

AKTUELL ZUR CORONA-KRISE

WICHTIGE INFORMATIONEN FÜR DIE UNTERNEHMER IM GASTGEWERBE

FAQs zur Kurzarbeit aufgrund der Corona-Folgen

(Stand 5. Oktober 2021)

Das Kurzarbeitergeld stellt für das Gastgewerbe eine zentrale Unterstützung in der Coronakrise dar. Dank Kurzarbeitergeld konnten die gastgewerblichen Betriebe über die Phase der beiden Lockdowns bis Mai 2021 rund 85 % ihrer sozialversicherungspflichtig Beschäftigten halten.

Auf dem Höhepunkt im April 2020 waren nach Zahlen der Bundesagentur für Arbeit (BA) 665.678 Beschäftigte in 105.700 gastgewerblichen Betrieben in Kurzarbeit. Nachdem im Sommer 2020 die Kurzarbeiterzahlen deutlich gesunken waren, schnellten sie mit dem zweiten Lockdown ab dem 2. November 2020 wieder in die Höhe. Im zweiten Lockdown lag der höchste Stand der Kurzarbeit im Gastgewerbe nach Daten der BA im Februar 2021 mit rund 572.577 Beschäftigten in rund 94.875 Betrieben. Mit fast zwei Dritteln der Beschäftigten war damit die Kurzarbeiterquote in den Haupt-Krisenmonaten die mit weitem Abstand höchste aller Branchen.

Seit die Betriebe seit Frühjahr 2021 sukzessive wieder öffnen dürfen, geht die Kurzarbeit in der Branche deutlich und schnell zurück. Nach Schätzungen des ifo-Institutes lag sie im September 2021 nur noch bei 57.910 Beschäftigten oder 5,5 %. Auch die Beschäftigtenzahlen im Gastgewerbe sind im Sommer 2021 wieder deutlich angestiegen. Die Branche arbeitet sich aus der Krise heraus und die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt sind schnell sichtbar.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass nennenswerte Teile der Branche noch für einige Zeit mit geringeren Umsätzen und geringerem Arbeitsanfall konfrontiert sein werden. Das gilt insbesondere für die Stadt- und Tagungshotellerie und das Eventcatering, für Restaurants, die in größerem Umfang Geschäftsreisende bewirten oder Firmenveranstaltungen durchführen, für Clubs und Diskotheken sowie für Betriebskantinen, die von der Zunahme des Homeoffice betroffen sind. Diese Betriebe werden noch einige Zeit auf das Kurzarbeitergeld angewiesen sein.

Deshalb war es eine wichtige und richtige Entscheidung, dass die Große Koalition noch im September 2021 die Verlängerung der Corona-Sonderregeln für die Kurzarbeit, insbesondere **die 100 %-ige Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge** zunächst bis zum Jahresende beschlossen hat.

Mit den folgenden FAQ's beantworten wir möglichst allgemeinverständlich typische Fragen von Hoteliers und Gastronomen zur Kurzarbeit. In den FAQs kann naturgemäß nicht jedes Detail dargestellt und nicht jeder Einzelfall berücksichtigt werden. Wenden Sie sich für die Rechtsberatung im Einzelfall bitte an Ihre DEHOGA-Geschäftsstelle.

Bezüglich der diversen Neuerungen beim Kurzarbeitergeld (Kug) während der Corona-Krise berücksichtigen diese FAQs alle Änderungen bei Gesetzen und Verordnungen sowie den Fachlichen Weisungen und sonstigen Auslegungshinweisen der Bundesagentur für Arbeit bis zum Erstellungsdatum.

Fragen zu Kurzarbeit speziell für die Phase des Re-Starts im Frühjahr / Sommer 2021

- 1. Kann es mir irgendwelche Nachteile beim Kug bringen, wenn ich den Betrieb oder einzelne Betriebsteile aus wirtschaftlichen Gründen noch nicht öffne, obwohl nach der Corona-Rechtsverordnung meines Bundeslandes eine Öffnung zulässig wäre?**

Wenn eine Öffnung des Betriebes zwar rechtlich möglich, aber betriebswirtschaftlich unsinnig ist, liegt kein unabwendbares Ereignis vor, jedoch ggf. ein erheblicher **Arbeitsausfall, der auf wirtschaftlichen Gründen beruht**.

Rechtlich kommt es dann auf die Frage der **Vermeidbarkeit** des Arbeitsausfalls an. Es darf einem Arbeitgeber nichts abverlangt werden, was die betrieblichen Strukturen wirtschaftlich nicht zulassen. Die **wirtschaftliche Zumutbarkeit** ist zu beachten.

In der Phase, in der für bestimmte Teile des Betriebes, z.B. die Innengastronomie, noch massive rechtliche Beschränkungen galten und damit nur sehr geringe Umsatzerwartungen für Teilöffnungen bestanden, dürfte die unternehmerische Entscheidung, mit der Öffnung noch zu warten, in der Regel nicht zu beanstanden sein. Je mehr die Infektionsschutzmaßnahmen gelockert werden, je normaler das gastgewerbliche Leben wieder wird, desto weniger Fälle wird es geben, in denen eine rechtlich zulässige Betriebsöffnung wirtschaftlich unzumutbar ist. Es kann solche Fälle aber auch weiterhin geben, z.B. weil Abstandsregelungen und Kapazitätsbegrenzungen keinen kostendeckenden Betrieb möglich machen oder weil die Nachfrage im Event- oder Tagungsbereich noch nicht wieder angezogen hat ist.

Wir empfehlen Ihnen, mit fortschreitenden Lockerungen in den Corona-Schutzverordnungen der Länder die für Ihren Betrieb weiterhin geltenden Einschränkungen sowie betriebswirtschaftliche Erwägungen, die zeigen, dass eine Öffnung bzw. ein Teilbetrieb wirtschaftlich nicht zumutbar sind, zu dokumentieren.

Nach dem Ende des ersten Lockdowns hatte die Bundesagentur für Arbeit am 5. Juni 2020 wie folgt klargestellt:

„Die bisherigen behördlichen Maßnahmen (Rechtsverordnung, Allgemeinverfügung, o.ä.), aufgrund derer Betriebe in bestimmten Branchen (z.B. Gastronomie) geschlossen waren, werden zunehmend gelockert. Dies hat keine Auswirkung auf die Entscheidung über die Anerkennung der Kurzarbeit. Die Ursache für den Arbeitsausfall (behördliche Maßnahme, die die Betriebstätigkeit ganz oder teilweise einschränkt) bleibt bestehen. In den Bedingungen für die Lockerungen sind mögliche Maßnahmen des Betriebes zu sehen, durch die eine zumindest teilweise Wiederaufnahme der betrieblichen Tätigkeit ermöglicht wird. Die Möglichkeit durch diese Maßnahmen den Umfang der Kurzarbeit zu reduzieren, führt nach § 96 Abs. 4 S. 1 SGB III nur zur Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls, wenn diese Maßnahmen dem Betrieb zumutbar sind. Die Zumutbarkeit von Maßnahmen zur Vermeidung des Arbeitsausfalles ist vor allem unter wirtschaftlichen Aspekten zu beurteilen, vgl. dazu Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (FW Kug) RN 96.24. Die für eine Wiederaufnahme der Tätigkeit geforderten Maßnahmen können im Hinblick auf ihre initialen Kosten oder einen wegen der verringerten Kapazitäten überwiegend defizitären laufenden Betrieb wirtschaftlich unzumutbar sein.

Sofern Betriebe trotz Lockerungen in unverändertem Umfang Kurzarbeitergeld abrechnen, stehen die Lockerungen dem Anspruch auf Kurzarbeitergeld nicht entgegen. In der aktuellen Situation ist es sachgerecht, davon auszugehen, dass die Maßnahmen zur teilweisen Wiederaufnahme der betrieblichen Tätigkeit dem Betrieb zur Vermeidung des Arbeitsausfalles nicht zumutbar sind. Dieser Wertung liegt zu Grunde, dass der Betrieb grundsätzlich ein Interesse an der Wiederaufnahme einer wirtschaftlich sinnvollen Betriebstätigkeit hat. Denn trotz Erstattung einer Pauschale für die Sozialversicherungsbeiträge gibt es weitere Fixkosten (z.B. Pacht, Versicherungen, Lizenzen, Leasingverträge), die der Betrieb zu tragen hat. Außerdem können Inhaberinnen und Inhaber bzw. Gesellschafterinnen und Gesellschafter nur im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung Einkommen erzielen. Außerdem bestätigt der Betrieb im Leistungsantrag, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld weiterhin vorliegen.“

Diese Argumentation ist auf die Situation in der Re-Start-Phase nach dem zweiten Lockdown übertragbar.

2. Durch die Öffnungsschritte kann ich jetzt wieder (mehr) Mitarbeiter einsetzen, das Arbeitsaufkommen reicht aber noch längst nicht an normale Verhältnisse heran. Müssen jetzt alle Mitarbeiter gleichermaßen aus der Kurzarbeit zurückgeholt werden? Was muss ich beachten?

Es ist grundsätzlich möglich, die Mitarbeiter auch z.B. zeitversetzt oder zu unterschiedlichen Prozentsätzen aus der Kurzarbeit zurückzuholen. Allerdings müssen dabei die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze berücksichtigt werden. Das bedeutet, Differenzierungen dürfen nicht diskriminierend, willkürlich oder maßregelnd sein. Und auch der **arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** ist zu beachten. Dieser verbietet aber nicht generell Differenzierungen, sondern sagt nur, dass Gleiches gleich behandelt werden muss. Also sind z.B.

Differenzierungen nach Qualifikation oder Aufgabenbereich zulässig. Auch Differenzierungen z.B. wegen der Notwendigkeit der Kinderbetreuung können unserer Rechtsauffassung nach ein legitimes Differenzierungskriterium sein, ebenso wie ein längerer Verbleib von Mitarbeitern, die Risikogruppen angehören (Vorerkrankungen, Ältere) in der Kurzarbeit oder umgekehrt die bevorzugte Berücksichtigung bereits geimpfter oder genesener Mitarbeiter. Die rechtskonforme Ausgestaltung im Einzelnen kann unter Umständen schwierig sein. Im Zweifel konsultieren Sie die DEHOGA-Rechtsberatung.

Sollten Sie in Ihrer Betriebsvereinbarung oder Ihrer arbeitsvertraglichen Regelung zur Kurzarbeit konkrete Regelungen zur Auswahl der Mitarbeiter für die Kurzarbeit oder zur Bemessung des Umfangs der Kurzarbeit getroffen haben, sind diese natürlich zu beachten.

3. Wie schnell können Mitarbeiter aus der Kurzarbeit zurückgeholt werden?

Nach den Regelungen des Sozialgesetzbuches können Mitarbeiter jederzeit aus der Kurzarbeit zurückgeholt oder der Umfang der Kurzarbeit reduziert werden. Da die Abrechnung des Kurzarbeitergeldes (Kug) für den jeweiligen Kalendermonat immer erst im Nachhinein erfolgt und genau den tatsächlichen Arbeitsausfall berücksichtigen muss, geben die Arbeitsagenturen hierfür keine Fristen vor.

In vielen Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder arbeitsvertraglichen Regelungen sind allerdings **Ankündigungsfristen** festgelegt. Ist das nicht der Fall, so ist das sog. „billige Ermessen“ anzuwenden. Was das konkret bedeutet, muss im Einzelfall beurteilt werden.

4. Muss die Kurzarbeits-Anzeige geändert werden, wenn nicht mehr „Kurzarbeit Null“ gilt, sondern viele Mitarbeiter wieder normal arbeiten?

Nein. Der Umfang der Kurzarbeit, der in der Anzeige angegeben ist, ist nur eine unverbindliche Vorankündigung. Maßgeblich für den Kug-Bezug ist nicht die Anzeige, sondern der Antrag mit der Abrechnung für den zurückliegenden Kalendermonat. Lediglich wenn die Kurzarbeit vorzeitig beendet wird, muss dies der Arbeitsagentur mitgeteilt werden. Unterbrechungen von einem oder zwei Monaten verlängern die Bezugsdauer um diese Zeit, bei einer zusammenhängenden Unterbrechung ab drei Monaten muss ein Arbeitsausfall danach erneut angezeigt werden.

In Antrag / Abrechnung müssen die gemeldeten Ausfallstunden jedoch korrekt sein, sonst drohen bei der späteren Prüfung Rückforderungen oder im Extremfall Strafanzeigen. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Kug-Auszahlung immer nur mit einem vorläufigen Bescheid erfolgt und die Arbeitsagenturen erst Monate später im Detail prüfen können und werden.

Denken Sie bitte auch daran, dass Kug nur gezahlt werden kann, wenn im jeweiligen Kalendermonat mindestens 10 % der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen

Bruttoentgelts betroffen ist. Wird diese Schwelle durch die Öffnung unterschritten, fällt der Kug-Anspruch weg.

5. Wie kann der Umfang der Kurzarbeit an die sich in der Re-Start-Phase ständig verändernde Lage in Bezug auf Betriebsbeschränkungen und Umsatzsituation angepasst werden?

Hier muss man zwischen drei Ebenen unterscheiden:

- Solange die Voraussetzungen für Kurzarbeit im Gesamtbetrieb vorliegen, sind Veränderungen in der Höhe des **Kurzarbeitergeldes** unproblematisch. Das **Kurzarbeitergeld** wird jeden Kalendermonat automatisch an den tatsächlichen Arbeitsausfall im Betrieb angepasst. Denn die Abrechnung für das Kug erfolgt nach dem letzten Arbeitstag eines Monats und muss die ausgefallene Arbeitszeit (bezahlt mit Kug) und die tatsächlich noch gearbeitete Arbeitszeit (bezahlt mit Kurzlohn) berücksichtigen. Die Angabe zum Umfang des voraussichtlichen Arbeitsausfalls in der Anzeige bei der Arbeitsagentur hindert eine Anpassung der tatsächlichen Zeiten an eine sich verändernde Lage nicht.
- **Arbeitsrechtlich** ist es jedoch erforderlich, dass die jeweilige Rechtsgrundlage für die Anordnung von Kurzarbeit (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung bzw. arbeitsvertragliche Regelung) evtl. Veränderungen bei der Kurzarbeit (Verkürzungen, Verlängerungen, vorzeitige Beendigung) auch mit umfasst. Die DEHOGA-Muster für Betriebsvereinbarungen und arbeitsvertragliche Regelungen berücksichtigen dies **flexibel**. Falls die Vereinbarung mit den Mitarbeitern befristet war (z.B. bis zum 30.06.2021) und über das Befristungsende hinaus kurzgearbeitet werden muss, muss die Vereinbarung entsprechend verlängert oder neu abgeschlossen werden. Auch **Ankündigungsfristen** und / oder die **Bekanntgabefristen der Dienstpläne** können ggf. von Bedeutung sein (meist in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen geregelt).
- **Operativ** ist es erforderlich, dass im Betrieb ein **Prozess** festgelegt wird, wie Veränderungen kommuniziert werden. Insbesondere Mitarbeiter in Kurzarbeit Null oder solche, die während der Kurzarbeit eine Nebentätigkeit ausüben, müssen wissen, wie und wann sie zur Arbeit zurückgerufen werden können. Arbeitgeber sollten bedenken, dass sich durch die sehr lange Dauer des zweiten Lockdowns Mitarbeiter umorientiert haben könnten, ohne das mitzuteilen. Man sollte also rechtzeitig vor Arbeitsbeginn sicherstellen, dass die eingeplanten Mitarbeiter auch tatsächlich „an Bord“ sind. Betriebe, die während des Lockdowns regelmäßig den persönlichen Kontakt zu ihren Mitarbeitern gepflegt haben, sind jetzt im Vorteil. Auch muss damit gerechnet werden, dass nach der langen Lockdown-Phase eine erneute Einarbeitung oder auch eine physische oder psychische Gewöhnung an einen normalen Arbeitstag erst wieder erfolgen muss. Dies sollte bewusst eingeplant werden.

6. In den letzten Wochen und Monaten sind aufgrund der finanziellen Belastungen einige meiner Mitarbeiter abgewandert / haben gekündigt. Um wiedereröffnen zu können, muss ich diese ersetzen. Können Neueinstellungen zu Problemen führen, wenn gleichzeitig auch noch Mitarbeiter in Kurzarbeit sind? Stimmt es, dass die Arbeitsagentur meine Neueinstellungen genehmigen muss?

Die Neueinstellung von Mitarbeitern, während andere Mitarbeiter noch in Kurzarbeit sind, beinhaltet das Risiko, dass das Kug für diese Mitarbeiter dann nicht mehr gewährt wird. Weiter besteht das Risiko, dass im Falle eines späteren erneuten Lockdowns die Kug-Berechtigung in Frage gestellt wird.

Dahinter steht das folgende Grundprinzip: Kug wird nur dann gezahlt, wenn der Arbeitsausfall unvermeidlich ist. In vielen Fällen wird es so sein, dass ein Arbeitsausfall vermieden oder verringert werden könnte, wenn man statt geplanter Neueinstellungen die kurzarbeitenden Mitarbeiter (verstärkt) einsetzt. Dazu kann ggf. auch gehören, dass man diese versetzt oder mit anderen Tätigkeiten beschäftigt – soweit dieses arbeitsrechtlich und aufgrund der Fähigkeiten möglich ist.

Das muss aber keinesfalls immer so sein und deshalb sind – auch wenn man vielfach etwas anderes hört oder liest – Neueinstellungen bei Kurzarbeit nicht per se ausgeschlossen und es kann sogar möglich sein, für die neu eingestellten Beschäftigten ihrerseits Kug zu beziehen. Es kommt auf den Einzelfall an. Generell gilt:

Nach der gesetzlichen Regelung muss die Neueinstellung auf "**zwingenden Gründen**" beruhen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (Rz. 98.9) können diese zwingenden Gründe **vertraglicher, betrieblicher oder gesetzlicher Art** sein. Die Fachlichen Weisungen nennen einige Beispielfälle, unter denen die zwingenden Gründe jedenfalls anerkannt sind. Relevant davon in der derzeitigen Situation für gastgewerbliche Betriebe sind insbesondere

- eine nicht entbehrliche Fachkraft muss unumgänglich eingestellt werden, um die Weiterführung des Betriebes zu gewährleisten
- Einstellung oder Übernahme von Auszubildenden (vgl. auch DEHOGA FAQ's Aus- und Weiterbildung)

Diese Liste ist aber beispielhaft und nicht abschließend. Allgemein anerkannt sind z.B. auch

- Rückkehr von Mitarbeitern aus Mutterschutz oder Elternzeit
- Arbeitsvertrag / verbindliche Einstellungszusage gegenüber dem neuen Mitarbeiter bereits vor der Phase der Kurzarbeit (Nachweis erforderlich)
- neuer Mitarbeiter weist eine spezielle Qualifikation auf, die zu diesem Zeitpunkt für die Wiedereröffnung oder Weiterführung des Betriebes unverzichtbar ist
- neuer Mitarbeiter wird für einen Bereich des Betriebes eingestellt, in dem nicht kurzgearbeitet wird, ggf. sogar Mehrarbeit anfällt, und die Stelle

kann von keinem in Kurzarbeit befindlichen Mitarbeiter eines anderen Bereichs ausgefüllt werden

Nach unserer Rechtsauffassung können aber auch arbeitsmarktpolitische Gründe (z.B. Betrieb hat lange vergeblich nach einem Koch gesucht und muss sich einen zur Verfügung stehenden Bewerber jetzt sichern) oder arbeitsvertragliche Gründe (z.B. in Kurzarbeit befindliche Mitarbeiter sind nach ihrer Tätigkeitsbeschreibung nicht verpflichtet und auch nicht bereit, einfache Servicetätigkeiten zu erfüllen) Neueinstellungen rechtfertigen.

Empfohlene Vorgehensweise:

Rein rechtlich ist die vorherige Zustimmung der BA zu einer Neueinstellung nicht erforderlich; die Entscheidung neue Beschäftigte einzustellen (und das entsprechende Risiko) liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber. Erst mit der Gesamtbeschäftigtenzahl bei der Monatsabrechnung müssen Neueinstellungen erfasst werden.

Da Neueinstellungen ohne zwingenden Grund jedoch dazu führen können, dass der Arbeitsausfall bei den kurzarbeitenden Beschäftigten nicht mehr als unvermeidbar angesehen wird, und somit dann die Kug-Auszahlung versagt würde, empfehlen wir im Zweifelsfall, sich im Vorfeld der Neueinstellung mit der zuständigen Arbeitsagentur in Verbindung zu setzen, den zwingenden Bedarf schriftlich und nachvollziehbar begründet darzulegen und die – ebenfalls schriftliche - Abstimmung mit der Arbeitsagentur zu suchen.

Lediglich bei eindeutig vorliegenden anerkannten Gründen (z.B. Übernahme von Auszubildenden) reicht die nachträgliche Angabe der Neueinstellungen im Rahmen der Abrechnung des jeweiligen Bezugsmonats aus. Auch hier empfehlen wir jedoch einen nachvollziehbar begründeten Nachweis für die Personalakten für eine eventuelle spätere Nachprüfung (z.B. Aktenvermerk) sowie eine unverzügliche schriftliche Mitteilung an die Arbeitsagentur.

7. Wie sieht es speziell mit der Einstellung von Saisonkräften für die beginnende Sommersaison aus?

Leider erkennt die Bundesagentur für Arbeit Neueinstellungen in vorausschauender Vorbereitung der Saison nicht generell als unvermeidbar an.

Die FAQ's der Bundesagentur für Arbeit sagen dazu:

Es muss ein zwingender Grund für eine Neueinstellung vorliegen. Dieser liegt bei der Einstellung von Saisonkräften vor, wenn der Betrieb üblicherweise Saisonkräfte beschäftigt und eine tragfähige Prognose möglich ist, ab wann die Saisonkräfte voraussichtlich ihre Arbeit tatsächlich aufnehmen können.

Für Betriebe, für welche keine vollständigen Einschränkungen mehr nach der „Bundesnotbremse“ (zum Beispiel Gaststätten oder Freizeitparks) mehr vorliegen, gilt Folgendes:

- *Die konkrete Öffnungsperspektive liegt vor, wenn die 7-Tage-Inzidenz in dem Landkreis oder der kreisfreien Stadt des betroffenen Betriebes an 5 aufeinander folgenden Werktagen den Schwellenwert von 100 unterschreitet und nach landesrechtlichen Regelungen eine Öffnung für die jeweilige Branche möglich ist.*
- *Dieser Wert orientiert sich an den Vorgaben des Infektionsschutzgesetzes. Der maßgebliche Tag des Unterschreitens ist der amtlichen Bekanntmachung durch die landesrechtlich zuständige Behörde (zum Beispiel kreisfreie Stadt) zu entnehmen. Ab diesem Tag kann von einer stabilen Inzidenzlage ausgegangen werden, so dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ein zwingender Grund zur Neueinstellung von Saisonkräften vorliegen kann.*
- *Sofern die Öffnungen aufgrund einer Überschreitung des Schwellenwertes im Sinne des Infektionsschutzgesetzes wieder zurückgenommen werden, liegt ab dem Zeitpunkt dieser amtlichen Bekanntmachung zur Überschreitung des Schwellenwertes kein zwingender Grund für weitere Neueinstellungen von Saisonkräften mehr vor.*

Das bedeutet, die BA fordert im Einzelfall eine **tragfähige Prognose, ab wann die Kurzarbeit voraussichtlich beendet ist**. Diese soll sowohl von der Ausgestaltung der Öffnungsschritte im jeweiligen Bundesland sowie (mit Blick auf die sog. „Bundesnotbremse“) von stabilen 7-Tages-Inzidenzen unter 100 bzw. unter 50 abhängen. Erst wenn absehbar ist, wann die Kurzarbeit beendet sein wird, soll die Einstellung ohne Kug-Risiko erfolgen.

Unproblematisch ist das für die Konstellationen, in denen Betriebe / Betriebs- teile / Mitarbeiter von bereits erlassenen Corona-Rechtsverordnungen der Bundesländer erfasst sind.

8. Wie sieht es speziell mit der Einstellung von Auszubildenden aus, die in diesen Wochen ihre Sommerprüfung absolvieren?

Die aktuellen FAQ's der BA führen dazu aus:

Kurzarbeitergeld kann außerdem ohne weiteres auch für Auszubildende gezahlt werden, die nach Abschluss ihrer Berufsausbildung eine versicherungspflichtige (befristete oder unbefristete) Beschäftigung bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber aufnehmen.

Das bedeutet, dass sowohl die Übernahme eigener Azubis als auch die Einstellung von aktuell ausgelerten Azubis aus anderen Betrieben ohne Kug-Risiko möglich ist.

9. Können Minijobber beschäftigt werden, obwohl sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter noch in Kurzarbeit sind?

Ja, das ist nach unserer Rechtsauffassung zulässig, jedenfalls soweit die jeweiligen Minijobber nicht mehr als vorher arbeiten, und soweit im Verhältnis zu den sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten der arbeitsrechtliche

Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt wird. Aussagen von Arbeitsagenturen, wonach Minijobber prinzipiell nicht beschäftigt werden dürfen, solange noch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter in Kurzarbeit sind, halten wir so pauschal für arbeitsrechtlich nicht haltbar, denn auch Minijobber haben einen Beschäftigungsanspruch (aus der Stundenzahl im Arbeitsvertrag oder aus § 12 TzBfG).

Jedoch sollten ohne vorherige Zustimmung der Arbeitsagentur keinesfalls neue Minijobverhältnisse begründet werden, solange andere Mitarbeiter noch in Kurzarbeit sind. Denn insbesondere für „Aushilfen“ in Service oder Küche dürften die zwingenden Gründe für die Neueinstellung in vielen Fällen nur schwer begründbar sein, solange noch Mitarbeiter in Kurzarbeit sind, die bereit wären, diese Aufgaben zu übernehmen. Auch hier kommt es aber auf den Einzelfall an.

10. Kann die Kurzarbeit wieder aufgenommen werden, falls sich herausstellt, dass der Betrieb doch wieder geschlossen oder reduziert werden muss?

Es ist möglich und in einer instabilen Lage auch empfehlenswert, die Kurzarbeit für ein oder 2 Monate zu unterbrechen, ohne sie zu beenden. Die max. Bezugsdauer verlängert sich dann um die Unterbrechungszeit. Die Unterbrechung muss sich auf den gesamten Betrieb bzw. die Betriebsabteilung beziehen, für die Kurzarbeit angezeigt wurde und muss für volle Kalendermonate gelten. Sind seit dem letzten Kalendermonat, für den Kurzarbeitergeld gezahlt worden ist, dagegen mindestens drei Monate vergangen, beginnt eine neue Bezugsdauer und es muss eine neue Anzeige erfolgen.

12. Kann es mehrere solche Unterbrechungen geben und wie wirkt sich das auf die Höchstdauer für die Corona-Sonderregeln aus?

Ja, es kann mehrere ein- bis zweimonatige Unterbrechungen geben. Die maximale betriebliche Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld (derzeit 24 Monate) verlängert sich dann um die Unterbrechungszeit. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die volle Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge derzeit nur bis Ende Juni 2021 gesichert ist.

13. Ich habe Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb angezeigt. Bezogen auf den Gesamtbetrieb werde ich aber demnächst nicht mehr 10 % der Arbeitnehmer mit mindestens 10 % Arbeitsausfall haben. Für einige Abteilungen (z.B. Bankettabteilung) benötige ich jedoch weiter Kurzarbeit. Kann die Kurzarbeit vom Betrieb auf eine oder mehrere Betriebsabteilungen umgewandelt werden?

Nein, das ist nicht möglich. Das Mindestquorum muss für die angezeigte Einheit erfüllt sein. Eine Kurzarbeits-Anzeige, die ursprünglich auf den Gesamtbetrieb bezogen worden ist, kann nicht nachträglich auf eine Betriebsabteilung reduziert werden. Es muss stattdessen eine neue Anzeige erfolgen.

Wir empfehlen in einem solchen Fall die Kontaktaufnahme zu Ihrer Arbeitsagentur.

14. In meinem Betrieb ist der Arbeitsbedarf immer noch vermindert, z.B. weil deutlich weniger Tagungen und Geschäftsreisen stattfinden. Punktuell, z.B. für Veranstaltungen, ist der Arbeitsbedarf aber deutlich erhöht. Durch Neueinstellungen kann dieser Bedarf kurzfristig nicht befriedigt werden. Was muss ich beachten, wenn ich die Nachfragespitzen mittels externen Personals auffangen will?

Bei **Leiharbeitskräften** ist zu beachten, dass diese in der monatlichen Abrechnung des Kug mit angegeben müssen und auch als Beschäftigte des Entleihers in diesem Monat gezählt – und zwar unabhängig davon, an wie vielen Tagen oder Stunden sie in dem Monat gearbeitet haben. Je nach Anzahl der Leiharbeitskräfte kann das dazu führen, dass die rechnerische Beschäftigtenzahl des Betriebes so weit ansteigt, dass das Mindestefordernis für Kug von 10 % Beschäftigten in Kurzarbeit unterschritten wird. Das führt dazu, dass der Kug-Anspruch für diesen Monat entfällt.

Der Einsatz von Leiharbeitskräften während Kurzarbeit muss der Arbeitsagentur nicht vorab angekündigt oder von dieser genehmigt werden. Ein entsprechender Hinweis vorab und / oder eine entsprechende Zusatzbemerkung beim monatlichen Kug-Antrag ist allerdings jedenfalls bei punktuell deutlich höherem Arbeitsbedarf zu empfehlen, um Schwierigkeiten bei der Abschlussprüfung mit Blick auf die Unvermeidbarkeit der Kurzarbeit bei eigenen Mitarbeitern vorausschauend zu vermeiden.

Werkvertragskräfte dagegen sind in aller Regel keine Beschäftigten des Einsatzbetriebes, sie haben deshalb keinen Einfluss auf das 10 %-Quorum. Etwas anderes gilt nur, wenn dauerhaft vorhandene Arbeitsplätze über einen längeren Zeitraum hinweg durch Werkvertragskräfte besetzt werden.

15. Der Arbeitsanfall in meinem Betrieb hatte sich bereits wieder (weitgehend) normalisiert. Jetzt ist das Geschäft allerdings durch die Hochwasserereignisse gestört und ich muss (erneut) kurzarbeiten lassen. Welche Bedingungen gelten und was muss ich beachten?

Für alle Betriebe, die jetzt (bis zum 30. September 2021) wegen des Hochwassers mit Kurzarbeit starten, gelten die aktuellen, erleichterten Corona-Sonderregelungen. Es gilt also insbesondere nur das Zehn-Prozent-Quorum (statt 30 %), es müssen keine Minusstunden aufgebaut und noch nicht verplanter Urlaub nicht vorrangig eingebracht werden, Sozialbeiträge werden jedenfalls bis zum 30. September 2021 zu 100 % erstattet.

Es ist zu unterscheiden:

▪ **Unmittelbare Betroffenheit des Betriebes**

Betriebe, die unmittelbar vom Hochwasser betroffen sind (z.B. Überflutung, Beschädigung des Betriebes), und bei denen deshalb Arbeit ausfällt, können aufgrund eines „**unabwendbaren Ereignisses**“ kurzarbeiten.

Wenn auch vor dem Hochwasser in dem Betrieb noch Beschäftigte in Kurzarbeit waren, ist eine **formale Kurzarbeitsanzeige nicht nochmals erforderlich**. Das gleiche gilt auch, wenn der letzte Kurzarbeitsantrag mit Abrechnung noch **nicht mehr als zwei Monate** zurückliegt. Denn bis zu zweimonatige Unterbrechungen der Kurzarbeit sind möglich, ohne die Kurzarbeit zu beenden. Bei hochwasserbedingter Kurzarbeit ab Juli ist also keine neue Anzeige erforderlich, wenn zuletzt spätestens für April Kug beantragt worden waren. Es bedarf dann keiner Änderung der bisherigen formalen Anerkennungsentscheidung.

Muss die bestehende Kurzarbeit allerdings aufgrund der Hochwasserschäden **ausgeweitet oder verlängert** werden, so muss diese Ausweitung oder Verlängerung der Arbeitsagentur schriftlich mitgeteilt werden.

War der Betrieb dagegen zuletzt **seit mehr als zwei Monaten nicht mehr in Kurzarbeit** und muss er mit dieser jetzt aufgrund der unmittelbaren Betroffenheit durch das Hochwasser neu starten, so muss er die Kurzarbeit auf Basis eines „unabwendbaren Ereignisses“ **neu anzeigen**. Die Anzeige muss unter Nutzung des Vordrucks bei der Agentur für Arbeit erfolgen. Bei einem unabwendbaren Ereignis gilt die Anzeige für den entsprechenden Kalendermonat als erstattet, wenn sie unverzüglich erstattet worden ist. Der Kurzarbeitergeldbezug ist auf längstens 12 Monate beschränkt.

▪ **Mittelbare Betroffenheit des Betriebes**

Wenn der Betrieb lediglich mittelbar vom Hochwasser betroffen ist, z.B. durch die Überflutung eines wesentlichen Zulieferbetriebes, so kann der mittelbar betroffene Betrieb Kurzarbeit nur aus „**wirtschaftlichen Gründen**“ anzeigen. Kurzarbeitergeld wird dann frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist.

Kein Kug- Anspruch besteht, wenn der Betrieb selbst nicht betroffen ist, aber Beschäftigte persönlich vom Hochwasser betroffen sind, z.B. weil ihr Haus eingestürzt ist oder Angehörige vermisst werden. Auch wenn der Betrieb bereits aufgrund der Corona-Auswirkungen in Kurzarbeit ist, darf diese nicht jetzt aufgrund der persönlichen Betroffenheit von Beschäftigten ausgeweitet werden.

Fragen zu Kurzarbeitergeld und Insolvenz

16. Kann Kurzarbeitergeld weitergewährt werden, wenn ein Insolvenzantrag gestellt ist?

Kurzarbeitergeld kann weiter gewährt werden, wenn die Voraussetzungen zur

Gewährung von Kurzarbeitergeld weiter vorliegen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob der Arbeitsausfall immer noch von vorübergehender Natur ist, d. h. es müssen begründete Erwartungen für eine Betriebsfortführung und die Rückkehr zu Vollarbeit bestehen. Sollte Kurzarbeit während des Insolvenzeröffnungsverfahrens nach Stellung des Insolvenzantrags eingeführt werden, gilt dies ebenso.

17. Was gilt dann für die Höhe des Insolvenzgeldes?

Sofern es keine explizite Vereinbarung gibt, führt ein Insolvenzantrag nicht automatisch zur Rückkehr zu Vollarbeit. Sofern kein 100 %iger Arbeitsausfall vorliegt, besteht ein Anspruch auf Insolvenzgeld bei Kurzarbeit im Insolvenzgeldzeitraum in Höhe des verbleibenden Ist-Entgelts. Kurzarbeit "Null" führt nicht zur Verschiebung des Insolvenzgeldzeitraums, da das Arbeitsverhältnis nicht ruht.

18. Welche Auswirkungen hat der Insolvenzantrag auf die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge?

Ab dem Abrechnungsmonat, in dem der Insolvenzantrag gestellt wurde, werden die Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr erstattet. Diese bisherige Verwaltungspraxis ist nunmehr durch § 2 Abs. 1 S. 2 KugV auch normiert.

Fragen zum Beginn der Kurzarbeit

19. Wann kann im Zusammenhang mit Umsatzrückgängen in Folge der Ausbreitung des Coronavirus Kurzarbeit für gastgewerbliche Betriebe überhaupt in Frage kommen?

Die Einführung von Kurzarbeit macht betriebswirtschaftlich Sinn, wenn als Ausgleich für den Verdienstaufschlag konjunkturelles Kurzarbeitergeld (Kug) gezahlt wird. Das ist nach dem Sozialgesetzbuch III möglich, wenn durch ein sog. „unabwendbares Ereignis“ oder „aus wirtschaftlichen Gründen“ vorübergehend ein „erheblicher Arbeitsausfall“ eintritt. Dieser Arbeitsausfall darf nicht „vermeidbar“ sein. Nachfolgend mehr dazu, was das konkret bedeutet.

Die jetzt nahezu flächendeckend erfolgten behördlichen Betriebsschließungen stellen sich für den einzelnen Hotelier und Gastronomen ohne Zweifel als „**unabwendbares Ereignis**“ dar.

Bei freiwilligen Betriebsschließungen bereits vor Inkrafttreten der letzten Allgemeinverfügungen der Bundesländer sowie Umsatzrückgängen, z.B. aufgrund der Absagen von Veranstaltungen, bei einer größeren Zahl von Stornos, beim Einbruch des Neugeschäfts oder bei einer deutlich geringeren Frequenz als unter normalen Umständen kann der Arbeitsausfall auf „**wirtschaftlichen Gründen**“ beruhen. Hier spielt die Frage der Vermeidbarkeit eine stärkere Rolle. Dazu im Folgenden mehr.

Nur der Nachweis von Umsatzeinbrüchen, auch wenn sie dramatisch sind, reicht allerdings in beiden Varianten nicht aus, sondern es müssen **Auswirkungen auf den Personalbedarf** nachgewiesen werden. Der Arbeitsausfall muss

- mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer im Umfang von mindestens 10 Prozent betreffen und
- unvermeidbar sein
- vorübergehend sein.

Was das in den verschiedenen typischen Konstellationen in Hotellerie und Gastronomie konkret bedeutet, dazu ebenfalls im Folgenden mehr.

20. Wie und wann kann man Kurzarbeitergeld beantragen und wer kann dazu beraten?

Zuständig für das Kurzarbeitergeld ist die örtliche Arbeitsagentur. Dort muss zunächst die Kurzarbeit **angezeigt** werden, später in einem zweiten Schritt mit der Abrechnung **beantragt** werden. Formulare dafür finden Sie auf www.arbeitsagentur.de.

Einschlägige Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen müssen der Anzeige beigefügt werden. Einzelvertragliche Vereinbarungen bzw. Änderungskündigungen zur Einführung der Kurzarbeit müssen seit den Verfahrenserleichterungen zum 30. März 2020 nicht mehr mit der Anzeige eingereicht, sondern nur noch zur Prüfung vorgehalten werden. Die Gründe für den Arbeitsausfall sind nur noch in einfacher Form darzulegen. Es wird lediglich Plausibilität und Vollständigkeit geprüft. Zur Glaubhaftmachung genügen Nachweise in einfacher Form.

In Filialunternehmer mit zentraler Lohnabrechnung ist die Arbeitsagentur zuständig, an deren Ort die Lohnabrechnung gemacht wird.

Vor Anzeige bzw. Antrag empfiehlt sich die telefonische Kontaktaufnahme mit der Bundesagentur für Arbeit, möglichst mit Ihrem persönlichen Ansprechpartner bei der örtlichen Arbeitsagentur bzw. Ihrem Großkundenbetreuer um auszuloten, ob die Voraussetzungen für das Kug vorliegen bzw. an welchen Punkten die Arbeitsagentur ggf. Zweifel oder Nachfragen hat.

In der aktuellen Situation starker Arbeitsbelastung der Arbeitsagenturen können Sie die Anzeige von Kurzarbeit auch online über die eServices der Bundesagentur für Arbeit vornehmen und eine Rückrufbitte über das Kontaktformular auf www.arbeitsagentur.de hinterlassen. Auch per E-Mail, Fax oder auf dem Postweg kann die Anzeige erfolgen. Die Arbeitsagenturen bitten darum, die Anzeige nur auf einem dieser Kanäle einzureichen, da sonst Doppelarbeit entsteht.

Die DEHOGA-Landesverbände und DEHOGA-Geschäftsstellen haben meist auch direkte Ansprechpartner in den Arbeitsagenturen und Regionaldirektionen,

auf die bei dringenden Fragen, die nicht durch den DEHOGA beantwortet werden können, zurückgegriffen werden kann.

21. Kann im Falle einer behördlichen Betriebsschließung Kurzarbeitergeld beantragt werden?

Die Bundesagentur für Arbeit hat ausdrücklich klargestellt, dass eine behördliche Betriebsschließung (wie sie jetzt durch die Allgemeinverfügungen der Bundesländer für gastgewerbliche Betriebe nahezu flächendeckend vorliegen) oder Tätigkeitsverbote gegenüber der gesamten Belegschaft sog. „**unabwendbare Ereignisse**“ darstellen, wofür Kug beantragt werden kann.

Auch der **vorübergehende, erhebliche Arbeitsausfall**, den das Gesetz fordert, liegt in einem solchen Fall unzweifelhaft vor. In der Regel entfällt in dieser Konstellation der Arbeitsbedarf für (nahezu) die vollständige Belegschaft. Bei einer vollständigen Betriebsschließung läge ein Fall von sog. „Kurzarbeit Null“ vor.

Bei behördlichen Betriebsschließungen bleibt in Bezug auf den Arbeitsausfall lediglich zu prüfen, ob der Arbeitsausfall im Einzelfall **vermeidbar** ist.

Konkret bedeutet dies insbesondere, dass vor Gewährung von Kug zuerst bestehende **Plusstunden auf Arbeitszeitkonten** eingesetzt werden müssen. *Minusstunden müssen nach der neuen Rechtsverordnung nicht mehr aufgebaut werden.*

Weiter muss vor der Einführung von Kurzarbeit eventuell noch bestehender **Resturlaub** aus dem Vorjahr abgebaut werden.

22. Kann im Falle einer freiwilligen Betriebsschließung Kurzarbeitergeld beantragt werden?

Viele Betriebe hatten bereits in der Phase der sehr weitgehenden Betriebsbeschränkungen nach Landesrecht (z.B. Restaurantschließungen ab 18 Uhr) Mitte März ihre Betriebe geschlossen. Auch in den Bundesländern, in denen nicht touristische Übernachtungen noch erlaubt sind, sind die meisten Beherbergungsbetriebe mittlerweile vollständig geschlossen. Die Gästenachfrage und damit die Umsätze sind in vielen Betrieben aufgrund der Betriebsbeschränkungen, Grenzschließungen, und Empfehlungen zur Einschränkung sozialer Kontakte so dramatisch gesunken, dass sich auch eine teilweise Weiterführung des Betriebs unter Kostengesichtspunkten in der Regel betriebswirtschaftlich verbietet.

In diesen Fällen liegt kein unabwendbares Ereignis vor, jedoch ein erheblicher **Arbeitsausfall, der auf wirtschaftlichen Gründen beruht**.

In diesen Fällen wird die Arbeitsagentur die Frage der **Vermeidbarkeit** des Arbeitsausfalls im Einzelfall prüfen. In der Vergangenheit ist es bereits

vorgekommen, dass Arbeitsagenturen Kug z.B. deshalb abgelehnt haben, weil der Hotelier den Betrieb zur Kostenminimierung oder wegen schlechten Forecasts für einen Tag im Monat komplett geschlossen habe (dies habe die Einbuchung von Gästen verhindert). Die Ursache für den Arbeitsausfall sei durch den Arbeitgeber selbst gesetzt worden bzw. er habe seine Schadensminderungspflicht nicht erfüllt.

Hierzu ist zu sagen, dass nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit einem Arbeitgeber nichts abverlangt werden darf, was die betrieblichen Strukturen, wirtschaftlich nicht zulassen. Die **wirtschaftliche Zumutbarkeit** ist zu beachten. Ein Betrieb, der aufgrund der Beschränkungen in der Corona-Krise keine oder bei weitem nicht kostendeckende Umsätze erzielen kann, muss nicht nur zur Vermeidung der Kurzarbeit offengehalten werden. Wenn das Umfeld (kein Tourismus, Absage von Messen, Kongressen, Tagungen etc.) keine Gäste erwarten lässt, ist davon auszugehen, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar ist.

Etwas anderes kann ausnahmsweise in den Fällen gelten, wenn durch Unterbringung oder Verpflegung von z.B. Grenzgängern, Saisonarbeitern, zusätzlichem Personal in systemrelevanten Branchen eine wirtschaftlich zumutbare Fortsetzung des Geschäftsbetriebs im Rahmen von dessen Geschäftsmodell möglich ist.

Im Übrigen gelten die dargestellten Voraussetzungen zu Plusstunden und Resturlaub.

23. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Kurzarbeitergeld bei Einnahmeausfällen aufgrund von Stornos oder Einbrüchen beim Neugeschäft im Gastgewerbe in Betracht kommt?

In dieser Konstellation ist von besonderer Bedeutung, dass ein **Arbeitsausfall mit Entgeltausfall** nachgewiesen werden muss, lediglich der Nachweis von Umsatzrückgängen reicht nicht aus.

In der Vergangenheit war es häufig so, dass die Arbeitsagenturen argumentiert haben, die gastgewerblichen Unternehmen müssten das Personal ohnehin vorhalten, auch wenn Gästezahl und Umsatz sinken. Vereinzelt haben wir solche Argumentationen auch in den ersten Wochen der Coronakrise aus Arbeitsagenturen gehört. Der Nachweis des Arbeitsausfalls auch in den Zeiten vor den behördlichen Betriebsschließungen kann z.B. dadurch erfolgen, dass der Ausfall von Veranstaltungen belegt wird, die einen bestimmten Personalbedarf erfordert hätte oder auch durch einen **Vergleich der Dienstpläne vorher/nachher**.

Zur Argumentation gegenüber der Arbeitsagentur bei pauschaler Ablehnung folgendes Zitat aus Ziff. 2.1 der Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für

Arbeit (Stand 20.12.2018): „*Das Kug-Recht grenzt auch nachfrageintensive Wirtschaftsbereiche, in denen klassisch Personal für eine möglicherweise nicht abgerufene Dienstleistung vorgehalten werden muss, nicht aus. Es gilt daher glaubhaft zu machen, dass die/der einzelne Betroffene neben einem bloßen Entgeltausfall auch einen tatsächlichen Arbeitsausfall erleidet.*“

Im Übrigen gelten die dargestellten Voraussetzungen zu Plusstunden und Resturlaub.

24. Darf der Arbeitgeber einfach Kurzarbeit anordnen?

Nein. Der Arbeitgeber darf selbst im Fall einer Betriebsschließung nicht einseitig Kurzarbeit anordnen, sondern benötigt dafür immer eine **Rechtsgrundlage**.

Die Rechtsgrundlage kann ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag sein. Die Arbeitsagentur prüft im Nachgang, ob die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen eingehalten wurden.

- In Betrieben **mit Betriebsrat** ist eine Betriebsvereinbarung zwingend erforderlich (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Einen Mustertext für eine mögliche Betriebsvereinbarung erhalten Mitglieder beim DEHOGA.
- **Gastgewerbliche Tarifverträge:** Der allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag DEHOGA NRW enthält in seinem Anhang 2 eine tarifliche Regelung zur Kurzarbeit. Gilt ein Haustarifvertrag, ist zu prüfen, ob dieser eine Regelung zur Kurzarbeit enthält oder ob im Bedarfsfall mit der Gewerkschaft kurzfristig eine solche geschaffen werden kann.
- Wenn **kein Betriebsrat** vorhanden ist und auch der Arbeits- oder Tarifvertrag keine Kurzarbeitsklausel als Rechtsgrundlage enthält, müssen (und können) individuelle **arbeitsvertragliche Regelungen** mit allen betroffenen Arbeitnehmern geschlossen werden. Ein Muster für eine arbeitsvertragliche Regelung finden Sie auf www.dehoga-corona.de zum Thema Kurzarbeit in den beigefügten Dokumenten.

Die Arbeitsagenturen lassen auch ein **gemeinsames Schriftstück**, auf dem alle betroffenen Arbeitnehmer ihr Einverständnis zu den vereinbarten Regelungen durch Unterschrift bestätigen, als Rechtsgrundlage ausreichen. Aus Gründen der Klarheit, zu Dokumentationszwecken (Personalakte) und um Rechtsunsicherheiten (z.B. bzgl. der vom Kug ausgeschlossenen Mitarbeiter) zu vermeiden, empfehlen wir jedoch in der Regel separate Ergänzungen zum Arbeitsvertrag für jeden einzelnen Mitarbeiter.

- Wenn Arbeitnehmer der Einführung von Kurzarbeit nicht zustimmen, kann eine Reduzierung der Arbeitszeit ggf. im Wege der **Änderungskündigung** durchgesetzt werden. Soweit das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, gelten allerdings dafür enge Beschränkungen. Dieser Weg

sollte keinesfalls ohne professionellen Rechtsrat besprochen werden. Wenden Sie sich dafür an Ihre DEHOGA-Geschäftsstelle.

25. Welche finanziellen Leistungen erhalten Arbeitgeber durch das Kurzarbeitergeld?

Der Arbeitgeber profitiert mittelbar, wenn die Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhalten, da er während der Kurzarbeit von den Lohnkosten und Lohnzusatzkosten entlastet wird. Durch die befristeten Corona-Sonderregelungen übernimmt die BA zusätzlich zum Kug die Sozialversicherungsbeiträge, die sonst der Arbeitgeber zu tragen hätte. Das macht Kurzarbeit für die meisten Hotels und Restaurants überhaupt erst zu einem sinnvollen Instrument.

Die Kurzarbeit soll Unternehmer auch in die Lage versetzen, nach Ende des Arbeitsausfalls schnell und mit der vorhandenen Belegschaft die Arbeit wieder aufnehmen zu können.

Achtung: Die 100 %-ige Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge gilt nach aktueller Kurzarbeitergeldverordnung nur noch bis zum 31. August 2021. Danach werden grundsätzlich nur noch 50 % der Sozialversicherungsbeiträge erstattet, die weiteren 50 % nur dann, wenn Weiterbildungsmaßnahmen gemäß § 106a SGB III erfolgen.

26. Welche finanziellen Leistungen erhalten Arbeitnehmer durch das Kurzarbeitergeld?

Der Arbeitnehmer ist der primär Begünstigte durch das Kug. Arbeitnehmer sollen durch die Kurzarbeit insbesondere vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes aufgrund betriebsbedingter Kündigung oder Insolvenz des Arbeitgebers geschützt werden.

Wenn Kug gewährt wird, erhalten die Beschäftigten zunächst 60 % des ausgefallenen Nettolohns als Kug (67 %, wenn ein Kind im Haushalt lebt).

Ab dem vierten Monat wird das Kug für Beschäftigte, deren Arbeitszeit um mindestens 50 % reduziert ist auf 70 % (Eltern: 77 %) erhöht, ab dem siebten Monat auf 80 % (87 %). Diese Erhöhung des Kug war zunächst bis zum 31. Dezember 2020 befristet, wurde dann aber durch das Beschäftigungssicherungsgesetz bis zum 31. Dezember 2021 verlängert. Die Zählung der Monate mit Entgeltausfall beginnt mit März 2020. Folglich ist der Juni 2020 der früheste Monat, in dem Anspruch auf ein erhöhtes Kug bestehen könnte. Es kommt nicht darauf an, in welchem Monat der Betrieb mit der Kurzarbeit (wieder) begonnen hat.

Die Berechnung im Einzelfall kann kompliziert sein. Details und ein Rechenbeispiel enthalten die Informationen der BA. An dieser Stelle nur einige Stichworte: Es wird die Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-

Entgelt und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt errechnet. Beim Soll-Entgelt werden Mehrarbeit und Einmalzahlungen nicht berücksichtigt. Zugrunde gelegt wird nur das beitragspflichtige Soll-Entgelt, das bedeutet abgabenfreie Lohnbestandteile sowie Entgelte oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze werden nicht berücksichtigt. Bei der Berechnung der Differenz wird die jeweilige Lohnsteuer zugrunde gelegt. Eine Berechnungstabelle finden Sie hier: https://www.arbeitsagentur.de/datei/KUG050-2017_ba015627.pdf

Die Mitgliedschaft in Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung bleibt in vollem Umfang erhalten. Wird der Beschäftigte trotz Kurzarbeit später noch arbeitslos, bemisst sich sein Arbeitslosengeld nicht nach dem Kug, sondern nach dem Gehalt, das ohne den Ausfall erzielt worden wäre.

27. Welche Arbeitnehmer können einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben – und welche nicht?

Persönliche Voraussetzungen für den Kug-Bezug sind insbesondere, dass ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis besteht, das nicht gekündigt oder aufgelöst ist. Zu folgenden im Gastgewerbe besonders wichtigen Personengruppen vertiefende Ausführungen:

- **Minijobber** sind nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt und haben daher keinen Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung, auch nicht auf Kug.

Lösungen im Einzelfall können ggf. über das Arbeitszeitkonto oder (bezahlt oder unbezahlt) Urlaub befunden werden. Ein Muster für das einvernehmliche Ruhendstellen des Arbeitsverhältnisses erhalten DEHOGA-Mitglieder in Ihrer DEHOGA-Geschäftsstelle. Wenn dies nicht möglich ist und fest beschäftigte Minijobber im Fall massiver Umsatzrückgänge oder Betriebsschließungen die Kosten des Unternehmens zu stark belasten, wird in vielen Fällen keine Möglichkeit außer einer betriebsbedingten Kündigung (ggf. mit Wiedereinstellungszusage) bleiben. Zu beachten ist: Für Minijobber gelten arbeitsrechtlich die gleichen Regelungen zum Kündigungsschutz wie für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte auch. Auch alle sonstige arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen einschließlich der Problematik der „Arbeit auf Abruf“ gelten arbeitsrechtlich betrachtet auch in der Corona-Krise unverändert.

Hinweis: Minijobber sind nicht Kug-berechtigt. Sie sind aber in der Kurzarbeits-Anzeige bei der Beschäftigtenzahl anzugeben und zählen auch bei der Ermittlung des Quorums mit.

- Auch **Auszubildende** können Kurzarbeitergeld beziehen. Es sind jedoch zwei sehr wesentliche Einschränkungen zu beachten: Zum einen besteht der Anspruch des Auszubildenden, tatsächlich ausgebildet zu werden,

grundsätzlich auch in Betrieben mit Kurzarbeit, sogar in geschlossenen Betrieben, zunächst einmal fort. Der Ausbildende muss alle Mittel ausschöpfen, um die Ausbildung weiter zu gewährleisten. Erst wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, kommt Kurzarbeit in Betracht, insbesondere wenn der Ausbildungsbetrieb über eine gewisse Zeit vollständig zum Erliegen kommt. Zweitens: Selbst wenn das der Fall ist und Auszubildende in Kurzarbeit gehen, haben sie nach § 19 Berufsbildungsgesetz einen Anspruch auf Fortzahlung der Ausbildungsvergütung auch während Kurzarbeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

Dazu kann es sich u.U. empfehlen, statt des Kug für Auszubildende besser den Zuschuss zur Ausbildungsvergütung nach dem Bundesförderprogramm „Ausbildungsplätze sichern!“ in Anspruch zu nehmen.

Weiterführendes dazu sowie insgesamt zum Thema Ausbildung und Corona vgl. unsere separaten FAQ's zu Aus- und Weiterbildung in Zeiten der Corona-Pandemie.

- **Ausbildungspersonal:** Der fortbestehende Ausbildungsanspruch der Azubis sollte auch bei Kurzarbeit von Ausbildern und anderem Ausbildungspersonal berücksichtigt werden.
- **Schwangere** sind nicht grundsätzlich vom Kug ausgeschlossen. Nach der Rechtsauffassung der BA und des BMAS besteht jedoch kein Kug-Anspruch während eines Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz.

Auch ist zu beachten, dass Schwangere in einigen Betriebsvereinbarungen von der Kurzarbeit ausgenommen werden. Grund dafür war wohl, dass damit Nachteile beim **Elterngeld** vermieden werden sollten. Nach § 2b BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) bleiben jedoch bei der Ermittlung des dem Elterngeld zugrundeliegenden Einkommens vom 1. März bis 31. Dezember 2020 Einkommensverluste aufgrund der COVID-19-Pandemie ohnehin unberücksichtigt.

- **Leitende Angestellte und AT-Angestellte** sind sozialversicherungspflichtig Beschäftigte und können somit Kug erhalten. Allerdings ist zu beachten: Das Soll-Entgelt berechnet sich nach dem beitragspflichtigen Entgelt. Gehälter oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze bleiben bei der Kug-Berechnung außen vor.
- **GmbH-Geschäftsführer** sind nur Kug-berechtigt, wenn sie den Status eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers haben. Sind sie sozialrechtlich Selbstständige, greift Kug nicht. Das ist z.B. häufig bei Gesellschafter-Geschäftsführern der Fall, jedenfalls dann, wenn Sie mindestens 50 % Gesellschafteranteil haben. Auch bei sozialversicherungspflichtigen Geschäftsführern werden allerdings aufgrund deren besonderer Funktion im Unternehmen die Arbeitsagenturen besonders kritisch prüfen, ob ein unvermeidbarer Arbeitsausfall gegeben ist.

- Auch bei **Praktikanten** und **Werkstudenten** kommt es darauf an, ob sie sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind.

28. Muss Urlaub eingesetzt werden, bevor Kurzarbeit angezeigt bzw. beantragt werden kann?

Bis zum 31. Dezember 2020 galt eine befristete Sonderregelung, wonach die BA davon abgesehen hatte, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern. Diese Sonderregelung wurde nicht verlängert.

Demnach gilt jetzt wieder, dass zur Vermeidung von Kurzarbeit die bestehenden Urlaubspläne und Betriebsferien bei der Gewährung von Kug berücksichtigt werden. Demnach ist ein **Arbeitsausfall vermeidbar, wenn er durch Gewährung von Erholungsurlaub verhindert oder verkürzt werden kann, sofern vorrangige Urlaubswünsche der Beschäftigten nicht entgegenstehen.**

Die Fachliche Weisung der BA vom 23.12.2020 sowie eine dazu im Januar 2021 erfolgte Klarstellung differenzieren zwischen Resturlaub (aus 2020) und Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr (2021):

- a) Bzgl. des **Resturlaubs 2020** unterscheidet die BA zwei Fallgestaltungen.
 - *Eine Übertragung des Urlaubs in das Folgeurlaubsjahr ist aufgrund einer arbeits- oder tarifvertraglichen Regelung möglich:*
Sofern noch übertragbare Resturlaubsansprüche vorhanden sind, sind diese zur Vermeidung von Arbeitsausfällen einzusetzen. Das heißt, Arbeitgeber haben mit Beschäftigten, die noch „alte“, bisher unverplante Urlaubansprüche haben (die zu verfallen drohen), den Antritt dieses Urlaubs in Zeiten mit Arbeitsausfall im Betrieb zu vereinbaren. Die vorrangigen Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gehen vor.
 - *Eine Übertragung des Urlaubs in das Folgeurlaubsjahr ist aufgrund einer arbeits- oder tarifvertraglichen Regelung oder wegen Fehlens einer solchen Regelung nicht möglich:*
Diese Urlaubsansprüche sind zwingend zur Vermeidung der Kurzarbeit spätestens bis zum Ende des Urlaubsjahres einzubringen.

Das bedeutet, zum jetzigen Zeitpunkt sind Resturlaubsansprüche einzubringen, die ansonsten zu verfallen drohen. In diesen Fällen wird die Arbeitsagentur den Arbeitgeber auffordern, den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs zur Verminderung des Arbeitsausfalls festzulegen. Vorrangige Urlaubswünsche der Beschäftigten gehen aber auch beim Resturlaub vor.

- b) Bzgl. des **Urlaubs 2021** sagt die Weisung der BA, dass *ab dem 01.01.2021 nicht verplanter Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit wieder einzufordern ist.*

Dabei sind jedoch die arbeitsrechtlichen Grenzen der Urlaubsfestsetzung von besonderer Bedeutung. Vorrangige Urlaubswünsche der Beschäftigten gehen vor. Ein vermeidbarer Arbeitsausfall liegt vor, wenn der Arbeitgeber eine Bestimmung über den Antritt des Urlaubs treffen könnte.

Vorrangige Urlaubswünsche der Beschäftigten können dargelegt werden, indem eine Urlaubsplanung 2021 vorgelegt wird. *Diese Urlaubstage müssen dann nicht vor dem in der Urlaubsplanung genannten Zeitpunkt zur Vermeidung von Kurzarbeit eingebracht werden, sondern zu dem vorgegebenen Zeitpunkt.* Für eine Urlaubsplanung in diesem Sinne muss der Urlaub nicht zwingend von den Beschäftigten bindend beantragt worden sein, auch eine formlose Urlaubsplanung oder Urlaubsliste reicht aus, damit der Urlaub nur zu den geplanten Zeiten eingebracht werden muss. Wird allerdings von dieser Planung dann *nur aufgrund von Kurzarbeit abgewichen, gilt der Arbeitsausfall als vermeidbar.*

Die BA hat jedoch auch klargestellt, dass keine Verpflichtung der Betriebe besteht, der Agentur für Arbeit im Rahmen der vorläufigen Bewilligung zu Beginn eines neuen Urlaubsjahres eine Urlaubsplanung bzw. Urlaubsliste bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzulegen. *Die Urlaubsplanung im Betrieb erfolgt nach betriebsüblicher Praxis zur Urlaubsplanung. Ein Betrieb, der von seinen Beschäftigten beispielsweise immer erst zum März eine Urlaubsplanung einfordert, muss der Agentur für Arbeit diese auf Verlangen auch erst im März vorlegen. Eine formlose Urlaubsplanung oder Urlaubsliste sowie eine Vereinbarung über Betriebsferien ist dabei ausreichend. Ein Urlaubsantrag seitens der Arbeitnehmer ist nicht erforderlich.*

Gibt es keine Urlaubsplanung, ist der Arbeitgeber (erst) gegen Ende des Urlaubsjahres 2021 zur Vermeidung des Arbeitsausfalls aufzufordern, den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs, der nicht in das Urlaubsjahr 2022 übertragen werden kann, festzulegen. Unterlässt der Arbeitgeber dies, liegt insoweit kein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor.

Es ist zu beachten, dass an Urlaubstagen kein Kug-Anspruch besteht, da an diesen kein Arbeitsausfall stattfindet. Für diese Tage ist nach § 11 Bundesurlaubsgesetz vom Arbeitgeber Urlaubsentgelt zu zahlen.

29. Wirkt sich eine Betriebsausfallversicherung auf das Kurzarbeitergeld aus?

Nein. Die Bundesagentur für Arbeit informierte im Sommer 2020 in ihren FAQs wie folgt:

„Aufgrund der besonderen Situation während der Corona-Krise wirken sich Zahlungen, die – gegebenenfalls auch anteilig – von den Versicherern aufgrund einer wegen der COVID-19-Pandemie angeordneten vorübergehenden Betriebschließung erbracht werden, nicht leistungsmindernd auf das Kurzarbeitergeld aus. Dabei ist es unerheblich, ob der Versicherer einen Rechtsanspruch auf die Leistung (den Versicherungsfall) anerkannt hat oder nicht. Damit ist

gewährleistet, dass den betroffenen Betrieben das Kurzarbeitergeld – ohne Anrechnung der Zahlungen der Versicherer – unverändert weitergezahlt wird.

Diese Regelung gilt befristet bis Ende des Jahres.“

Berechnungsfragen bei Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld

30. Verringern sich die Urlaubstage bei Kurzarbeit?

Nach unserer Rechtsauffassung verringert sich der Urlaubsanspruch jedenfalls bei „Kurzarbeit Null“ sowie dann, wenn an manchen Tagen in der Woche überhaupt nicht gearbeitet wird. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH können Urlaubsansprüche nur entstehen, wenn auch tatsächlich eine Arbeitsleistung erbracht wurde. Der Urlaubsanspruch wäre danach so zu behandeln wie bei einem Wechsel von Vollzeit zu Teilzeit während des Urlaubsjahres, d.h. der Urlaubsanspruch verringert sich automatisch anteilig entsprechend der reduzierten Arbeitszeit. Der Arbeitgeber könnte also den Arbeitnehmer zu einem geeigneten Zeitpunkt über seine Urlaubsansprüche im laufenden Jahr informieren und gleichzeitig mitteilen, dass diese wegen Kurzarbeit gekürzt worden sind.

Diese Frage ist jedoch juristisch umstritten. Die BA vertritt eine andere Rechtsauffassung. Eine gesetzliche Regelung dazu gibt es nicht und das Bundesarbeitsgericht hat über die Konstellation Kurzarbeit und Urlaub noch nicht entschieden. In einem ersten obergerichtlichen Urteil des LAG Düsseldorf wird die Auffassung vertreten, dass jedenfalls in Zeiten von „Kurzarbeit Null“ kein Anspruch auf Erholungsurlaub erworben wird. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

Es ist weiter zu beachten, dass in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen bzw. arbeitsvertraglichen Regelungen etwas anderes vereinbart sein kann.

31. Verringern sich Ansprüche wie Weihnachtsgeld, Vermögenswirksame Leistungen oder der Anspruch auf betriebliche Altersvorsorge bei Kurzarbeit?

Diese Frage kann man pauschal nicht beantworten, weil es im Einzelfall auf die Regelung ankommt, mit der die Sonderzahlung vereinbart wurde. In vielen Tarifverträgen finden sich Klauseln zu Kürzungsmöglichkeiten. Wenden Sie sich in Zweifelsfällen bitte an Ihren DEHOGA-Landesverband. Im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge „hogarenteplus“ hat der Versicherungspartner Signal Iduna die Unternehmen, die für ihre Mitarbeiter eine hogarenteplus abgeschlossen haben, individuell mit eigenen FAQs informiert.

32. Werden Urlaubs- oder Weihnachtsgeld beim Kurzarbeitergeld berücksichtigt?

Nein, Einmalzahlungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld (Jahressonderzuwendung) werden im Rahmen der Kug-Berechnung weder beim Soll-Entgelt noch beim Ist-Entgelt berücksichtigt.

Für den Fall, dass Urlaubs- oder Weihnachtsgeld jedoch nicht als Einmalzahlung geleistet, sondern auf das Monatsentgelt umgerechnet („gezwölfelt“) werden, informiert die Bundesagentur für Arbeit wie folgt:

Enthält ein Tarifvertrag die Möglichkeit, dass durch freiwillige Betriebsvereinbarung Sonderzahlungen (zusätzliche Urlaubsvergütung, Jahressonderzahlung) nicht als Einmalzahlung, sondern in jedem Monat ausgezahlt werden, so erhöht sich das monatliche Arbeitsentgelt entsprechend. Nach den tariflichen Bestimmungen kann eine solche Vereinbarung mit Wirkung ab dem ersten Tag der Kurzarbeit getroffen werden. In einem solchen Fall gilt: Die sogenannten „gezwölfelten Sonderzahlungen“ werden bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes berücksichtigt – befristet bis zum 31.12.2020.“

Diese Sonderregelung wurde mit der Fachlichen Weisung der BA vom 23.12.2020 bis zum 31.12.2021 verlängert.

Die BA hat darauf hingewiesen, dass die Zwölfteilung nicht anerkannt wird, wenn sie ausschließlich zu dem Zweck erfolgt, diese in laufendes Arbeitsentgelt umzuwandeln, damit sie bei der Berechnung des Kug berücksichtigt werden kann. Eine derartige Vereinbarung zwischen Unternehmen und Beschäftigten oder Unternehmen und Betriebsrat, stelle eine Vereinbarung zu Lasten Dritter, nämlich der Arbeitslosenversicherung dar.

33. Was bedeutet Krankheit für das Kurzarbeitergeld?

Es ist zu unterscheiden:

a) Tritt **während des Kug-Bezugs** Arbeitsunfähigkeit ein, so besteht nach der gesetzlichen Regelung der Anspruch auf Kurzarbeitergeld fort, solange ohne den Arbeitsausfall Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall bestehen würde. Das gilt übrigens auch dann, wenn Kurzarbeit rückwirkend ab dem 1.3. vereinbart wurde und der Mitarbeiter im Laufe des März erkrankt ist. Denn kein Arbeitnehmer soll sich durch Arbeitsunfähigkeit einen vollen Lohnanspruch verschaffen können.

Zu beachten ist allerdings, dass manche Betriebsvereinbarungen und arbeitsvertragliche Regelungen abweichende Regelungen vorsehen.

Arbeitnehmer, die während der Kurzarbeitsperiode im Betrieb erkranken, jedoch an Tagen, an denen sie ohne die Krankheit trotz Kurzarbeit arbeiten würden (z.B. weil der Betrieb noch ein Restgeschäft durch Lieferservice hat oder weil sie an

diesem Tag Notdienst gehabt hätten), haben den regulären Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall von 100 %.

b) Ist die Erkrankung bereits **vor Beginn der Kurzarbeit** eingetreten, zahlt während der Kurzarbeit die Krankenkasse Krankengeld in Höhe des Kug, wenn die Voraussetzungen nach dem EFZG vorliegen.

Maßgeblich für die Abgrenzung von Krankengeld und Kug ist der betriebliche Anspruchszeitraum, d.h. der Kalendermonat, für den Kug beantragt wird, unabhängig davon, wann genau in diesem Monat der Arbeitsausfall eingetreten ist.

Hinweis: Der GKV-Spitzenverband weist darauf hin, dass eine gesonderte einheitliche Liste für die Abrechnung der Arbeitgeber mit den Krankenkassen derzeit nicht abgestimmt ist. Es wird den Arbeitgebern stattdessen regelmäßig empfohlen, eine an die Kug-Abrechnungsliste der BA angelehnte Abrechnungsliste für das Krankengeld zu nutzen. Für die Krankenkassen sind dabei folgende über die BA-Abrechnungsliste hinausgehende Informationen wichtig:

- Betriebsnummer
- Rentenversicherungsnummer des Arbeitnehmers
- Beginn des Kurzarbeitergeldbezuges

Diese Informationen sollten ergänzend an die Krankenkassen übermittelt werden.

34. In welchem Verhältnis stehen Kurzarbeitergeld und Feiertagsvergütung?

Die Fachliche Weisung der BA vom 23.12.2020 stellt dazu jetzt klar:

Ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld kann für Arbeitsausfälle an Sonn- und Feiertagen nur bestehen, wenn die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an diesen Tagen gearbeitet hätten. Hinsichtlich der möglichen Branchen wird auf § 10 Arbeitszeitgesetz verwiesen. Die vorgesehene Diensterteilung ist nachzuvollziehen, beispielsweise anhand von Dienst- oder Einsatzplänen.

Zum Hintergrund:

Nach der gesetzlichen Regelung des § 2 Abs. 2 EFZG ist an gesetzlichen Feiertagen kein Kug zu zahlen, sondern Feiertagsvergütung durch den Arbeitgeber. Diese Regelung bezieht sich jedoch auf die Tage, an denen die Arbeit wegen des Feiertages ausfällt.

Das ist im Gastgewerbe in der Regel nicht der Fall. In den meisten gastgewerblichen Betrieben darf außerhalb von Corona-Zeiten an Feiertagen gearbeitet werden und wird an Feiertagen gearbeitet. Wird an diesen Tagen jetzt wegen Corona nicht gearbeitet, dann fällt die Arbeit nicht „gleichzeitig infolge des Feiertages“ aus, sondern allein infolge der die Kurzarbeit bedingenden wirtschaftlichen Ursachen bzw. des unabwendbaren Ereignisses. Dies hat zur Folge, dass **auch an**

den Feiertagen ein Kug-Anspruch besteht, wenn diese in den Kurzarbeitszeitraum fallen und wenn der betreffende Arbeitnehmer normalerweise an dem Feiertag gearbeitet hätte.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn im Betrieb auch normalerweise an Feiertagen nicht gearbeitet würde (typischerweise z.B. in Betriebskantinen oder Mensen) oder wenn der jeweilige Arbeitnehmer auch ohne die Kurzarbeit am Feiertag nicht gearbeitet hätte. In diesen Fällen greift **§ 2 Abs. 2 EFZG** mit der Folge, dass die Arbeitsagentur kein Kug erstattet, sondern der Arbeitgeber Feiertagsvergütung zu leisten hat. Der Arbeitnehmer erhält jedoch in diesem Fall vom Arbeitgeber nur Feiertagsvergütung in Höhe des Kug.

Es ist allerdings zu beachten, dass in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder arbeitsvertraglichen Regelungen bzgl. der Entgeltfortzahlung während Kurzarbeit häufig etwas anderes geregelt ist.

Wenn in der Folge vom Arbeitgeber **Ersatzruhetage** (Ausgleichstage) für Feiertage gewährt werden, wird für diese Ausgleichstage kein Kug erstattet. Nach der gesetzlichen Regelung des § 11 Abs. 3 Satz 2 Arbeitszeitgesetz ist für Feiertage innerhalb von acht Wochen ein Ersatzruhetag zu gewähren, wenn Arbeitnehmer an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt werden. Zu beachten ist, dass die meisten gastgewerblichen Tarifverträge in Bezug auf den Feiertagsausgleich (Ersatzfreitage und / oder Zuschläge) eigene Regelungen treffen.

Wir **empfehlen** Betrieben, die nach dem oben Erläuterten Anspruch auf Kug-Erstattung für Feiertage haben, mit dem Kug-Antrag für den jeweiligen Abrechnungsmonat zu erläutern und bestmöglich zu belegen, in welchem Stundenumfang ohne die Kurzarbeit in dem Abrechnungsmonat gearbeitet worden wäre. Soweit die Monate bereits abgerechnet sind und die Arbeitsagentur per Bescheid Kug für solche Feiertage verweigert hat, bleibt nur das Rechtsmittel des Widerspruchs. Dabei ist die einmonatige Widerspruchsfrist zu beachten. Da, wo Betriebe ggf. auf Drängen der Arbeitsagentur selbst ihren Kug-Antrag gekürzt haben, obwohl Mitarbeiter unter normalen Umständen an den Feiertagen gearbeitet hätten, sollte ein entsprechender Korrekturantrag mit den entsprechenden Nachweisen eingereicht werden.

Soweit es für die vorgesehene Arbeitseinteilung an den Feiertagen Dienst- oder Einsatzpläne gibt, sollten diese vorgelegt werden. In den meisten Fällen existiert für die entsprechenden Monate dieses Jahres keine Dienstplanung, weil die Betriebe geschlossen waren. Dann sollte mit der Arbeitsagentur geklärt werden, wie die Glaubhaftmachung erfolgen kann, z.B. über Dienstpläne des entsprechenden Vorjahreszeitraumes.

Sofern Arbeitsagenturen pauschal ohne Berücksichtigung der oben erläuterten Differenzierung Kug an Feiertagen verweigern oder pauschal auf 80 % kürzen, muss dies nicht hingenommen werden. Allein die Tatsache, dass ein Arbeitgeber in einem Kalendermonat mit gesetzlichen Feiertagen ein Ist-Entgelt von 0,00 €

ausweist, rechtfertigt keine Kürzung des Auszahlungsbetrages. Für die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften zum Ersatzruhetag sind die Arbeitsagenturen nicht zuständig.

35. Sind Kündigungen möglich, wenn der Betrieb in Kurzarbeit ist und was bedeutet das für das Kurzarbeitergeld?

Kurzarbeitergeld ist nur möglich, wenn der Arbeitsausfall vorübergehend ist. Sobald feststeht, dass der Arbeitsbedarf dauerhaft wegfällt, entfällt auch der Kug-Anspruch. Betriebsbedingte Kündigungen dagegen setzen voraus, dass der Arbeitsplatz endgültig wegfällt. Die Einschätzung zu dieser Frage kann sich jedoch im Laufe des Kurzarbeitszeitraums ändern, so dass Kündigungen nicht per se ausgeschlossen sind, wenn die jeweiligen Mitarbeiter in Kurzarbeit sind.

Für das Kurzarbeitergeld gilt: Spätestens, wenn die **Kündigung eines Arbeitsvertrages** erfolgt oder ein **Auflösungsvertrag abgeschlossen** ist, entfällt der Anspruch auf Kug. Die Konsequenz ist, dass während der Kündigungsfrist der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt zu zahlen hat. Dies allerdings – soweit mit dem betroffenen Arbeitnehmer wirksam Kurzarbeit vereinbart wurde, die Kündigung während der Kurzarbeit erfolgt und die Vereinbarung keine abweichende Regelung zur Höhe des Vergütungsanspruchs trifft – nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur in Höhe des Kug.

36. Was ist bei Befristungen?

Das Auslaufenlassen von **Befristungen** hindert den Kug-Anspruch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht.

37. Wird auf Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge Kug gezahlt?

Entgeltbestandteile werden nur dann bei der Berechnung des Kug berücksichtigt, wenn sie sozialversicherungspflichtig sind. Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge sind jedoch meist steuer- und sozialversicherungsfrei. Konkret: Sie sind lohnsteuerfrei in den Grenzen des § 3b Abs. 1 Einkommenssteuergesetz (EStG) (z.B. bis zu 25 % des Grundlohns bei Nachtarbeit) und gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) sozialversicherungsfrei, soweit sie lohnsteuerfrei sind und nicht mehr als 25 € pro Stunde betragen. Wenn auf sie kein Beitrag zur Arbeitslosenversicherung gezahlt wurde, werden sie auch bei den Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht berücksichtigt. Beitragsfreie Zuschläge werden also nicht in die Berechnung des Kug einbezogen.

Etwas anderes gilt dann, wenn im Einzelfall Zuschläge sozialversicherungspflichtig sind. Das kann in verschiedenen Konstellationen der Fall sein:

- Wenn Zuschläge vereinbart wurden, die höher sind als die abgabenfreien Zuschläge nach § 3b EStG bzw. § 1 SvEV, ist die Differenz steuer- und sozialversicherungspflichtig, erhöht deshalb auch das Soll-Entgelt bei der Kug-Abrechnung und damit auch das Kug.
- Soweit die genannten Zuschläge gezahlt werden, ohne dass der Arbeitnehmer in der begünstigten Zeit gearbeitet hat, z.B. bei Lohnfortzahlung im Krankheits- oder Urlaubsfall, bei Lohnfortzahlung an von der betrieblichen Tätigkeit freigestellte Betriebsratsmitglieder bei der Lohnfortzahlung nach dem Mutterschutzgesetz, sind die Zuschläge steuerpflichtig und dann auch dem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt zuzurechnen (§ 1 Absatz 1 Satz 2 Sozialversicherungsentgeltverordnung).
- Gleiches gilt nach Auskunft der Bundesagentur für Arbeit von Anfang Juni 2020, wenn Zuschläge gezahlt werden, obwohl an den betreffenden Tagen aufgrund der Kurzarbeit nicht gearbeitet wurde. Die tatsächlich gezahlten Zuschläge werden dann sozialversicherungspflichtig und sind damit bei der Kug-Berechnung sowohl dem Ist- als auch dem Soll-Entgelt hinzuzurechnen. Im Ergebnis führt das dazu, dass sich die Nettoentgeltdifferenz nicht verändert.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass je nach tarifvertraglicher oder arbeitsvertraglicher Situation im Einzelfall ein arbeitsrechtlicher Anspruch des Beschäftigten auf Zahlung von Zuschlägen bestehen kann, die er unter normalen Umständen erhalten hätte, auch wenn er tatsächlich nicht zu den zuschlagsbegünstigten Zeiten gearbeitet hat. Auch aus Pauschalierungsregelungen oder aus betrieblicher Übung kann sich ein solcher Rechtsanspruch des Arbeitnehmers ergeben. Aber auch tarifvertragliche Regelungen, insbesondere der Vorrang von Freistellungsansprüchen vor Zuschlagsansprüchen, sind ggf. zu beachten.

Für den Fall, dass bei der Berücksichtigung von SFN-Zuschlägen im Kug-Antrag aufgrund widersprüchlicher Informationen zu dieser komplexen Thematik Fehler entstanden sind, weist die Bundesagentur für Arbeit darauf hin, dass Korrekturanträge und Berichtigungen von Anträgen auf Kurzarbeitergeld nach Ablauf der Ausschlussfrist bis zur Bindungswirkung einer endgültigen Entscheidung nach § 328 Abs. 2 oder 3 SGB III eingereicht werden können, wenn für die betroffenen Arbeitnehmer eine Antragstellung auf Kurzarbeitergeld innerhalb der Ausschlussfrist bereits erfolgt ist.

Wir können derzeit nicht ausschließen, dass für den Fall, dass der Arbeitnehmer einen arbeitsrechtlichen Anspruch auf Zahlung von Zuschläge hat, obwohl wegen der Kurzarbeit tatsächlich nicht zu den zuschlagsbegünstigten Zeiten gearbeitet wurde, bei späteren Betriebsprüfung Beiträge zur Sozialversicherung auf diese fiktiven Zuschläge nacherhoben werden („Phantomlohn“).

Holen Sie zu den genannten Konstellationen im Zweifel Rechtsrat über Ihre

DEHOGA-Geschäftsstelle ein.

38. Für viele Arbeitnehmer sind die 60 bzw. 67 % vom beitragspflichtigen Nettoentgelt, die sie durch Kurzarbeitergeld erhalten, zu wenig. Bei geringverdienern besteht die Gefahr, dass sie bei „Kurzarbeit Null“ in Hartz IV rutschen. Das gilt insbesondere deshalb, weil ihnen während der Zeit der Kurzarbeit Einnahmen aus Trinkgeldern verloren gehen und weil auf nicht beitragspflichtiges Entgelt kein Kug gezahlt wird. Was kann der Arbeitgeber tun, um seinen Mitarbeitern zu helfen?

In der derzeitigen Situation leider nicht sehr viel. Hier wäre die Politik gefordert, das Kug zu erhöhen.

Arbeitgeber, die über ausreichend Liquidität verfügen, können **freiwillig einen Zuschuss** zum Kug zahlen. Die Zuschüsse sind steuerpflichtig. Beitragspflichtig sind sie, soweit der Zuschuss zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80% des ausgefallenen Arbeitsentgelts übersteigt.

Die meisten gastgewerblichen Arbeitgeber stehen jedoch aufgrund der dramatischen Umsatzrückgänge und jetzt der nahezu flächendeckenden Betriebsschließungen wirtschaftlich bereits mit dem Rücken an der Wand.

In diesen Fällen bleibt nur die Möglichkeit, Mitarbeiter, die dies wünschen, bei der Aufnahme einer **Nebentätigkeit** während der Kurzarbeit zu unterstützen. Die Möglichkeiten der Aufnahme einer anrechnungsfreien Nebentätigkeit in systemrelevanten Branchen wurde ab dem 1. April 2020 gesetzlich verbessert.

Von dem „**Verleihen**“ eigener Mitarbeiter an Kollegen, die noch Geschäft haben, rät der DEHOGA im Regelfall ab, da die strengen Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) hier erhebliche Anforderungen und Rechtsunsicherheiten mit sich bringen. *Bevor Sie sich mit solchen Modellen beschäftigen, wenden Sie sich bitte unbedingt an Ihre DEHOGA-Geschäftsstelle.*

Zum Sozialschutz von Menschen mit Einkommensverlusten durch die Corona-Pandemie, z.B. für Beschäftigte in Kurzarbeit wurden weitere gesetzliche Schutzvorschriften erlassen, z.B. Erleichterungen bei Hartz IV und Mieterschutz.

39. Was muss ich beachten, wenn meine Mitarbeiter zur Aufbesserung des Kurzarbeitergeldes eine Nebentätigkeit aufnehmen wollen?

Hier hat sich die Rechtslage im Verlauf der Coronakrise mehrfach geändert:

- Zu Beginn der Coronakrise durften Beschäftigte in Kurzarbeit nur dann anrechnungsfrei eine Nebenbeschäftigung ausüben, wenn sie diese bereits vor Beginn der Kurzarbeit ausgeübt hatten.

- Seit dem 1. April 2020 ist Zuverdienst in bestimmten Grenzen auch durch neu aufgenommene Tätigkeiten ohne Anrechnung auf das Kurzarbeitergeld möglich.
- Zunächst war dies auf systemrelevante Branchen und Berufe beschränkt, diese Beschränkung ist seit dem 1. Mai 2020 entfallen.
- Bis zum 31.12.2020 konnte eine anrechnungsfreie Nebentätigkeit entweder als Minijob oder mit einer sozialversicherungspflichtigen oder einer kurzfristigen Beschäftigung ausgeübt werden, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld, dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung und ggf. einem Arbeitgeberzuschuss die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht überstieg.

Ab dem 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2021 ist ein anrechnungsfreier Zuverdienst nur noch in Form eines Minijobs (450-Euro-Job) möglich.

Wenn während der Kurzarbeit eine sozialversicherungspflichtige oder eine kurzfristige Beschäftigung aufgenommen wird, ist das Entgelt daraus dagegen auf das Kurzarbeitergeld anzurechnen.

Der Arbeitgeber muss der Nebentätigkeit zustimmen. Eine **Muster-Vereinbarung** für die Zustimmung zu einem Minijob finden Sie auf www.dehoga-corona.de.

40. Können Grenzgänger Kurzarbeitergeld beziehen?

Nach der Fachlichen Weisung der BA vom 23.12.2020 können Grenzgänger, die aufgrund von Quarantänemaßnahmen durch Grenzsicherungen innerhalb der EU ihren Arbeitsplatz nicht erreichen können, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen Anspruch auf Kug haben. Dabei ist unerheblich, ob erst die Kurzarbeit oder erst die Quarantänemaßnahme vorlag.

Um zu vermeiden, dass gleichzeitig Kurzarbeitergeld und eine Entschädigung für die staatliche Quarantänemaßnahme bezogen wird, ist allerdings gegenüber der Agentur für Arbeit zu versichern, dass die betroffenen Grenzgänger seitens ihres Heimatstaates keine Entschädigung für den mit der Grenzsicherung verbundenen Verdienstausschlag bekommen. Es ist ausreichend, wenn die Erklärung formlos vom Arbeitgeber mit den Unterlagen für die Abrechnung des Kurzarbeitergelds eingereicht wird.

Hinweis: Jedenfalls Grenzgänger aus Frankreich, Polen und Tschechien erhalten in ihren Ländern keine Entschädigungsleistung. Denn anders als in Deutschland ist diese nicht als Staatshaftungsanspruch ausgestaltet, sondern als eine Leistung der Krankenversicherung. Da die betroffenen Personen aber in Deutschland sozialversichert sind, zahlen sie regelmäßig keine Beiträge zur Krankenversicherung in ihren Heimatländern.

Fragen zur Abrechnung des Kurzarbeitergeldes und zu den Abschlussprüfungen

41. Wer zahlt das Kurzarbeitergeld aus und wie funktioniert die Abrechnung?

Sehr ausführliche Hinweise der BA zur Abrechnung des Kug inkl. Sozialversicherung und steuerlicher Behandlung finden Sie hier:

https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf

Zu den Grundzügen:

Der Arbeitgeber muss das Kug berechnen und an die Arbeitnehmer auszahlen. Dies erfolgt in der Regel zu dem Zeitpunkt, zu dem auch die normale Lohnabrechnung gemacht wird.

Gegenüber der Arbeitsagentur muss der Arbeitgeber das Kug nach dem letzten Tag des Kalendermonats abrechnen. Dafür gibt es eine von der BA vorgegebene Abrechnungsliste.

Der Arbeitgeber hat also das Kug zu verauslagen und die Arbeitsagentur erstattet es ihm.

42. Was ist bei Steuern und Beiträgen zu beachten?

- Das Kug ist nicht lohnsteuer- und nicht beitragspflichtig. Es muss aber in das Lohnkonto des Arbeitnehmers eingetragen und am Jahresende in der elektronischen Lohnsteuerkarte bescheinigt werden.

Achtung: Arbeitnehmer, die im Jahr 2020 mehr als 410 € Kug bezogen haben, müssen im Folgejahr 2021 eine **Steuererklärung** abgeben. Denn das Kug ist zwar steuerfrei. Aber es ist Einkommen und wird deshalb bei der Ermittlung des Steuersatzes berücksichtigt. Aufgrund des Progressionsvorbehaltes (d.h. wer ein höheres Einkommen hat, zahlt einen höheren Steuersatz als derjenige, der ein niedrigeres Einkommen hat), kann es dazu kommen, dass auf das sonstige Einkommen (außer dem Kurzarbeitergeld) der Steuersatz steigt und deshalb Nachzahlungen fällig werden.

- Aufstockungsleistungen des Arbeitgebers sind steuer- und beitragspflichtig derzeit nur insoweit, als der Zuschuss zusammen mit dem Kug 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt übersteigt (Abgabenbegünstigung durch das Corona-Steuerhilfegesetz). Das gilt für Lohnzahlungszeiträume, die nach dem 29. Februar 2020 begonnen haben und vor dem 1. Januar 2022 enden.

- Für den sog. „Kurzlohn“, also das während der Kurzarbeit tatsächlich noch erzielte Einkommen, tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Sozialversicherungsbeiträge und die Lohnsteuer wie üblich.

Für die Meldung und Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge gelten auch während der Kurzarbeit die gleichen Regelungen wie üblich.

43. Worauf müssen sich Betriebe bezüglich der Überprüfung der Kurzarbeitergeldzahlungen einstellen?

Bei der Anzeige und der monatlichen Beantragung des Kug erfolgen nur erste überblicksartige Überprüfungen. Die monatliche Auszahlung erfolgt auf Grundlage eines vorläufigen Bescheids.

Das bedeutet, dass bei allen kurzarbeitenden Betrieben noch eine Abschlussprüfung erfolgt. Diese findet statt, wenn die Kurzarbeit beendet ist.

Dazu teilt die Arbeitsagentur dem Betrieb schriftlich mit, welche Unterlagen für welche Arbeitnehmer einzureichen sind. Das können z.B. Lohnkonten, Entgeltabrechnungen, Auszahlungsnachweise, Arbeitszeitznachweise, die Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit, Arbeitsverträge, Tarifverträge oder betriebswirtschaftliche Auswertungen, Kündigungsschreiben, Urlaubsanträge, Krankenscheine oder Dienstpläne sein.

Rechtlicher Hinweis: *Trotz sorgfältiger inhaltlicher Kontrolle übernehmen wir keine Haftung für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Fragen und Antworten. Sie sollen gastgewerblichen Betrieben als eine erste Hilfestellung dienen. Die Antworten auf die Fragen stellen jedoch keine Rechtsberatung dar und vermögen eine Rechtsberatung durch den DEHOGA Landesverband oder einen Rechtsanwalt im Einzelfall auch nicht zu ersetzen.*