

# Diakonie

## Bayern

### ARBEITSRECHTLICHE HINWEISE ZUR KURZARBEIT (STAND 28.04.2020)

#### Inhalt

1) Wichtige allgemeine Informationen vorab .....	2
2) Rechtsgrundlagen .....	4
3) Details zu den Voraussetzungen .....	5
4) Aufstockung durch Dienstgeber .....	11
<b>5) Urlaub und Kurzarbeit .....</b>	<b>16</b>
6) Weitere Praxisfragen .....	18
7) Zuverdienstmöglichkeiten für Dienstnehmer*innen .....	21
8) Weitere Informationen und Muster .....	23

## 1) Wichtige allgemeine Informationen vorab

Die Anordnung von Kurzarbeit ist ein **äußerstes Mittel** und soll nur dann erfolgen, wenn keine mildereren Mittel mehr zur Verfügung stehen (z.B. Plusstundenabbau, Urlaubsgewährung etc.). Zur Reihenfolge unterschiedlicher arbeitsrechtlicher Maßnahmen s. unten „Voraussetzungen im Einzelnen“ Unterpunkt „Wie weit geht generell der Vorrang milderer Mittel vor Vereinbarung der Kurzarbeit?“.

Kurzarbeit **scheidet aus, wenn die Finanzierung der Personalkosten weiter gesichert ist**, obwohl die Leistungen tatsächlich nicht mehr erbracht werden.

Beispiel: In einer Kindertagesstätte werden die Personalkosten für das pädagogische Personal weiter über das BayKiBiG erstattet, so dass der Einrichtung hierfür kein wirtschaftlicher Einkommensnachteil entsteht und den Mitarbeitenden kein Entgeltausfall droht. Der etwaige Wegfall von Elternbeiträgen fällt hier i.d.R. kaum ins Gewicht. Daher kommt für diese Mitarbeitenden Kurzarbeit nicht in Betracht.

Für die Hauswirtschafts-/Reinigungskräfte in der Kindertagesstätte bzw. für die Mitarbeitenden in der Kinderkrippe fällt die Refinanzierung der Personalkosten dagegen ganz oder teilweise weg (Detailinformationen bitte über die Fachschiene ermitteln, hier über die Informationen des Evangelischen Kindertagesstättenverband Bayern e.V.). Daher kann für diesen Einrichtungsteil Kurzarbeit in Betracht kommen, soweit die Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt sind (s. unten).

Im ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob die Entgelte über die Kassen, Bezirke etc. weiter voll oder teilweise gezahlt werden.

Ist dies nicht der Fall oder noch nicht abschließend geklärt, so kommt Kurzarbeit in Betracht. **Hierzu beachten Sie bitte die weiteren, jeweils aktuellen Informationen aus dem Bereich Wirtschaft und Entgelte bzw. aus den jeweiligen Arbeitsbereichen (z.B. Altenhilfe, Behindertenhilfe, aber auch Förderwesen).**

Bislang ist es jedoch so, dass bspw. die Bezirke sich nur nachrangig in der Pflicht sehen:

„... sind öffentliche und private (Versicherungen) Ersatz-, Entschädigungs- oder Ausfallleistungen vorrangig zu beantragen und in Anspruch zu nehmen, da sie auf die Leistungen der Bezirke anzurechnen sind.

Insbesondere werden Sie aufgefordert, von der Möglichkeit Kurzarbeitergeld zu beantragen Gebrauch zu machen. Auf die Leistungen nach § 56 des Infektionsschutzgesetzes wird hingewiesen. [...]“

(Auszug aus einem Schreiben des Bezirks Niederbayern vom 27. März 2020 an alle Leistungserbringer im Bereich des Bezirks Niederbayern)

Ähnlich verhält es sich auf **Bundesebene**, wo Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat in der Woche vom 27. März 2020 einen sog. Schutzschirm beschlossen haben.

Das „Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (**Sozialschutz-Paket**)“ (s. separate Datei Auszug Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 14, S. 575 vom 27. März 2020, aktuell nur in der reinen Leseversion) beinhaltet in Art. 10 das sog. **Sozialdienstleister-Einsatzgesetz (SodEG)**.

Dieses sieht monatliche Zuschüsse i.H.v. von bis zu 75% der Monatsdurchschnitts geleisteter Zahlungen vor. Die Länder sind für die Durchführung und etwaige höhere Zuschüsse zuständig.

Das Gesetz gilt vorläufig bis 30. September 2020, kann jedoch durch Rechtsverordnung der Bundesregierung längstens bis 31. Dezember 2020 verlängert werden.

Die Erstattung ist nach § 4 SodEG daran gebunden, dass nicht vorrangige Mittel wie z.B. Kurarbeitergeld tatsächlich geflossen sind. Das heißt:

„Dieser besondere Sicherstellungsauftrag gilt jedoch nur, soweit die sozialen Dienste und Einrichtungen nicht mit vorrangigen verfügbaren und tatsächlich zufließenden Mitteln ihren Bestand absichern (Grundsatz der Subsidiarität). Hierzu zählen

- Mittel, die aufgrund der bestehenden Rechtsverhältnisse (s. unter 2) vorerst noch geleistet werden und tatsächlich zufließen,
- Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz,
- Leistungen für den Verbleib in Beschäftigung nach dem Sechsten Abschnitt des Dritten Kapitels des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (z.B. Kurarbeitergeld und Transferleistungen),
- Zuschüssen des Bundes und der Länder an soziale Dienstleister auf Grundlage gesetzlicher Regelungen

Dabei kommt es auf den tatsächlichen Mittelzufluss an, da dieser rein rechnerisch darstellbar und ohne großen Bewertungsaufwand festzustellen ist. Unschädlich ist es, wenn Dienstleister vorrangige Mittel nicht in Anspruch genommen haben.

(Quelle: Diakonie Deutschland, FAQs zum Schutzschirm, Stand 24. März 2020)

### **Das heißt:**

Wenn Kurzarbeit in Anspruch genommen worden ist, dann entfällt diese Zuschussmöglichkeit nach dem Sozialdienstleister-Einsatzgesetz.

Wenn keine Kurzarbeit in Anspruch genommen worden ist – was nach dem Willen des Gesetzgebers vorrangig erfolgen soll –, dann kommt eine Zuschussmöglichkeit nach dem Sozialdienstleister-Einsatzgesetz in Betracht.

**Zwar stellt die Kurzarbeit arbeitsrechtlich ein äußerstes Mittel dar, etwa nachdem Plusstunden abgebaut wurden.**

**Im Ergebnis soll damit die Kurzarbeit aber nach dem Willen des Gesetzgebers vor diesen Zuschussmöglichkeiten nach dem Sozialdienstleister-Einsatzgesetz vorrangig herangezogen werden – insbesondere dann, wenn die Entgelte bspw. über die Bezirke nicht weitergezahlt werden bzw. dies noch offen ist.**

**Diese Auslegung eines Vorrangs von Kurzarbeit wurde auch vom Bayerischen Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales in einem Schreiben vom 22. April 2020 sowie vom Bayerischen Städte- und Landkreistag in einem gemeinsamen Schreiben mit den Jugendämtern vom 28. April 2020 zum Umgang mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie in der Kinder- und Jugendhilfe, konkret betreffend die Umsetzung des Sozialdienstleister-Einsatzgesetzes in Bayern bekräftigt. Die Frage des Vorrangs wird auf Bundesebene jedoch noch weiter diskutiert!**

Ein **bayerischer Schutzschirm** etwa mit Ausweitungen oder o.g. Zuschuss-Obergrenze von 75% ist ebenfalls geplant. Details folgen. Bitte beachten Sie hierzu v.a. die Informationen aus den Bereichen Wirtschaft und Entgelte.

## 2) Rechtsgrundlagen

Der Bundestag hat am 13. März 2020 Erleichterungen bei der Kurzarbeit und beim Bezug von Kurzarbeitergeld beschlossen.

Der Wortlaut des „**Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld**“ (BGBl. I Nr. 12 2020 vom 14. März 2020, S. 493) ist im Intranet des Diakonischen Werkes Bayern unter „Alle Informationen zum Corona-Virus/Arbeitsrecht“ abrufbar.

Die Gesetzesänderung ist am Tag nach der Verkündung, also am 15. März 2020 in Kraft getreten und gilt bis 31. Dezember 2021.

Zwischenzeitlich hat die Bundesregierung eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen. Die „**Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV)**“ vom 25. März 2020 ist ebenfalls im Intranet des Diakonischen Werkes Bayern abrufbar.

Sie beinhaltet folgende Absenkung der Anforderungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld, Erstattung von Beiträgen zur Sozialversicherung und Öffnung von Kurzarbeit für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter:

- 1) Abweichend von § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch wird der Anteil der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als zehn Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind, auf mindestens zehn Prozent festgesetzt, (anstatt wie sonst „mindestens ein Drittel“).
- 2) § 96 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gilt nicht für den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden.
- 3) Dem Arbeitgeber werden für Arbeitsausfälle bis zum 31. Dezember 2020 die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 oder nach § 101 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form erstattet.
- 4) Das in § 11 Absatz 4 Satz 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geregelte Recht von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern auf Vergütung wird bei Vereinbarung von Kurzarbeit für den Arbeitsausfall und für die Dauer aufgehoben, für die der Leiharbeiterin oder dem Leiharbeiter Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gezahlt wird.

Die Kurzarbeitergeldverordnung der Bundesregierung gilt aktuell vom 1. März 2020 bis 31. Dezember 2020.

Die AVR-Bayern verfügen in **§ 25 AVR-Bayern** über eine Rechtsgrundlage zur vorübergehenden Anordnung von Kurzarbeit. Danach kann die Vergütung per Dienstvereinbarung für die gesamte Einrichtung oder für Teile davon gekürzt werden.

Die Arbeitsrechtliche Kommission hat § 25 AVR-Bayern an die gesetzlichen Erleichterungen beim Bezug von Kurzarbeitergeld per Umlaufbeschluss vom 19. März 2020 angepasst.

Der Beschlusstext ist im Intranet sowie auf der ARK-Homepage unter <https://www.ark-bayern.de/aktuelle-beschluesse> abrufbar.

Bitte beachten Sie die Voraussetzungen in § 25 AVR-Bayern (in der Fassung vom 19. März 2020) i.V.m. §§ 95ff SGB III ([http://www.gesetze-im-internet.de/sgeb\\_3/](http://www.gesetze-im-internet.de/sgeb_3/)) im Einzelnen sowie die Erläuterungen im AVR-Kommentar.

### 3) Details zu den Voraussetzungen

- **Fallen auch juristische Personen des öffentlich Rechts unter die Kurzarbeitsregelung des § 25 AVR-Bayern bzw. neu § 14a DiVO i.V.m. den §§ 95ff SGB III?**

Ja. Die EKD hat diese Frage mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) geklärt und entsprechend per Rundmail vom 18. März 2020 an die Arbeitsrechtler\*innen von EKD und Diakonie weitergeleitet.

Das BMAS hat demnach bestätigt, dass es keine Einschränkungen für juristische Personen des öffentlichen Rechts bzgl. der Möglichkeit Kurzarbeitergeld zu beziehen gibt.

Auf die Rechtsform des Unternehmens kommt es nicht an. Betriebe im Sinne der Vorschriften zum Kurzarbeitergeld sind deshalb auch Verwaltungen jeder Art (Kirchenbehörden), Schulen, Krankenhäuser, Kindertagesstätten oder Kurkliniken.

- **Betriebsbegriff bei der Ermittlung der 10% der Mitarbeitenden**

§ 25 AVR-Bayern spricht von „der Einrichtung“ und auch § 97 SGB III spricht vom Betrieb ([http://www.gesetze-im-internet.de/sgeb\\_3/\\_97.html](http://www.gesetze-im-internet.de/sgeb_3/_97.html)).

Dabei gilt folgender arbeitsrechtlicher Betriebsbegriff:

„Eine organisatorische Einheit, innerhalb der der Unternehmer mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und sonstiger Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt.“

Allerdings muss der Betriebsbegriff für den Schutzzweck des jeweiligen Gesetzes differenziert und modifiziert werden und es deshalb auf die Zwecksetzung des Kurzarbeitergeldes und seine Voraussetzungen abstellen.

Wesentliche Elemente eines auf das Kurzarbeitergeld bezogenen Betriebsbegriffs sind demnach:

- organisatorische Einheit, innerhalb der der Unternehmer mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und sonstiger Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt;
- einheitlicher Risikobereich, d.h. die Folgen der allgemeinen wirtschaftlichen Risiken und Entwicklung treffen eine bestimmte technisch-wirtschaftliche Einheit (Betriebsabteilung) im Verhältnis zu anderen Einheiten stärker oder ausschließlich;
- einheitliche personalpolitische Organisation; dadurch sind Maßnahmen der Risikovermeidung wie des Risikoausgleichs möglich.

#### **Das heißt:**

Es geht um 10% der Mitarbeiterschaft in der Einrichtung und nicht des gesamten Trägers.

- **Begriff der Betriebsabteilung bzw. des Einrichtungsteils**

Zur Betriebsabteilung i.S.d. § 97 S. 2 SGB III und damit zum Einrichtungsteil i.S.d. § 25 Abs. 1 S. 1 AVR-Bayern gilt:

### „C. Betriebsabteilung

Dass die Betriebsabteilung dem Betrieb gleichgestellt wird, rührt daher, dass in der einzelnen Betriebsabteilung durchaus andere arbeitsmarktpolitische Verhältnisse herrschen können als im gesamten Betrieb und wegen der Eigenheit der Abteilung ein personalpolitischer Ausgleich und damit eine Vermeidung des Risikos „Arbeitsausfall“ nicht in Betracht kommt. Von diesem Zweck her ist eine Betriebsabteilung anzunehmen bei

- **einer gewissen Selbstständigkeit; die ein Mindestmaß an eigenen Betriebsmitteln, eigenem Arbeitszweck und eigener organisatorischer Leitung sowie eine gewisse Größe verlangt** (BSG SozR 220 § 245 Nr. 4; BSG SozR 3-4100 § 64 Nr. 4 S. 25).
- **bestimmten wirtschaftlichen Risiken, die nicht den ganzen Betrieb treffen.**

Dass Personal zwischen den Abteilungen wechselt/ umgesetzt wird, ist unerheblich, solange der Personalbestand selbst relativ dauerhaft und abgegrenzt bleibt. Eine räumliche Trennung zwischen der Betriebsabteilung und dem Betrieb ist nicht erforderlich [m.w.N.]. Nicht gefordert werden kann eine selbstständige personalpolitische Leitung. Denn diese ist schon Merkmal des Betriebs, von dem die Betriebsabteilung nur ein Teil ist.“

(Bieback in Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht, 56. Edition, 1. März 2020, § 97 SGB III Rn. 7, 8)

Und: „Erfordernis eines **eigenen Betriebszwecks** wird zwar auch im Rahmen des § 97 Abs. 3 meist erfüllt sein, ist jedoch von der Zielsetzung der Regelung her **nicht zwingend**.“ (Bieback Gagel, Kommentar zu SGB II / SGB III, Werkstand: 76. EL März 2020, § 97 SGB III Betriebliche Voraussetzungen Rn. 24)

### Das heißt:

„**Betriebsabteilung ist eine räumlich, personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgegrenzte Betriebseinheit, in der mit eigenen Betriebsmitteln ein eigener Betriebs(hilfs)zweck erfüllt wird.**“

(Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage 2019, § 48. Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld, Rn. 8 unter Berufung auf BSG, Urteil vom 29. April 1998 - B 7 AL 102/97R und BSG, Urteil vom 20. Januar 1982 - 10/8b RAR 9/80)

- **Welche Beschäftigten sind bei der Ermittlung der Mitarbeitendenzahl einzubeziehen?**

Es muss sich bei den Beschäftigten um **Dienstnehmer\*innen** handeln.

Daher zählen bei der Ermittlung dazu:

1. kurzfristig geringfügig Beschäftigte
2. geringfügig Beschäftigte auf 450-Euro-Basis
3. Werkstudenten
4. gekündigte und von der Arbeit freigestellte Dienstnehmer\*innen, solange sie kein anderes Arbeitsverhältnis haben oder die Kündigung gerichtlich noch anfechtbar ist.

Nicht zu berücksichtigen sind dagegen

1. Heilerziehungspflegeschüler, die in der Einrichtung den praktischen Teil der Ausbildung machen (Anlage 17 II AVR Bayern)
2. BFD-ler und FSJ-ler
3. Auszubildende und Praktikanten, die ihr Praktikum im Rahmen einer Ausbildung absolvieren (inkl. Hochschul-, Vor- oder Anerkennungspraktika)

Zu differenzieren ist bzgl. Mitarbeitenden bspw. bei längerer Erkrankung, in Elternzeit oder Sonderurlaub/ Beurlaubung:

- Sie werden berücksichtigt, wenn die Arbeitsunfähigkeit/ Beurlaubung maximal 6 Monate dauert.
- Sie werden nicht berücksichtigt, wenn die Arbeitsunfähigkeit/ Beurlaubung länger als 6 Monate dauert.

Denn gemäß. Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht, 55. Edition, Stand: 01.12.2019, § 96 SGB III, Rn. 39-40 gilt zu den zu berücksichtigenden Arbeitnehmern Folgendes:

„Der zu erreichende Prozentsatz an Mindestentgeltausfall wird nach § 96 Absatz 1 Nr. 4 SGB III an der Gesamtzahl der **„in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer“** gemessen.

Auszugehen ist vom regelmäßigen, betriebsüblichen und tatsächlichen Beschäftigungsvolumen.

Es sind alle Beschäftigungsverhältnisse zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie zur BA beitragspflichtig und ob sie leistungsberechtigt sind und ob bei ihnen arbeitsrechtlich wirksam Kurzarbeit eingeführt werden kann.

Ebenso ist es unerheblich, ob die Arbeitnehmer auch Kurzarbeitergeld gem. § 98 SGB III beanspruchen können, da sich die Anspruchsberechtigung nach anderen Kriterien bestimmt als die Relevanzschwelle. So werden auch die geringfügig Beschäftigten und die älteren Arbeitnehmer über 65 Jahre etc. mitgezählt, die keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben.

Gekündigte und von der Arbeit freigestellte Arbeitnehmer müssen aus Gründen der Klarheit und Berechenbarkeit mitgezählt werden, solange sie kein anderes Arbeitsverhältnis haben oder die Kündigung gerichtlich noch anfechtbar ist.

Eine kurzfristige Krankheit oder der übliche Jahresurlaub lassen Arbeitnehmer nicht aus der Zahl der zu berücksichtigenden ausscheiden. Hier bleibt das Beschäftigungsvolumen erhalten.

**Sobald jedoch eine Krankheit langfristig (mehr als 6 Monate) und berechenbar ist, sind kranke Arbeitnehmer nicht mitzuzählen. Das Gleiche gilt für eine langfristige Beurlaubung.“**

### - Welche Beschäftigten unterfallen der Kurzarbeitsregelung?

Hier geht es – anders als im vorherigen Abschnitt – nicht um die Frage, welche Beschäftigten bei der Ermittlung der geforderten Mindestanzahl an betroffenen Dienstnehmer\*innen (aktuell 10%) mitzurechnen sind, sondern darum, welche Beschäftigten unter die Kurzarbeit fallen und für die somit eine reduzierte Arbeitszeit und Kurzarbeitergeld gelten können.

In der aktualisierten Fassung der FAQs des Bundesarbeitsministeriums (BMAS) vom 16. April 2020 wurde auf Seite 2 ein neuer Unterpunkt „Können Auszubildende Kurzarbeitergeld erhalten?“ aufgenommen (s. separate Datei im Intranet unter Corona/ Arbeitsrecht/ Kurzarbeit). Die Frage wird dort bejaht.

§ 25 Abs. 1 S. 2 AVR-Bayern ist jedoch enger gefasst. Danach gilt die Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit **nicht für Auszubildende** und diejenigen, die die persönlichen Voraussetzungen für die Zahlung von Kurzarbeitergeld gemäß § 98 SGB III nicht erfüllen.



Entsprechend den Ausführungen im AVR-Kommentar zu § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 98 SGB III (Nr. 3) ist in der Musterdienstvereinbarung (Fußnote 3 zu § 2) der persönliche Geltungsbereich wie folgt definiert:

„Nicht einbezogen werden dürfen gemäß § 25 Abs. 1 AVR-Bayern i.V.m. § 98 SGB III insbesondere folgende Beschäftigtengruppen, die keine **versicherungspflichtige Beschäftigung i.S.v. § 25 SGB III** ausüben:

- Dienstnehmer/ Dienstnehmerinnen, die über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus beschäftigt werden (§ 28 Nr. 1 SGB III),

- Dienstnehmer/ Dienstnehmerinnen, die eine unständige Beschäftigung i.S.v. § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III ausüben,

- Beschäftigte, die als Schüler/ Schülerinnen und Studenten/ Studentinnen neben ihrer Ausbildung an einer allgemeinbildenden Schule oder als Werkstudenten/ Werkstudentinnen eine Beschäftigung ausüben (§ 27 Abs. 4 SGB III),

- geringfügig Beschäftigte (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III) und

- Auszubildende.“

Angesichts des Kriteriums der versicherungspflichtigen Beschäftigung i.S.d. § 25 SGB III können auch GmbH-Geschäftsführer\*innen unter die Kurzarbeitsregelung fallen, wenn sie sozialversicherungspflichtig abhängig beschäftigt sind.

#### - Einbeziehung von MAV-Mitgliedern unter die Kurzarbeitsregelung

Die Ausübung des MAV-Mandats ist von der Einführung der Kurzarbeit unabhängig, so dass die MAV auch bei betrieblicher Kurzarbeit weiter arbeitsfähig ist.

Zur Beschlussfähigkeit bei Ausgangsbeschränkungen und Betretungsverboten s. unten unter „5) Weitere Praxisfragen“.

Würde man MAV-Mitglieder von der Kurzarbeit ausnehmen, so wäre dies sogar eine verbotene Begünstigung:

„Sieht ein Tarifvertrag eine Lohnkürzung oder eine Betriebsvereinbarung die Verminderung einer Sozialleistung vor, lässt ein Tarifvertrag die Versetzung an einen geringer bezahlten Arbeitsplatz zu oder erlaubt ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung die Einführung von Kurzarbeit, so muss sich auch das Betriebsratsmitglied dies gefallen lassen.“

(vgl. Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, § 78 BetrVG Schutzbestimmungen Rn. 28)

#### - Wie weit geht der vorrangige Abbau von Plusstunden

Gemäß § 25 Abs. 3 AVR-Bayern sind Zeitguthaben nach § 20 AVR-Bayern vor der Einführung von Kurzarbeit unter Berücksichtigung des § 96 Absatz 3 SGB III abzubauen.

Wie viele Plusstunden müssen demnach vor einer evtl. Einführung von Kurzarbeit abgebaut werden, bevor Kurzarbeitergeld beantragt werden kann?

#### **Antwort:**

Im Grunde sollten alle Plusstunden abgebaut werden, bevor Kurzarbeit vereinbart wird.



Denn so beziehen die Mitarbeitenden noch etwas länger ihr volles Gehalt und die Kurzarbeit kann zeitlich etwas hinausgezögert werden.

Da die einzelnen Mitarbeitenden jedoch unterschiedlich hohe Plusstundenzahlen auf ihrem Arbeitszeitkonto aufweisen, sind ggfls. Gruppen zu bilden, damit alle betroffenen Mitarbeitenden in der Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit abgebildet werden können.

Einschränkungen ergeben sich lediglich aus § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III, wobei für diakonische Einrichtungen vermutlich die Nr. 2, 4 und 5 von praktischer Relevanz sein dürften:

„Die Auflösung eines Arbeitszeitguthabens kann von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer nicht verlangt werden, soweit es

1. vertraglich ausschließlich zur Überbrückung von Arbeitsausfällen außerhalb der Schlechtwetterzeit (§ 101 Absatz 1) bestimmt ist und den Umfang von 50 Stunden nicht übersteigt,
2. ausschließlich für die in § 7c Absatz 1 des Vierten Buches genannten Zwecke bestimmt ist, [d.h. Wertguthaben etwa im Rahmen von Langzeitarbeitszeitkonten]
3. zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Saison-Kurzarbeitergeld angespart worden ist und den Umfang von 150 Stunden nicht übersteigt,
4. den Umfang von 10 Prozent der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers übersteigt oder
5. länger als ein Jahr unverändert bestanden hat.“

#### **Das heißt im Ergebnis, dass**

1. grundsätzlich alle Plusstunden vor der Kurzarbeit abgebaut werden müssen – wegen des kollektiven Bezugs gemäß § 40 Buchst. d) MVG in Abstimmung mit der MAV –, ggfls. unter Nutzung einer Gruppenbildung,
  2. mit Ausnahme von
    - Zeitguthaben i.R. eines Wertguthabens (also Langzeitkonten gemäß § 20 Abs. 13 AVR-Bayern) sowie
    - Zeitguthaben, die 10% der Jahressollarbeitszeit des\*der einzelnen Mitarbeitenden übersteigen, sowie
    - Zeitguthaben, die länger als ein Jahr unverändert bestanden haben (z.B. der 100h-Sockel gemäß § 20 Abs. 9 AVR-Bayern).
- **Wie weit geht generell der Vorrang milderer Mittel vor Vereinbarung der Kurzarbeit?**

Von der grundsätzlichen Reihenfolge sind alle milderen Mittel vor Vereinbarung der Kurzarbeit vorrangig zu nutzen.

Das bedeutet

- Plusstundenabbau gemäß § 20 Abs. 10 AVR-Bayern,
- Ansammlung von Minusstunden in den Grenzen des § 20 Abs. 7 AVR-Bayern (ggfls. sogar mit vorübergehend ausgeweiteten Grenzen gemäß § 20 Abs. 8 AVR-Bayern),
- mit den Plus- und Minusstunden verbunden die Flexibilisierung der Arbeitszeitmodelle (soweit möglich),
- Gewährung von Erholungsurlaub oder Sonderurlaub (§§ 28, 31 AVR-Bayern),

- Gewährung von bezahlter Freistellung gemäß § 27 Abs. 2 AVR-Bayern von bis zu 3 Tagen,
- Vertragsanpassungen über die Arbeitszeitflexibilisierung gemäß § 3 des Musterdienstvertrages in Anlage 5 AVR-Bayern (soweit bereits vertraglich vereinbart)
- Nichtverlängerung befristeter Dienstverträge

und nur als äußerstes Mittel die Anordnung von Kurzarbeit bzw. der Ausspruch von betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigungen.

Durch die rechtlichen Erleichterungen in § 25 Abs. 3 S. 2 AVR-Bayern vom 19. März 2020 i.V.m. der Gesetzesänderung vom 13. März 2020 bzw. Rechtsverordnung der Bundesregierung vom 25. März 2020 (s. separate Dateien) ist es jedoch **in der aktuellen Krise nicht rechtlich erforderlich, dass Mitarbeitende zuerst Minusstunden ansammeln müssen, bevor Kurzarbeit vereinbart werden kann.**

**Ebenso ist es nicht rechtlich erforderlich, dass eine Arbeitszeitflexibilisierung gemäß § 3 des Musterdienstvertrages in Anlage 5 AVR-Bayern (soweit sie bereits vertraglich vereinbart war) vorrangig vor der Vereinbarung von Kurzarbeit genutzt wird.** Dies ergibt sich aus § 96 Abs. 4 S. 4 SGB III i.V.m. den von Bundesgesetzgeber, Bundesregierung und Arbeitsrechtlicher Kommission beschlossenen Erleichterungen (ausführlicher s. den Punkt „Reihenfolge arbeitsrechtlicher Maßnahmen“ in den allgemeinen Arbeitsrechtsinfos).

#### - **Beendigung**

Laut Musterdienstvereinbarung können Dienstgeber und MAV jederzeit einvernehmlich die Vereinbarung verlängern oder auch abkürzen.

Falls also nach Abschluss einer Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit doch noch eine Refinanzierung sichergestellt werden kann, dann können Dienstgeber und MAV die Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit wieder beenden.

Daneben besteht jeweils für beide Seiten gemäß § 36 Abs. 5 MVG die allgemeine Kündigungsmöglichkeit von Dienstvereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Monats.

Die Vereinbarung von aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen im Zusammenhang mit der Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit ist rechtlich möglich, aber aus praktischen Gründen ggfls. nicht zielführend. Denn sowohl der Dienstgeber als auch die Mitarbeitenden als auch die Bundesagentur für Arbeit brauchen eine gewisse Planungssicherheit.

## 4) Aufstockung durch Dienstgeber

### - Aufstockung allgemein

Das BMAS erklärt in seinen FAQs zur Kurzarbeit hierzu (neu Stand 16. April 2020, S. 6 – s. separate Datei im Intranet bzw. s. [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?__blob=publicationFile)):

**„Werden Aufstockungsbeträge, die tarifvertraglich geregelt sind, bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes berücksichtigt?**

Vom Arbeitgeber gezahlte Aufstockungsbeträge oder Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld werden bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes nicht berücksichtigt. Sie vermindern nicht das Kurzarbeitergeld, soweit noch ein Entgeltausfall gegeben ist.“

Die AVR-Bayern sehen keine tarifliche Aufstockung(splicht) der Dienstgeber vor. In der Musterdienstvereinbarung ist die Möglichkeit der Aufstockung jedoch angelegt und kann – je nach finanzieller Leistungsfähigkeit der Einrichtung – genutzt werden.

#### Das heißt:

Eine Aufstockung ist im Bereich der AVR-Bayern **zulässig, aber nicht verpflichtend**.

Sie sollte zusammen mit dem Kurzarbeitergeld das bisherige Entgelt nicht übersteigen (s. oben BMAS: „soweit noch ein Entgeltausfall gegeben ist“).

### - Zur Höhe der Aufstockung

Hinweis: In der ersten Fassung dieses Infoschreibens stand noch, dass eine Aufstockung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld „möglichst 90% des bisherigen Entgelts nicht übersteigen soll (Stichwort 10% Gehaltseinbußen).“

Diese Begründung trägt nicht, weil ja trotz der Aufstockung etwa auch auf 100% trotzdem noch eine Gehaltseinbuße gegeben ist, die lediglich durch das Kurzarbeitergeld ausgeglichen wird.

Demnach ist eine Aufstockung auf **maximal 100%** des bisherigen Entgelts zulässig.

Allerdings können ggfls. andere Gründe für eine **Beschränkung bspw. auf 80%** sprechen (s. unten Sozialversicherungs-, Lohnsteuer- und Zusatzversicherungsbeitragspflicht sowie Gemeinnützigkeitsrecht).

Der DGB forderte zunächst „nur“ eine Aufstockung auf 80%.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes (TVöD-kommunal) sieht der Tarifvertrag zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV COVID) vom 30. März 2020 zwischenzeitlich aber eine für die Kommunen tariflich vorgegebene Aufstockung des Kurzarbeitergeldes auf 90% bzw. 95% vor:

„Nach § 5 Abs. 1 ist den Beschäftigten während der Kurzarbeit unter Einbeziehung des Kurzarbeitergeldes sowie, soweit die Arbeitszeit während der Kurzarbeit nicht auf „null“ reduziert ist, des für die verbleibende Arbeitszeit zu zahlenden Entgelts

- 95 Prozent (Entgeltgruppen 1 bis 10 der Anlage A zum TVöD) bzw.

- 90 Prozent (Entgeltgruppen 11 bis 151 der Anlage A zum TVöD)

des bisherigen durchschnittlichen Nettoentgelts zu zahlen.“

Zu beachten ist hier der Nettobezug. Auch die Pläne der Bundesregierung zu einer (wohl gesetzlichen) Aufstockung des Kurzarbeitergeldes gehen von einer Nettoaufstockung aus. Hintergrund ist vermutlich, dass sich auch das Kurzarbeitergeld nach dem Nettoentgelt ausfall berechnet. Die Kurzarbeiter erhalten grundsätzlich 60% des ausgefallenen pauschalierten Nettoentgelts. Lebt mindestens ein Kind mit im Haushalt beträgt das Kurzarbeitergeld 67 % des ausgefallenen pauschalierten Nettoentgelts. Eine Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes finden Sie auf der Website der Bundesagentur für Arbeit ([www.arbeitsagentur.de](http://www.arbeitsagentur.de)). (vgl. BMAS FAQs, Stand 16. April 2020, S. 4).

Dabei ist zu beachten, dass manche Abrechnungsprogramme/ Abrechnungsdienstleister technisch nur in der Lage sind, eine Aufstockung auf das Bruttoentgelt vorzunehmen (s. Rundschreiben der KDSE vom 7. April 2020 – separate Datei im Intranet).

Daher empfiehlt sich ggfls. eher eine Aufstockung in Bezug auf das Bruttoentgelt, zumal auch das reguläre Entgelt in brutto ausgewiesen ist.

In jedem Fall sollte die Frage der **Brutto- oder Nettoaufstockung** vor einer entsprechenden Aufnahme in die Dienstvereinbarung mit der jeweiligen Gehaltsabrechnungsstelle abgestimmt werden.

#### - Auswirkungen auf Lohnsteuer-, Sozialversicherungs- und Zusatzversicherungsbeitragspflichten

Das Kurzarbeitergeld selbst wird verbeitragt, vergleiche BMAS FAQs, S. 7 bzw. Kurzarbeitergeldverordnung vom 27.03.2020 (s. separate Dateien):

„Für die Arbeitszeit, die durch Kurzarbeit entfällt und für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, reduzieren sich die Sozialversicherungsbeiträge auf 80 Prozent. Diese trägt der Arbeitgeber allein. Die vom Arbeitgeber allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge werden dem Arbeitgeber bis zum 31.12.2020 in pauschalierter Form von der Bundesagentur für Arbeit erstattet.“

Zur Sozialversicherungspflicht von Kug-Aufstockungen stellt Haufe (SGB Office Professional) fest:

„Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld sind, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld das fiktive Arbeitsentgelt nicht übersteigen, dem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt nicht hinzuzurechnen. Die Regelung dient der vereinfachten Beitragsabrechnung. Somit bleiben Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld sowohl bei der Beitragsberechnung als auch bei der Leistungsgewährung in der Sozialversicherung außer Betracht. Übersteigen diese Zuschüsse unter Hinzurechnung des Kurzarbeitergeldes das fiktive Arbeitsentgelt, ist der übersteigende Teil des Zuschusses beitragspflichtig.“

Diese Aussage ist jedoch noch weiter zu differenzieren:

„Das nach den §§ 95 bis 109 SGB III gezahlte Kurzarbeitergeld ist als Lohnersatzleistung nach § 3 Nr. 2 Buchstabe a EStG steuerfrei. Es unterliegt jedoch dem sog. Progressionsvorbehalt (vgl. dieses Stichwort), der vom Finanzamt bei der Einkommensteuer-Veranlagung berechnet wird. Deshalb muss das Kurzarbeitergeld in

Zeile 15 der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung 2020 gesondert eingetragen werden.

Zahlt der Arbeitgeber einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld, ist dieser Zuschuss steuerpflichtig aber beitragsfrei (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 SvEV), soweit er zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80% des ausgefallenen Arbeitsentgelts nicht übersteigt.“

Und:

„Um die für den Arbeitnehmer finanziell nachteiligen Auswirkungen der Kurzarbeit abzumildern, gewähren manche Arbeitgeber einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld. Auch mehrere Tarifverträge – vor allem in den neuen Bundesländern – sehen die Zahlung eines Arbeitgeberzuschusses zum Kurzarbeitergeld vor. Dieser Zuschuss gehört nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 SvEV nicht zum beitragspflichtigen Arbeitsentgelt, soweit er zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80% des Unterschiedsbetrags von Sollentgelt und Istentgelt nicht übersteigt. Das bedeutet, dass die Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld im Normalfall bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge außer Betracht bleiben. Allerdings ist der Zuschuss steuerpflichtig.

**Soweit der Zuschuss 80% des ausgefallenen Arbeitsentgelts übersteigt, ist er steuer- und beitragspflichtig (also nur der übersteigende Teil ist sowohl steuer- als auch beitragspflichtig).“**

(Quelle: rehm Lexikon Lohnbüro 2020, Stichwort Kurzarbeit/ Zuschuss zum Kurzarbeitergeld)

Zusatzversorgungsrechtlich gilt:

„Das Kurzarbeitergeld ist kein steuerpflichtiger Arbeitslohn und ist damit auch nicht zusatzversorgungspflichtig in der Pflichtversicherung EZVKGrund.

Soweit Arbeitgeber allerdings einen Zuschuss zum Kurzarbeitergeld gewähren, ist dieser Zuschuss steuerpflichtiger Arbeitslohn und damit zusatzversorgungspflichtig. Dies gilt nicht für Beihilfen und Unterstützungen bis zu einem Betrag von einmalig 1.500 Euro, die in der Zeit vom 1. März bis 31. Dezember 2020 steuerfrei gewährt werden.

**D.h. nur der Aufstockungsbetrag ist zusatzversorgungspflichtiges Entgelt und nicht auch das staatliche Kurzarbeitergeld selbst.**

(Quelle: EZVK Stand 8. April 2020 unter [https://www.ezv.de/landingpage/corona-informationen/08042020-auswirkungen-zusatzversorgungsrecht.html?no\\_cache=1](https://www.ezv.de/landingpage/corona-informationen/08042020-auswirkungen-zusatzversorgungsrecht.html?no_cache=1) ).

#### **- evtl. Auswirkungen auf die Gemeinnützigkeit**

Auch hier ist die 80%-Grenze von Bedeutung.

Das Bundesfinanzministerium hat in seinem Rundschreiben vom 9. April 2020 zu steuerlichen Maßnahmen zur Förderung der Hilfe für von der Corona-Krise Betroffene Folgendes ausgeführt (S. 7, abrufbar über

[https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Weitere\\_Steuerthemen/Abgabenordnung/2020-04-09-steuerliche-massnahmen-zur-foerderung-der-hilfe-fuer-von-der-corona-krise-](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuerthemen/Abgabenordnung/2020-04-09-steuerliche-massnahmen-zur-foerderung-der-hilfe-fuer-von-der-corona-krise-)

[betroffene.pdf;jsessionid=09CF0747CE31ADD9843D3F3C60001B07.delivery1-master?\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.betroffene.pdf;jsessionid=09CF0747CE31ADD9843D3F3C60001B07.delivery1-master?_blob=publicationFile&v=1));

„Stocken Organisationen, die nach § 5 Absatz 1 Nummer 9 KStG steuerbegünstigt sind, ihren eigenen Beschäftigten, die sich in Kurzarbeit befinden, das Kurzarbeitergeld aus eigenen Mitteln bis zu einer Höhe von insgesamt 80 % des bisherigen Entgelts auf, werden weder die Mittelverwendung für satzungsmäßige Zwecke noch die Marküblichkeit und die Angemessenheit der Aufstockung geprüft, wenn die Aufstockung einheitlich für alle Arbeitnehmer erfolgt. Die Voraussetzungen des § 55 Absatz 1 Nummern 1 und 3 AO gelten als erfüllt.“

Danach ist die Gemeinnützigkeit diakonischer Einrichtungen ggfls. gefährdet, wenn um mehr als 80% bzw. nicht für alle Mitarbeitenden gleichmäßig aufgestockt wird. Zumindest ist bei einer Überschreitung der Kug-Aufstockung auf mehr als 80% mit einer Einzelfallprüfung zu rechnen, bei denen die einzelnen Finanzämter zu ggfls. unterschiedlichen Ergebnissen kommen können.

Zu dieser Fragestellung werden unterschiedliche steuerrechtliche Gutachten und Stellungnahmen eingeholt. Rechtssicherheit wird aber erst eine Klarstellung durch das Bundesfinanzministerium bringen.

**D.h.:**

**Aktuell können nur die Bemühungen auf Bundesebene abgewartet werden bzgl. dieser noch ungeklärten Frage der Beurteilung der Unschädlichkeit einer Aufstockung auf über 80% hinsichtlich der Gemeinnützigkeit. Bis dahin muss zumindest von einem Risiko für die Gemeinnützigkeit ausgegangen werden.**

**Vor einer Aufstockung und vor allem vor einer Auszahlung sollte daher eine Klärung mit dem zuständigen Finanzamt (z.B. durch eine verbindliche Anrufungsauskunft) herbeigeführt werden. Einige Finanzämter sind schon mit dem Aspekt befasst und haben wohl auch schon mit Maßnahmen gedroht.**

Bitte beachten Sie bitte auch die regelmäßig aktualisierten Informationen aus dem Bereich Wirtschaft zu dieser Frage bzw. deren erhoffter Klärung.

#### **- geplante Erhöhung des Kurzarbeitergeldes durch den Gesetzgeber**

Unabhängig von einer Aufstockung des Kurzarbeitergeldes durch den Dienstgeber wird von der Bundesregierung eine **gesetzliche Erhöhung des Kurzarbeitergeldes** selbst geplant:

„Coronavirus – Koalition will Kurzarbeitergeld aufstocken (Stand: 23.04.2020 01:55 Uhr)

Wegen der schweren wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise sind Hunderttausende Beschäftigte in Kurzarbeit. Die Bundesagentur für Arbeit ersetzt einen Teil des weggefallenen Nettoeinkommens: Bei kinderlosen Beschäftigten 60 Prozent und bei Beschäftigten mit Kindern 67 Prozent.

Nun soll das Kurzarbeitergeld für diejenigen, die derzeit um mindestens 50 Prozent weniger arbeiten, ab dem vierten Monat des Bezugs auf 70 Prozent (beziehungsweise 77 Prozent für Haushalte mit Kindern) und ab dem siebten Monat des Bezuges auf 80 Prozent (beziehungsweise 87 Prozent für Haushalte mit Kindern) des pauschalierten Netto-Entgelts erhöht werden, längstens bis 31. Dezember 2020. längstens bis Ende

2020. Außerdem werden für Arbeitnehmer in Kurzarbeit ab 1. Mai bis Ende 2020 bereits bestehende Hinzuverdienstmöglichkeiten erweitert.“

<https://www.tagesschau.de/inland/koalitionsschuss-coronavirus-101.html>

<https://www.tagesschau.de/inland/corona-koalition-101.html>

Abzuwarten bleibt, wie die Regelung bzw. Änderung des § 105 SGB III dann genau aussehen wird.

Unklar ist auch, wie sich die geplante gesetzliche Aufstockung des Kurzarbeitergeldes zu etwaigen zuvor tariflich vorgegeben oder freiwillig vereinbarten Aufstockungen zum Kug verhalten wird.

### - mögliche Formulierung der Aufstockung

In § 5 Ziffer 1 der Dienstvereinbarung (Stand 20. März 2020) war zunächst eine Aufstockung zur Kurzarbeit in Stunden angelegt („...Euro pro ausgefallener Arbeitsstunde“).

In der Praxis ist es jedoch mit Blick auf die konkrete Berechnung durch die Gehaltsabrechnung empfehlenswert, besser eine Aufstockung in Prozent zu vereinbaren anstatt in Stunden, etwa auf 80%.

Dies kann bspw. wie folgt formuliert werden und wurde in der zweiten Fassung der Musterdienstvereinbarung (Stand 28. April 2020) so geändert:

„§ 5 Auszahlung des Kurzarbeitergeldes und Entgeltumwandlung

1. Die von Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten erhalten vom Dienstgeber zusätzlich zum verkürzten Entgelt und zu dem von der Agentur für Arbeit zu erwartenden Kurzarbeitergeld eine Aufstockung auf ... Prozent (z.B. 80 Prozent) des Nettomonatsentgelts / Bruttomonatsentgelts [*bitte auswählen*], das sie in den drei vollen Kalendermonaten vor Einführung der Kurzarbeit durchschnittlich erhalten haben.“

### Fazit:

Wenn Dienstgeber und Mitarbeitervertretung eine Aufstockung des Kurzarbeitergeldes in der Dienstvereinbarung zur Kurzarbeit vereinbaren möchten, ist daher Folgendes zu beachten:

- Die Aufstockung darf zusammen mit dem Kurzarbeitergeld das bisherige Entgelt nicht übersteigen.
- Wenn die Aufstockung auf bis zu 80% erfolgt, dann ist sie lohnsteuer- und sozialversicherungsfrei, unterliegt jedoch in jedem Fall der Zusatzversorgungspflicht. Bis zu der Grenze von 80% ist die Aufstockung auch gemeinnützigkeitsrechtlich unbedenklich, sofern sie für alle Beschäftigten gleichermaßen erfolgt.

Im Idealfall wird die Aufstockung zum Kurzarbeitergeld von der jeweiligen Stelle (Bezirk, Pflegekasse...) refinanziert, etwa in Höhe der tarifvertraglichen Aufstockung im öffentlichen Dienst (s. oben). Dies sollte jedoch vorab geprüft werden, wobei die fachspezifischen Informationen aus den Bereichen „Wirtschaft und Entgelte“ zu beachten sind.

Bitte beachten Sie auch unten unter Punkt 8. „Weitere Informationen und Muster“ den Spiegelstrich „Hinweise zur Musterdienstvereinbarung“ inkl. Vorschlag für eine **Anrechnungsregelung** zur Aufstockung des Kurzarbeitergeldes.



## 5) Urlaub und Kurzarbeit

In den **FAQ des BMAS** findet sich auf Seite 4 (Stand 16. April 2020) folgende gegenüber dem Stand vom 23. März 2020 ergänzte Information (s. separate Datei im Coronabereich / Arbeitsrecht/ Kurzarbeit im Intranet des Diakonischen Werkes Bayern, bzw. unter [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?__blob=publicationFile)):

### „Müssen Beschäftigte ihren Urlaub vor Beginn des Bezugs von Kurzarbeitergeld genommen haben?“

Aufgrund der aktuellen Coronavirus Pandemie verzichtet die Bundesagentur für Arbeit bis zum 31.12.2020 darauf, den Einsatz von Erholungsurlaub zur Vermeidung von Arbeitsausfällen zu verlangen. Das gilt allerdings nur für die Urlaubsansprüche für das laufende Kalenderjahr. Bestehen noch übertragbare Urlaubsansprüche aus dem Vorjahr, sind diese grundsätzlich zur Vermeidung der Zahlung von Kurzarbeitergeld einzubringen. Etwas anders gilt, wenn vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur anderweitigen Nutzung des Resturlaubs entgegenstehen.“

Die **Bundesagentur für Arbeit** gibt unter dem **Link** [https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-Kurzarbeitergeld?pk\\_content=Brand&pk\\_campaign=Kurzarbeitergeld\\_Corona&pk\\_source=Google\\_Paid&pk\\_medium=TextAd](https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-Kurzarbeitergeld?pk_content=Brand&pk_campaign=Kurzarbeitergeld_Corona&pk_source=Google_Paid&pk_medium=TextAd)

folgende Auskunft zum Anspruch auf Kurzarbeitergeld und vorheriger Einbringung von Urlaub:

### „Was ist mit Urlaub/Resturlaub?“

Aufgrund der aktuellen Coronavirus-Pandemie sieht die Bundesagentur für Arbeit bis zum 31.12.2020 davon ab, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern, sofern individuelle Urlaubswünsche/-planungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehen.

Die individuellen Urlaubswünsche sind in der aktuellen Situation besonders zu schützen, damit es zum Beispiel Eltern möglich bleibt, Urlaubstage für die Betreuung ihrer Kinder wegen Schließung von Kitas und Schulen zu nutzen.

Resturlaub soll wie gehabt zur Vermeidung von Arbeitsausfällen eingesetzt werden. Das heißt Arbeitgeber sollen mit Beschäftigten, die noch „alte“, bisher unverplante Urlaubsansprüche haben, den Antritt dieses Urlaubs in Zeiten mit Arbeitsausfall im Betrieb vereinbaren. Aber auch hier gehen die Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor.“

### Zur (neuen) Urlaubseinbringung während der Kurzarbeit gilt:

Der Anspruch auf Erholungsurlaub wird durch Zeiten, in denen Kurzarbeit geleistet wird, nicht vermindert. Die Mitarbeitenden sind berechtigt, während der Kurzarbeit Urlaub anzutreten. Der Urlaub ist vom Dienstgeber zu gewähren, soweit der Urlaub rechtzeitig vor dem beabsichtigten Urlaubsbeginn beantragt wird und keine dringenden betrieblichen Belange entgegenstehen. Für die Dauer des Urlaubs werden die Beschäftigten von der Kurzarbeit ausgenommen.

(So wurde dies etwa in § 9 Abs. 1 TV COVID im öffentlichen Dienst für die Kommunen klarstellend vereinbart, entspricht jedoch den allgemeinen Grundsätzen)

s. auch den Beitrag aus Haufe Personal Office Platin (nachzulesen unter [https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/kurzarbeit-rechte-und-pflichten-3-urlaub-waehrend-der-kurzarbeit\\_idesk\\_PI42323\\_HI569642.html](https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/kurzarbeit-rechte-und-pflichten-3-urlaub-waehrend-der-kurzarbeit_idesk_PI42323_HI569642.html)):

„Urlaub kann auch während der Kurzarbeit genommen werden. Dies wird häufig wünschenswert sein, da auf diese Weise – insbesondere bei Betriebsferien –

Kurzarbeit ggf. vermieden werden kann. Das Urlaubsentgelt ist vom Arbeitgeber in der üblichen Höhe zu gewähren. Verdienstkürzungen, die durch Kurzarbeit eintreten, bleiben unberücksichtigt (§ 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG).“

### **Das heißt:**

Es wird für den Urlaubszeitraum das normale Urlaubsentgelt gemäß § 43 AVR-Bayern entsprechend der bisherigen Arbeitszeit gezahlt und der Urlaubszeitraum von der Kurzarbeit ausgenommen. Eine Abhängigkeit zum Umfang der Kurzarbeit gibt es dabei nicht.

Das gilt gleichermaßen für bereits geplanten und genehmigten Resturlaub aus dem Vorjahr (der verpflichtend vor der Kurzarbeit zu nehmen/ zu genehmigen ist), wie auch für vor der Anordnung der Kurzarbeit geplanten und genehmigten Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr (der aktuell laut BMAS und Bundesagentur für Arbeit nicht verpflichtend vor der Kurzarbeit eingebracht werden muss) wie auch für während der Kurzarbeit eingebrachten Urlaub.

### **Praxis-Beispiel** (aus o.g. Haufe-Beitrag)

#### **„Urlaub während Kurzarbeit**

Der Arbeitnehmer nimmt Urlaub in der dritten Woche eines Kalendermonats, für den Anspruch auf Kug besteht. Für die Dauer des Urlaubs erhält der Arbeitnehmer Urlaubsentgelt in ungekürztem Umfang. Das Urlaubsentgelt berechnet sich trotz der Kurzarbeit nach dem ungekürzten Entgelt der letzten 13 Wochen entsprechend § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG [i.V.m. § 43 AVR-Bayern]. Arbeitnehmer können also Verdienstauffälle durch Kurzarbeit vermeiden, indem sie Urlaub nehmen. Kug steht ihm nur für die Nicht-Urlaubstage im Anspruchszeitraum zu, d.h. für die Tage, an denen er verkürzt bzw. wegen der Kurzarbeit gar nicht gearbeitet hat. An sich müsste der Arbeitgeber aber Urlaub ohnehin vorrangig vor Kurzarbeit gewähren, soweit möglich, um den Anspruch auf Kug herbeizuführen. [aktuell von BMAS und BA ausgesetzt].

### **Wichtig:**

Der Urlaubsanspruch entsteht während der Kurzarbeit ungekürzt in voller Höhe, d.h. er beträgt gemäß § 28 Abs. 2 AVR-Bayern auch für das Urlaubsjahr 2020 bei einer 5-Tage-Woche 30 Tage.

Eine theoretisch denkbare Kürzung wegen Kurzarbeit (wie im o.g. Haufe-Beitrag unter Bezugnahme auf entsprechende EuGH-Rechtsprechung angedeutet) ist nicht eigens in den AVR-Bayern normiert und auch nicht von § 28 Abs. 7 AVR-Bayern abgedeckt.

## 6) Weitere Praxisfragen

### - Weitere Entgeltbestandteile

Die **Jahressonderzahlung** orientiert sich weiter am regulären, ungekürzten Gehalt (s. § 25 Abs. 4 S. 2 „sonstige Bestimmungen“ und S. 3 AVR-Bayern).

Hinweis: In der ersten Fassung vom 27. März 2020 waren an dieser Stelle auch die EZVK-Beiträge als „sonstige Bestimmungen“ eingestuft worden.

Aus dem Rundschreiben der EZVK vom 1. April 2020 (Details s. separate Datei im Intranet) geht jedoch hervor, dass während der Kurzarbeit nur das vom Dienstgeber reduzierte steuerpflichtige Arbeitsentgelt zusatzversorgungspflichtig ist.

Werden die Mitarbeitenden während der Kurzarbeit vollständig freigestellt und erhalten deshalb vom Dienstgeber kein reduziertes Arbeitsentgelt, so liegt auch kein zusatzversorgungspflichtiges Entgelt vor.

Damit orientieren sich die EZVK-Beiträge – anders als die Jahressonderzahlung – am tatsächlich gezahlten Entgelt und nicht am regulären, ungekürzten Entgelt.

Zur Zusatzversorgungspflicht etwaiger Aufstockungen zum Kurzarbeitergeld s. die Ausführungen oben unter Punkt 4. „Aufstockung durch Dienstgeber“.

### - Wer führt während der Kurzarbeit die Beiträge zur Sozialversicherung ab?

Diese Frage wird in den FAQs des BMAS zur Kurzarbeit beantwortet (s. separate Datei, S. 7, Stand 16. April 2020):

Für das Arbeitsentgelt, das während der Kurzarbeit verdient wird, bleibt es bei der gemeinsamen Beitragstragung von Arbeitgeber und Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer. Für die Arbeitszeit, die durch Kurzarbeit entfällt und für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, reduzieren sich die Sozialversicherungsbeiträge auf 80 Prozent. Diese trägt der Arbeitgeber allein. Die vom Arbeitgeber allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge werden dem Arbeitgeber bis zum 31.12.2020 in pauschalierter Form von der Bundesagentur für Arbeit erstattet.

### - Frage der Beschlussfähigkeit von Mitarbeitervertretungen in Videokonferenzen

An sich sieht § 25 Abs. 2 S. 3 MVG eine Beschlussfassung der MAV im Umlaufverfahren oder durch fernmündliche Absprachen nur dann vor, wenn diese Möglichkeit in der Geschäftsordnung der MAV verankert ist.

Sowohl die EKD als auch das Bundesarbeitsministerium gehen in der aktuellen Situation jedoch von der Wirksamkeit einer Beschlussfassung der MAV im Umlaufverfahren bzw. per Telefon- oder Videokonferenz aus.

Wichtig ist dabei, dass der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gewahrt bleibt.

s. zu den Details die beiden Stellungnahmen von EKD und BMAS vom 24. März 2020 bzw. 20 März 2020 in den entsprechenden separaten Dateien.

### - Frage der Zuständigkeit von Gesamt-MAV oder einzelnen MAVen

Da die Kurzarbeit betriebsbezogen/ einrichtungsbezogen ist, ist an sich immer die einzelne Mitarbeitervertretung zuständig.

Nur in Ausnahmefällen ist die Gesamt-MAV (entsprechend dem Gesamt-Betriebsrat) zuständig:

Vgl. Haufe Personal Office, Kommentar: Tillmanns, Heise, u. a., BetrVG § 50 Zuständigkeit, 2.4.1 Soziale Angelegenheiten, Stand: 06.03.2016:

„Für die Einführung von Kurzarbeit sind grundsätzlich die einzelnen Betriebsräte zuständig [BAG, Urteil v. 29.11.1978, 4 AZR 276/77, m.w.N.], da hierfür die konkrete Beschäftigungslage im einzelnen Betrieb maßgeblich ist. Ausnahmsweise kann der Gesamtbetriebsrat hierfür zuständig sein, wenn mehrere Betriebe produktionstechnisch so eng miteinander verflochten sind, dass die Kurzarbeit in einem Betrieb notwendigerweise zu Produktionseinschränkungen in anderen Betrieben führt. [Fitting, § 50 BetrVG, Rz.38]“

Ein denkbare Beispiel wäre etwa die Schließung einer Schule oder einer Tagespflege und daher auch des dazugehörigen Fahrdienstes.

Wenn kein solch klarer unmittelbarer Zusammenhang zwischen einzelnen Kurzarbeitsanordnungen besteht, dann sollten im Zweifel die Dienstvereinbarungen über Kurzarbeit besser mit den einzelnen Mitarbeitervertretungen abgeschlossen werden.

Eine pragmatische Möglichkeit mit doppelter Absicherung wäre auch, die Details mit der Gesamt-MAV gebündelt auszuhandeln und dann von Gesamt-MAV und einzelnen MAVen unterschreiben zu lassen, soweit beide MAV-Ebenen damit einverstanden sind.

### - Sind die Regelungen zum Kurzarbeitergeld für Förderungen nach § 16i SGB II anwendbar?

Personen in einer nach § 16i SGB II geförderten Beschäftigung erfüllen die persönlichen Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes nicht, da mangels Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung (§ 27 Abs. 3 Nr. 5 SGB III) keine voll sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt.

(Quelle: BMAS, Stand März 2020, Fragen und Antworten zur Umsetzung von Förderungen nach § 16i SGB II „Teilhabe am Arbeitsmarkt“, S. 2 – abrufbar im Corona-Bereich des DWB-Intranets unter der Rubrik Arbeitsmarktmaßnahmen)

### - Was gilt bei § 16i SGB II, wenn der Arbeitgeber für den Betrieb Kurzarbeit anordnet oder im Fall einer vorübergehenden Betriebsstörung oder Betriebsschließung?

Im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung gilt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich weiter zur Entgeltzahlung verpflichtet bleibt, wenn die Arbeitnehmenden arbeitsfähig und arbeitsbereit sind, aber er sie aus Gründen nicht beschäftigen kann, die in seiner betrieblichen Sphäre liegen (sog. Betriebsrisikolehre, § 615 Satz 3 BGB).

Dazu würden etwa Fälle zählen, in denen es aufgrund von COVID-19-Erkrankungen zu erheblichen Personalausfällen oder Versorgungsengpässen käme, in deren Folge der Arbeitgeber die Betriebstätigkeit vorübergehend einstellen würde.

Die Arbeitnehmer behalten also in diesen Fällen ihren Entgeltanspruch, auch wenn sie nicht arbeiten können.

Da die Höhe des Lohnkostenzuschusses nach § 16i SGB II im Regelfall aktuell noch bei 100 Prozent liegt, dürften die entstehenden Arbeitsplatzkosten des Arbeitgebers annähernd gedeckt sein. Auch besteht die Möglichkeit, den Stundenumfang arbeitsvertraglich anzupassen.

(Quelle: BMAS, Stand März 2020, Fragen und Antworten zur Umsetzung von Förderungen nach § 16i SGB II „Teilhabe am Arbeitsmarkt“, S. 2 – abrufbar im Corona-Bereich des DWB-Intranets unter der Rubrik Arbeitsmarktmaßnahmen)

## 7) Zuverdienstmöglichkeiten für Dienstnehmer\*innen

An sich gilt (s. Kurzarbeit-FAQs des BMAS, Stand 23. März 2020):

- Wenn die Nebentätigkeit schon vor Beginn der Kurzarbeit durchgeführt wurde, ergeben sich keine Auswirkungen auf die Höhe des Kurzarbeitergeldes, erfolgt also keine Anrechnung auf das Kurzarbeitergeld.
- Nehmen Beschäftigte während des Bezugs von Kurzarbeitergeld eine Nebentätigkeit auf, wird das daraus erzielte Entgelt auf das Kurzarbeitergeld angerechnet, denn es liegt eine Erhöhung des tatsächlichen erzielten Entgelts vor.

Im Sozialschutz-Paket vom 27. März 2020 wurde jedoch in Art. 2 eine befristete Änderung beschlossen:

„§ 421c SGB III

Vorübergehende Sonderregelungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit

In der Zeit vom 1. April 2020 bis 31. Oktober 2020 wird, abweichend von § 106 Absatz 3, Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigungen nach Satz 1 sind versicherungsfrei zur Arbeitsförderung.“

Diese Änderungen wurde auch in den FAQs des BMAS zur Kurzarbeit (neuer Stand 16. April 2020, S. 5) aufgenommen und der o.g. Text entsprechend ergänzt:

„Neu: Im Sozialschutzpaket vom 27. März 2020 findet sich auch eine befristete Lockerung der Grenze für Hinzuverdienste während der Kurzarbeit. Vom 1. April bis zum 31. Oktober 2020 werden Verdienste aus Nebentätigkeiten, die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld in systemrelevanten Branchen oder Berufen aufgenommen werden, nur insoweit auf das Kurzarbeitergeld angerechnet, als die Summe von gegebenenfalls verbleibendem Verdienst aus der Hauptbeschäftigung, ergänzenden Verdienst aus einer neu aufgenommenen Nebenbeschäftigung und aus dem Kurzarbeitergeld den Betrag des Verdienstes überschreitet, der ohne Arbeitsausfall in der Hauptbeschäftigung erzielt worden wäre. Systemrelevant sind Branchen und Berufe, die für das öffentliche Leben sowie die Sicherheit und Versorgung der Menschen unabdingbar sind. Hierzu zählen insbesondere der Gesundheits- und Pflegebereich mit Krankenhäusern, Arztpraxen und Apotheken, die Land- und Ernährungswirtschaft sowie die Versorgung der Menschen mit Lebensmitteln. Einen Maßstab für die Beurteilung der Systemrelevanz von Branchen und Berufen bietet die Verordnung zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen nach dem Gesetz für das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz).

### **Ist es richtig, dass der Nebenverdienst versicherungsfrei ist?**

BMAS: Der Nebenverdienst aus einer während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen ist unabhängig von der Höhe des Verdienstes nicht in der Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig. Ob und inwieweit darüber hinaus Versicherungsfreiheit in den anderen Zweigen der Sozialversicherung gegeben ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.“

### **Das heißt:**

Es wurde eine befristete Aussetzung der Anrechnung des Entgelts von neu aufgenommenen Beschäftigungen in systemrelevanten Branchen und Berufen auf das Kurzarbeitergeld beschlossen.

Von Kurzarbeit betroffene Mitarbeitende können daher den trotz Zahlung des Kurzarbeitergeldes verbleibenden Entgeltausfall ganz oder teilweise durch die Aufnahme oder befristeten Ausweitung einer bereits bestehenden Nebenbeschäftigung ausgleichen.

Lediglich die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, darf nicht überstiegen werden.

Wo Arbeitskräfte in systemrelevanten Bereichen fehlen, kann mit diesen Anreizen „geworben“ werden und können gezielt Menschen in Kurzarbeit angesprochen werden.

(Quelle: Infoschreiben der Diakonie Deutschland zur Kurzarbeit, Stand 24. März 2020 und Gesetzeswortlaut vom 27. März 2020)

Systemrelevante Branchen und Berufe betreffen die Bereiche Krankenhäuser, Lebensmittelhandel, Lebensmittellogistik oder Landwirtschaft.

Zu den Folgefragen bzgl. der Zulässigkeit und der etwaigen Umsatzsteuerpflicht einer Personalüberlassung siehe die Ausführungen im arbeitsrechtlichen Infoschreiben zur Corona-Krise der Diakonie Bayern **Stand 20. April 2020** unter der Überschrift „flexibler Personaleinsatz“.

Neu aufgenommen wurde in den Kurzarbeits-FAQs des BMAS (Stand 16. April 2020, S. 6) auch folgende Frage:

**„Angenommen, ich bin in Kurzarbeit und möchte einen Nebenverdienst aufnehmen (z. B. Spargel stechen), wem muss ich das wie melden?“**

Die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung muss dem (Haupt-) Arbeitgeber angezeigt und die Höhe des erzielten Nebeneinkommens mitgeteilt werden. Bei der Suche nach passenden Nebentätigkeiten unterstützt die örtliche Agentur für Arbeit.

Zudem hat das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft die Plattform „Job gesucht - Erntehelfer gefunden!“ unter [www.daslandhilft.de](http://www.daslandhilft.de) eingerichtet, auf der der Kontakt zwischen Landwirten und an Arbeiten in der Erntehilfe Interessierten schnell und kostenlos hergestellt werden kann.“

Zu beachten ist dabei, dass im Bereich der Diakonie Bayern an sich nur die Nebentätigkeit gemäß § 5 Abs. 2 AVR-Bayern angezeigt werden muss. Dem Dienstgeber muss dabei nicht der Verdienst aus der Nebentätigkeit mitgeteilt werden, sondern lediglich der zeitliche Umfang und die Art der Nebentätigkeit.

Aber: Die Angabe des Nebenverdienstes beim Hauptdienstgeber ist aus folgenden Gründen doch notwendig (weiter in den FAQs des BMAS, S. 6):

**„Wer prüft, ob der Nebenverdienst zusammen mit dem Kurzarbeitergeld die Grenze der Anrechnungsfreiheit erreicht?“**

Der Hauptarbeitgeber prüft die Grenze der Anrechnungsfreiheit des Nebenverdienstes. Hierfür ist dem Hauptarbeitgeber zeitnah eine Bescheinigung über den Nebenverdienst vorzulegen. Es ist dann seine Aufgabe, die Höhe des Kurzarbeitergeldes mit Rücksicht auf den im entsprechenden Monat angefallenen Arbeitsausfall und die Gesamteinkünfte des Beschäftigten zu berechnen. Dabei ist der Nebenverdienst des jeweiligen Mitarbeiters zu berücksichtigen. Eine Anrechnung auf das Kurzarbeitergeld erfolgt aber erst dann und soweit die Gesamteinkünfte während der Kurzarbeit (Istentgelt aus der Hauptbeschäftigung, Nebenverdienst und Kurzarbeitergeld und ggf. Aufstockungsbeträge) das Entgelt aus der Hauptbeschäftigung vor der Kurzarbeit überschreiten.“



## 8) Weitere Informationen und Muster

### - Anträge Bundesagentur für Arbeit

Unter den folgenden Links finden Sie weitere Informationen zum Kurzarbeitergeld und zu den Antragsformularen bei der Bundesagentur für Arbeit:

<https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsmarkt/Arbeitsfoerderung/kug.html;jsessionid=266FDD80D806A123A227A72C28A7C5F3> ,  
<https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/kurzarbeitergeld-arbeitgeber-unternehmen> .

Außerdem steht die Bundesagentur für Anfragen und Beratungen zur Verfügung unter der Servicehotline für Arbeitgeber: 0800-45555 20.

### - Intranet DW Bayern

Die Antragsformulare (sowie unter dem Datum des 1. April 2020 die Antragsformulare in **Kurzform**) sind vorsorglich auch im Intranet des Diakonischen Werkes Bayern im Coronabereich unter Arbeitsrecht / Kurzarbeit bzw. Arbeitsrecht/ Kurzarbeit Anträge Bundesagentur für Arbeit hinterlegt.

Dort finden Sie auch eine Musterdienstvereinbarung zur Kurzarbeit (neue Fassung Stand 28. April 2020), ein Musterschreiben zur Ankündigung der Kurzarbeit gegenüber den Mitarbeitenden (Stand 28. April 2020) sowie weitere Informationen wie den jeweils aktuellen FAQs des BMAS bzw. Informationen der Diakonie Deutschland oder der EZVK oder KDSE.

### - Hinweise zur Musterdienstvereinbarung

Bezüglich der **Musterdienstvereinbarung** ist zu beachten:

- Kurzarbeit ist ein **äußerstes Mittel** und grundsätzlich erst nach Ausschöpfung von milderem Mitteln wie Plusstundenabbau heranzuziehen (s. hierzu die auch die Ausführungen zur Refinanzierung unter Punkt 1. „Wichtige allgemeine Informationen vorab“ und zur Reihenfolge arbeitsrechtlicher Maßnahmen im arbeitsrechtlichen Infoschreiben Stand 20. April 2020 – separate Datei).
- Ob die Voraussetzungen der Zahlung von Kurzarbeitergeld gegeben sind und durch die Agentur für Arbeit auch tatsächlich eine Zahlung von Kurzarbeitergeld erfolgt, sollte – soweit möglich – vor dem Abschluss der Dienstvereinbarung und vor der Ankündigung der Kurzarbeit mit der zuständigen Agentur vor Ort abgeklärt werden.
- Die Dienstvereinbarung und die Information der Mitarbeiterschaft muss **mindestens eine Woche vor Beginn** der Kurzarbeit abgeschlossen werden.
- In § 5 Ziffer 1 der ursprünglichen Dienstvereinbarung war eine Aufstockung zur Kurzarbeit in Stunden angelegt („...Euro pro ausgefallener Arbeitsstunde“). In der Praxis ist es jedoch mit Blick auf die konkrete Berechnung durch die Gehaltsabrechnung empfehlenswert, besser eine **Aufstockung in Prozent** zu

vereinbaren anstatt in Stunden, etwa auf 80% (s. oben Punkt 4. „Aufstockung durch Dienstgeber“).

Dies kann bspw. wie folgt formuliert werden – wie in der neuen Fassung der Musterdienstvereinbarung Stand 28. April 2020:

„§ 5 Auszahlung des Kurzarbeitergeldes und Entgeltumwandlung

1. Die von Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten erhalten vom Dienstgeber zusätzlich zum verkürzten Entgelt und zu dem von der Agentur für Arbeit zu erwartenden Kurzarbeitergeld eine Aufstockung auf ... Prozent [z.B. 80 Prozent] des Nettomonatsentgelts / Bruttomonatsentgelts [bitte auswählen], das sie in den drei vollen Kalendermonaten vor Einführung der Kurzarbeit durchschnittlich erhalten haben.“

Zur Höhe der Aufstockungsleistung und deren Rechtswirkung sowie zu den Begriffen Brutto- bzw. Nettoentgelt s. oben unter Punkt 4. „Aufstockung durch den Dienstgeber“.

- Im Fall einer freiwilligen Aufstockung zum Kurzarbeitergeld durch Dienstvereinbarung empfiehlt sich mit Blick auf eine von der Bundespolitik geplante gesetzliche Aufstockung bzw. auf eine evtl. tarifliche Aufstockung eine **Anrechnungsregelung** mit aufzunehmen, etwa wie folgt in einem zweiten Satz in § 5 Ziffer 1 der Musterdienstvereinbarung:

„Die Aufstockung nach Satz 1 entfällt ab dem Zeitpunkt und für die Dauer, ab dem bzw. für die eine Aufstockung mindestens in gleicher Höhe auf Grundlage einer anderen Rechtsgrundlage (Gesetz, Tarifregelung) gezahlt wird. Liegt umgekehrt die hier vereinbarte Aufstockung des Dienstgebers über dem gesetzlichen oder tariflichen Aufstockungsbetrag, so wird dieser gesetzliche oder tarifliche Aufstockungsbetrag auf die hier vereinbarte Aufstockung mit der Folge angerechnet, dass die hier vereinbarte Aufstockung entsprechend um die gesetzliche oder tarifliche Aufstockung gekürzt wird, so dass in der Summe die hier vereinbarte Aufstockung gezahlt wird und keine doppelte Aufstockung erfolgt.“

- Wenn eine Einrichtung das Instrument der Kurzarbeit nutzen möchte/ muss, aber **keine Mitarbeitervertretung** hat, dann bitte direkt an das Referat Arbeitsrecht wenden. In jedem Fall kann Kurzarbeit rechtswirksam nicht einseitig durch den Dienstgeber angeordnet werden.

#### - Hinweise zur Musterankündigung gegenüber den Mitarbeitenden

Dieses Muster dient der Ankündigung der Kurzarbeit gegenüber den betroffenen Mitarbeitenden innerhalb der mindestens einwöchigen Ankündigungsfrist des § 25 Abs. 2 S. 3 AVR-Bayern.

Das Muster und die Erläuterungen sind an das entsprechende Muster des Kommunalen Arbeitgeberverbandes (KAV) Bayern (Stand 16. April 2020) angelehnt.

**Die Unterrichtung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden ist eine zwingende Voraussetzung für die wirksame Einführung der Kurzarbeit.**

Sie soll in einer Mitarbeiterversammlung erfolgen. Da dies aufgrund der Ausgangsbeschränkungen und Abstandsgebote im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aktuell zumeist nicht möglich ist, ist auch eine Unterrichtung über eine

Videokonferenz oder in Schriftform oder per E-Mail möglich (durch die Schrift- bzw. Textform ist die Unterrichtung auch am rechtssichersten dokumentiert).

Die Dienstvereinbarung mit der Mitarbeitervertretung muss gemäß § 25 Abs. 1 S. 3 Buchst. b) AVR-Bayern ebenfalls mindestens eine Woche vor Beginn der Kurzarbeit abgeschlossen werden.

Fallen Abschluss der Dienstvereinbarung und Unterrichtung der betroffenen Mitarbeitenden zeitlich auseinander, so ist das spätere Ereignis maßgeblich für den Lauf der **Einwochenfrist**.

#### **Beispiel 1:**

Die einwöchige Frist zwischen Abschluss der Dienstvereinbarung und Anzeige der Kurzarbeit wurde eingehalten. Jedoch wurden die Mitarbeitenden erst drei Tage nach dem Abschluss der Dienstvereinbarung über die Anzeige der Kurzarbeit informiert. Damit kann die Kurzarbeit erst eine Woche nach der Unterrichtung der Mitarbeitenden beginnen und verschiebt sich entsprechend um drei Tage.

Um die späte Unterrichtung zu heilen, könnte allenfalls durch schriftliche Einverständniserklärung aller betroffenen Mitarbeitenden ein Wirksamwerden der Kurzarbeit zum ursprünglich geplanten Zeitpunkt erreicht werden. Besser / rechtssicherer ist aber eine Einhaltung der einwöchigen Vorlauffrist und Überbrückung dieser drei Tage mittels Plusstunden, ggfls. auch Minusstunden oder Urlaubsvereinbarungen.

#### **Beispiel 2:**

Die Mitarbeitenden wurden am Donnerstag, den 9. April 2020 über die geplante Kurzarbeit informiert.

Der Tag der Information der Mitarbeitenden am Donnerstag, den 9. April 2020 zählt gemäß den Fristenregelungen des BGB nicht mit, so dass die Frist erst am Freitag, den 10. April 2020 zu laufen beginnt.

Vgl. § 187 Abs. 1 BGB:

„Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt.“

Die Frist endet somit mit Ablauf des nächsten Donnerstags, dem 16. April 2020, womit die Kurzarbeit ab Freitag, den 17. April 2020 beginnen kann.

#### **Beispiel 3:**

Die Information der Mitarbeitenden erfolgt am Donnerstag, den 9. April 2020. Die 1-Wochen-Frist endet mit Ablauf des Donnerstags, dem 16. April 2020 (s. Beispiel 2).

Wird durch die Osterfeiertage die Frist von einer Woche beeinflusst?

Gemäß § 193 BGB gilt:

„§ 193 Sonn- und Feiertag; Sonnabend

Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag, einen am Erklärungs- oder Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so tritt an die Stelle eines solchen Tages der nächste Werktag.“

Das heißt:

Nur wenn am ersten Tag der Frist oder am letzten Tag der Frist ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, verlängert sich die Frist um einen Tag. In diesem Beispiel bleibt die Frist jedoch gleich, so dass die Kurzarbeit ab dem 16. April beginnen kann.

Der Lauf der Ankündigungsfrist beginnt erst mit Zugang der Ankündigung beim Empfänger. Ggf. ist daher auch der regelmäßige Postlauf zu berücksichtigen.

Zur **Zustellung** gelten die allgemeinen Regelungen wie auch bei Kündigungen, d.h. am besten persönlich (ggfls. mit Empfangsbestätigung), per Boten durch Einwurf in den Hausbriefkasten (ggfls. mit zweiter Person als Zeugen) und zu einer Tageszeit, zu der verkehrsüblich noch nicht mit einer vorherigen Leerung des Kastens gerechnet werden kann.

Von der Nutzung der Zustellung mittels Einschreibens (Einwurf-Einschreiben, Übergabe-Einschreiben und Übergabe-Einschreiben mit Rückschein) sollte lediglich dann Gebrauch gemacht werden, sofern die Zustellung durch einen internen Boten (Mitarbeitenden) nicht praktikabel ist.

Nach dem **allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz** soll die Kurzarbeit grundsätzlich für alle betroffenen Beschäftigten im gleichen Umfang angeordnet werden. Bei Vorliegen eines sachlichen Differenzierungsgrundes sind aber auch unterschiedliche Regelungen möglich.

Das ist etwa denkbar, wenn unterschiedlich viele Plusstunden vorhanden sind, die noch abgebaut werden können, so dass ggfls. eine Gruppenbildung vorgenommen wird (Mitarbeitende ohne abbaubare Plusstunden zuerst, Mitarbeitende mit bspw. 40 abbaubaren Plusstunden eine Woche später etc.).

Denkbar ist eine Differenzierung auch, wenn die Arbeitsbereiche unterschiedlich betroffen sind oder wenn noch Urlaube angetreten werden.

Eine solche Differenzierung ist in der Musterdienstvereinbarung bereits angelegt, indem in § 2 Ziffer 1. und 2. verschiedene Gruppen gebildet werden.

Nürnberg, 27. März/ 28. April 2020

Myriam Marshall