

## **Kündigung während einer Kurzarbeitsperiode**

**Stand: 21.08.2020**

In der Praxis ergibt sich mitunter die Frage, welche Auswirkungen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während einer Kurzarbeitsperiode auf den folgenden Leistungsbezug eines Arbeitnehmers hat. Hier sind sowohl arbeits- als auch sozialrechtliche Gesichtspunkte zu beachten.

Kurzarbeit schließt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht grundsätzlich aus (dazu unter I). Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während einer Kurzarbeitsperiode kann aber die Refinanzierung des Kurzarbeitergeldes (Kug) durch die Bundesagentur für Arbeit (BA) gefährden (dazu unter II.). Der Wegfall der Refinanzierung des Kug erfordert in arbeitsrechtlicher Hinsicht die Überprüfung, ob der gekündigte Arbeitnehmer weiterhin wirksam in die Kurzarbeit einbezogen ist und welche Vergütung er für etwaige Ausfallstunden beanspruchen kann (vgl. dazu die Ausführungen unter III. und die Fallbeispiele unter IV.).

### **I. Recht zur Kündigung während einer Kurzarbeitsperiode**

Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses wird durch eine Kurzarbeitsperiode gesetzlich nicht ausgeschlossen. Für Eigenkündigungen des Arbeitnehmers, Arbeitgeberkündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes sowie für personen- und verhaltensbedingte Arbeitgeberkündigungen wird in der betrieblichen Praxis üblicherweise auch kein vertraglicher Kündigungsausschluss während der Kurzarbeit vereinbart.

Besonderheiten können sich bei betriebsbedingten Kündigungen ergeben: Hier kommt es in der Praxis zum Teil – was nicht zu empfehlen ist – zu einem Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen während der Kurzarbeit, beispielsweise durch eine entsprechende Regelung in „Kurzarbeitsbetriebsvereinbarungen“. Ohne einen solchen Ausschluss ist auch während der Kurzarbeitsperiode grundsätzlich eine betriebsbedingte Kündigung möglich. Der Arbeitgeber wird in diesem Falle allerdings darlegen müssen, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne Arbeitnehmer entgegen der ursprünglichen Prognose bei Einführung der Kurzarbeit nun doch auf Dauer weggefallen ist (BAG vom 26.06.1997 – 2 AZR 494/96 – BB 1997, 2655; BAG vom 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 –, DB 2012, 1630). Er muss in diesem Falle über die Gründe für die Einführung der Kurzarbeit hinaus weitere Umstände vortragen, die im konkreten Einzelfall zu einem dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt haben. Wenn die betrieblichen Beschäftigungsmöglichkei-

ten nicht nur in einem Einzelfall, sondern in größerer Anzahl entgegen der ursprünglichen Prognose dauerhaft wegfallen, kann sogar insgesamt eine Voraussetzung für die Gewährung von Kug entfallen, mit der Folge, dass die Entscheidung über die Gewährung von Kug (§ 99 Abs. 3 SGB III) von diesem Zeitpunkt an insgesamt aufzuheben ist (§ 48 SGB X).

## II. Gefährdung der Refinanzierung von Kug

Der Ausspruch einer Kündigung während einer Kurzarbeitsperiode gefährdet die Refinanzierung des Kug, wenn sich das mit dem Kug arbeitsmarktpolitisch verfolgte Ziel der Beschäftigungssicherung wegen der Kündigung nicht mehr verwirklichen lässt.

Gemäß § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III entfällt mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses (oder der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag) für dieses Arbeitsverhältnis eine persönliche Bewilligungsvoraussetzung für den Anspruch auf refinanziertes Kug. Nach den „Fachlichen Weisungen Kug“ der BA vom 20.12.2018 ist hierbei der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die schriftliche Kündigung (vgl. § 623 BGB) der anderen Partei wirksam zugegangen ist. Die Bewilligung von Kug für den Zeitraum vor Anspruch der Kündigung bleibt dagegen unangetastet. Hinsichtlich des Zugangszeitpunktes stellt die BA bei Übergabe des Kündigungsschreibens auf den darauffolgenden Tag und bei postalischer Zusendung des Kündigungsschreibens auf den 3. Tag nach Absendung des Kündigungsschreibens ab, wobei der Tag der Absendung nicht mitgerechnet wird (bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages entfällt der Anspruch auf Refinanzierung des Kug mit dem Tag nach Abschluss des Aufhebungsvertrages).

Erhebt der Arbeitnehmer gegen eine Arbeitgeberkündigung Kündigungsschutzklage, kommt es in Betracht, dass das Kug von der BA – nach gesonderter Kennzeichnung im Leistungsantrag – bis zu der endgültigen Entscheidung über das Fortbestehen oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses **unter Vorbehalt** weiter refinanziert wird. Wenn die Kündigung durch richterliche Entscheidung bestätigt wird, entfällt der geltend gemachte Refinanzierungsanspruch rückwirkend ab Zugang der Kündigung endgültig.

*Hinweis: Trifft der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung, einen Betrieb oder bestimmte Betriebsteile stillzulegen oder eine Betriebsänderung in Form eines erheblichen Personalabbaus (§ 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG) durchzuführen, entfällt eine Grundlage für die Gewährung des Kug („vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls“), sobald konkrete Umsetzungsschritte erfolgen. Hierzu gehören – wie dargelegt – der Ausspruch von Kündigungen, aber nach den Fachlichen Weisungen BA vom 20.12.2018 auch bereits der Abschluss von Interessenausgleichsvereinbarungen mit endgültigen Namenslisten.*

### III. Andauern der Kurzarbeitsperiode und Vergütung für Ausfallstunden

Mit dem Ausspruch der Kündigung und dem Wegfall der Refinanzierung kann – je nach Lage des Einzelfalls – auch die arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage für die Einführung der Kurzarbeit für den einzelnen Arbeitnehmer entfallen.

Wenn die Einführung der Kurzarbeit arbeitsrechtlich unmittelbar mit den persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen (§ 98 SGB III) für die Refinanzierung des Kug verknüpft wurde (sog. Refinanzierungsklausel), endet die Einbeziehung des Arbeitnehmers in die Kurzarbeit mit dem Zugang einer Kündigung bzw. bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage rückwirkend zum Zugangszeitpunkt mit der Bestätigung der Rechtswirksamkeit der Kündigung durch das Arbeitsgericht. Mit dem Wiederaufleben der vollen Arbeitspflicht erwirbt der gekündigte Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch einen vollen Vergütungsanspruch. Gleiches gilt für den Fall, dass zwar keine Refinanzierungsklausel besteht, aber eine betriebliche Regelung außerhalb einer Refinanzierungsklausel vorsieht, dass mit Ausspruch einer Kündigung die Kurzarbeit für den betroffenen Arbeitnehmer endet. Zum Teil enthalten beispielsweise Tarifverträge solche Sonderregelungen. So haben Beschäftigte in der M + E-Industrie NRW bei Kündigungen während der Kurzarbeitsphase bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf das regelmäßige Arbeitsentgelt, das ihrer individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit entspricht (§ 16.3 Abs. 2 MTV der M + E-Industrie NRW).

Ist die Einführung der Kurzarbeit arbeitsrechtlich **nicht** unmittelbar mit den persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen für die Refinanzierung des Kug verknüpft („keine Refinanzierungsklausel“) und liegt auch keine sonstige Regelung zur Beendigung der Kurzarbeit im Fall einer Kündigung vor, verbleibt der Arbeitnehmer arbeitsrechtlich auch nach Zugang der Kündigung in Kurzarbeit. Für die in der Folgezeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kurzarbeit bedingten Ausfallstunden kann er ein Arbeitsentgelt in Höhe des Kug beanspruchen (vgl. die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 11.07.1990 – 5 AZR 557/89 –, BB 1990, 2493 sowie vom 22.04.2009 – 5 AZR 310/08 –, NZA 2009, 913, wonach Arbeitnehmer, für die rechtswirksam Kurzarbeit eingeführt wurde, für die Ausfallzeit ein Arbeitsentgelt in Höhe des Kurzarbeitergeldes erhalten, unabhängig davon, ob dieses auch refinanziert wird).

Allerdings erhält der Arbeitnehmer dieses Arbeitsentgelt in Höhe des Kug – anders als das refinanzierte Kug – in der Regel wohl nicht „brutto gleich netto“. Dieser Gesichtspunkt ist besonders zu betonen, weil er den Arbeitnehmer wirtschaftlich zusätzlich belastet und die Arbeitsvertragsparteien womöglich einer besonderen Streitgefahr aussetzt: Nach unserer Einschätzung nimmt das Arbeitsentgelt in Höhe des Kug an den für das refinanzierte Kug bestehenden Steuer- und Beitragsprivilegierungen (Steuerfreiheit des Kug, Beitragserhebung auf Basis einer auf 80% reduzierten Bemessungsgrundlage) wohl nicht mehr teil, weil nach Ausspruch einer

rechtswirksamen Kündigung (oder dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages) die mit dem Kug verfolgte Zielsetzung (Beschäftigungssicherung) nicht mehr erreicht wird. Auf unsere Anfragen hin haben uns Beitragsreferenten von großen Krankenkassen diese Auffassung bestätigt. Es stellt sich deshalb die für den betroffenen Arbeitnehmer wirtschaftlich bedeutsame Frage, ob der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt in Höhe des Kug als Brutto- oder als Nettoleistung schuldet. Diese Frage ist in den arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zur Einführung von Kurzarbeit in der Regel nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings geht das BAG wohl auch in dieser besonderen Vergütungssituation im Zweifel von dem Grundsatz aus, dass der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt in Höhe des Kug nur als Bruttoleistung schuldet (vgl. BAG vom 22.04.2009 – 5 AZR 310/08 –, NZA 2009, 913; Gagel, SGB II/III, Stand 77. EL 2020, § 95 Rn 181).

*Hinweis: Anders ist möglicherweise die Situation zu beurteilen, dass das Kug nicht wegen eines Wegfalls der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen, sondern nur deshalb nicht refinanziert wird, weil der Arbeitgeber beispielsweise die Antragsfrist für die Rückerstattung (Dreimonatsfrist) nicht beachtet hat. In dieser Situation könnte steuer- und beitragsrechtlich der Status des Kug aufrechterhalten werden, weil die gesetzliche Zielsetzung der Beschäftigungssicherung für diese Leistungen nach §§ 95 ff. SGB III erhalten bleibt, unabhängig davon, dass eine Refinanzierung wegen Nichteinhaltung der Dreimonatsfrist nicht stattfindet.*

#### IV. Fallbeispiele

Hiervon ausgehend ergeben sich für einen Betrieb in Kurzarbeit die folgenden Konstellationen:

##### 1. Fall: Arbeitgeberkündigung ohne Kündigungsschutzklage

Nach Einführung von Kurzarbeit hat ein Arbeitnehmer zunächst Anspruch auf Kug für die ausgefallene Arbeitszeit. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis während der Kurzarbeitsperiode ordentlich. Der Arbeitnehmer erhebt **keine** Kündigungsschutzklage.

##### Ergebnis:

###### **Ohne Refinanzierungsklausel:**

Ab Zugang der Kündigung entfällt die Refinanzierung des Kug. Hierdurch wird die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der Kurzarbeit nicht berührt, wenn die Einführung von Kurzarbeit nach der im Einzelfall einschlägigen arbeitsrechtlichen Regelung **nicht** an die individuelle Refinanzierbarkeit des Kug gebunden ist (keine Refinanzierungsklausel). Nach Zugang der Kündigung besteht für die verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses für die ausgefallenen Arbeitsstunden

während der Kurzarbeitsperiode wohl nur ein Brutto-Entgeltanspruch in Höhe des Kug.

**Mit Refinanzierungsklausel:**

Ab Zugang der Kündigung entfällt die Refinanzierung des Kug. Wenn die arbeitsrechtliche Einführung der Kurzarbeit an die individuelle Refinanzierbarkeit des Kug durch die BA gebunden ist (Refinanzierungsklausel), endet die Kurzarbeit für den Arbeitnehmer mit dem zum Wegfall der Refinanzierung führenden Zugang der Kündigung. Der Arbeitnehmer hat ab Zugang der Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist wieder eine volle Arbeitspflicht mit einem Vergütungsanspruch in Höhe des vollen Arbeitsentgelts; für einen trotzdem ggf. eintretenden Arbeitsausfall besteht dann ebenfalls volle Vergütungspflicht (Betriebsrisikolehre).

**2. Fall: Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eigenkündigung oder einen Aufhebungsvertrag**

Nach Einführung von Kurzarbeit hat ein Arbeitnehmer zunächst wieder Anspruch auf Kug für die ausgefallene Arbeitszeit. Im Unterschied zum 1. Fall endet das Arbeitsverhältnis durch **Eigenkündigung** des Arbeitnehmers oder durch einen außerhalb eines Kündigungsschutzverfahrens abgeschlossenen **Aufhebungsvertrag**.

**Ergebnis: wie bei Fall 1.**

**3. Fall: Arbeitgeberkündigung mit Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers**

Wiederum hat nach Einführung von Kurzarbeit ein Arbeitnehmer zunächst Anspruch auf Kug für die ausgefallene Arbeitszeit. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis während der Kurzarbeitsperiode. Der Arbeitnehmer erhebt fristgemäß Kündigungsschutzklage. Im Kündigungsschutzprozess wird das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet.

**Ergebnis:**

**Ohne Refinanzierungsklausel:**

Es steht bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses nicht fest, ob die Refinanzierung des Kug mit Zugang der Kündigung entfallen ist. Die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der Kurzarbeit wird hierdurch aber nicht berührt (keine Refinanzierungsklausel). Der Arbeitgeber zahlt deshalb für die Ausfallzeit das Kug zunächst an den gekündigten Arbeitnehmer. Im Leistungsantrag gegenüber der Arbeitsagentur ist dieser Arbeitnehmer **gesondert gekennzeichnet** mit aufzunehmen. Die Refinanzierung durch die BA findet dann unter Vorbehalt statt. Im Falle einer später festgestellten, rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung muss der Arbeitgeber der BA dann das ab

Zugang der Kündigung gezahlte Kug zurückerstatten. Dem Arbeitnehmer steht nach Zugang der Kündigung für die verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses für die ausgefallenen Arbeitsstunden während der Kurzarbeitsperiode ein Brutto-Entgeltanspruch in Höhe des Kug zu. **Achtung:** Wegen des Wechsels von steuer- und beitragsprivilegiertem Kug zu steuer- und beitragsrelevantem Entgelt sind entsprechende Korrekturen gegenüber der Beitragseinzugsstelle des Arbeitnehmers und dem Finanzamt erforderlich!

#### **Mit Refinanzierungsklausel:**

Der Arbeitgeber zahlt auch hier zunächst weiter für die Ausfallzeit das Kug normal an den gekündigten Arbeitnehmer, da bei einer möglichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, z. B. wegen erfolgreicher Kündigungsschutzklage, die Basis für refinanzierbares Kug erhalten bleibt. Im Leistungsantrag gegenüber der Arbeitsagentur ist der Arbeitnehmer **gesondert gekennzeichnet** mit aufzunehmen. Die Erstattung durch die BA findet dann unter Vorbehalt statt.

Für den Fall einer später festgestellten, rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist uns von der Regionaldirektion NRW der BA bestätigt worden, dass in der Regel der Arbeitgeber – und nicht etwa der Arbeitnehmer – der BA das ab Zugang der Kündigung gezahlte Kug zurückerstatten muss. Zugleich steht nunmehr nachträglich fest, dass die Kurzarbeit aufgrund der Refinanzierungsklausel und der rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Zugang der Kündigung beendet wurde. Soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses im Umfang der durch Kurzarbeit bedingten Ausfallzeit nicht beschäftigt hat, ist er ggf. unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges unter Berücksichtigung (Rückabwicklung oder Verrechnung) des Kug zur vollen Entgeltzahlung verpflichtet. **Achtung:** Hierbei sind wiederum Korrekturen gegenüber der Beitragseinzugsstelle des Arbeitnehmers und dem Finanzamt erforderlich!

### **Abwandlung zu Fall 3: Der Arbeitnehmer obsiegt im Kündigungsschutzprozess**

#### **Ergebnis:**

Bei einer Rechtsunwirksamkeit der Kündigung (ungeachtet, ob mit oder ohne Refinanzierungsklausel) verbleibt es für die Dauer der Kurzarbeitsperiode bei einem Anspruch auf refinanzierbares Kug für die ausgefallenen Arbeitsstunden.

#### **V. Zusammenfassung**

Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist auch während einer Kurzarbeitsperiode nicht grundsätzlich ausgeschlossen; bezüglich einer betriebsbedingten Kündigung gibt es in der betrieblichen Praxis ggf. Sonderregelungen.

Nach § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III entfallen für den Arbeitnehmer ab Zugang einer Kündigung die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen für die Refinanzierung des Kug; bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage entfällt die Refinanzierung des Kug mit Bestätigung der Rechtswirksamkeit der Kündigung rückwirkend ab ihrem Zugangszeitpunkt.

Die weiteren Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers können sich ggf. aus besonderen Vorgaben von im Einzelfall einschlägigen Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen ergeben. Teilweise sehen beispielsweise Tarifverträge bei betriebsbedingten Kündigungen vor Einführung oder während der Kurzarbeit die Beendigung der Kurzarbeit und eine Fortzahlung der ungekürzten Vergütung in der Kündigungsfrist vor.

Ohne eine solche besondere Vorgabe ist ein Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf **volle** Vergütung nach Kündigungszugang aber auch dann anzunehmen, wenn die Einführung der Kurzarbeit von einer Refinanzierung des Kug durch die Arbeitsagentur abhängig gemacht worden ist. Entfällt wegen der Kündigung die Refinanzierung des Kug und damit auch die arbeitsrechtliche Basis für die Einführung der Kurzarbeit (Refinanzierungsklausel), muss der Arbeitgeber grundsätzlich die volle Vergütung – auch für etwaige Ausfallstunden – zahlen.

Soweit **keine** Refinanzierungsklausel vorliegt und auch **keine** vertragliche Vereinbarung eine volle Vergütung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorsieht, kann wohl mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, dass der Arbeitnehmer für durch Kurzarbeit bedingte Ausfallstunden nach Zugang der Kündigung einen Anspruch auf ein Bruttoarbeitsentgelt in Höhe des Kug behält.

Soweit der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat, hängen seine Ansprüche gegen den Arbeitgeber – unabhängig von einer Refinanzierungsklausel – zusätzlich auch vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ab.

unternehmer nrw