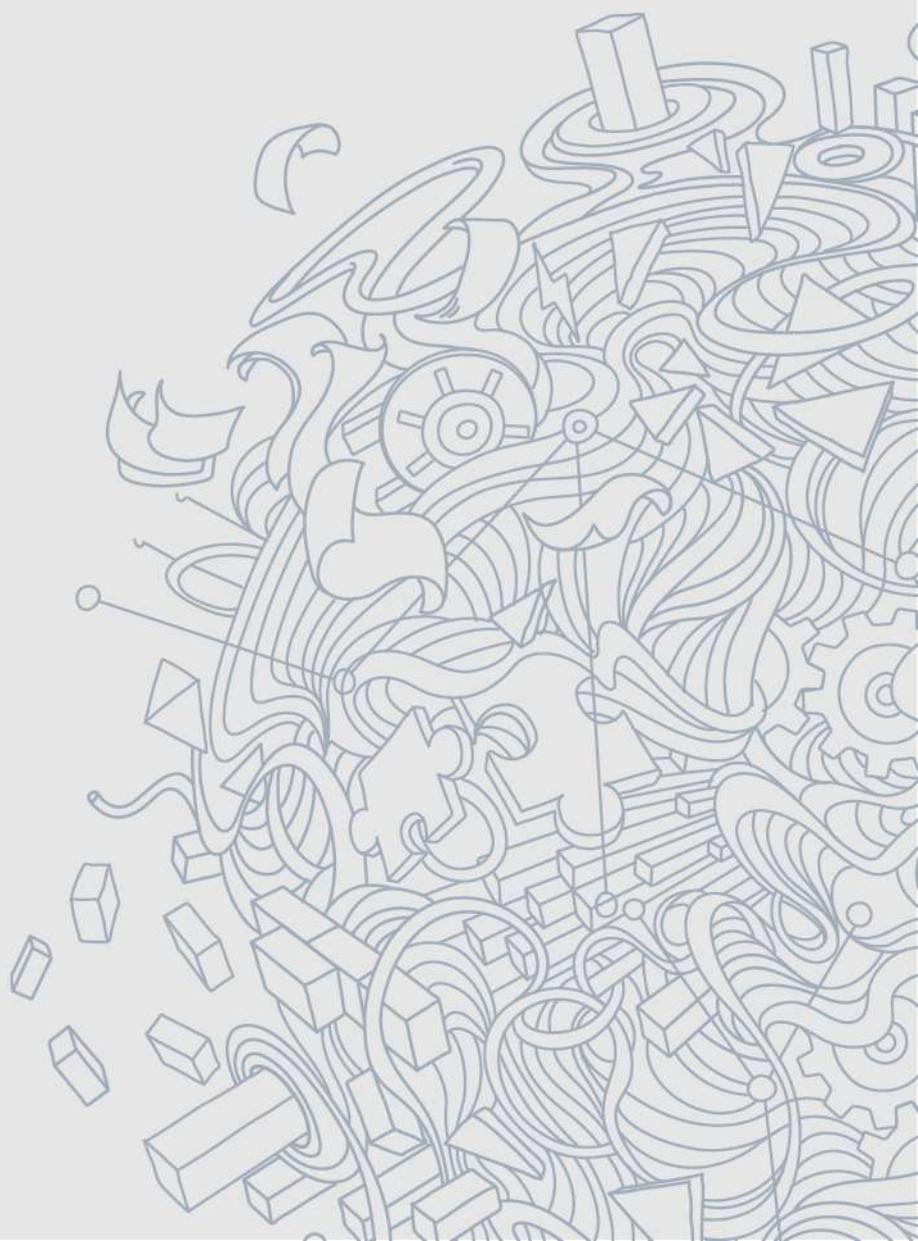


ARBEITGEBER UPDATE

KURZARBEIT IN ZEITEN DER COVID-19 PANDEMIE

April 2021



Ziel dieses Leitfadens ist es, Arbeitgebern Orientierungshilfen bezüglich der aktuellen Regelungen und der Implementierung von Kurzarbeit während der anhaltenden Pandemie im Jahr 2021 an die Hand zu geben.

Nachdem in den ersten Wochen des Ausbruchs des Coronavirus in Deutschland im Rekordtempo neue Vorschriften erlassen wurden, treten weiterhin in hoher Frequenz immer neue und sich ständig ändernde Bestimmungen in Kraft. Diese sich anhaltend in Bewegung befindliche Regelungslandschaft betrifft vor allem Arbeitgeber. Sie müssen sich nicht nur mit dem Schutz ihrer Arbeitnehmer vor Ansteckung befassen, sondern insbesondere auch die besonderen wirtschaftlichen Herausforderungen, die sich aus der COVID-19 Pandemie ergeben, bewältigen und ihren Betrieb z. B. durch Personalkosteneinsparungen zukunftssicher aufstellen.

VORAUSSETZUNGEN DER EINFÜHRUNG VON KURZARBEIT

Ausdrückliches Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers zur Einführung von Kurzarbeit erforderlich, entweder durch

- vorweggenommene Einigung im ursprünglichen Arbeitsvertrag
- ausdrückliche Einwilligung mittels Änderungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag
- Betriebsvereinbarung mit dem zuständigen Betriebsratsgremium (falls vorhanden)
- Tarifverträge mit der zuständigen Gewerkschaft (falls vorhanden)



In der Praxis werden regelmäßig die meisten Arbeitnehmer der Einführung von Kurzarbeit zustimmen, um Solidarität mit ihrem Arbeitgeber zu zeigen und um das Unternehmen in der Krise zu unterstützen

VORAUSSETZUNGEN DES ANSPRUCHS AUF KURZARBEITERGELD

Infolge der COVID-19 Pandemie wurden die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld bis 31. Dezember 2021 für Betriebe, die vor dem 31. März 2021 Kurzarbeit eingeführt haben, herabgesetzt.



Leiharbeitsunternehmen können für ihre Arbeitnehmer ebenfalls Kurzarbeitergeld beantragen, wenn sie vor dem 31. März 2021 Kurzarbeit eingeführt haben (Regelung bis 31. Dezember 2021)

BETRIEBLICHE VORAUSSETZUNGEN:

Schwellenwert der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer: Nur 10 % (statt üblicherweise einem Drittel) der Arbeitnehmer, entweder bezogen auf den gesamten Betrieb oder eine Betriebsabteilung, müssen

- von erheblichem Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sein
- der vorübergehend und nicht vermeidbar ist

- *"Vorübergehend"* bedeutet: Die Rückkehr zur Vollarbeit ist nach Ablauf der ursprünglich angezeigten Kurzarbeit zu erwarten, spätestens jedoch nach Ablauf der Höchstdauer der Kurzarbeit



Eine betriebsbedingte Kündigung setzt dagegen die Prognose eines dauerhaften Arbeitsausfalls voraus (siehe unten)

- *„Unvermeidbar“* bedeutet: Alle anderen zumutbaren Maßnahmen müssen vom Arbeitgeber vor Beginn der Kurzarbeit ergriffen worden sein
- Resturlaubsansprüche aus dem Jahr 2020 mussten nach Verlautbarungen der Bundesagentur für Arbeit vorübergehend nicht eingebracht werden, um Kurzarbeit im Jahr 2020 einzuführen. Diese Regelung wurde für das Jahr 2021 jedoch nicht verlängert

Anfang 2021 hat die Bundesagentur für Arbeit neue Informationen zum Einbringen von Urlaubsansprüchen vor Einführung von Kurzarbeit veröffentlicht:

- ▶ **2020:** Resturlaubsansprüche aus 2020 müssen eingebracht werden
- ▶ **2021:** Ob der Urlaub eingebracht werden muss, hängt davon ab, ob bereits ein Urlaubsplan (z.B. Urlaubsliste, Urlaubsplan oder Betriebsferien) für 2021 besteht oder nicht. Besteht ein solcher Urlaubsplan für 2021, muss der Urlaub zu den geplanten Zeiten genommen werden. Wird von dieser Planung nur aufgrund von Kurzarbeit abgewichen, liegt kein „unvermeidbarer Arbeitsausfall“ vor. Besteht noch kein Urlaubsplan für 2021, muss der Urlaub vom Arbeitgeber gegen Ende des Urlaubsjahres 2021 festgelegt werden. Das gilt aber nur, wenn der Urlaub nach den bestehenden Regelungen nicht wirksam in das Jahr 2022 übertragen werden kann. Wird dieser Urlaub nicht genommen, liegt kein „unvermeidbarer Arbeitsausfall“ vor.

- Kein Aufbau negativer Arbeitszeitsalden erforderlich
- und auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht

PERSÖNLICHE VORAUSSETZUNGEN DER ARBEITNEHMER:

- Anspruchsberechtigter Personenkreis: Sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer, Auszubildende (unter weiteren Voraussetzungen)
- Ausgeschlossene Personen: Geringfügig Beschäftigte, Werkstudenten, Arbeitnehmer nach Erreichen der jeweiligen Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung, Personen mit vollständiger Erwerbsunfähigkeitsrente, selbständige Personen/Freelancer, Geschäftsführer (im Einzelfall ggf. kein Ausschluss)
- Der Arbeitnehmer muss dem Betrieb bzw. der Betriebsabteilung angehören, welche von vorübergehendem, unabwendbarem Arbeitsausfall betroffen ist
- Das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers darf nicht gekündigt sein (bei laufenden Kündigungsschutzverfahren kann Abweichendes gelten)
- Der Arbeitnehmer darf nicht arbeitsunfähig erkrankt sein, wenn Kurzarbeit eingeführt wird

DAUER:

Bis zu 24 Monate, wenn der Anspruch des Arbeitnehmers auf Kurzarbeitergeld vor dem 31. Dezember 2020 entstanden ist, höchstens aber bis zum 31. Dezember 2021. Monate einschließlich März 2020 werden für die Berechnung der Höchstdauer mitgerechnet. Eine Unterbrechung der Kurzarbeit unter drei Monaten unterbricht die Zählung nicht (Regelung bis 31. Dezember 2021)

HÖHE DES KURZARBEITERGELDES:

- Das Kurzarbeitergeld beträgt
 - 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum (67 %, wenn der Arbeitnehmer unterhaltspflichtige Kinder hat)
 - Bei mehr als 50 % Entgeltausfall und wenn der Anspruch des Arbeitnehmers auf Kurzarbeitergeld vor dem 31. März 2021 entstanden ist (Regelung bis 31. Dezember 2021):
 - 60/67 % Monate 1 bis 3
 - 70/77 % Monate 4 bis 6
 - 80/87 % Ab Monat 7
- Nebentätigkeiten und geringfügige Beschäftigung:
 - Arbeitnehmer dürfen bis zur Höhe des Differenzbetrages zwischen ihrem bisherigen Soll-Entgelt und ihrem aktuellen Entgelt weiteres Einkommen beziehen, ohne dass dieses auf das Kurzarbeitergeld angerechnet wird (Regelung galt nur bis zum 31. Dezember 2020)
 - Weiterhin besteht die Möglichkeit für Arbeitnehmer, im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung bis zu 450 EUR (brutto) hinzu zu verdienen, ohne dass dies auf das Kurzarbeitergeld angerechnet wird (Regelung bis 31. Dezember 2021)

SOZIALVERSICHERUNG & STEUERN:

- Erstattung von 100 % der vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge auf das Kurzarbeitergeld bis zum 30. Juni 2021 (auf Antrag spätestens drei Monate nach dem jeweiligen Abrechnungszeitraum)
- Erstattung von 50 % der Sozialversicherungsbeiträge zwischen dem 1. Juli 2021 und dem 31. Dezember 2021, wenn die Kurzarbeit vor dem 30. Juni 2021 eingeführt wurde. Möglichkeit der Erhöhung dieser Erstattung auf bis zu 100 %, wenn die Zeit der Kurzarbeit für anerkannte Qualifizierungsmaßnahmen genutzt wird (Regelung bis 31. Dezember 2021)
- Sozialversicherungsbeiträge auf das Kurzarbeitergeld werden auf Basis des sog. „fiktiven Entgelts“ in Höhe von 80 % des Differenzbetrags zwischen dem vertraglich geschuldeten und dem tatsächlichen Bruttoentgelt berechnet
- Steuerfreiheit für sozialversicherungsfreie Aufstockungsleistungen auf das Kurzarbeitergeld bis zur Höhe von 80 % des Differenzbetrages zwischen dem vertraglich geschuldeten und dem tatsächlichen Bruttoentgelt bis zum 31. Dezember 2021

MITBESTIMMUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS (FALLS VORHANDEN)

- Wenn ein Betriebsrat besteht, unterliegt die Einführung von Kurzarbeit der Mitbestimmung des Betriebsrats, welche in der Regel durch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung erfolgt
- In der Regel enthält eine solche Betriebsvereinbarung
 - das Datum des Beginns der Kurzarbeit
 - deren Dauer
 - genaue Festlegung der Arbeitnehmer/der Betriebsabteilungen, die von Kurzarbeit betroffen sind
 - Regelungen zur Verteilung der Arbeitszeit
 - Regelungen zur Kürzung von Urlaubsansprüchen
 - Regelungen zur Ankündigungsfrist bei Heranziehung zur Arbeitsleistung



Betriebsratssitzungen und -beschlüsse können online/per Telefon- oder Videokonferenz abgehalten werden, sofern sichergestellt ist, dass kein Dritter in irgendeiner Form Zugang hat. Aufzeichnungen sind nicht zulässig (Regelung bis 30. Juni 2021)

ZEITLICHER ABLAUF DER ANZEIGE VON KURZARBEIT & ERSTATTUNGSVERFAHREN FÜR DAS KURZARBEITERGELD

- Der Arbeitgeber muss die Einführung von Kurzarbeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit
 - unverzüglich, spätestens aber am letzten Tag des Monats, für den erheblicher Arbeitsausfall besteht und Kurzarbeitergeld beantragt werden soll (Zugang bei der Agentur für Arbeit relevant)
 - schriftlich oder mittels Nutzung des Online-Formulars, sowie
 - wenn ein Betriebsrat besteht, nebst Beifügung der entsprechenden Betriebsvereinbarung sowie einer Bestätigungserklärung des Betriebsrats hinsichtlich der vom Arbeitgeber im Antrag gemachten Angaben

anzeigen und glaubhaft machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind

- Der Arbeitgeber zahlt das Kurzarbeitergeld an seine Arbeitnehmer aus und beantragt innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Kalendermonaten nach Ablauf des Abrechnungszeitraums die entsprechende Erstattung bei der zuständigen Agentur für Arbeit

WEITERE WICHTIGE RECHTLICHE ASPEKTE VON KURZARBEIT & KURZARBEITERGELD

UNTERBRECHUNG DER KURZARBEIT

- Wird die Kurzarbeit für mehr als drei Monate unterbrochen und liegen die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld erneut vor, ist eine neue Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit zu erstatten



Das Zurückholen von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung aufgrund betrieblicher Erfordernisse (z. B. unerwartet hoher Arbeitsanfall) ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (Ankündigungsfrist gegenüber Arbeitnehmern zu beachten). Für diese Arbeitsstunden wird jedoch kein Kurzarbeitergeld gezahlt

KURZARBEIT & URLAUB

- Laufende sog. „Kurzarbeit Null“ (d. h. keine tatsächlich zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers) kann zu einer Kürzung von Urlaubsansprüchen führen, wenn sie faktisch zu weniger Wochenarbeitstagen des Arbeitnehmers führt. Dies gilt insbesondere dann, wenn dies in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vereinbart wurde. Umstritten ist, ob eine solche Kürzung von Urlaubsansprüchen auch dann möglich ist, wenn nur Rahmenklauseln zur Einführung von Kurzarbeit innerhalb individueller Arbeitsverträge vereinbart wurden. Es gibt starke Argumente für eine „automatische Kürzung“ von Urlaubsansprüchen bei Kurzarbeit Null, wobei eine solche Kürzung auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als auch neuerer Entscheidungen deutscher Arbeitsgerichte entsprechen würde
- Wird während laufender Kurzarbeit Urlaub genommen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsentgelt, das seinem vertraglichen (vollen) Entgelt entspricht; während dieser Zeit wird kein Kurzarbeitergeld gezahlt, d. h. der Arbeitgeber hat die vollen Lohnkosten zu tragen (keine Erstattung von z. B. Sozialversicherungsbeiträgen). Gleiches gilt für gesetzliche Feiertage

KURZARBEITERGELD & ENTSCHÄDIGUNG BEI QUARANTÄNE

- Der Arbeitgeber zahlt sowohl das Kurzarbeitergeld als auch Entschädigungsansprüche der Arbeitnehmer gegen Behörden bei verhängter Quarantäne und entsprechendem Verdienstausfall aus. Je nach Umfang der Kurzarbeit kann der Arbeitgeber für beide Arten von Zahlungen jeweils Erstattung beantragen

Wenn Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhalten und unter Quarantäne gestellt werden, entstehen Entschädigungsansprüche, die automatisch insoweit auf die Bundesagentur für Arbeit übergehen, als dem Arbeitnehmer für die gleiche Zeit Kurzarbeitergeld zu gewähren ist. Der verbleibende Anspruch auf Entschädigung aufgrund der Quarantäne kann auf Antrag des Arbeitgebers von der zuständigen Behörde erstattet werden. Zur Klarstellung: Befindet sich ein Arbeitnehmer in Kurzarbeit Null, kann der Arbeitgeber insoweit keinerlei Entschädigungsansprüche gegenüber der die Quarantäne verhängenden Behörde erstattet verlangen, da etwaige Ansprüche auf Entschädigung insoweit bereits auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen sind

VERLÄNGERUNG VON KURZARBEIT UND KURZARBEITERGELD

Steht der Ablauf des zunächst angezeigten Zeitraums von Kurzarbeit bevor und bleiben die gesetzlichen Voraussetzungen bestehen, ist eine Folgeanzeige an die zuständige Agentur für Arbeit zu erstatten, die folgende Angaben enthalten muss

- die zu Beginn zugeteilte Kurzarbeitergeld-Nummer
- den beabsichtigten Verlängerungszeitraum
- Angabe der Gesamtzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (Anzahl sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer sowie Anzahl der geringfügig Beschäftigten)
- die (fortbestehenden) Gründe für die Verlängerung der Kurzarbeit
- sowie, wenn ein Betriebsrat besteht, die entsprechende Betriebsvereinbarung bzw. das Einverständnis der Arbeitnehmer über die (Verlängerung der) Kurzarbeit sowie dessen Bestätigungserklärung über die vom Arbeitgeber gemachten Angaben in der Verlängerungsanzeige

Wenn sich der ursprünglich betroffene Betrieb oder die Betriebsabteilung geändert haben, können die Regeln abweichen. In der Regel ist eine Folgeanzeige nicht ausreichend und es muss ein neuer Antrag auf Kurzarbeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingereicht werden.



Es bedarf einer eingehenden Prüfung des „vorübergehenden Arbeitsausfalls“ dahingehend, ob der jeweilige Arbeitsausfall auf bestimmten Stellen inzwischen dauerhaft geworden ist. Letzteres würde der Verlängerung der Kurzarbeit/des Kurzarbeitergeldes rechtlich entgegenstehen und gleichzeitig „Tür und Tor“ für betriebsbedingte Kündigungen öffnen (siehe unten)

LAUFENDE KURZARBEIT & BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNG

- Laufende Kurzarbeit (vorübergehender Arbeitsausfall) und betriebsbedingte Kündigungen (dauerhafter Arbeitsausfall) schließen sich zwar nicht grundsätzlich aus, jedoch deutet laufende Kurzarbeit darauf hin, dass der Arbeitsausfall lediglich vorübergehender Natur ist. Zudem ist zu beachten, dass Regelungen in z. B. Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen betriebsbedingte Kündigungen während laufender Kurzarbeit ausschließen können
- Der Arbeitgeber muss also „hohe Hürden“ nehmen und sehr detailliert darlegen können, dass sich der ursprünglich als vorübergehend eingeschätzte Arbeitsausfall tatsächlich in einen dauerhaften umgewandelt hat, z. B. durch Darstellung veränderter Auftragsprognosen
- Kurzarbeit in einer Betriebsabteilung schließt betriebsbedingte Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern in anderen Betriebsabteilungen ohne Kurzarbeit nicht generell aus
- Arbeitgeber haben zu beachten, dass mit Zugang der Kündigungserklärung beim betroffenen Arbeitnehmer dessen Anspruch auf Kurzarbeitergeld entfällt
- Es besteht das Risiko, dass die Bundesagentur für Arbeit bereits ausgezahltes Kurzarbeitergeld rückwirkend zurückfordert, wenn sich herausstellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld tatsächlich nicht vorlagen
- Andere Arten von Kündigungen, d. h. verhaltens- oder personenbedingte Kündigungen (z. B. bei lange andauernder Krankheit) oder außerordentliche Kündigungen aus wichtigem Grund bleiben von (laufender) Kurzarbeit unberührt



DR. MARTIN LÜDERITZ

Partner - Employment
+49 (0)40 87 4060 25
+49 (0)151 544 13160
Martin.Luederitz@aglaw.com



JENS PETERS LL.M. (STELLENBOSCH UNIVERSITY)

Counsel - Employment
+49 (0)40 87 4060 20
+49 (0)160 294 9919
Jens.Peters@aglaw.com



DR. ELISABETH SECHTEM

Associate - Employment
+49 (0)40 87 4060 39
+49 (0)162 137 97 81
Elisabeth.Sechtem@aglaw.com



addleshawgoddard.com

Asia, Europe, the Middle East and the UK

© Addleshaw Goddard LLP. All rights reserved. Extracts may be copied with prior permission and provided their source is acknowledged. This document is for general information only. It is not legal advice and should not be acted or relied on as being so, accordingly Addleshaw Goddard disclaims any responsibility. It does not create a solicitor-client relationship between Addleshaw Goddard and any other person. Legal advice should be taken before applying any information in this document to any facts and circumstances. Addleshaw Goddard is an international legal practice carried on by Addleshaw Goddard LLP (a limited liability partnership registered in England & Wales and authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and the Law Society of Scotland) and its affiliated undertakings. Addleshaw Goddard operates in the Dubai International Financial Centre through Addleshaw Goddard (Middle East) LLP (registered with and regulated by the DFSA), in the Qatar Financial Centre through Addleshaw Goddard (GCC) LLP (licensed by the QFCA), in Oman through Addleshaw Goddard (Middle East) LLP in association with Nasser Al Habsi & Saif Al Mamari Law Firm (licensed by the Oman Ministry of Justice), in Hamburg through Addleshaw Goddard (Germany) LLP (a limited liability partnership registered in England & Wales), in Paris through Addleshaw Goddard (Europe) LLP (a limited liability partnership registered in England & Wales and authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and the Paris Bar) and in Hong Kong through Addleshaw Goddard (Hong Kong) LLP, a Hong Kong limited liability partnership pursuant to the Legal Practitioners Ordinance and regulated by the Law Society of Hong Kong. In Tokyo, legal services are offered through Addleshaw Goddard's formal alliance with Hashidate Law Office. A list of members/principals for each firm will be provided upon request. The term partner refers to any individual who is a member of any Addleshaw Goddard entity or association or an employee or consultant with equivalent standing based on their experience and/or qualifications. If you prefer not to receive promotional material from us, please email us at unsubscribe@addleshawgoddard.com. For further information, including about how we process your personal data, please consult our website www.addleshawgoddard.com or www.aglaw.com.