

# Betriebs Berater

BB

51/52 | 2020

**B2B-Plattform ... BKartA ... Einkommensteuertarif ... Tarifvorschlag ... Kurzarbeit ... Recht ...** 14.12.2020 | 75. Jg.  
Seiten 2881–2944

## DIE ERSTE SEITE

**Edith Kindermann**, RAin und Notarin

Ein neues Jahrzehnt – ein neues anwaltliches Berufsrecht

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Rupprecht Podszun** und Ass. jur. **Philipp Bongartz**

B2B-Marktplätze und IoT-Plattformen in der kartellbehördlichen Praxis | 2882

**Alexandra Prohm**, RAin, und **Anara Karagulova-Glantz**, RAin

Bundeskartellamt publicat – causa finita? – Neues zur Öffentlichkeitsarbeit des Amtes | 2892

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel**, Vors. RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2020 | 2903

**Prof. Dr. Eckart Bomsdorf** und **Prof. Dr. Dieter Dziadkowski**

Chance vertan: Bemerkungen zu den Einkommensteuertarifen 2021 und 2022 –  
und ein neuer, auch das Soli-Problem lösender Tarifvorschlag | 2915

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Norbert Lüdenbach**, WP/StB, und **Daniel Schubert**

BB-IFRS-Report 2020 | 2923

## ARBEITSRECHT

**Sören Seidel**, RA/FAArbR, und **Merle Herrmann**, RAin

Personalabbau trotz Kurzarbeit – Auswirkungen auf den Bezug von Kurzarbeitergeld | 2932

Sören Seidel, RA/FAArbR, und Merle Herrmann, RAin

# Personalabbau trotz Kurzarbeit – Auswirkungen auf den Bezug von Kurzarbeitergeld

Während der Corona-Pandemie, ausgelöst durch das Corona-Virus SARS CoV-2, ist die Einführung der staatlich geförderten Kurzarbeit für viele Unternehmen das Mittel der Wahl zur Überbrückung kurzfristiger Arbeitsausfälle und zur Vermeidung von Entlassungen. Nach wie vor wird der Arbeitsmarkt durch den massiven Einsatz von Kurzarbeit gestützt. Die pandemiebedingten Auftrags- und Umsatzrückgänge gefährden jedoch nicht nur die kurzfristige, sondern auch die langfristige Entwicklung von Unternehmen. Meldungen von geplanten Entlassungen häufen sich in den Medien. Angesichts dieser Entwicklung steht das Verhältnis von Kurzarbeit und betriebsbedingter Personalanpassung aktuell im Fokus. Unsicherheiten ergeben sich in diesem Zusammenhang insbesondere hinsichtlich der Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld. Der nachfolgende Beitrag grenzt die Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit und Durchführung von Entlassungen am Maßstab der Prognoseentscheidung ab und beantwortet die Frage, ob und wie lange ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, wenn im kurzarbeitenden Betrieb Entlassungen geplant bzw. umgesetzt werden.

## I. Abgrenzung von Kurzarbeit und betriebsbedingter Personalanpassung

Mit Kurzarbeitergeld geförderte Kurzarbeit ist gem. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III durch einen vorübergehenden Arbeitsausfall gekennzeichnet und kommt zur Anwendung, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, dass in absehbarer Zeit wieder mit dem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist.<sup>1</sup> Zweck der Förderung von Kurzarbeit durch Kurzarbeitergeld ist, neben dem kurzfristigen Ausgleich des Entgeltausfalls, die Überbrückung eines vorübergehenden Arbeitsausfalls und, hiermit verbunden, die Vermeidung von Arbeitslosigkeit.<sup>2</sup> Als Anhaltspunkt für eine Eingrenzung in zeitlicher Hinsicht wird diesbezüglich darauf abgestellt, ob innerhalb der Höchstbezugsdauer für Kurzarbeitergeld (vgl. § 104 Abs. 1 S. 1 SGB III) mit der Rückkehr einer erheblichen, arbeitsmarktpolitisch vertretbaren Anzahl von Arbeitnehmern zur Vollarbeit gerechnet wird.<sup>3</sup> In Anlehnung an den Schwellenwert des § 112a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BetrVG ist eine erhebliche, arbeitsmarktpolitisch vertretbare Anzahl im Zweifel dann erreicht, wenn mit der Rückkehr von Arbeitnehmern auf mindestens 10% der zu erhaltenden Arbeitsplätze zu rechnen ist.<sup>4</sup> Im Gegensatz hierzu manifestiert sich in einer betriebsbedingten Beendigungskündigung regelmäßig ein dauerhafter Wegfall des Beschäftigungsbedarfs.<sup>5</sup> Anders als bei der Gewährung von Kurzarbeitergeld, besteht für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung kein fixer Zeitmaßstab für die erforderliche Dauer des Arbeitsausfalls. Der Arbeitgeber muss vielmehr anhand seiner Auftrags- und Personalplanung im Einzelnen darstellen, warum nicht nur eine – kurzfristige – Auftragsschwankung vorliegt, sondern ein dauerhafter Auftragsrückgang zu erwarten ist.<sup>6</sup>

Wird Kurzarbeit geleistet, so indiziert dies, dass die Betriebsparteien von einem lediglich vorübergehenden Arbeitsmangel ausgehen. Betriebsbedingte Kündigungen können zwar grundsätzlich nicht mit denselben Gründen gerechtfertigt werden, die der Einführung von Kurzarbeit zugrunde liegen.<sup>7</sup> Dennoch sind betriebsbedingte Kündigungen auch nach Einführung von Kurzarbeit nicht ausgeschlossen.<sup>8</sup> Entfällt die Beschäftigungsmöglichkeit für von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer aufgrund später eingetretener weiterer Umstände oder veränderter wirtschaftlicher und/oder organisatorischer Rahmenbedingungen auf Dauer, so kann trotz Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung bestehen.<sup>9</sup> Der Arbeitgeber kann die sich aus der Kurzarbeit ergebende Vermutung insoweit durch konkreten Sachvortrag entkräften.<sup>10</sup> Obgleich folglich kein allgemeiner Grundsatz besteht, wonach sich Kurzarbeit und betriebsbedingte Beendigungskündigungen per se gegenseitig ausschließen, führt die Einführung von Kurzarbeit in einem Unternehmensbereich, in dem perspektivisch betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden sollen, zu einem erhöhten Darlegungsaufwand auf Seiten des Arbeitgebers.<sup>11</sup> Die Abgrenzung fällt indes – gerade in der aktuellen Pandemie – nicht leicht. Im Hinblick auf die für die Prognoseentscheidung relevante Höchstdauer des Bezugs von Kurzarbeitergeld ist problematisch, dass diese jüngst für Betriebe, die mit der Kurzarbeit bis zum 31.12.2020 begonnen haben, auf bis zu 24 Monate, längstens bis zum 31.12.2021, verlängert wurde.<sup>12</sup> Es liegt auf der Hand, dass eine Prognose über eine Dauer bis zu 24 Monaten regelmäßig schwer fallen dürfte. Risiken bei der Gestaltung der unternehmerischen Prognoseentscheidung für einen betriebsbedingten Personalabbau sind dabei vorprogrammiert.

## II. Wegfall des Anspruchs auf KuG bei Personalabbau

Vor dem Hintergrund, dass Kurzarbeitergeld nur für einen vorübergehenden Arbeitsausfall gewährt wird, entfällt der Anspruch für die betroffenen Arbeitnehmer, wenn nicht mehr zu erwarten ist, dass die

1 Vgl. BSG, 17.5.1983 – 7 RAr 13/82, BeckRS 1983, 30710096.

2 Vgl. BSG, 14.3.2012 – B 14 AS 18/11 R, NJOZ 2013, 91, Rn. 17.

3 Vgl. Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.9.2020, § 96, Rn. 75, 90; Röder/Chakrabarti, DB 2020, 1960, 1962.

4 Vgl. Röder/Chakrabarti, DB 2020, 1960, 1962; Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.9.2020, § 96, Rn. 90; Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisung zum Insolvenzgeld vom 20.12.2018, Rn. 170.7.

5 BAG, 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, BB 2012, 1791 red. Ls, NZA 2012, 852, 854.

6 Vgl. BAG, 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, BB 2012, 1791 red. Ls, NZA 2012, 852, 854.

7 Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.9.2020, § 98, Rn. 39.

8 Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, KSchG § 1, Rn. 538.

9 Vgl. BAG, 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852, 854; BAG, 26.6.1997 – 2 AZR 494/96, BB 1997, 2655, NJW 1998, 627, 628.

10 Vgl. BAG, 26.6.1997 – 2 AZR 494/96, BB 1997, 2655, NJW 1998, 627, 628.

11 Vgl. auch Bonanni/Naumann, DStR 2009, 1374, 1376.

12 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/verlaengerung-kurzarbeitergeld-1774190> (Stand: 24.11.2020).

Arbeitsplätze erhalten bleiben.<sup>13</sup> Entwickelt sich die negative Prognoseentscheidung von einem vorübergehenden Arbeitsausfall hin zu einem dauerhaften Wegfall des Arbeitsbedarfs, stellt sich regelmäßig die Frage, ob und wie lange in einer solchen Situation Kurzarbeitergeld für die betroffenen Arbeitnehmer bezogen werden darf. Die Bestimmung dieses Zeitpunkts ist, auch zur Vermeidung von Rückzahlungs- und Haftungsrisiken, von erheblicher wirtschaftlicher und rechtlicher Relevanz.

## 1. Wegfall des KuG-Anspruchs durch Kündigung

Nach § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III ist persönliche Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis ungekündigt und nicht aufgrund eines Aufhebungsvertrags aufgelöst ist. Aus Sicht der Arbeitsverwaltung erklärt ein Arbeitgeber, der sich zur betriebsbedingten Kündigung von Mitarbeitern in Kurzarbeit entschließt, konkludent, dass aus dem zunächst als vorübergehend eingeschätzten Arbeitsmangel ein dauerhafter geworden ist.<sup>14</sup> Wird das Arbeitsverhältnis beendet, kann der Zweck des Kurzarbeitergelds, den Arbeitsplatz des von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmers zu erhalten, nicht mehr erfüllt werden.<sup>15</sup> Dies gilt gleichermaßen für Kündigungen durch den Arbeitgeber wie durch den Arbeitnehmer.<sup>16</sup> Entscheidend ist hierbei nicht erst die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern bereits der formwirksame Ausspruch der Kündigung bzw. Abschluss des Aufhebungsvertrags.<sup>17</sup> Für einen gekündigten Arbeitnehmer entfällt folglich der Anspruch auf Kurzarbeitergeld ab dem auf die Kündigung folgenden Tag. Je nach vertraglicher Lage ist der Arbeitgeber zur Wiedergewährung der vollen Vergütung oder jedenfalls zur Kompensation für das eingestellte Kurzarbeitergeld verpflichtet.<sup>18</sup>

### a) Anspruchserhalt durch Erhebung der Kündigungsschutzklage?

Erhebt der von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, hängt die Frage, ob ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld für die Zeit nach Ausspruch der Kündigung besteht, vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens ab.<sup>19</sup> Stellt das Arbeitsgericht fest, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat oder einigen sich die Parteien auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, so gilt das Arbeitsverhältnis als ungekündigt i. S. d. § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III.<sup>20</sup> In diesem Fall bestand von Beginn an auch nach Ausspruch der Kündigung ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Hat die Arbeitsverwaltung die Zahlung von Kurzarbeitergeld für die Zeit nach Ausspruch der Kündigung eingestellt, besteht ein Anspruch des Arbeitgebers auf Nachzahlung.

Überwiegend wird bereits der Erhebung der Kündigungsschutzklage anspruchserhaltende Wirkung beigemessen, jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzverfahrens tatsächlich weiterbeschäftigt bzw. mit ihm ein faktisches (auf die Dauer des Kündigungsschutzprozesses befristetes) Arbeitsverhältnis begründet wird oder er ausschließlich wegen der Kurzarbeit von der Arbeit freigestellt ist.<sup>21</sup>

Dies ist im Hinblick auf den klaren Wortlaut der Norm nicht unumstritten.<sup>22</sup> Auch das BAG misst der Erhebung der Kündigungsschutzklage keine generell anspruchserhaltende Wirkung bei.<sup>23</sup> Dies ist konsequent und verdient Zustimmung: eine anspruchserhaltende Wirkung einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung bzw. der Vereinbarung eines faktischen Arbeitsverhältnisses während der Dauer des Kündigungsschutzverfahrens kann grundsätzlich lediglich für Fälle in Be-

tracht kommen, in denen die Pflicht zur Arbeitsleistung infolge der Einführung von Kurzarbeit teilweise, nicht aber vollständig, suspendiert ist und nur soweit die Weiterbeschäftigung im Umfang der Kurzarbeit erfolgt. Bei Kurzarbeit Null dürfte eine tatsächliche Weiterbeschäftigung von vornherein nicht in Betracht kommen bzw. der Nachweis eines faktischen Arbeitsverhältnisses naturgemäß schwerfallen. Darüber hinaus müsste sich die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers jedenfalls auch auf Zeiten beziehen, in denen der Arbeitsplatz nach der zugrundeliegenden unternehmerischen Entscheidung bereits weggefallen ist, wobei sich dann wiederum die Frage nach der sozialen Rechtfertigung der Kündigung stellt. Wird der Arbeitnehmer im Falle von Kurzarbeit Null während des Kündigungsschutzverfahrens weiterbeschäftigt, wird dies indiziell einem für den Bezug von Kurzarbeitergeld erforderlichen Arbeitsausfall entgegenstehen. Einer ausschließlich wegen der Kurzarbeit erklärten Freistellung kann ebenfalls keine anspruchserhaltende Wirkung beigemessen werden. Es ist bereits kritisch zu bewerten, dass sich der Grund für die Freistellung regelmäßig allein aus der Freistellungserklärung ergibt und insoweit beliebig austauschbar ist, unabhängig davon, dass ein entsprechender Nachweis schwer zu führen sein wird. Im Übrigen indiziert die Frage, inwieweit eine Freistellung wegen Kurzarbeit nicht die Möglichkeit, dass der Arbeitsplatz erhalten bleibt, sofern der Arbeitgeber unverändert an der Kündigung festhält.

Der Gesetzeswortlaut verhält sich darüber hinaus nicht zu einer anspruchserhaltenden Reduzierung von § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III für den Fall eines Kündigungsschutzverfahrens. Der Gesetzgeber hat sich bei Neuregelung des Kurzarbeitergeldes offenbar bewusst dagegen entschieden, eine mit der Vorgängerregelung des § 65 Abs. 1 S. 3 AFG vergleichbare Regelung, welche es in das Ermessen der Arbeitsverwaltung stellte, auch an gekündigte Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld zu gewähren, solange sie keine angemessene Arbeit aufnehmen konnten, in § 98 SGB III zu übernehmen.<sup>24</sup>

Vor diesem Hintergrund kann der Erhebung der Kündigungsschutzklage keine anspruchserhaltende Wirkung beigemessen werden. Im Hinblick darauf, dass hierzu bislang keine gefestigte Rechtsprechung besteht und auch die Fachanweisungen der Arbeitsverwaltung keine verlässlichen Angaben enthalten, besteht naturgemäß ein Risiko für Arbeitgeber, dass eine vorläufige Gewährung von Kurzarbeitergeld für die Zeit ab Ausspruch einer Kündigung nach abschließender Prüfung durch die Arbeitsverwaltung widerrufen wird. Arbeitgeber wären in diesem Fall gem. § 328 Abs. 3 S. 2 HS 2 SGB III zur Rückzahlung von erhaltenem Kurzarbeitergeld verpflichtet. Dieses Risiko sollten Arbeit-

13 BSG, 25.4.1990 – 7 RA 94/87, SozR 3-4100 § 63 Nr. 1, Rn. 25.

14 Zutreffend *Wahlig/Jeschke*, NZA 2010, 607, 609.

15 *Bieback*, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.5.2020, 98, Rn. 37; *Kühl*, in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 98, Rn. 7; Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld vom 20.12.2018, Rn. 98.5.

16 BSG, 21.11.2002 – B 11 AL 17/02, BeckRS 9999, 01133; *Rolf/Riechwald*, BB 2010, 1597 (1598).

17 *Kühl*, in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 98, Rn. 7; Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld vom 20.12.2018, Rn. 98.7.

18 Zutreffend *Seidler/Josephs*, NZA 2020, 1227, 1228.

19 *Baar/Mutschler*, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung, 7. Aufl. 2021, Rn. 33.

20 *Kühl*, in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 98, Rn. 7.

21 LSG Niedersachsen, 29.7.2000 – L 7 AL 362/99, Rn. 38, juris; BSG, 8.7.1989 – 7 RA 15/87, Rn. 23, juris; *Bieback* in: BeckOK, SozR, 58. Ed. v. 1.9.2020, SGB III § 98, Rn. 5, 6; *Bieback*, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.5.2020, § 98, Rn. 38; *Kühl*, in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 98, Rn. 7.

22 *Baar/Mutschler*, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung, 7. Aufl. 2021, § 98, Rn. 35.

23 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 310/08, NZA 2009, 913.

24 Vgl. *Hammer/Weiland*, BB 1997, 2582, 2588.

geber in ihre Überlegungen einbeziehen und sich in der Phase ab Ausspruch einer Kündigung eng mit der Arbeitsverwaltung abstimmen.

### b) Befristung als Kündigung?

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses gilt nicht als Kündigung oder Aufhebungsvertrag im Sinne von § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III und lässt den Anspruch auf Kurzarbeitergeld nicht entfallen.<sup>25</sup> Die unterschiedliche Behandlung von befristeten gegenüber gekündigten Arbeitsverhältnissen rechtfertigt sich daraus, dass bei gekündigten Arbeitsverhältnissen die Beendigung in der Regel auf einem aktuellen Willen der Arbeitsvertragsparteien beruht, während bei einem befristeten Arbeitsverhältnis ein Wegfall der Befristung möglich ist und die Gewährung von Kurzarbeitergeld eine eventuell geplante Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Ende der Befristung hinaus erleichtert.<sup>26</sup>

## 2. Wegfall des KuG-Anspruchs durch vorgelagerte unternehmerische Entscheidung

Trifft der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des Betriebs oder bestimmter Betriebsteile oder zur Durchführung einer Betriebsänderung in Form eines erheblichen Personalabbaus, soll nach den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit die Grundlage für die Gewährung von Kurzarbeitergeld entfallen, sobald konkrete Umsetzungsschritte, wie z. B. Ausspruch von Kündigungen oder der Abschluss von Interessenausgleichsvereinbarungen mit endgültigen Namenslisten erfolgen.<sup>27</sup> Die fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit enthalten insoweit – wenngleich lediglich als interne Verwaltungsrichtlinien – Anhaltspunkte für eine Vorverlagerung des Zeitpunkts für den Wegfall des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld in bestimmten Konstellationen. Hinsichtlich der Ermittlung des Zeitpunktes, ab welchem der Anspruch für die Gewährung von Kurzarbeitergeld entfällt, ist jedoch genau zu differenzieren.

### a) Unternehmerische Entscheidung

Abstrakte unternehmerische Überlegungen des Arbeitgebers oder interne Willensbildungsprozesse über den Abbau von Arbeitsplätzen lassen den Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld nicht entfallen.<sup>28</sup> Erforderlich ist jedenfalls eine konkrete unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers.<sup>29</sup>

### b) Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung bei Betriebsänderung

Im Falle einer interessenausgleichspflichtigen Betriebsänderung liegt die unternehmerische Entscheidung nicht bereits in einer auf Arbeitgeberseite getroffenen Planung oder der Unterrichtung des Betriebsrats über die geplante Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG. Bei Betriebsänderungen kann die unternehmerische Entscheidung zum Arbeitsplatzabbau erst wirksam mit Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens getroffen werden. Erst dann steht fest, ob, wann und wie eine Betriebsänderung konkret umgesetzt wird.<sup>30</sup> Die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld liegen folglich jedenfalls in der Verhandlungsphase einer Betriebsänderung unverändert vor.<sup>31</sup> Eine andere Wertung wäre im Falle von Massenentlassungen auch mit dem Zweck des Konsultationsverfahrens gem. § 17 Abs. 2 KSchG unvereinbar, in welchem der Betriebsrat durchaus Einfluss auf die Entscheidung des Arbeitgebers zur Durchführung der geplanten Entlassungen nehmen soll und das in erster Linie Maßnahmen zur

Vermeidung oder Einschränkung der geplanten Entlassungen zum Gegenstand hat.<sup>32</sup>

Dennoch ist zu berücksichtigen, dass selbst mit Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens oftmals nur die von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitsplätze feststehen, jedoch häufig noch keine verbindliche Entscheidung über die zu kündigenden Arbeitnehmer getroffen ist. Diese ist typischerweise einer Sozialauswahl vorbehalten.

### c) Individualisierung der betroffenen Arbeitnehmer

Die unternehmerische Entscheidung selbst kann lediglich dann zum Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen gem. § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III führen, wenn und soweit hiermit zugleich verbindlich eine Entscheidung über die jeweils von der Maßnahme individuell betroffenen Arbeitnehmer getroffen wird.<sup>33</sup> Die von einem Arbeitsplatzabbau betroffenen Arbeitnehmer müssen also feststehen. Dies ist bei einer Betriebsänderung jedenfalls dann der Fall, wenn die zu kündigenden Arbeitnehmer im Wege einer Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG ermittelt worden sind.<sup>34</sup> Zeigt der Arbeitgeber der Arbeitsverwaltung die Individualisierung der konkret betroffenen Arbeitnehmer nicht an, wird eine praktische Schwierigkeit aus Sicht der Arbeitsverwaltung darin liegen, nachzuweisen, wann und mit welchem Ergebnis die Sozialauswahl konkret durchgeführt wurde. Nach Außen manifestiert sich das Ergebnis einer Sozialauswahl regelmäßig erst in der konkreten Umsetzung, z. B. durch Anhörung des Betriebsrats zu den individuell geplanten Kündigungen.

### aa) Interessenausgleich mit Namensliste

Einigen sich die Betriebsparteien auf einen Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 1 Abs. 5 KSchG, so haben sie die individuell zu kündigenden Arbeitnehmer bereits im Interessenausgleich identifiziert. Die Entscheidung konkretisiert sich insoweit nicht nur auf den Wegfall bestimmter Arbeitsplätze, sondern auch auf die Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit jedem namentlich aufgeführten Arbeitnehmer. Diesen gegenüber wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist; darüber hinaus ist die Sozialauswahl nur eingeschränkt überprüfbar. In diesem Fall kommt dem Vollzug des Interessenausgleichs durch den Ausspruch von Kündigungen für die Frage, ob der Arbeitsausfall vorübergehend ist, keine gesonderte Bedeutung zu.<sup>35</sup>

### bb) Stilllegung des Betriebs

Die von dem Arbeitsplatzabbau individuell betroffenen Arbeitnehmer stehen bei einer Betriebsstilllegung regelmäßig fest. Vor dem Hintergrund, dass eine Sozialauswahl im Falle einer Betriebsstilllegung regelmäßig entfällt, birgt der Vollzug der unternehmerischen Entscheidung durch den Ausspruch von Kündigungen keine Überraschungen

25 Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld vom 20.12.2018, Rn. 98.5.

26 *Bieback*, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.9.2020, § 9, Rn. 33; *Kühl*, in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 98, Rn. 7.

27 Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld vom 20.12.2018, Rn. 96.22.

28 *Gebel*, BB 2015, 2485, 2489.

29 BSG, 25.4.1991 – 11 RA 21/89, SozR 3-4100 § 63 Nr. 2, Rn. 22 „beschlossene Schließung“; *Röder/Chakrabarti*, DB 2020, 1960, 1964.

30 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 5/05, BB 2006, 2084, NZA 2006, 932.

31 So auch *Röder/Chakrabarti*, DB 2020, 1960, 1964; dahingehend auch *Gebel*, BB 2015, 2485, 2490; a. A. wohl *Bonanni/Naumann*, DStR 2009, 1374, 1376.

32 BAG, 9.6.2016 – 6 AZR 638/15, BB 2016, 2356 red. Ls, NZA 2016, 1202.

33 Zutreffend *Rolf/Riechwald*, BB 2010, 1597, 1598.

34 *Rolf/Riechwald*, BB 2010, 1597, 1598.

35 Vgl. *Gebel*, BB 2015, 2485, 2489.

hinsichtlich der zu kündigenden Arbeitnehmer.<sup>36</sup> Gleiches gilt für abgrenzbare organisatorische Einheiten, auf die sich die Sozialauswahl im Einzelfall beschränkt. Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld entfällt für die von der Betriebsstilllegung betroffenen Arbeitnehmer mit Abschluss des Interessenausgleichs über die Stilllegung.<sup>37</sup> Die fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit sind diesbezüglich missverständlich, soweit sie selbst bei Konkretisierung der zu kündigenden Arbeitnehmer mit der unternehmerischen Entscheidung weitergehende konkrete Umsetzungsschritte verlangen.<sup>38</sup> Steht fest, welche Arbeitnehmer konkret entlassen werden sollen, sind weitere Umsetzungsschritte für die Beantwortung der Frage, ob der Arbeitsausfall diesen gegenüber vorübergehend ist, nicht veranlasst.<sup>39</sup>

### cc) Freiwilligenprogramm

Im Falle eines Personalabbaus über sogenannte Freiwilligenprogramme, bei denen Arbeitnehmern nach Auswahl des Arbeitgebers ein Aufhebungsvertrag angeboten wird, ist zu differenzieren. Soweit Freiwilligenprogramme zur Umsetzung eines Interessenausgleichs mit Namensliste oder eines Interessenausgleichs zur Betriebsschließung verwendet werden, was in der Praxis selten der Fall sein dürfte, bleibt es dabei, dass der Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld für die hiervon betroffenen Mitarbeiter bereits mit Abschluss des Interessenausgleichs entfällt. In der Regel werden Freiwilligenprogramme aber genutzt, um den Personalbestand unter Vermeidung einer andernfalls erforderlichen Sozialauswahl zu reduzieren. Da eine Einigung auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig eine „doppelte Freiwilligkeit“ voraussetzt und die individuell durch ein Freiwilligenprogramm beendeten Arbeitsverhältnisse erst mit Abschluss des Aufhebungsvertrags feststehen, bleibt der Anspruch auf Kurzarbeitergeld für die hiervon betroffenen Arbeitnehmer bis zum Abschluss des Aufhebungsvertrags erhalten. Dies gilt unabhängig davon, ob das Freiwilligenprogramm eine Betriebsänderung nach Abschluss des Interessenausgleichs flankiert oder diesem vorgreift.<sup>40</sup>

### dd) Personalabbau in Wellen

Für einen Personalabbau in Wellen ergeben sich insoweit keine Besonderheiten. Zu differenzieren ist diesbezüglich aber zwischen einem Personalabbau in Wellen unter Fortführung des Restbetriebs und einer Betriebsschließung in Wellen. Wird in einem Interessenausgleich ausschließlich der Abbau einzelner Arbeitsplätze in Wellen vereinbart, bleibt es dabei, dass Kurzarbeitergeld für die auf diesen Arbeitsplätzen beschäftigten Arbeitnehmer beansprucht werden kann, bis die individuell betroffenen Arbeitnehmer feststehen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Sozialauswahl für die von einem Arbeitsplatzabbau in Wellen betroffenen Arbeitnehmer für jede Welle einzeln durchzuführen ist.<sup>41</sup> Wird dagegen bspw. der gesamte Betrieb sukzessive in Wellen geschlossen, steht mit Abschluss des Interessenausgleichs fest, dass auf lange Sicht sämtliche Arbeitsplätze wegfallen werden. Die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld entfallen in diesem Fall grundsätzlich bereits mit Abschluss des Interessenausgleichs für sämtliche betroffene Arbeitnehmer, da hiermit feststeht, dass der Arbeitsausfall perspektivisch nicht lediglich vorübergehender Natur ist.

### ee) Berücksichtigung der zeitlichen Dimension der unternehmerischen Entscheidung?

Grundsätzlich ist es für die Bewertung der Prognoseentscheidung unerheblich, wann genau eine unternehmerische Entscheidung umge-

setzt wird. Mit Abschluss eines Interessenausgleichs über eine Betriebsschließung steht etwa fest, dass der Arbeitsbedarf für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer dauerhaft entfallen wird. Die Gewährung von Kurzarbeitergeld bezweckt gerade nicht die Überbrückung langwieriger Strukturveränderungen.<sup>42</sup> Eine Fortzahlung von Kurzarbeitergeld würde andernfalls auf eine Subventionierung der unternehmerischen Entscheidung hinauslaufen.

Ein Erhalt des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld für langfristig geplante unternehmerische Entscheidungen kann auch nicht mit einer Analogie zur Rechtslage bei befristeten Arbeitsverhältnissen gerechtfertigt werden, da die perspektivische Beendigung der Arbeitsverhältnisse auf einem neuen Entschluss des Arbeitgebers beruht und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Schließungszeitpunkt hinaus gerade nicht zu erwarten ist.

Wertungskorrekturen wird man im Einzelfall jedoch vornehmen müssen, wenn bis zur Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung über eine Betriebsschließung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Wiederherstellung des vorübergehend entfallenen Arbeitsbedarfs und dem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist.<sup>43</sup> Steht beispielsweise fest, dass ein auf Jahre abgeschlossener Auftrag mit dem einzigen Auftraggeber nicht verlängert wird, schließt die Einigung auf einen Interessenausgleich über eine Betriebsstilllegung mit Wirkung zum Ablauf des Auftrags nicht die Möglichkeit des zwischenzeitlichen Wegfalls eines (z. B. durch die Corona-Pandemie verursachten) vorübergehenden Arbeitsausfalls für die betroffenen Arbeitnehmer aus. Diese Wertung entspricht auch dem Zweck des Kurzarbeitergeldes, bei konjunkturell bedingten Arbeitsausfällen Arbeitslosigkeit zu verhindern und bestehende Beschäftigungsverhältnisse zu stabilisieren.<sup>44</sup> Selbst wenn mit Abschluss des Interessenausgleichs feststeht, dass Arbeitsplätze über einen langfristigen Zeitraum wegfallen, ist konjunkturelles Kurzarbeitergeld prinzipiell unverändert geeignet, den zwischenzeitlichen Verbleib der Arbeitnehmer in Beschäftigung zu sichern und einen vorzeitigen Personalabbau zu vermeiden, sofern davon ausgegangen werden kann, dass die Arbeitnehmer nach Überwindung des kurzfristigen Arbeitsausfalls für nicht unerhebliche Zeit bis zur Umsetzung der Betriebsänderung in die Vollarbeit zurückkehren. Das Kurzarbeitergeld kann das Ziel der kurzfristigen Überbrückung eines vorübergehenden Arbeitsausfalls noch immer erfüllen, wenn hiermit jedenfalls über die Kurzarbeitszeit hinaus die Arbeitsplätze und die Arbeitnehmer erhalten bleiben.<sup>45</sup> Lediglich dann, wenn feststeht, „dass mit dem Ende der Kurzarbeit der Betrieb endgültig oder für nicht absehbare Zeit stillgelegt wird“ kann das Kurzarbeitergeld seinen Zweck nicht mehr erfüllen.<sup>46</sup>

In diesem Zusammenhang ist Vorsicht geboten: Ein bewusstes Verschleppen der unternehmerischen Entscheidung oder der Umsetzung derselben zur Erhaltung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld begrün-

36 Dahingehend auch *Gebel*, BB 2015, 2485, 2490.

37 BSG, 25.4.1991 – 11 RA R 21/89, SozR 3-4100 § 63 Nr. 2, Rn. 22 „beschlossene Schließung“; *Rolf/Riechwald*, BB 2010, 1597, 1598; *Bieback*, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand: 1.5.2020; § 96 SGB III, Rn. 91.

38 So auch *Rolf/Riechwald*, BB 2010, 1597, 1598.

39 *Gebel*, BB 2015, 2485, 2489.

40 Dahingehend auch *Röder/Chakrabarti*, DB 2020, 1960, 1964.

41 BAG, 17.3.2016 – 2 AZR 182/15, BB 2016, 2169, NZA 2016, 1072, 1075.

42 Vgl. BSG, 25.4.1991 – 11 RA R 21/89, NZA 1991, 952, 953 f. unter Verweis auf BT-Dr V/2291, S. 70 zu § 58 I und zu § 59 I AFG.

43 Vgl. BSG, 17.5.1983 – 7 RA R 13/82, BeckRS 1983, 30710096; *Voelzke*, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch 2020, 27. Aufl. 2020, Rn. 31 (Kurzarbeit).

44 Vgl. BSG, 14.3.2012 – B 14 AS 18/11 R, NJOZ 2013, 91, 92.

45 So ausdrücklich BSG, 25.4.1991 – 11 RA R 21/89, NZA 1991, 952 zu § 63 Abs. 1 S. 1 AFG.

46 So ausdrücklich BSG, 25.4.1991 – 11 RA R 21/89, NZA 1991, 952 zu § 63 Abs. 1 S. 1 AFG.

det Strafbarkeitsrisiken (§§ 263, 264 StGB) und das Risiko von Unternehmensgeldbußen (§ 30 OWiG). Darüber hinaus haftet der Arbeitgeber in diesem Fall für die zu viel bezogenen Beträge und hat diese zu ersetzen (§ 108 Abs. 3 SGB III), selbst wenn die Gewährung des Kurzarbeitergeldes vorbehaltlos erfolgte.

### III. Fazit

Staatlich geförderte Kurzarbeit und betriebsbedingter Personalabbau schließen sich nicht generell aus. Sie ergänzen sich vielmehr und können – gut und rechtssicher aufeinander abgestimmt – als Reaktion auf kurz- und langfristige Arbeitsausfälle in jeder Krise eingesetzt werden und dabei helfen, Personalkosten zu reduzieren und den Betrieb perspektivisch zu erhalten. Zu beachten sind die Folgen des Übergangs von einem vorübergehenden Arbeitsausfall zu einem dauerhaften Wegfall des Arbeitsbedarfs und der Durchführung begleitender Restrukturierungsmaßnahmen für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Die richtige Abgrenzung ist besonders dann relevant, wenn die Arbeitsverwaltung – wie in der aktuellen Corona-Krise – Leistungen im Rahmen einer vorläufigen Entscheidung gem. § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III gewährt. Ergibt eine spätere abschließende Prüfung das Fehlen von Gewährungs Voraussetzungen, müssen Arbeitgeber mit ei-

nem Widerruf und einer Rückforderung vorläufig geleisteter Zahlungen rechnen. Abhängig von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer kann dies schnell zu teuren Überraschungen führen. Vor dem Hintergrund der bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten und zur Vermeidung von Risiken, empfiehlt sich regelmäßig ein eng mit der Agentur für Arbeit abgestimmtes Vorgehen.

**Sören Seidel** ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Counsel bei Allen & Overy LLP in Hamburg. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehört die arbeitsrechtliche Beratung von Unternehmen zu betrieblichen Umstrukturierungen und Fragen der betrieblichen Mitbestimmung sowie zu arbeitsrechtlichen Aspekten von Umwandlungen.



**Merle Herrmann** ist Associate im Hamburger Büro von Allen & Overy LLP und berät nationale und internationale Unternehmen in allen Angelegenheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



## Hessisches LAG: Zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf

Hessisches LAG, Urteil vom 5.6.2020 – 10 Sa 1519/19

ECLI:DE:LAGHE:2020:0605.10SA1519.19.00

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2020-2936-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Nach § 12 Abs. 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine Arbeitszeit von zehn Stunden sowie ab dem 1. Januar 2019 von 20 Stunden als vereinbart.

2. Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf bleibt die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit trotz § 12 TzBfG privatautonom gestaltbar. § 12 TzBfG greift nur subsidiär ein und fingiert eine Arbeitsdauer von 20 Wochenstunden, wenn vertraglich keine Dauer bestimmt ist. Es ist daher regelmäßig zu prüfen, ob die Parteien – ausdrücklich oder konkludent – etwas anderes vereinbart haben. Daran ist auch nach der zum 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Änderung auf ein Mindeststunden-deputat von 20 Wochenstunden festzuhalten.

3. Dem berechtigten Anliegen des Gesetzgebers, zugunsten der Arbeitnehmer für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, kann durch eine konsequente Anwendung der Beweislastregeln Rechnung getragen werden. Der Arbeitgeber muss im Prozess eine von der gesetzlichen Mindeststundenzahl abweichende Vereinbarung darlegen und beweisen.

TzBfG § 12 Abs. 1 S. 3; BUrlG § 7 Abs. 4

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sowie um Entgeltansprüche.

Der am xx.xx.1962 geborene Kläger war seit dem 22. Juni 2011 bei dem Beklagten als Elektroinstallateur beschäftigt. Der Beklagte betrieb als Einzelunternehmer einen Elektroinstallationsbetrieb, in dem nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt wurden. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht geschlossen.

Unstreitig erhielt der Kläger zuletzt einen Bruttostundenlohn von 19,50 Euro. Der Beklagte meldete den Kläger zur Sozialversicherung an und erteilte monatliche Entgeltabrechnungen. Eine feste wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit war nicht vereinbart, die Arbeit sollte je nach Aufträgen bzw. Anfall erfolgen. Die Arbeitszeit des Klägers variierte stark. Im Jahr 2016 arbeitete er ca. 800 Stunden, im Jahr 2017 344 Stunden und im ersten Halbjahr 2018 390 Stunden. Er hat monatlich unterschiedlich zwischen 30 bis zu 100 Stunden gearbeitet.

Der Kläger arbeitete – jedenfalls bis Frühjahr 2017 – nicht nur für den Beklagten, sondern auch für Herrn A, ferner für die Fa. B. Von der Fa. B erhielt er im Monat November 2018 noch 440 Euro überwiesen.

Am 26. Juni 2018 stellte der Kläger seine Arbeit für den Beklagten auf der Baustelle xxxx ein. Als er kurz danach von dem Beklagten kontaktiert und gefragt wurde, wann er wieder arbeiten könne, antwortete er sinngemäß, das wisse er nicht, das sei privat.

Anfang November 2018 kam es zu einem persönlichen Gespräch im Büro des Beklagten zwischen den Beteiligten. Nach den Behauptungen des Beklagten teilte er dem Kläger bei diesem Gespräch mit, dass er ihn bei der