

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Fragestellungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit

- Einführung Kurzarbeit
- Rechtsfolgen unwirksamer Vereinbarungen zur Kurzarbeit
- Arbeitsunfähigkeit und Kurzarbeit

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit ist das vorübergehende Absenken des regelmäßig geschuldeten Arbeitszeitvolumens unter gleichzeitiger Reduzierung des Entgelts und anschließender Rückkehr zum vereinbarten Zeitumfang (BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 491/14)

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung der Kurzarbeit bedarf einer Rechtsgrundlage. Ihre einseitige Einführung durch den Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts, § 106 GewO ist nichtzulässig.

arbeitsvertragliche Vereinbarung

Betriebsvereinbarung

Tarifvertrag

Einführung durch Änderungskündigung des AG?

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung der Kurzarbeit durch arbeitsvertragliche Vereinbarung – Vereinbarung über Kurzarbeit wirksam zustande gekommen durch Angebot und Annahme, §§ 145 ff BGB?

Klausel im Arbeitsvertrag (Vorratsklausel)

Kurzarbeit kann, wenn sie vom Arbeitsamt anerkannt wird, für den Betrieb, eine Betriebsabteilung oder einzelne Arbeitnehmer nach deren Ankündigung eingeführt werden.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung der Kurzarbeit durch arbeitsvertragliche Vereinbarung – Vereinbarung über Kurzarbeit wirksam zustande gekommen durch Angebot und Annahme, §§ 145 ff BGB?

Vom Arbeitgeber vorformulierte Vereinbarungen zur Einführung der Kurzarbeit unterliegen der Vertragsinhaltskontrolle (LAG Berlin – Brandenburg 07.10.2010 - 2 Sa 1230/10; 29.11.2011 - 11 Sa 1054/11, juris)

Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen

Klauseln können auch dann gem. § 307 Abs 1, 2 BGB unwirksam sein, wenn sie 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 3 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

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Diese Grundsätze der Vertragsinhaltskontrolle gelten auch bei aus Anlass der Einführung der Kurzarbeit geschlossenen schriftlichen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern

Unwirksam danach etwa:

„es wird Kurzarbeit...für die Dauer der Corona – Pandemie vereinbart“

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Konkludente Vereinbarung von Kurzarbeit?

Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug) der BA S. 8, abrufbar unter

https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf, zur Einführung von

Kurzarbeit in Betrieben ohne Betriebsrat:

Der Arbeitgeber macht sein Angebot, die Arbeitszeit zu verkürzen bekannt (Rund-Mail, Aushang, etc.). Die Arbeitnehmer nehmen das Angebot schriftlich oder in Ausnahmefällen durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten an, indem sie sich zu den geänderten Zeiten zur Arbeitsaufnahme im Betrieb einfinden.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Konkludente Vereinbarung von Kurzarbeit?

LAG Düsseldorf – Urteil vom 14.10.1994 - 10 Sa 1194/94

Der AN verklagt den AG auf die Vergütungsdifferenz zwischen dem vollen und dem ausgezahlten Gehalt für den Monat September. Der AG hatte zuvor in einer Betriebsversammlung Mitte August, in welcher auch der AN anwesend war, angekündigt, Kurzarbeit im September einzuführen. Der AN war im September nur zu 50% eingesetzt und arbeitete dementsprechend nur zur Hälfte seiner regelmäßigen Arbeitszeit. Der AG hat das Kurzarbeitergeld (KuG) mit dem halben Gehalt für September überwiesen. Der AN behauptet, er sei nicht mit der Verkürzung seiner Arbeitszeit einverstanden gewesen.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Die Erklärungen des AG in der Betriebsversammlung in Verbindung mit der tatsächlichen Zuweisung von Kurzarbeit ist das konkludente Angebot, in der auf der Belegschaftsversammlung dargestellten Kurzarbeiterperiode je nach den betrieblichen Notwendigkeiten mit Zustimmung des Arbeitsamtes Kurzarbeit anordnen zu können

Das Angebot hat der AN, wie auch die anderen Belegschaftsmitglieder, konkludent angenommen, indem er in der Folgezeit nach Weisung des Arbeitgebers verkürzt arbeitete.

Konkludente Annahmeerklärung durch Schweigen LAG Düsseldorf – Urteil vom 14.10.1994 - 10 Sa 1194/94

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Konkludente Annahmeerklärung durch Schweigen: BAG 20.05.1976 – 2 AZR 202/75; 25.11.2009 - 10 AZR 779/08:

„Das Schweigen gegenüber einem Angebot auf Verschlechterung eines Vertrags ist grundsätzlich keine Annahme eines solchen Angebots (§ 151 BGB). Das gilt bei einer widerspruchslösen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer jedenfalls dann, wenn sich die angetragene Änderung nicht unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt (vgl. BAG 1. August 2001 - 4 AZR 129/00 - BAGE 98, 293; 20. Mai 1976 - 2 AZR 202/75 - AP BGB § 305 Nr. 4 = EzA BGB § 305 Nr. 9; 8. Juli 1960 - 1 AZR 72/60 - AP BGB § 305 Nr. 2 = EzA BGB § 305 Nr. 1). Nur die tatsächliche Praktizierung geänderter Vertragsbedingungen kann eine konkludente Erklärung sein, die einer Annahme innerhalb der Frist des § 147 BGB gleichkommt.“

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung (hierzu BAG, 18. November 2015 – 5 AZR 491/14)- **Anforderungen**

Eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit muss die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens

- die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit,
- die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie
- die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Auszug aus der Betriebsvereinbarung

§ 3 Ausfallzeiten

- 1. Die Kurzarbeit erfolgt flexibel und wird an den Arbeitsanfall in den jeweiligen Arbeitsbereichen angepasst. Die Planung erfolgt in den Abteilungen mit dem Vorgesetzten.*
- 2. Die Kurzarbeitertage der Mitarbeiter werden von den Vorgesetzten in die Urlaubsplanungsdatei mindestens eine Woche im Voraus eingetragen, so dass Geschäftsleitung und Betriebsrat zeitnah Einsicht nehmen können.“*

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Normenklarheitsgebot und Transparenzgebot

Die Betriebsvereinbarung muss diesen Geboten gerecht werden, d. h. dass alle Beteiligten bereits aus der Vereinbarung entnehmen können, welche Arbeitnehmer zu welchem Zeitpunkt freigestellt werden

Aus diesem Grund darf die BV über die Einführung und Durchführung von Kurzarbeit dem Arbeitgeber nicht die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer überlassen (Fitting Rn. 158 zu § 87 BetrVG; a. A. aA LAG Thüringen 7.9.1999 – 2 Sa 404/98)

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung von Kurzarbeit durch Tarifvertrag

Meist keine eigenständige Regelung, lediglich rahmenmäßige Vorgaben bspw. zu

- Umfang der Kurzarbeit
- Ankündigungsfrist
- Gehaltskürzung bei geringfügiger Kurzarbeit
- Zuschuss und Zuschusshöhe
- Kündigung während der Kurzarbeit

In nahezu allen Branchen gibt es Bestimmungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats bzw. ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung als Voraussetzung im Tarifvertrag aufgeführt.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Bsp.: Tarifvertrag zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV COVID) vom 30. März 2020

§ 2

Voraussetzungen der Einführung und Ausgestaltung der Kurzarbeit

(1) Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gemäß SGB III und Kurzarbeitergeldverordnung kann durch den Arbeitgeber Kurzarbeit angeordnet werden. Die Anordnung der Kurzarbeit bedarf der Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats im Rahmen des Antragsverfahrens nach § 99 SGB III. Die gesetzlichen Rechte des Betriebs- oder Personalrats bleiben darüber hinaus bestehen, soweit durch diesen Tarifvertrag keine abschließende Regelung getroffen wird.

(2) Arbeitgeber und Betriebsrat verständigen sich im Rahmen der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats über die nähere Ausgestaltung der Kurzarbeit.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Einführung von Kurzarbeit durch Änderungskündigung

Eine vertragliche Grundlage zur Einführung von Kurzarbeit ist nicht vorhanden oder erzielbar; kann diese durch (ggf. außerordentliche) arbeitgeberseitige Änderungskündigung eingeführt werden?

Lit.: Bauer/Günther, NZA 2020,419

Stellungn. des DAV Nr. 18/2020§ 97 SGB III zu ergänzen; die vorgeschlagene Regelung soll vorsehen, dass in Betrieben ohne betriebliche Interessenvertretung die individuelle Zustimmung zur Einführung und Durchführung von Kurzarbeit in dem beantragten Umfang als erteilt wenn mindestens 66 % der in der jeweiligen Betriebsabteilung Beschäftigten individuell der Kurzarbeit zugestimmt haben

Kritik: https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/default-document-library/dav-stellungnahme-18_2020---gegenposition-mit-uliste.pdf?sfvrsn=e66784dd_2

einseitige Verfolgung von Arbeitgeberinteressen durch den DAV, die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht und deren Ausschüsse

Rspr.: ArbG Stuttgart 22.10.2020 - 11 Ca 2950/20

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Rechtsfolgen unwirksamer Vereinbarungen zur Kurzarbeit

Entgeltanspruch aus §§ 615 S. 1, 611a Abs. 2 BGB i. V. m. Arbeitsvertrag ?

BAG 18.11.2015 - 5 AZR 491/14

Es ist grundsätzlich ein tatsächliches Angebot, § 294 BGB, erforderlich.

Wörtliches Angebot nach § 295 Satz 1 BGB ausreichend, wenn der Arbeitgeber etwa durch die Einteilung des AN zur Kurzarbeit zu erkennen gibt, in diesen Zeiträumen jede weitere Arbeitsleistung des AN nicht annehmen zu wollen.

Arg: Wortlaut §295 S. 1 BGB; *Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist,...*

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Sonderfall: wirksame Betriebsvereinbarung, BA zahlt kein KUG

Der Arbeitnehmer behält den Anspruch des sich aus vermindertem Lohnanspruch und zusätzlichem Kurzarbeitergeld zusammensetzenden Betrags gegen den Arbeitgeber, wenn ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld nicht besteht oder später widerrufen wird (BAG 22.4.2009 – 5 AZR 310/08, NZA 2009, 913).

Der Arbeitgeber trägt nicht mehr das volle Risiko des Arbeitsausfalls nach § 615 BGB, aber die Vergütungspflicht entfällt nicht vollständig für den gekürzten Teil der Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer behält für den gekürzten Teil der Arbeitszeit den Lohnanspruch in Höhe des Kug.

(BAG 22.4.2009- 5 AZR 310/08 – geht als Anspruchsgrundlage wohl von § 615 S. 3 BGB aus; BAG 11.07.1990 - 5 AZR 557/89).

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Arbeitsunfähigkeit und Kurzarbeit

Es kommt darauf an, ob die Arbeitsunfähigkeit erst während der Kurzarbeit eingetreten ist oder bereits vor Beginn der Kurzarbeit bestanden hat.

Innerhalb dieser zwei Konstellationen ist zu beachten, ob noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber besteht oder nicht mehr.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Die Erkrankung (Arbeitsunfähigkeit) ist vor Beginn der Kurzarbeit eingetreten

Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber besteht noch (die 6 Wochen Lohnfortzahlung sind also noch nicht abgelaufen)

Fallgestaltung 1 a: Es wird noch gearbeitet: Entgeltfortzahlung für die verkürzte Arbeitszeit (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EFZG) + „Teilkrankengeld“ in Höhe des Kurzarbeitergelds (§ 47 b Abs. 4 SGB V) für die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden

Fallgestaltung 1 b: Es wird nicht mehr gearbeitet (Kurzarbeit Null): „Teilkrankengeld“ in Höhe des Kurzarbeitergelds für die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden (§ 47 b Abs. 4 SGB V)

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Die Erkrankung (Arbeitsunfähigkeit) ist vor Beginn der Kurzarbeit eingetreten

Es besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber mehr

Fall 2 a: Es wird noch gearbeitet; der Arbeitnehmer hat für die weitere Zeit der Arbeitsunfähigkeit ausschließlich einen Anspruch auf Krankengeld (§ 47 SGB V).

Fall 2 b: es wird nicht mehr gearbeitet (Kurzarbeit Null); der Arbeitnehmer hat für die weitere Zeit der Arbeitsunfähigkeit ausschließlich einen Anspruch auf Krankengeld (§ 47 SGB V).

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Die Erkrankung (Arbeitsunfähigkeit) ist während der Kurzarbeit eingetreten

Fall 1: Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber besteht noch (die 6 Wochen Lohnfortzahlung sind also noch nicht abgelaufen)

Der Arbeitnehmer erhält weiterhin Kug gemäß § 98 Abs. 2 SGB III

Fall 2: Die Erkrankung (Arbeitsunfähigkeit) ist während der Kurzarbeit eingetreten, der Arbeitnehmer ist länger als 6 Wochen au. Der Arbeitnehmer hat für die weitere Zeit der Arbeitsunfähigkeit ausschließlich einen Anspruch auf Krankengeld.

Höhe: § 47 b Abs. 3 SGB V – Regelentgelt vor Eintritt der Kurzarbeit

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

krankheitsbedingte AU, Kurzarbeit und Feiertag

Regelung in § 4 Abs. 3 S. 2 EFZG durch Verweisung auf § 4 Abs. 2 EFZG

Bedeutungsgehalt der Verweisung str.

BAG (30.08.1973 - 5 AZR 122/73) und hM im Schrifttum: der AN erhält Feiertagsentgelt, das der Höhe nach jedoch für die jeweils ausgefallenen Stunden limitiert ist durch den Betrag, den der AN dafür an Kug. von der BA bekommen hätte, wenn der AN arbeitsfähig und nicht arbeitsunfähig krank gewesen wäre.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit und Urlaub

Kurzarbeit im Referenzzeitraum – Höhe des Urlaubsentgelts pro Urlaubstag (Geldfaktor)

11 Abs. 1 S. 3 BUrlG:

Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht.

Die durch Kurzarbeit verursachten Ausfalltage sind mit dem Eurobetrag in die Berechnung einzubeziehen, den der AN bei Fortsetzung der Arbeit regelmäßig verdient hätte, wenn keine Kurzarbeit angeordnet worden wäre (sowohl im Fall täglich reduzierter Arbeitszeit als auch bei Kurzarbeit „Null“) – 1. Meinung, fiktive Berechnung (vgl. Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG § 11 Rn. 49 m. w. Nachw.)

a. A.: die infolge Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage werden dadurch nicht berücksichtigt, dass sie bei der Zahl der Arbeitstage, durch die das im Referenzzeitraum verdiente Entgelt dividiert wird, abgezogen werden.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit und Urlaub – Urlaubsdauer bei Kurzarbeit Null (Zeitfaktor)

Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null wird der Urlaub um 1/12 gekürzt, da während der Kurzarbeit die beiderseitigen Leistungspflichten aufgehoben sind.

Kurzarbeiter werden somit wie vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer (oder Sonderurlauber) behandelt, deren Erholungsurlaub ebenfalls anteilig zu kürzen ist.

LAG Düsseldorf 12.03.2021 - 6 Sa 824/20

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit und Urlaub

Urlaub während Kurzarbeitsphase

Urlaub kann grds. auch während Kurzarbeitsphasen gewährt werden. Der Arbeitnehmer wird dann von seiner bereits teilweise suspendierten Arbeitspflicht frei.

Ausnahme: Kurzarbeit Null (BAG 16. 12. 2008 - 9 AZR 164/08)

Da der Arbeitnehmer bereits in vollem Umfang von seiner Arbeitspflicht befreit ist, kann der Urlaubsanspruch nicht erfüllt werden, Fall der nachträglichen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB

Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Ersatzurlaub nach §§ 283 S. 1, 280 Abs. 1, 275 Abs. 1 I, 249 Abs. 1 BGB. Die Haftung des Arbeitgebers ist nur ausgeschlossen, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Führt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen Kurzarbeit ein, hat er die hierdurch nachträglich eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung

Schließt Kurzarbeit betriebsbedingte Kündigungen aus?

BAG 17.10.1980 - 7 AZR 675/78

BAG 26.06.1997 - 2 AZR 494/96

BAG 23.02.2012 - 2 AZR 548/10

Arbeitsrechtliche Fragestellungen in der Pandemie

Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung

Ultima – ratio – Prinzip: kann der Arbeitgeber gehalten sein, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen einzuführen?