

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial setting. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, all slightly out of focus, creating a sense of depth and a busy manufacturing environment.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Januar 2021**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Der neue Anspruch auf „Sonderurlaub“ zur Kinderbetreuung

Neues vom Gesetzgeber

Corona-Privilegien bei ALG-I, Elterngeld und Pflegezeit

Neues vom Gesetzgeber

Ausweitung des Kurzarbeitergeldes

Neues vom Gesetzgeber

**Weiterhin kontaktlos – der Betriebsrat und die
Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung**

Neues aus der Rechtsprechung

**Außerordentliche Änderungskündigung zur Einführung von
Kurzarbeit**

Aus aktuellem Anlass

**Gibt es ein Recht auf einen arbeitsfreien Rosenmontag auch in
diesem Jahr?**

Neues vom Gesetzgeber

Der neue Anspruch auf „Sonderurlaub“ zur Kinderbetreuung

Der Gesetzgeber hat bereits Ende 2020 einen Entschädigungsanspruch für Eltern geschaffen, die aufgrund pandemiebedingter Schul- und Kitaschließungen auf ihre Kinder aufpassen müssen und daher einen Verdienstausschlag erleiden. Dieser Anspruch bleibt hinter dem in Aussicht gestellten Sonderurlaub zur Kinderbetreuung zurück, gewährt aber wenigstens eine teilweise Entschädigung für entgangene Einkünfte. Mit Beschluss vom 5. Januar 2021 haben Bund und Länder angekündigt, für Zeiten der Kinderbetreuung außerdem einen Anspruch auf Kinderkrankengeld zu schaffen. Diese letzte Ankündigung dürfte nun für Verwirrung sorgen.

1. Arbeitsrechtliche Relevanz des Entschädigungsanspruchs

Der neu geschaffene Anspruch nach § 56 Abs. 1a IfSG richtet sich zwar gegen das Bundesland, in dem der Verdienstausschlag entstanden ist, **Arbeitgeber sind** nach § 56 Abs. 5 S. 1 IfSG aber **verpflichtet, die Entschädigung** für die zuständige Behörde **auszuzahlen**. Die ausgezahlten Beträge erhält der Arbeitgeber anschließend zurückerstattet, aber nur, soweit er die Beträge rechtmäßig und korrekt ausgezahlt hat. Zu viel gezahlte Beträge muss der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zurückverlangen. Um Streitigkeiten bereits im Vorfeld zu vermeiden, ist Arbeitgebern daher zu raten, sich intensiv mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des neuen Entschädigungsanspruchs nach § 56 Abs. 1a IfSG auseinanderzusetzen.

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Anspruchs

Der Gesetzgeber hat den neuen Entschädigungsanspruch als eine Variante in den ohnehin schon bestehenden Anspruch aus § 56 Abs. 1a IfSG eingefügt. Die Voraussetzungen decken sich daher weitgehend, die Rechtsfolgen vollständig mit den bereits bekannten Entschädigungsansprüchen für Verdienstausschläge aufgrund von Kinderbetreuungszeiten.

3. Anspruchsvoraussetzungen

Die leicht modifizierten Anspruchsvoraussetzungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: **Ab dem 16. Dezember 2020**

erhalten Eltern eine Entschädigung, wenn ihr Kind, das nicht älter als 11 Jahre oder behindert und auf Hilfe angewiesen ist, von ihnen betreut werden muss, weil die Schule oder Betreuungseinrichtung des Kindes pandemiebedingt Schul- oder Betriebsferien verhängt hat oder die Präsenzpflcht aufgehoben wurde und sie deswegen einen **Verdienstaussfall** erleiden.

Ein Anspruch besteht nicht, wenn die Schule oder Betreuungseinrichtung ohnehin wegen Schul- oder Betriebsferien geschlossen worden wäre oder wenn der Entschädigungsberechtigte eine zumutbare andere Betreuungsmöglichkeit hat. **Als Arbeitgeber können Sie** vom Arbeitnehmer **verlangen**, dass er darlegt, wieso keine andere zumutbare Betreuungsmöglichkeit besteht.

4. Rechtsfolgen des Entschädigungsanspruchs

Ein Arbeitnehmer, der einen Verdienstaussfall erleidet, hat Anspruch auf eine Entschädigung **in Höhe von 67 % des entstandenen Verdienstaussfalls**. Der Verdienstaussfall umfasst nur das Nettoentgelt, das dem Arbeitnehmer nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen tatsächlich zur Verfügung steht. Von diesem Nettoentgelt erhält der Arbeitnehmer 67 % als Entschädigung für seinen Verdienstaussfall ausgezahlt, allerdings **maximal 2.016,00 €**.

In einigen Fällen ist der Anspruchsumfang reduziert, nämlich wenn ein Arbeitnehmer

- **Zuschüsse des Arbeitgebers** oder
- **Einkommen aus einer Ersatztätigkeit** erhält oder
- **Einkommen dazuverdienen könnte**, diese Gelegenheit aber böswillig nicht wahrnimmt

und die Zuschüsse bzw. das reale oder hypothetische Zusatzeinkommen zusammen mit der Entschädigung **die Summe des Verdienstaussfalls überschreiten**. Angerechnet wird auf die Entschädigung darüber hinaus ein **etwaiges Arbeitslosengeld**, das der Arbeitnehmer erhält.

Die Entschädigung wird bei Alleinerziehenden für **maximal 20 Wochen** und bei nicht Alleinerziehenden für **maximal 10 Wochen** gewährt.

5. **Sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Entschädigungszahlungen**

Solange der Arbeitgeber die Entschädigungen anstelle des entschädigungspflichtigen Landes auszahlt, ist er verpflichtet, **auch Sozialversicherungsbeiträge abzuführen**. Die Bemessungsgrundlage für die Höhe der Beiträge liegt bei **80% des Bruttoeinkommens**, auf dessen Grundlage die Entschädigung berechnet wird.

6. **Erstattung und Vorschusszahlungen durch das Land**

Hat ein Arbeitgeber Entschädigungssummen und Sozialversicherungsbeiträge ausgezahlt, erhält er diese von **der zuständigen Behörde** erstattet, § 56 Abs. 5 S. 1 IfSG. Die zuständigen Behörden sind **in Nordrhein-Westfalen die Landschaftsverbände**. Auf den Internetseiten der Landschaftsverbände finden sich Formulare, mit deren Hilfe der Antrag auf Erstattung von Entschädigungsleistungen online gestellt werden kann.

Der Antrag muss innerhalb einer **Frist von 12 Monaten** nach Ende der Entschädigungszahlung gestellt werden.

Bereits vor Auszahlung der Entschädigung **haben Arbeitgeber die Möglichkeit**, nach § 56 Abs. 12 IfSG von der zuständigen Behörde **einen Vorschuss zu erhalten**. In gewissem Umfang verringert diese Option das Risiko, Beträge zu Unrecht auszuzahlen, da das Land die Auszahlung der Beträge zumindest vorab schon einmal bewilligt hat. Da darüber hinaus weniger Eigenkapital gebunden wird, kann Arbeitgebern nur geraten werden, Vorschüsse im größtmöglichen Umfang in Anspruch zu nehmen.

7. **„Neues“ Kinderkrankengeld**

In einem Beschluss vom 05.01.2021 haben die Regierungschefs von Bund und Ländern angekündigt, die Zeit, in der Kinderkrankengeld bezogen werden kann, zu verdoppeln,

nämlich auf 20 Tage für jedes Kind unter 12 Jahren, bei Alleinerziehenden sogar auf 40 Tage pro Kind.

Gleichzeitig haben sie mitgeteilt, dass das Kinderkrankengeld aufgrund einer Neuregelung auch dann gewährt werden soll, wenn das Kind gar nicht krank ist, sondern wegen einer Kita- oder Schulschließung zuhause betreut werden muss. Dies dürfte in nächster Zeit für Verwirrung sorgen. Denn damit überschneidet sich der Kinderkrankengeldanspruch mit dem Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1a IfSG. Hinzu kommt, dass das Kinderkrankengeld höher ausfällt und deshalb für Eltern attraktiver ist: Es umfasst bis zu 90 % des ausgefallenen Nettoeinkommens und ist dabei auf 70 % der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckelt (das sind bis zu 112,88 EUR pro Tag).

Kinderkrankengeld ist herkömmlich bei der Krankenkasse zu beantragen. Für die Beantragung von Kinderkrankengeld sind Arbeitnehmer selbst verantwortlich und nicht der Arbeitgeber. Leider haben die Regierungschefs von Bund und Ländern bislang in keiner Weise klargestellt, wie dieses „neue“ Kinderkrankengeld aufgrund geschlossener Schulen oder Kitas beantragt werden soll und in welchem Verhältnis es zur Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG steht. Hier sind daher die gesetzliche Regelung und die auf deren Grundlage herausgegebenen behördlichen Formulare abzuwarten.

8. Fazit

Der nunmehr neu in § 56 Abs. 1a IfSG eingefügte Anspruch bietet ebenso wie die alten Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG einige Fallstricke für Arbeitgeber. Ein fehlerhafter Umgang mit den Entschädigungszahlungen birgt das Risiko, ausgezahltes Geld anschließend nicht rückerstattet zu bekommen. Wir beraten Sie gerne bei allen rechtlichen Schwierigkeiten, die im Zusammenhang mit Entschädigungszahlungen an Ihre Arbeitnehmer auftreten.



Neues vom Gesetzgeber

Corona-Privilegien bei ALG-I, Elterngeld und Pflegezeit

Bereits im Jahr 2020 hatte der Gesetzgeber in Reaktion auf die Corona-Pandemie besondere Privilegien beim Arbeitslosengeld, Elterngeld und der Pflegezeit eingeführt. Die Geltungsdauer dieser Privilegien wurde nun für das Jahr 2021 verlängert. Wir geben einen Überblick:

1. Der Gesetzgeber hat eine Sonderregelung eingeführt, damit die Höhe von **Elterngeldansprüchen** nicht unter der Corona-Pandemie leidet (§ 2b Abs. 1 Satz 3 BEEG): Wurde das Einkommen der Eltern während der Corona-Pandemie durch Kurzarbeit, Freistellung oder den Bezug von Arbeitslosengeld I verringert, wirkt sich dies nicht auf die Höhe des Elterngeldanspruchs aus. Bei der Antragstellung dürfen Eltern Monate mit geringerem Einkommen nämlich bei der Elterngeldberechnung ausnehmen. Die Geltung dieser Sonderregelung wurde bis zum 31.12.2021 verlängert. Dies dürfte die Finanzplanung werdender Eltern, die sich derzeit in Kurzarbeit, Freistellung oder Arbeitslosigkeit befinden, erheblich erleichtern.
2. Auch beim **Arbeitslosengeld** gibt es Vergünstigungen: Ansprüche auf Arbeitslosengeld, die in der Zeit vom 01.05.2020 bis zum 31.12.2020 auslaufen, verlängern sich einmalig um drei Monate.

Werden Arbeitnehmer arbeitslos, nachdem zuvor ihr Lohn durch Kurzarbeit (§ 151 Abs. 3 SGB III) oder eine Arbeitszeitreduzierung aufgrund einer kollektiven Beschäftigungssicherungsvereinbarung (§ 421d Abs. 2 SGB III) reduziert worden war, wird für die **Berechnung ihres ALG-I-Anspruchs** nicht das reduzierte Arbeitseinkommen zugrunde gelegt. Stattdessen ist ein fiktives Arbeitseinkommen maßgeblich, welches die Arbeitnehmer ohne die Kurzarbeit bezogen hätten. Arbeitgeber, die mit ihren Betriebsräten Vereinbarungen zur kollektiven Beschäftigungssicherung verhandeln, können auf diese Sonderregelung verweisen, um Ängste zu nehmen.

3. In Reaktion auf die Corona-Pandemie wurden die Rechte von Arbeitnehmern ausgeweitet, **Freistellung** zu beanspruchen, um nahe Angehörige zu pflegen. Die Geltung dieser Sonderregelungen wurde bis zum 31.03.2021 verlängert.

Arbeitnehmer haben seit jeher Recht, **kurzfristig der Arbeit fernzubleiben**, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut **aufgetretenen Pflegesituation** eine bedarfsgerechte Pflege sicherzustellen (§ 2 PflegezeitG). Die Dauer, für die diese Freistellung beansprucht werden kann, wurde von 10 auf 20 Tage ausgeweitet, wenn die akute Pflegesituation auf Grund der COVID-19-Pandemie aufgetreten ist. Letzteres wird gesetzlich vermutet. Für die Zeit der Freistellungszeiten muss der Arbeitgeber keine Lohnfortzahlung leisten. Stattdessen hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, Pflegeunterstützungsgeld bei der Pflegekasse des zu pflegenden Angehörigen zu beantragen. Handelt es sich bei den Angehörigen um Kinder unter zwölf, wird stattdessen Kinderkrankengeld gezahlt.

Dauert die Pflegesituation länger an, können Arbeitnehmer **Familienpflegezeit** in Anspruch nehmen, und dadurch ihre Arbeitszeit reduzieren. Zum Ausgleich der Lohneinbußen gewährt das Bundesamt für Familie zinslose Darlehen (§ 3 FamilienpflegezeitG). Diese Arbeitszeitreduzierung müssen Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber nun lediglich mit einer Frist von zehn Arbeitstagen (§ 16 Abs. 2 FamilienpflegezeitG), statt wie sonst acht Wochen (§ 2a FamilienpflegezeitG) ankündigen.

Ob Arbeitnehmer von sich aus von diesen vergleichsweise unbekanntem Rechten Gebrauch machen, bleibt abzuwarten. Treten Pflegenotfälle auf, können Arbeitgeber diese Rechte ins Gespräch bringen und ihre Mitarbeiter beraten.



Neues vom Gesetzgeber

Ausweitung des Kurzarbeitergeldes

Im Frühjahr 2020 hat der Gesetzgeber als Reaktion auf die Corona-Pandemie den Umfang sowie Zugang zum Kurzarbeitergeld vorübergehend deutlich ausgeweitet bzw. erleichtert. Im Folgenden stellen wir diese Regelungen dar und erläutern insbesondere, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen diese auch im neuen Jahr bestehen.

Der Großteil der vorübergehenden Neuregelungen rund um das Kurzarbeitergeld war zunächst befristet bis zum 31.12.2020. Aufgrund der andauernden „zweiten Welle“ hat der Gesetzgeber entschieden, die vorübergehenden Regelungen zum bewährten Mittel der Kurzarbeit zu verlängern.

1. Bezug von Kurzarbeitergeld

Seit dem 01.03.2020 kann Kurzarbeitergeld bereits dann beantragt werden, wenn mindestens 10 % der Belegschaft von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % betroffen sind; vorher war ein solcher Entgeltausfall bei mindestens einem Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer erforderlich. Diese Regelung war zunächst bis zum 31.12.2020

befristet, wurde jedoch nunmehr bis zum 31.12.2021 verlängert für diejenigen Betriebe, die bis zum 31.03.2021 Kurzarbeit einführen.

2. Bezugsdauer

Grundsätzlich wird Kurzarbeitergeld für die maximale Dauer von zwölf Monaten gewährt. Der Gesetzgeber hatte jedoch die Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld – bei angezeigter Kurzarbeit bis zum 31.12.2019 – auf bis zu 21 Monate ausgeweitet, längstens jedoch bis zum 31.12.2020. Jetzt wurde die Bezugsdauer erneut verlängert: Bei bis zum 31.12.2020 angezeigter Kurzarbeit kann das Kurzarbeitergeld für bis zu 24 Monate, längstens jedoch bis zum 31.12.2021, bezogen werden.

3. Höhe des Kurzarbeitergeldes

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes beträgt regulär 60 % / 67 % (für Arbeitnehmer mit Kind) des ausgefallenen Nettoentgelts. Der Gesetzgeber führte 2020 eine vorübergehende gestaffelte Erhöhung des Kurzarbeitergeldes für besonders von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer ein, bei denen ein Entgeltausfall von mindestens 50 % vorliegt:

- Ab dem 4. Bezugsmonat erhalten diese Kurzarbeitergeld in Höhe von 70 %/77 % des ausgefallenen Nettoentgelts;
- ab dem 7. Bezugsmonat erhalten diese Kurzarbeitergeld in Höhe von 80 %/87 % des ausgefallenen Nettoentgelts.

Aktuell ist diese Erhöhung befristet bis zum 31.12.2021 und setzt voraus, dass die Kurzarbeit bis spätestens zum 31.03.2021 eingeführt wird.

4. Anrechnung von Nebeneinkommen

Etwaiges Nebeneinkommen wird grundsätzlich auf das Kurzarbeitergeld angerechnet. Der Gesetzgeber hat jedoch in einem ersten Schritt ein etwaiges Nebeneinkommen aus einer Nebentätigkeit im systemrelevanten Bereich im April 2020 anrechnungsfrei belassen. Für den Zeitraum vom 01.05.2020 bis zum 31.12.2020 wurde diese Regelung auf alle Berufe

ausgeweitet. Eine Anrechnungsfreiheit bestand insoweit, als das Nebeneinkommen zusammen mit dem Ist-Entgelt, Aufstockungsbeiträgen und dem Kurzarbeitergeld das Soll-Entgelt nicht überstieg.

Vom 01.01.2021 bis zum 31.12.2021 ist nur ein etwaiger Hinzuverdienst aus einer geringfügigen Beschäftigung vollständig anrechnungsfrei.

5. Sozialabgaben

Grundsätzlich sind vom Arbeitgeber die auf das Kurzarbeitergeld zu entrichtenden Sozialabgaben zu tragen. Vorübergehend führte der Gesetzgeber jedoch, zunächst befristet bis zum 31.12.2020, die Möglichkeit der pauschalierten Erstattung in voller Höhe der allein vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge ein. Hierzu konnte ein entsprechender Antrag bei der Bundesagentur für Arbeit gestellt werden. Diese Erstattungsmöglichkeit wurde zwischenzeitlich bis zum 30.06.2021 verlängert. Vom 01.07.2021 bis zum 31.12.2021 werden die Sozialabgaben noch zu 50 % erstattet, wenn der Betrieb bis zum 30.06.2021 Kurzarbeit eingeführt hat.

Für Arbeitnehmer, die an einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen, werden die Sozialabgaben zu 50 % erstattet. Es ist aber, anders als bislang, nicht erforderlich, dass der zeitliche Umfang der Bildungsmaßnahmen mindestens 50 % der Ausfallzeit betragen muss. Ab dem 01.01.2021 und zunächst bis zum 31.07.2023 reicht eine Maßnahmendauer von mehr als 120 Stunden aus.

Gerne beraten wir Sie jederzeit zu Fragen rund um das Thema Kurzarbeit.



Neues vom Gesetzgeber

Weiterhin kontaktlos – der Betriebsrat und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Einhaltung der empfohlenen Mindestabstände sowie die Vermeidung nicht erforderlicher persönlicher Kontakte bleiben die wirksamsten Maßnahmen zur Verlangsamung der Ausbreitung der Corona-Pandemie. Bereits im Laufe des vergangenen Jahres hat der Gesetzgeber hier an verschiedenen Stellen Möglichkeiten geschaffen, gesetzlich vorgesehene Präsenzpfllichten und -veranstaltungen telefonisch bzw. digital wahrzunehmen. Angesichts der aktuellen Entwicklungen werden diese Maßnahmen aufgegriffen bzw. fortgeführt.

1. Betriebsratsbeschlüsse per Video- und Telefonkonferenz

Wie wir bereits in dem Newsletter Mai 2020 berichteten, hatte der Gesetzgeber unter § 129 BetrVG im Rahmen des sogenannten Arbeit-von-Morgen-Gesetzes („Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel usw. Entwicklung der Ausbildungsförderung“) bereits eine Neuregelung für die Fassung von Betriebsratsbeschlüssen eingefügt. Sitzungen des Betriebsrats – gleiches gilt für die Jugend- und Auszubildendenvertretung sowie die entsprechenden Gremien auf Unternehmens- und Konzernebene – dürfen danach als Video- und Telefonkonferenzen stattfinden. Die in diesem Rahmen gefassten Beschlüsse sind wirksam. Insoweit weicht diese

Regelung vom herkömmlichen Verständnis des § 33 Abs. 1 BetrVG ab, wonach Betriebsratsbeschlüsse mit der Mehrheit der Stimmen der (körperlich) anwesenden Mitglieder gefasst werden.

Diese „Digitalisierung“ der Beschlussfassung war ursprünglich befristet bis zum 31.12.2020. Im Hinblick auf die andauernden Folgen der Corona-Pandemie ist die Geltung des § 129 BetrVG nun bis zum 30.06.2021 verlängert worden. Zu den Einzelheiten verweisen wir auf unseren Newsletter-Beitrag aus Mai 2020.

2. Telefonische Krankschreibung

Nachdem die im Frühjahr vorübergehend eingeführte Möglichkeit zur „telefonischen Krankschreibung“ zwischenzeitlich wieder abgeschafft worden war, ist diese Option wiedereröffnet worden. Bereits seit dem 19.10.2020 sind im Falle leichter Atemwegserkrankungen die telefonische Kontaktaufnahme und die darauffolgende Krankschreibung durch den Arzt bis zu 7 Kalendertage möglich. Eine solche Krankschreibung setzt jedoch voraus, dass sich der Arzt durch eine eingehende telefonische Befragung persönlich vom Zustand des Arbeitnehmers überzeugt hat. „Online-Krankschreibungen“ bleiben unzulässig. Die Verlängerung einer Krankschreibung für weitere 7 Kalendertage ist durch telefonische Kontaktaufnahme möglich.

Die nun erneut eingeführte Regelung war ursprünglich bis zum 31.12.2020 befristet. Sie wurde nun bis zum 31.03.2021 verlängert.



Neues aus der Rechtsprechung

Außerordentliche Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit

Als die deutsche Wirtschaft im Frühjahr des letzten Jahres von der Corona-Pandemie überrollt wurde, fragten sich viele Unternehmen, wie sie – ohne Betriebsrat und bei fehlender Akzeptanz in der Belegschaft – vom Instrumentarium der Kurzarbeit Gebrauch machen können, um betriebsbedingte Beendigungskündigungen zu vermeiden. Ordentliche Änderungskündigungen waren bei längeren Kündigungsfristen keine wirkliche Option. An außerordentliche Änderungskündigungen trauten sich viele Unternehmen mangels belastbarer Rechtsprechung nicht heran. Nun hat das Arbeitsgericht Stuttgart einen ersten Vorstoß gewagt und die außerordentliche Änderungskündigung einer Personaldisponentin für wirksam erachtet (Urteil vom 22. Oktober 2020, Az. 11 Ca 2950/20).

Die Klägerin war bei einer Leiharbeitsfirma für die Einsatzplanung im Bereich Kindergärten und Kindertagesstätten zuständig. Mitte März kam es aufgrund der Corona-Pandemie zu einer vorübergehenden Schließung dieser Einrichtungen. Die Bitte der Arbeitgeberin, eine individualvertragliche Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit zu unterzeichnen, lehnte die Klägerin ab. Daraufhin sprach die Arbeitgeberin am 22.04.2020 (auszugsweise) folgende fristlose, hilfsweise ordentliche Änderungskündigung aus:

„Sehr geehrte Frau B.,

hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos aus wichtigem Grund. Zugleich bieten wir Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Kündigungsschreibens wie folgt fortzusetzen:

1. Die S. S. GmbH (nachfolgend „AG“ genannt) ist berechtigt, für die Zeit vom 18.05.2020 bis voraussichtlich dem 31.12.2020 Kurzarbeit anzuordnen, sofern ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt ist, und sämtliche weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch von Frau C. B. (nachfolgend „AN“ genannt) auf Kurzarbeitergeld vorliegen (§§ 95 ff. SGB III).

2. Den Beginn und das Ende der Kurzarbeit sowie die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit während des Zeitraums der Kurzarbeit wird AG unter Wahrung einer Ankündigungsfrist von drei Wochen in Textform AN mitteilen.

Die Verteilung der im Zeitraum der Kurzarbeit verbleibenden Arbeitszeit auf die einzelnen Kalendertage sowie die Lage der täglichen Arbeitszeit richten sich nach den betrieblichen Erfordernissen und den Weisungen von AG.

3. Für den Zeitraum der Kurzarbeit reduziert sich die Vergütung von AN entsprechend der Reduzierung der Arbeitszeit.

4. Im Übrigen verbleibt es bei den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen.

Bitte teilen Sie uns unverzüglich mit, ob Sie mit der Fortsetzung Ihres Arbeitsverhältnisses zu den vorstehend unter Ziff. 1 bis 4 genannten, geänderten Bedingungen ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Kündigungsschreibens einverstanden sind, diese ablehnen oder sie unter Vorbehalt annehmen.

Nur für den Fall der Rechtsunwirksamkeit der vorstehend erklärten außerordentlichen und fristlosen Kündigung kündigen wir das von Ihnen begründete Arbeitsverhältnis hiermit hilfsweise ordentlich und fristgerecht zum 31.07.2020 und bieten Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.08.2020 wie folgt fortzusetzen:

5. AG ist berechtigt, für die Zeit vom 01.08.2020 bis voraussichtlich dem 31.12.2020 Kurzarbeit anzuordnen, sofern ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, [...]“

Das Arbeitsgericht Stuttgart hielt die außerordentliche Änderungskündigung für **rechtswirksam**. Im Gegensatz zur reinen Entgeltreduzierung werde **nicht in das Äquivalenzinteresse eingegriffen**. Zudem sei die **gesetzgeberische Wertung** der §§ 95 ff. SGB III zu berücksichtigen; **in einem erheblichen Arbeitsausfall i.S.v. § 96 SGB III liege zugleich ein dringendes betriebliches Erfordernis**, das eine Änderungskündigung rechtfertige. Im Interesse der Rechtsklarheit sei insoweit ein Gleichlauf zu fordern. Bestehe kein Betriebsrat und scheide eine individualvertragliche Regelung aufgrund der Ablehnung der Arbeitnehmerseite aus, bliebe nur noch die Änderungskündigung. An diese dürften keine erhöhten Anforderungen gestellt werden, um den **Zugang zum vorgesehenen und beschäftigungspolitisch gewünschten Kurzarbeitergeld nicht zu verbauen**. Der Verweis auf eine ordentliche Änderungskündigung und die damit einhergehenden längeren Kündigungsfristen, so das Arbeitsgericht weiter, schließe eine sinnvolle Nutzung der Regelungsinstrumentarien der Kurzarbeit aus. Die gelte **gerade während der Corona-Pandemie**, die eine **Schließung von Einrichtungen** (hier: Kindergärten und Kindertagesstätten) **ohne längere Ankündigung** zur Folge habe. Dabei habe die **Kurzarbeit gerade den Zweck, einen Arbeitsplätzeabbau zu verhindern**.

Einen „Freibrief“ für Arbeitgeber, während der Corona-Krise kurzfristig Kurzarbeit einseitig durchzusetzen, bedeutet das Urteil jedoch nicht. Das Arbeitsgericht Stuttgart hat sich auch ausführlich mit **Verhältnismäßigkeitserwägungen** auseinandergesetzt und dabei insbesondere folgende Aspekte berücksichtigt:

- Die Arbeitgeberin hatte zuvor – als **milderes Mittel** – erfolglos versucht, Kurzarbeit im Wege einer **Vereinbarung** zu implementieren.
- Die Änderungskündigung sollte zunächst **nur die Möglichkeit schaffen, Kurzarbeit einzuführen**. Für die Einführung selbst sollte eine **Vorlauffrist von über drei Wochen** gelten. Eine fristlose Einführung „von heute auf morgen“ dürfte unzulässig sein.

- Voraussetzung für die Anordnung von Kurzarbeit sollte sein, dass die **persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld gerade auch in der Person der Klägerin erfüllt** sind.

Die **Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB** dürfte dem Ausspruch einer außerordentlichen Änderungskündigung bei pandemiebedingtem Arbeitsausfall regelmäßig nicht entgegenstehen. Die **von der Corona-Pandemie verursachte wirtschaftliche Lage** dürfte einen **Dauertatbestand** darstellen. Die Ausschlussfrist beginnt erst zu laufen, wenn der Dauertatbestand beendet ist. Zusätzlich kann – wie in dem entschiedenen Fall – **hilfsweise eine ordentliche Änderungskündigung** ausgesprochen werden.



Aus aktuellem Anlass

Gibt es ein Recht auf einen arbeitsfreien Rosenmontag auch in diesem Jahr?

In zahlreichen Betrieben im Rheinland ist es „Tradition“, dass der Rosenmontag, wie ein zusätzlicher Feiertag, arbeitsfrei ist. Da in diesem Jahr wegen der Corona-Pandemie die Karnevalsveranstaltungen abgesagt sind – insbesondere die Rosenmontagszüge –, stellt sich die Frage, ob die Arbeitsbefreiung am Rosenmontag auch dann vom Arbeitgeber gewährt werden muss, wenn deren Sinn, die Teilnahme an Karnevalsfeierlichkeiten zu ermöglichen, wegfällt. Da der Rosenmontag offiziell kein Feiertag ist und auch Tarifverträge regelmäßig keine Regelung treffen, könnte sich ein Anspruch allenfalls aus speziellen Betriebsvereinbarungen oder, was der Regelfall sein dürfte, aus einer betrieblichen Übung ergeben. Grundsätzlich kann ein über mehrere Jahre hinweg ohne Vorbehalt gewährter freier Tag eine betriebliche Übung begründen.

Eine ähnliche Situation gab es bereits 1991, als der Karneval wegen des ersten Golfkrieges ausfiel. Damals zeigte sich das LAG Düsseldorf (Beschluss vom 08.02.1991, Az. 7 Ta 50/91) karnevalistenfreundlicher als das LAG Köln (Urteil vom 08.11.1991, Az. 13 (6) Sa 532/91). Beide Gerichte befassten sich mit der Frage, ob ein Anspruch aus betrieblicher Übung auf Arbeitsfreistellung am Rosenmontag entstanden sein könnte. Das LAG Düsseldorf bejahte eine solche betriebliche Übung auch für den Fall, dass der übliche Karnevalsumzug ausfalle. Das LAG Köln nahm aufgrund von Besonderheiten des Falles, bei dem die Arbeitsbefreiung am Rosenmontag jeweils neu angeordnet worden war, bereits keine betriebliche Übung an, führte aber ergänzend aus:

„Selbst wenn man die Entscheidung einer betrieblichen Übung annimmt, so sind Inhalt und Reichweite der (schlüssigen) Zuzahlung zu ermitteln. Die Ermittlung ergibt eine Zusage, die explizit lautet: „Die Dienstbefreiung wird erteilt, um den Arbeitnehmern die Teilnahme an den Umzügen zu ermöglichen und gilt folgerichtig nicht für Tage, an denen ein Umzug überhaupt nicht stattfindet“, wenn

- die Dienstbefreiung stets nur an den Tagen der Karnevalsumzüge erfolgt ist;
- dem Arbeitgeber als Motiv für die Dienstbefreiung der Wille zur Pflege des heimatlichen Brauchtums sowie

andere an der Durchführung des Umzugs geknüpfte Motive unterstellt werden können (zum Beispiel Verzicht auf die Durchführung eines ohnehin nicht ordnungsgemäß möglichen Betriebes, Rücksichtnahme auf umzugsbedingt chaotische Verkehrsverhältnisse).“

Diese Formulierungen des LAG Köln legen den Verdacht einer gewissen inneren Distanz des Vorsitzenden zum Brauchtum nahe. Jedenfalls wurde die Entscheidung des LAG Köln vom BAG (Urteil vom 24.03.1993, Az. 5 AZR 16/92) bestätigt, das sich allerdings lediglich mit der Frage, ob überhaupt eine betriebliche Übung entstanden sein könne, befusste und nicht mit dem vom LAG Köln problematisierten Inhalt der Zusage. Zahlreiche weitere Urteile, die sich mit einem Anspruch auf Dienstbefreiung am Rosenmontag befassen, sind für die hier behandelte Frage unerheblich, da sie im Wesentlichen durch die Besonderheiten der betrieblichen Übung im Öffentlichen Dienst gekennzeichnet sind – diese verneinen allerdings sämtlich einen Anspruch des Arbeitnehmers auf einen arbeitsfreien Tag.

Tatsächlich sprechen die besseren Gründe dafür, dass es keinen Anspruch aus betrieblicher Übung gibt, wenn die Karnevalsveranstaltungen ausfallen. Die Arbeitgeber gewähren die Arbeitsbefreiung nicht als bloßen zusätzlichen freien Tag, sondern anlass- und zweckgebunden, im Hinblick auf die brauchtumsbedingten Aktivitäten. Auch wenn, was häufig vorkommt, Arbeitnehmer den freien Tag zu anderen Zwecken nutzen, etwa Kurzurlauben, bleibt der tragende Grund für die Arbeitsbefreiung durch den Arbeitgeber jedoch das karnevalistische Brauchtum. Damit gibt es gute Gründe für den Arbeitgeber in diesem Jahr von der gewohnten Praxis abzuweichen, wenn dieses Brauchtum nicht gelebt werden kann.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen insoweit, wie das LAG Köln (Beschluss vom 25.04.2013, Az. 7 TaBV 77/12) überzeugend festgestellt hat, nicht: Das mögliche Mitbestimmungsrecht zur Arbeitszeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bezieht sich alleine auf die Lage der Arbeitszeit; bei der Frage, ob Rosenmontag arbeitsfrei ist, geht es jedoch um die Frage, ob die Jahresarbeitszeit um einen freien Tag verkürzt wird. Diese ist mitbestimmungsfrei.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel
+49 (0) 221 650 65-129
malte.goebel@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de