorstehende Regelung ist auf Studienabgänger, die im Anschluss eine Beschäftigung aufnehmen, analog anzuwenden.

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).⁹⁶

2.3.3 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

⁹⁵ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 98 SGB III, Ziffer 4.3, Abs. 1 (98.9)

⁹⁶ Zu Einzelheiten bei einer Erkrankung im Zusammenhang mit der Kurzarbeit siehe →[Kapitel 3.5.3](#) und →[Kapitel 2.1.4](#)

- 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).

2.4 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.⁹⁷

⁹⁷ 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.⁹⁸

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.

2.4.1 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.⁹⁹

⁹⁸ BSG vom 30.05.1978 – 7/12 RAr 100/76

⁹⁹ 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.¹⁰⁰

2.4.2 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).

¹⁰⁰Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der Bundesagentur für Arbeit, zu § 99 SGB III, Ziffer 5.3, Abs. 2 (99.7)

3

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:¹⁰¹

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)¹⁰² abgedruckt sind,

¹⁰¹Nach 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. Nach den Fachlichen 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. wird die Berechnung in 5 Teilschritten unter Verwendung der „Tabelle zur Berechnung des Kug“ (Kug 050), wie hier dargestellt, vorgeschlagen. Beide Berechnungsmethoden führen natürlich zum gleichen Ergebnis.

¹⁰²Wird das optionale Faktorverfahren zur Berechnung der Lohnsteuer für Arbeitnehmerehegatten angewendet, kann das Kug nicht anhand der Kug-Tabelle nachvollzogen werden

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.

3.1 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.

3.2 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.

Beispiel: Aufgrund eines erheblichen Arbeitsausfalls wird beim Arbeitgeber Kurzarbeit durchgeführt. Für den Arbeitnehmer A reduziert sich im Juni die Arbeitszeit auf 50 %.

Nach seinem Arbeitsvertrag erhält der ledige Arbeitnehmer ohne Kinder eine Bruttomonatsvergütung von 2.998,00 Euro. Aufgrund der Kurzarbeit reduziert sich das Arbeitsentgelt auf 1.499,00 Euro.

Das Brutto-Sollentgelt beträgt 2.998,00 Euro, das Brutto-Istentgelt 1.499,00 Euro. Es gilt Lohnsteuerklasse I (Leistungsgruppe I/IV) und mangels Kinder der Leistungssatz 2 (60 %).

Unter Verwendung der „Tabelle zur Berechnung des Kug“ (Kug 050), ergibt sich bei einer Brutto-Sollvergütung von 2.990,00 Euro bis 3.009,99 Euro ein rechnerischer Leistungssatz von 1.182,11 Euro und für ein Brutto-Istentgelt zwischen 1.490,00 Euro und 1.509,99 Euro von 680,75 Euro.

Die Differenz ergibt das Kurzarbeitergeld von 501,36 Euro.

Das gleiche Ergebnis folgt bei einer Berechnung streng am Wortlaut der gesetzlichen Regelung:¹⁰³ Das pauschalierte Nettoentgelt aus dem (auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag gerundeten) Soll-Entgelt in Höhe von 3.000,00 Euro beträgt bei Steuerklasse I 1.970,19 Euro. Das pauschalierte Nettoentgelt aus 1.500,00 Euro beträgt 1.134,59 Euro und damit die Nettoentgeltdifferenz 835,60 Euro.

Der kinderlose Arbeitnehmer hat daher Anspruch auf Kurzarbeitergeld in Höhe von 501,36 Euro (60 % der Nettoentgeltdifferenz).

3.2.1 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 dar¹⁰⁴ und ist deshalb weder im Soll- noch im Ist-Entgelt zu berücksichtigen.

¹⁰³siehe FN 15

¹⁰⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 9 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV)

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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

¹⁰⁵ BSG vom 18.02.1987 – 7 RAr 19/86

¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷

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.

¹⁰⁷Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 11.2.1

3.2.2 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.

Hinweis

Überstunden während der Kurzarbeit werden grundsätzlich unzulässig sein, da deren Anordnung ein Indiz dafür bilden würde, dass der Arbeitsausfall nicht unvermeidbar ist. Überstunden können daher nur ausnahmsweise angeordnet werden, z. B. zur Ausführung dringender Reparaturarbeiten oder zur Abwicklung eines einzelnen Eilauftrags.

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).

3.2.3 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.¹⁰⁸

3.2.4 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 Tätigkeit¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.

¹⁰⁸Solche Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld sind als Arbeitseinkommen steuerpflichtig, zählen jedoch 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.

¹⁰⁹Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit betreffen nur solche, die vom Beschäftigten erarbeitet werden (sogenanntes „mühevolltes Einkommen“). Nicht berücksichtigt wird Einkommen, das ohne Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird, wie z. B. Zinseinnahmen oder Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung.

¹¹⁰Übt 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.

Hinweis

Dies gilt auch dann, wenn sich das Arbeitseinkommen aus einer solchen Nebenbeschäftigung während der Kurzarbeit erhöht.

Eine andere Beschäftigung bleibt auch dann anrechnungsfrei, wenn sie erst kurz vor dem Bezug des Kurzarbeitergeldes aufgenommen wurde. Eine Mindestbeschäftigungszeit ist nicht erforderlich.¹¹¹

3.3 Anspruchsdauer

Nach § 104 Abs. 1 SGB III in der Fassung des „Gesetzes zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und weiterer Vorschriften“ vom 21.12.2015¹¹² 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 Mindestanforderungen nach § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III¹¹³ **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.

¹¹¹Hinweise zum Antragsverfahren Kurzarbeitergeld (Kug) und Saison-Kurzarbeitergeld (T-Kug), Ziffer 12.6

¹¹²BGBI. I 2015, S. 2557

¹¹³Mindestens ein Drittel der in dem Betrieb oder Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer ist von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % des monatlichen Brutto-Entgelts betroffen, siehe ausführlich → [Kapitel 2.1.4](#)

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.

3.4 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.

Hinweis

Der Arbeitgeber ist nicht nur antragsberechtigt, sondern wird auch für die Berechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergelds nach § 320 Abs. 1 SGB III herangezogen. Er hat die Leistungen kostenlos zu errechnen und auszuzahlen.

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.

Hinweis

Die Ausschlussfrist in § 325 Abs. 3 SGB III ist von der Versäumung der Anzeigepflicht in § 99 SGB III zu unterscheiden.

Nach § 99 Abs. 2 Satz 1 SGB III wird Kurzarbeitergeld frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Bei § 99 Abs. 2 Satz 1 SGB III handelt es sich um eine materielle Anspruchsvoraussetzung.

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.¹¹⁴

Nach § 323 Abs. 2 Satz 1 SGB III muss der Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld durch den Arbeitgeber (bzw. die Betriebsvertretung) **schriftlich oder elektronisch**¹¹⁵ gestellt werden. Die Arbeitsagenturen stellen hierfür Antragsformulare zur Verfügung, deren Verwendung aber keine zwingende Voraussetzung für einen wirksamen Antrag ist.¹¹⁶

¹¹⁴ BSG vom 06.04.2000 – B 11 AL 81/99 R

¹¹⁵ 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

¹¹⁶ 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.

Hinweis

Wie die schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht nach § 99 SGB III, begründet auch die verspätete Antragstellung zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber außerhalb der Ausschlussfrist des § 325 Abs. 3 SGB III einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 280 Abs. 1 BGB. Als Schadensersatz wird der Arbeitnehmer regelmäßig einen Betrag gegenüber dem Arbeitgeber fordern können, der dem Kurzarbeitergeld entspricht.

3.5 Urlaub, Feiertag und Krankheit während der Kurzarbeit

3.5.1 Erholungsurlaub

Es ist einem Arbeitnehmer nicht untersagt, auch während der Kurzarbeit seinen Erholungsurlaub zu nehmen.¹¹⁷

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

¹¹⁷ Eventuell müssen Ansprüche auf Erholungsurlaub vor Bezug des Kurzarbeitergeldes (teilweise) abgebaut werden, um die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls zu beseitigen, siehe → [Kapitel 2.1.3.3](#)

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.

Hinweis

Nach dem Bundesurlaubsgesetz setzt der Anspruch auf Erholungsurlaub lediglich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus, sodass auch in Kalenderjahren, in denen Kurzarbeit durchgeführt wird, der volle Anspruch auf Erholungsurlaub besteht.

Der EuGH ist der Ansicht, dass eine Regelung in einem Sozialplan, wonach sich der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub im Verhältnis zur Arbeitszeitverkürzung (bei Kurzarbeit Null) verringert, mit europäischem Unionsrecht vereinbar sei.¹¹⁸ Das Bundesarbeitsgericht musste bisher nicht entscheiden, ob eine solche Kürzung nach den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes zulässig wäre.

3.5.2 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.

¹¹⁸ EuGH vom 08.11.2012 – C-229/11 und C-230/11; EuGH vom 13.12.2018 – C-385/17

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.¹¹⁹

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

3.5.3 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.

¹¹⁹ BAG vom 20.07.1982 – 1 AZR 404/80

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.

Hinweis

Da das Kurzarbeitergeld gem. § 325 Abs. 3 SGB III jeweils für den Anspruchszeitraum, d. h. den Kalendermonat beantragt und gewährt wird (§ 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III), ist diese Voraussetzung immer dann erfüllt, wenn die Erkrankung im Anspruchszeitraum (also auch am ersten Tag des Kalendermonats) eintritt. Maßgebend ist der betriebliche Beginn der Kurzarbeit, nicht der individuelle. Innerhalb des Anspruchszeitraumes ist es daher unerheblich, ob der Beginn der Arbeitsunfähigkeit auf einen Ausfalltag, Arbeitstag oder arbeitsfreien Samstag, Sonn- oder Feiertag fällt.

- 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 Arbeitsentgeltes 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	<ul style="list-style-type: none">■ Für Zeit der Arbeit:¹²⁰ normale EFZ nach § 4 Abs. 3 EFZG	<ul style="list-style-type: none">■ Für Zeit der Arbeit:¹²¹ normale EFZ nach § 4 Abs. 3 EFZG
	<ul style="list-style-type: none">■ Für Zeit des Arbeitsausfalls: Kug nach § 98 Abs. 2 SGB III	<ul style="list-style-type: none">■ 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

¹²⁰ Sofern kein Fall der sog. „Kurzarbeit Null“ vorliegt.

¹²¹ Sofern kein Fall der sog. „Kurzarbeit Null“ vorliegt.

4

Lohnsteuer und Sozialversicherung

4.1 Lohnsteuer

Das Kurzarbeitergeld ist nach § 3 Nr. 2a) EStG steuerfrei. Es unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) 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.

4.2 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. 80 %) 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.

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.

Durch das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ vom 13.03.2020 wird die Bundesregierung ermächtigt, für den Fall außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt, wie z. B. im Zusammenhang mit der Coronapandemie, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, befristet bis zum 31.12.2021 eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen (§ 109 Abs. 5 Nr. 3 SGB III).¹²²

Eine „kompliziertere“ Berechnung ergibt sich, wenn das Arbeitsent-

¹²²Unabhängig von der krisenbedingten Übergangsregelung sollen dem Arbeitgeber nach dem Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung (Arbeit-von-morgen-Gesetz)“ auf Antrag für den jeweiligen Kalendermonat 50 % der von ihm allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung in pauschalierter Form für Arbeitnehmer erstattet, wenn diese vor dem 31.07.2023 Kurzarbeitergeld beziehen und an einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme nach § 82 SGB III teilnehmen, deren zeitlicher Umfang mindestens 50 Prozent der Arbeitsausfallzeit beträgt (§ 106a SGB III-RegE).

gelt, das der Arbeitnehmer ohne die angeordnete Kurzarbeit im Entgeltabrechnungszeitraum erzielt hätte (sog. **Soll-Entgelt**), **oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung** liegt (Beispiele 2 und 3). In diesem Fall kann nach der Auffassung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung¹²³ 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**.

Beispiel 1¹²⁴: Arbeitnehmer A (ledig) arbeitet bei einem Automobilhersteller. Im Monat März 2020 ordnet der Arbeitgeber aufgrund eines konjunkturellen Einbruchs vorübergehend Kurzarbeit an. Die monatliche Arbeitszeit des A verkürzt sich aufgrund der angeordneten Kurzarbeit auf 1/5.

A erhält anstelle eines Bruttomonatsentgelts von 3.000,00 Euro, das er ohne den Arbeitsausfall im Abrechnungszeitraum erzielt hätte, für den Monat März daher nur 600,00 Euro.

Die BBG in der Kranken- und Pflegeversicherung beträgt für das Jahr 2020 4.687,50 Euro, in der Renten- und Arbeitslosenversicherung 6.900,00 Euro (West).

¹²³Besprechungsergebnis des GKV-Spitzenverbandes, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit vom 13./14.10.2009

¹²⁴Berechnung ohne Berücksichtigung der möglichen krisenbedingten Erleichterungen aufgrund Rechtsverordnung

Ergebnis:

Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im Entgeltabrechnungszeitraum erzielt hätte (Soll-Entgelt):	3.000,00 Euro
Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer im Entgeltabrechnungszeitraum tatsächlich erzielt hat (Ist-Entgelt oder Kurzlohn):	600,00 Euro
Soll-Entgelt nach § 106 SGB III (begrenzt auf die BBG in der ALV = höchstens 6.350,00 Euro):	3.000,00 Euro
./.	
Ist-Entgelt nach § 106 SGB III	- 600,00 Euro
= Differenzbetrag	2.400,00 Euro
80 % des Differenzbetrages (fiktives Entgelt):	1.920,00 Euro

Beitragsbemessungsgrundlage

Rentenversicherung (West):

- tatsächliches Arbeitsentgelt:	600,00 Euro
- fiktives Entgelt:	+ 1.920,00 Euro
	<u>2.520,00 Euro</u>

Beitragsbemessungsgrundlage

Kranken- und Pflegeversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt:	600,00 Euro
- fiktives Entgelt	+ 1.920,00 Euro
BBG 2020:	4.687,50 Euro
	<u>2.520,00 Euro</u>

Beitragsbemessungsgrundlage

Arbeitslosenversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt:	600,00 Euro
---------------------------------	--------------------

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).

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 paritätä-

tisch gemeinsam, den Beitragszuschlag für Kinderlose in der Pflegeversicherung trägt A allein.

Auf das tatsächliche Ist-Entgelt ist **Lohnsteuer** abzuführen. Das gezahlte Kurzarbeitergeld ist gem. § 3 Nr. 2a) EStG steuerfrei, unterliegt allerdings dem Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 EStG (besonderer Steuersatz nach § 32a Abs. 1 EStG).

Beispiel 2¹²⁵: Wie Beispiel 1, allerdings muss der Arbeitgeber nunmehr für März 2020 „Kurzarbeit Null“ anordnen. Hiervon ist auch Arbeitnehmer B betroffen, der in führender Position 7.500,00 Euro brutto im März 2020 verdient hätte.

Ergebnis:

Soll-Entgelt: 7.500,00 Euro

Ist-Entgelt (oder Kurzlohn): 0,00 Euro

Soll-Entgelt nach § 106 SGB III
(begrenzt auf die BBG in der ALV
= höchstens 6.900,00 Euro) 6.900,00 Euro

./.

Ist-Entgelt nach § 106 SGB III - 0,00 Euro

= Differenzbetrag 6.900,00 Euro

80 % des Differenzbetrages
(fiktives Entgelt): 5.520,00 Euro

Beitragsbemessungsgrundlage

Rentenversicherung (West):

- tatsächliches Arbeitsentgelt: 0,00 Euro

- fiktives Entgelt: + 5.520,00 Euro

5.520,00 Euro

Beitragsbemessungsgrundlage

Kranken- und Pflegeversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt: 0,00 Euro 0,00 Euro

- fiktives Entgelt: + 5.520,00 Euro -> + **4.687,50 Euro**

BBG 2017: 4.687,50 Euro 5.520,00 Euro -> **4.687,50 Euro**

Beitragsbemessungsgrundlage

Arbeitslosenversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt: **0,00 Euro**

¹²⁵Berechnung ohne Berücksichtigung der möglichen krisenbedingten Erleichterungen aufgrund Rechtsverordnung

Beispiel 3¹²⁶: Wie Beispiel 2, allerdings erzielt Arbeitnehmer B während der Kurzarbeit für die gearbeitete Zeiten im Monat März 2017 ein Arbeitsentgelt in Höhe von 3.600,00 Euro.

Ergebnis:

Soll-Entgelt: 7.500,00 Euro

Ist-Entgelt (oder Kurzlohn): 3.600,00 Euro

Soll-Entgelt nach § 106 SGB III
(begrenzt auf die BBG in der ALV
= höchstens 6.900,00 Euro): 6.900,00 Euro

/.

Ist-Entgelt nach § 106 SGB III - 3.600,00 Euro
= Differenzbetrag 3.300,00 Euro

80 % des Differenzbetrages
(fiktives Entgelt): 2.640,00 Euro

Beitragsbemessungsgrundlage

Rentenversicherung (West):

- tatsächliches Arbeitsentgelt: 3.600,00 Euro

- fiktives Entgelt: + 2.640,00 Euro

6.240,00 Euro

Beitragsbemessungsgrundlage

Kranken- und Pflegeversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt: 3.600,00 Euro 3.600,00 Euro

- fiktives Entgelt: + 2.640,00 Euro ->+ **1.087,50 Euro**

BBG 2020: 4.687,50 Euro 6.240,00 Euro -> **4.687,50 Euro**

Beitragsbemessungsgrundlage

Arbeitslosenversicherung:

- tatsächliches Arbeitsentgelt: **3.600,00 Euro**

¹²⁶Berechnung ohne Berücksichtigung der möglichen krisenbedingten Erleichterungen aufgrund Rechtsverordnung

Freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Arbeitnehmer zahlen ihren Beitrag in bisheriger Höhe weiter, behalten aber ihren Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuss. Der Arbeitgeber übernimmt den Anteil des Arbeitnehmers aus dem fiktiven Entgelt. Somit setzt sich der gesamte Beitragszuschuss des Arbeitgebers für freiwillig krankenversicherte Arbeitnehmer während der Kurzarbeit zusammen aus dem Arbeitgeberanteil aus dem Brutto-Ist-Entgelt und dem Arbeitgeberanteil aus dem fiktiven Entgelt sowie der Übernahme des Arbeitnehmeranteils aus dem fiktiven Entgelt.