

Der Sanierungs Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

2/2020

S. 39–96

1. Jahrgang

- | | | |
|---|---|----|
| ■ | RA Dr. Dirk Andres
Restrukturierung in der Corona-Krise | 39 |
| ■ | RA Cornelius Nickert/RA Matthias Kühne
going concern in Zeiten von Corona | 40 |
| ■ | Dr. Martin Heidrich, LL.M./Saskia Steinicke
Das Verhältnis von Gesellschaftervereinbarung und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in der Krise der Gesellschaft (Teil I) | 44 |
| ■ | Dr. Hendrik Boss/Maik Luttmann
Luftfahrtunternehmen in der COVID-19-Pandemie: Auswirkung der Luftverkehrsdienste-VO auf (i) die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO sowie (ii) die Prognose zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz | 47 |
| ■ | ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Virtuelle Sanierungshauptversammlungen? | 51 |
| ■ | Frank Günther/Asmus Ohle/Prof. Dr. Peter Russo/Wolf Waschkuhn
Sanierungsgesellschafter RIVA: Treuhandlösungen im Zeichen der Corona-Krise | 56 |
| ■ | Victor Frhr. v. d. Bussche
Vermutung schützt nicht vor Haftung, § 1 S. 3 COVInsAG | 61 |
| ■ | RAin Miriam Benz, LL.B./RA Tobias Rhode, LL.B.
Beratung und Schwierigkeiten von Geschäftsleitern im Kontext des COVInsAG | 63 |
| ■ | Dr. Sebastian Naber/Dr. Willem Schulte
Arbeitsrechtliche Sanierung in der Corona-Krise: Hammer oder Tanz? | 69 |
| ■ | RA Rüdiger Weiß/RA Dr. Andreas Paulick
Der Steuerzahler als versteckter Sanierer | 78 |
| ■ | Linda Gregori
Corona-Sondergesetze – Überblick | 86 |
| ■ | Martin Hammer
Für Restrukturierungsfälle ist Corona ein absoluter Krisenbeschleuniger | 90 |
| ■ | RA Oliver Köhler/RA Vanja Alexander Kovacev
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 – II ZR 10/19 | 93 |
| ■ | RA Dr. Johan Schneider
Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.02.2020 – IX ZR 337/18 | 95 |

Herausgegeben von
Prof. Dr. Daniel Graewe
Dr. Martin Heidrich
Rüdiger Weiß

Beirat
Martin Hammer
ORR Dr. Michael Hippeli
Béla Knof
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
VRiLG Dr. Martin Pellens
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann
Dr. Johan Schneider

Schriftleitung
Dr. Anke Gößmann

dfv' Mediengruppe · Frankfurt am Main

COVInsAG indessen nicht hinwegtäuschen. Ein Recht für Krisensituationen, das in der Krise jeweils erst aufwendig nachjustiert werden muss, erscheint überdenkenswert.⁶⁴

In diesem Zusammenhang wäre es sehr wünschenswert, dass der nationale Gesetzgeber die Umsetzung der EU-Richtlinie bezüglich eines präventiven Sanierungsrahmens⁶⁵ mit ähnlicher Dringlichkeit in nationales Recht umzusetzen vermag⁶⁶, wie ihm dies mit dem COVInsAG eindrucksvoll gelungen ist. Auf diese Weise könnte die zu erwartende Welle an Insolvenzen bereits mit einem neuen und flexiblen Instrumentarium

bearbeitet werden, welches prognostisch in der Lage sein kann, die wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Pandemie und der durch sie ausgelösten Insolvenzen tatsächlich bestmöglich zu minimieren.

64 In diesem Sinne *Paulus/Undritz/Schulte-Kaubrügger* in ZIP 2020, 699.

65 RICHTLINIE (EU) 2019/1023 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019.

66 Ebenfalls für schnelle Umsetzung der RL *Ziegenhagen*, ZInsO 2020, 689, 692; *Madaus/Wessels* ZInsO 2020, 965, 968.

Dr. Sebastian Naber und Dr. Willem Schulte, Hamburg*

Arbeitsrechtliche Sanierung in der Corona-Krise: Hammer oder Tanz?

Jeder Krise wohnt eine gewisse Unberechenbarkeit inne, doch die Corona-Krise ist wie keine andere Krise. Die unklare Entwicklung der Infiziertenzahlen, eine unvorhersehbare medizinische Entwicklung, wechselhafte und zersplitterte politische Entscheidungen sowie möglicherweise dauerhafte Verhaltensänderungen sind nur einige der Faktoren, die für ein ungewöhnlich hohes Maß an Unsicherheit sorgen. Die Krise kann noch ein paar Wochen andauern – oder ein paar Jahre. Niemand kann vorhersehen, wie sich die Situation währenddessen und danach entwickeln wird. Finale Maßnahmen wie betriebsbedingte Kündigungen oder Massenentlassungen bieten sich daher regelmäßig nicht an. Das Instrument der Stunde verlangt Flexibilität. Dieser Beitrag legt dar, welche Möglichkeiten das – dafür nicht gerade bekannte – deutsche Arbeitsrecht bietet.

I. Keine Prognosen möglich: Unsicherheiten als Krisenbesonderheit

In herkömmlichen (Unternehmens-)Krisen lassen sich Ursachen und Entwicklungen meist recht genau eingrenzen, sodass die Leistungsfähigkeit des Unternehmens durch darauf gerichtete und planbare Maßnahmen – ggf. unter Rückgriff auf Vergleichs- und Erfahrungswerte – bei einem zeitlich absehbaren Horizont wiederhergestellt werden kann.

Das ist in der Corona-Krise anders. Die beiden maßgeblichen Krisenursachen sind die Virusverbreitung und die medizinische Entwicklung. Alle weiteren politischen und individuellen Entscheidungen, die weitere Unsicherheiten mit sich bringen, hängen im Ausgangspunkt von diesen beiden Faktoren ab.

Diese Prämisse gilt zumindest derzeit und noch so lange, wie man der Gesundheit der Menschen gegenüber wirtschaftlichen Interessen den Vorrang lässt. Nächstenliebe vor Eigenliebe – das sagt sich leicht und klingt schön, ist aber nicht selbstverständlich, wie der nationale Vergleich, der Ruf nach Lockerungen, zunehmende Proteste und ein sich steigendes Mobilitätsverhalten zeigen. Der Spieß kann sich mit zunehmender Dauer und zunehmenden negativen wirtschaftlichen Auswirkungen durchaus umdrehen, denn unerfüllte Grundbedürfnisse machen häufig pragmatisch.¹ Freilich ist auch zu

beachten, dass eine negative wirtschaftliche Entwicklung sich mittelbar ebenfalls auf die Gesundheit der Menschen auswirkt, wobei diese Kausalität wohl zu wenig messbar ist, als dass sie in den derzeitigen konkreten Entscheidungen berücksichtigt würde.

Im Moment hängt alles von der Verbreitung des Virus einerseits und der medizinischen Entwicklung andererseits ab. Diese beiden Faktoren bilden den Rahmen der Krise. Sie sind vollständig unvorhersehbar und mit ihnen die politischen und individuellen Entscheidungen, die darauf beruhen. Es ist gegenwärtig davon auszugehen, dass die Politik und die Menschen auf Sicht fahren und auf nicht absehbare Zeit in kurzen Abständen womöglich tiefgreifende und unterschiedliche Entscheidungen treffen werden, wenn sich einer der Faktoren ändert oder nicht wie erwartet entwickelt.

Diese Strategie wurde in einem vielbeachteten Medienbeitrag von *Tomas Pueyo* als „The Hammer and the Dance“² bezeichnet und findet in der Öffentlichkeit breiten Beifall. Die Begrifflichkeit findet sich auch im Strategiepapier des deutschen Innenministeriums³ und meint grob zusammengefasst, dass nach einem strikten Vorgehen („Hammer“) die Durchsuchung fortlaufend beobachtet und Maßnahmen dementsprechend kurzfristig angezogen oder gelockert werden („Dance“). So sinnvoll dieser Ansatz erscheint, so große Unsicherheiten hält er bereit.

Zusätzlich sind auch die *post-corona*-Entwicklungen in Konsum und Gesellschaft unabsehbar. Bahn⁴ und Lufthansa⁵ prognostizieren einen langfristigen Rückgang von Reisen. Landauf, landab decken sich die Menschen mit Technik fürs Homeoffice, Campingausrüstung und Hundewelpen ein, während sie sich

Abrufbar unter <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/cosmo-analysis.html> (letzter Abruf: 12.05.2020).

2 <https://medium.com/@tomaspuoyo/coronavirus-the-hammer-and-the-dance-be9337092b56> (letzter Abruf: 15.05.2020).

3 Strategiepapier „Wie wir COVID-19 unter Kontrolle bekommen“, zitiert von <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/corona-strategiepapier-szenarien-101.html> (letzter Abruf: 15.05.2020).

4 Der EVG-Vorsitzende *Klaus-Dieter Hommel* prognostiziert einen langfristigen Einbruch der Fahrgastzahlen. (<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/bahn-evg-corona-101.html>) (letzter Abruf: 15.05.2020).

5 Der Vostandsvorsitzende *Carsten Spohr*: „Aktuell gehen wir davon aus, dass die globale Nachfrage nach Flugreisen auch langfristig nicht mehr so dynamisch wachsen wird, wie in den vergangenen Jahren. Das Reiseverhalten der Menschen wird sich ändern – privat und beruflich. In der Folge wird sich der Weltluftverkehr neu aufstellen müssen.“ (<https://www.zdf.de/nachrichten/wirtschaft/corona-lufthansa-hauptversammlung-staatshilfen-100.html>) (letzter Abruf: 15.05.2020).

* Der Autor Sebastian Naber ist Partner, der Autor Willem Schulte ist Associate bei NEUWERK, Hamburg.

1 Die Wahrnehmung der Bevölkerung wird vom COVID-19 Snapshot Monitoring dokumentiert, einem Gemeinschaftsprojekt der Universität Erfurt, dem Robert Koch-Institut und weiterer Institutionen.

an Lieferdienste, Onlinemeetings und Fitness-Apps gewöhnen. Bei Arbeitgebern setzt sich die Erkenntnis, dass in Reisekosten und Gewerbemieten ein unerkanntes Einsparungspotential steckt.⁶ In Metropolen lernt man die reine Luft und den wenigen Lärm zu schätzen, zieht das Fahrrad anderen Verkehrsmitteln vor und hinterfragt die Vorzüge von Großstädten. Der Jetset-Mama entdeckt ihre Familie neu und der Papa verliert seinen Job.

Die Sanierung eines Unternehmens zielt darauf ab, die Leistungsfähigkeit wiederherzustellen. Doch wie soll das gelingen, wenn völlig unklar ist, was zukünftig geleistet werden kann und soll? Sanierung bedeutet in der aktuellen Krise vielmehr eine laufende Anpassung an unvorhergesehene Veränderungen. Das wichtigste Kriseninstrument ist im Moment nicht die Anpassung, sondern die Sicherstellung der kurzfristigen Anpassbarkeit. Das Ziel wird aktuell meist darin liegen, die Arbeitsleistung an unternehmerische Entscheidungen und die Lohnkosten an die Auftragslage oder die Finanzkraft des Unternehmens anpassen zu können.

Die Verbreitung des Virus und die medizinische Entwicklung tanzen voraus und Politik, Wirtschaft und Menschen folgen im Reigen. Unternehmen müssen darauf achten, Schritt zu halten und sich mit ihrem Partner, der Belegschaft, nicht auf die Füße zu treten. Der Hammer ist keine Option, denn er beendet das Duett und die Drohung mit ihm führt zu Unlust und Misstrauen. Die Unternehmen müssen mit ihren Partnern mittanzeln, mal links rum und mal rechts rum, mal schneller und mal langsamer, hier eine Drehung, da ein Ausfallschritt und ab und zu vielleicht mal eine Pause. Dabei sollte man sich in die Augen sehen und darauf vertrauen können, dass der jeweils andere einen nicht unerwartet zu Fall bringt.

Gleichzeitig bietet die Krise auch Chancen. Für bestimmte Produkte und Dienstleistungen wird sehr viel Geld bereitgestellt, es gibt umfangreiche Förderprogramme, globale Lieferketten ordnen sich neu und die Politik ist in der Regulierung mancher Punkte ungewöhnlich schnell und hilfsbereit. Doch gilt auch hier: Wer neue Chancen wahrnehmen und gestärkt aus der Krise hervorgehen will, muss sich rasch entscheiden und anpassen können.

II. Ausgangspunkt: Gesetz und Vertragslage

Wer über Flexibilität spricht, muss zuerst in die vertraglichen Grundlagen der Arbeitsbeziehung schauen.

Die schlechte Nachricht ist: Das deutsche Arbeitsrecht wird den Flexibilitätsinteressen von Arbeitgebern selten „von sich aus“ gerecht. Die gesetzliche Ausgangslage ist ein einmal zwischen den Vertragsparteien festgelegtes starres Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Die gesetzliche vorgegebene Schrittfolge lautet: Arbeitsleistung, Lohn, Arbeitsleistung, Lohn. Spezielle Figuren oder überraschende Drehungen sind nicht vorgesehen. Die gute Nachricht ist indes, dass eine flexiblere Handhabung in bestimmten Grenzen vertraglich geregelt werden kann.

Das unflexible Verständnis des Gesetzgebers ist nicht nur historisch bedingt, sondern entspricht vielmehr der grundsätzlichen Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer: Der Arbeitgeber nimmt die unternehmerischen Chancen wahr, trägt dafür aber auch die Betriebsrisiken allein. Der Arbeitnehmer profitiert nicht von den Chancen, trägt dafür aber auch kein Risiko und genießt dadurch ein höheres Maß der

Planungssicherheit. Der Arbeitgeber bezahlt den Arbeitnehmer für den gemeinsamen Tanz in vorgegebener Schrittfolge, um sich bei gelungener Vorstellung ans reich gedeckte Bankett zu setzen. Der Arbeitnehmer hingegen nimmt seine Gage und geht nach Hause – auch dann, wenn die Vorstellung unerwartet in die Hose ging.

Diese grundlegende Wertung muss man bei allen vertraglichen Veränderungen im Hinterkopf behalten. Die Versuchung ist groß, in Zeiten vertaner Chancen und heftig realisierter Risiken an der grundsätzlichen Verteilung zu rütteln. Doch Vorsicht: Wer Flexibilität ausschließlich dadurch erzeugen will, dass er Risiken auf Arbeitnehmer überträgt, stößt schnell auf den Widerwillen der Belegschaft und an gesetzliche Schranken. Eine Abwälzung des Betriebsrisikos auf Arbeitnehmer ist dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung regelmäßig ein Dorn im Auge.

Unter arbeitsrechtlichen Sanierungsinstrumenten werden häufig Maßnahmen verstanden, die der Arbeitgeber (notfalls) einseitig bzw. gegen den Willen der Arbeitnehmer durchsetzen kann; der Begriff des Instruments versinnbildlicht ein Werkzeug, mit dem man am besten alleine arbeitet. Dieses Verständnis muss man in der aktuellen Krise erweitern: Wenn es um Flexibilität geht, sind die besten Sanierungsinstrumente diejenigen, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber überlässt oder die man gar zusammen in die Hand nimmt.

Für einvernehmliche wie einseitige Sanierungsinstrumente gilt, dass Arbeitnehmervertretungsorgane, wenn vorhanden, fast immer beteiligt werden müssen, denn die Berührung der Arbeitszeit bzw. des betrieblichen Lohngefüges und der Arbeitsleistung sind klassische Mitbestimmungstatbestände.

III. Einvernehmliche Sanierungsinstrumente

Durch einvernehmliche Regelungen kann das Arbeitsverhältnis flexibel gestaltet werden. Darunter kann eine punktuelle gemeinsame Absprache fallen, aber ebenso das Einverständnis darüber, dass der Arbeitgeber in bestimmten Situationen einseitige Maßnahmen treffen darf. In jedem Fall sind die nachfolgend dargestellten Maßnahmen solche, die zu irgendeinem Zeitpunkt auf eine gemeinsame Absprache zurückzuführen sind.

Die Privatautonomie ist in diesem Bereich nicht grenzenlos, weil die oben dargestellte Risikoverteilung zwischen den Arbeitsvertragsparteien im Ansatz gewahrt bleiben soll. Zum Teil gibt es spezielle gesetzliche Schranken, zum Teil ergeben sich die Beschränkungen aus allgemeinen Grundsätzen oder dem AGB-Recht.

Eine allgemeine Grenze ist in der aktuellen Situation besonders hervorzuheben. Momentan wird durch vertragliche Bestimmungen viel vereinbart, wodurch wirtschaftlich einseitig genommen wird. Die Verhandlungsmasse auf Seiten des Arbeitgebers besteht oftmals in Abhängigkeiten, Druck und Angst. Einvernehmliche Regelungen sind jedoch nur so lange einvernehmlich, wie sie dem freien Willen beider Parteien entsprechen. Übt der Arbeitgeber zu großen Druck aus, wird die Anpassung unwirksam oder anfechtbar. So groß und so nachvollziehbar die Nöte des Arbeitgebers auch sein mögen: Der Arbeitnehmer *muss* sich auf überhaupt nichts einlassen und wenn er es gegen seinen Willen tut, hat der Arbeitgeber oftmals nicht viel gewonnen.

Mit Druck sollte auch aus einem anderen Grund zurückhalten agiert werden. Wenn ansonsten nur der Hammer droht, schwingt selbst der bewegungsfaulste Arbeitnehmer das Tanzbein – doch er wird sich merken, dass die Führung ein wenig aufdringlich war und jede unerwartete Wendung misstrauisch beäugen. Gegen den Willen wird man über einen Langsamen

⁶ Der IT-Vorstand der Deutschen Bank *Bernd Leukert*: „Man muss auf absehbare Zeit wahrscheinlich nicht mehr so viel fliegen“; und: „[...] ich kann mir gut vorstellen, dass unsere Bank an der einen oder anderen Stelle mit weniger Bürofläche auskommen wird“ (F. A. S. v. 10.05.2020, S. 1, 29).

Walzer nicht hinaus kommen und sich dabei ständig auf die Füße treten. Das kann sich – je nach Entwicklung der Krise – noch als Nachteil entpuppen.

Leichter hat es freilich der Arbeitgeber, der neue Arbeitsverträge verhandelt. Er sollte darauf achten, alle verfügbaren und gegebenenfalls für ihn nützlichen Flexibilisierungsinstrumente in seinen Vertragsmustern zu verankern.

1. Arbeitszeit

Die flexible Anpassung der Arbeitszeit ist in der Krise von besonderer Bedeutung. Zum einen kann dadurch auf unterschiedlich hohen Arbeitsbedarf reagiert werden. Zum anderen ist der Lohn in den meisten Arbeitsverhältnissen direkt an die Arbeitszeit geknüpft, sodass momentan fast überall dazu geraten wird, zunächst die Arbeitszeit zu beeinflussen und den Lohn so „mitzuschleifen“.

In Fragen der Arbeitszeit hat der Arbeitgeber Verhandlungsmasse. Die Debatten der vergangenen Jahre um Teilzeit, Elternzeit-Teilzeit oder Brücken-Teilzeit zeigen, dass zeitliche Flexibilität auch vielen Arbeitnehmern ein hohes Gut ist und sie sogar gerne (übergangsweise) weniger arbeiten würden. Zum anderen geht mit manchen Instrumenten der verringerten Arbeitszeit eine staatliche Kompensation des dadurch eingeübten Lohns einher.

Die einzelnen zeitlichen Flexibilisierungsinstrumente unterliegen unterschiedlichen Schranken, von denen sich einige in den Vorgaben des ArbZG befinden. Hier gibt es mit der COVID-19-ArbZV eine spezielle gesetzliche Anpassung (dazu unten, V. 2.).

a) Einvernehmliche Anpassung

Die banalste Möglichkeit der Arbeitszeitflexibilisierung liegt darin, schlicht einvernehmliche Absprachen über die die Verringerung oder Erhöhung der Arbeitszeit zu treffen. Es gibt kein Mindestniveau und – außer den Grenzen des ArbZG oder spezialgesetzlichen Schranken – auch kein Höchstniveau. Ebenso wenig gibt es eine Mindest- oder Höchstdauer hinsichtlich abweichender Absprachen und auch keine vorgegebene Taktung.

Theoretisch können sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber jeden Tag neu darauf verständigen, wie viel Arbeitszeit jeweils zu leisten ist. Allerdings besteht stets die Gefahr, dass sich eine der beiden Parteien einer erneuten Anpassung verweigert und das bis zu diesem Zeitpunkt geregelte Niveau sodann dauerhaft gilt. Jede nur übergangsweise gedachte Veränderung sollte daher auch wie eine befristete Änderung behandelt und entsprechend beweisicher fixiert werden (vgl. auch § 2 I Nr. 7 NachwG).

b) Kurzarbeit

Das derzeit wohl prominenteste Mittel zur Abfederung der Folgen der Corona-Krise ist Kurzarbeit und das damit verbundene Kurzarbeitergeld. Rechtlich ist zwischen Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld zu differenzieren. Es handelt sich um unterschiedliche rechtliche Beziehungen, die allerdings rechtlich und praktisch miteinander verwoben werden, da es das eine nicht ohne das andere geben soll.

Kurzarbeit ist die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit (bei korrespondierender Reduzierung der Vergütung). Damit kann durch Kurzarbeit vor allem einem vorübergehenden Rückgang von Aufträgen oder Arbeitskraftbedarf begegnet werden. Dabei kann die Arbeitszeit um bis zu 100% reduziert werden, sogenannte „Kurzarbeit-Null“.⁷ Rechtlich gesehen handelt es sich dabei um eine Art übergangsweise Teilzeit-Regelung, die – wie immer – einer vertraglichen Grundlage bedarf.

Diese vertragliche Absprache kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie kann bereits im Standard-Arbeitsvertrag bzw. einem Nachtrag angelegt sein und den Arbeitgeber berechtigen, Kurzarbeit mit einer bestimmten Ankündigungsfrist⁸ einseitig anzuordnen. Dieser tiefe Einschnitt in die grundsätzliche Verteilung des Betriebsrisikos wird dadurch gerechtfertigt, dass der Arbeitnehmer im Gegenzug Kurzarbeitergeld erhalten kann.⁹ Ebenso kann die vertragliche Grundlage nicht in der vereinbarten einseitigen Befugnis liegen, sondern einvernehmlich jeweils aktuell für die spezielle Situation vereinbart werden. Die vertragliche Grundlage kann sich auch im Kollektivvertragsrecht finden, etwa einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag.

Ohne eine gültige Grundlage gerät der Arbeitgeber regelmäßig in Annahmeverzug und der Arbeitnehmer erhält trotz der verringerten Arbeitszeit das reguläre Gehalt. Die Voraussetzungen des Kurzarbeitergelds können dann nicht erfüllt werden. Aus diesem Grund ist der vertraglichen Gestaltung besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Durch die reduzierte Arbeitszeit verringert sich das geschuldete Entgelt und die laufenden Kosten des Betriebes können stark reduziert werden. Ferner kann die Arbeitszeit – unter Berücksichtigung der Ankündigungsfristen oder nach einer erneuten Absprache – regelmäßig kurzfristig erhöht oder abgesenkt werden. Diese Fragestellungen bewegen sich allein in der arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Der entscheidende Vorteil der Kurzarbeit ist das damit einhergehende Kurzarbeitergeld, welches keine arbeitsrechtliche, sondern eine sozialversicherungsrechtliche Leistung ist. Die Voraussetzungen sind in den §§ 95 ff. SGB III geregelt, wobei die Anforderungen zu Beginn der Corona-Krise durch den Gesetzgeber herabgesetzt wurden. Kurzarbeitergeld kann beantragt werden, wenn aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses, vorübergehend und unvermeidbar, mindestens auf einen Kalendermonat gerechnet 10% der Beschäftigten einen Arbeitsentgeltsausfall von mindestens 10% erleiden.¹⁰ Dabei ist darauf zu achten, dass im Rahmen der Unvermeidbarkeit der Kurzarbeit zunächst bestehende Resturlaubszeiten aus dem Vorjahr verbraucht werden und bestehende Überstundenkonten „auf Null gefahren“ werden müssen.¹¹ Bei bereits verplantem Jahresurlaub überwiegen regelmäßig die Interessen der Arbeitnehmer an der Festlegung. Wurde Jahresurlaub noch nicht geplant kann es notwendig sein, diesen ebenfalls zur Vermeidung von Kurzarbeit zu verwenden.

Liegen diese Voraussetzungen vor, muss zunächst der Arbeitsausfall bei der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt und in der Folge Kurzarbeitergeld beantragt werden. Dieses beträgt zunächst 60% (67% bei einem Kinderfreibetrag von mind. 0,5) der Differenz zwischen dem Ist-Nettoentgelt (mit Arbeitsausfall) und dem Soll-Nettoentgelt (ohne Arbeitsaus-

8 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10. Über die Länge der Ankündigungsfrist herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum keine Einigkeit; in den meisten Standardklauseln findet sich eine Dauer von drei Wochen. In Tarifverträgen werden Fristen zwischen 5 Tage und 4 Wochen vereinbart (dazu Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 209 (210)).

9 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10; Bauer/Günther, BB 2009, 662 (664 f.).

10 Bislang mussten ein Drittel der Beschäftigten von einem Arbeitsausfall betroffen sein. Erleichterungen wurden durch die Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV) vom 25.03.2020 auf Grundlage der Verordnungsermächtigung des neu eingefügten § 109 V SGB III geschaffen. Zu den Gesetzesänderungen auch unten, V. 1.

11 Siehe dazu die Weisung 202003015 der Bundesagentur für Arbeit vom 30.03.2020, abrufbar unter <https://www.arbeitsagentur.de/datei/ba146387.pdf> (letzter Abruf: 15.05.2020).

fall). Je länger das Kurzarbeitergeld bezogen wird, desto höher fällt es aus: ab dem vierten bzw. siebten Monat erhöht es sich um jeweils 10%.¹²

Regelmäßig stellt der Arbeitgeber die erforderlichen Anträge, berechnet parallel bereits das Kurzarbeitergeld und zahlt dieses reduzierte Entgelt an die Mitarbeiter aus. Die Agentur für Arbeit erstattet dann die entstandenen Beträge. Es steht dem Arbeitgeber frei, das Kurzarbeitergeld mit eigenen Aufstockungsbeträgen zu ergänzen. In vielen Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen sind solche Aufstockungsbeträge vorgesehen, teilweise auf bis zu 100% des ohne Kurzarbeit zu leistenden Nettolohns.

Der maßgebliche Vorteil der Kurzarbeit und des Kurzarbeitergeldes ist die vorübergehende Möglichkeit der erheblichen Kostensenkung ohne Abbau von Arbeitsplätzen. Durch die teilweise Finanzierung durch die Agentur für Arbeit besteht oft eine große Akzeptanz in der Belegschaft, vor allem wenn der Entgeltausfall der Mitarbeiter durch Aufstockungsbeiträge gering gehalten wird. Auch der Gesetzgeber betrachtet das Kurzarbeitergeld als probates Mittel für die Bewältigung der Corona-Krise und trifft aktuell laufend Anpassungen.¹³ Das Kurzarbeitergeld ist damit berechtigterweise ein gängiges Mittel, um einer unsicheren Auftragslage und einem damit einhergehenden schwankenden Arbeitskraftbedarf zu begegnen.

c) Arbeit auf Abruf

Eine weitere Möglichkeit der bedarfsabhängigen Arbeitszeitgestaltung ist die in § 12 TzBfG geregelte Arbeit auf Abruf. Dabei ist der Arbeitgeber berechtigt, die Dauer und Lage der Arbeitszeit dem Arbeitsanfall anzupassen und die Arbeit entsprechend abzurufen. Die Abrufarbeit ist eine besondere Art der Teilzeitarbeit, kann nichtsdestotrotz auch mit Vollzeitarbeitnehmern vereinbart werden. Die Abrufarbeit ist gerade in Krisenzeiten mit ungewisser Dauer und Entwicklung geeignet, um den Arbeitseinsatz bedarfsgerecht zu planen und einem schwankenden Arbeitsanfall so gerecht zu werden. Der Vorteil gegenüber Arbeitszeitkonten liegt darin, dass sich die monatlichen Lohnkosten an der tatsächlich erbrachten Arbeitszeit orientieren.

Auch die Arbeit auf Abruf unterliegt vor dem Hintergrund der grundlegenden Verteilung des Betriebsrisikos zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gewissen Schranken. Vereinbart werden muss zunächst das „Grundniveau“ der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit, ansonsten greift subsidiär § 12 I 3, 4 TzBfG, wonach sich der Arbeitnehmer auf eine Arbeitszeit von 20 Stunden bzw. auf einen täglichen Einsatz von drei aufeinanderfolgenden Stunden berufen kann.

Vereinbart werden kann eine Mindestarbeitszeit oder eine Höchstarbeitszeit. Im ersteren Fall darf der Arbeitgeber maximal 25% der Zeit zusätzlich abrufen und in letzterem Fall maximal 20% weniger. Innerhalb dieser Grenzen kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit abrufen und mittels seines Direktionsrechts die Lage der Arbeitszeit festlegen. Der Arbeitgeber muss dabei eine Vorankündigungsfrist von 4 Tagen wahren, ansonsten kann der Arbeitnehmer die Leistung gem. § 12 II TzBfG verweigern. Durch Tarifvertrag können von § 12 TzBfG abweichende – auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers – Regelungen über die tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit oder die Vorankündigungsfrist getroffen werden.

Unter Beachtung dieser Grundsätze bietet die Arbeit auf Abruf gerade in der Corona-Krise vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁴ In der Praxis ist häufig zu beobachten, dass insbesondere die Ankündigungsfristen und Höchstarbeitszeiten nicht eingehalten werden. Sofern beide Parteien damit einverstanden sind

(was scheinbar regelmäßig der Fall ist), ist dies nicht weiter problematisch. Es ist das Recht des Arbeitnehmers, Erwerbschancen wahrzunehmen und gleichzeitig auf Schutzrechte zu verzichten.

d) Arbeitszeitkonten

Zum Standardrepertoire der gerade verfügbaren Krisenratgeber gehört der Abbau von Arbeitszeitkonten.

Der kurzfristige Nutzen einer solchen Maßnahme ist freilich beschränkt. Zum einen müssen die Arbeitszeitkonten überhaupt einen entsprechenden Überhang aufweisen, zum anderen wird die Liquidität des Unternehmens dadurch nicht geschont.

Unabhängig vom Abbau von Arbeitszeitkonten kann sich deren Einführung bzw. Anpassung (z. B. durch Ausweitung der „Korridore“ bzw. Maximalsalden) zum jetzigen Zeitpunkt anbieten. Durch Arbeitszeitkonten wird die starre Bindung zwischen Arbeitszeit und Lohn zwar nicht in inhaltlicher, aber in zeitlicher Hinsicht bis zu einem gewissen Maß aufgelöst. Arbeitgeber sind dadurch zwar nicht in ihren Lohnkosten flexibel, können aber immerhin bei gleichbleibenden Lohnkosten einen unterschiedlich hohen Umfang an Arbeitsleistung einfordern. Wenn die Flexibilisierung der monatlichen Lohnkosten für das Unternehmen nicht unbedingt erforderlich ist oder aus anderen Gründen nicht durchgeführt werden kann, ist es für den Unternehmer allemal besser, die Mitarbeiter Minusstunden sammeln zu lassen, als den Arbeitslohn wegen Annahmeverzugs unter Verpuffung der geschuldeten Arbeitsleistung zu zahlen. Dadurch lagert er Arbeitskraft, um zukünftige Auftragsspitzen ohne zusätzliche Personalkosten abzufangen. Denn auch wenn sich im Moment alle Augen darauf richten, wie man möglichst kurzfristig Lohnkosten sparen kann: Schon die kurzfristige Entwicklung der Krise ist unabsehbar.

Freilich bergen Arbeitszeitkonten auch Risiken. Verschärft sich die Krise und werden später doch betriebsbedingte Kündigungen erforderlich, sind Überstunden wie Minusstunden des Arbeitszeitkontos „auf einen Schlag“ auszugleichen. Beides geht in der Regel zu Lasten des Arbeitgebers: Überstunden sind in jedem Fall durch den Arbeitgeber auszuzahlen. Gleichzeitig können Minussalden zumindest dann nicht verrechnet werden, wenn diese dadurch verursacht wurden, dass der Arbeitgeber nicht genügend Arbeit ermöglicht hat.¹⁵

Arbeitszeitkonten lassen sich in der Corona-Krise typischerweise auf dreifache Art sinnvoll nutzen: Erstens: Volle Arbeitszeitkonten werden abgebaut; für den Bezug von Leistungen wie Kurzarbeitergeld oder Betreuungsentschädigung gem. § 56 Ia IfSG ist dies sogar Voraussetzung. Zweitens: Es werden Minusstunden gesammelt, sofern spätere betriebsbedingte Kündigungen noch nicht nahezu feststehen. Drittens: Man reduziert die geschuldete Arbeitszeit und reagiert auf Erholungen der wirtschaftlichen Lage durch den Aufbau der Arbeitszeitkonten.

e) (Pauschal abgegoltene) Überstunden

Ein weiteres probates Mittel zur Flexibilisierung der Arbeitszeit ist die Anordnung von Überstunden. Auf diesem Weg kann der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern mehr Arbeit verlangen als vertraglich festgelegt. Wirklich attraktiv wird dieses Mittel für den Arbeitgeber, wenn überhaupt zusätzlicher Arbeitsbedarf besteht und er die geleisteten Überstunden nicht gesondert vergüten muss.

Die Anordnung von Überstunden ist nur möglich, wenn eine entsprechende ausdrückliche Regelung besteht.¹⁶ Andernfalls ist der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Überstunden verpflichtet. Eine solche Regelung kann direkt im Arbeitsver-

¹² Dazu auch unten, V. 1.

¹³ Dazu auch unten, V. 1.

¹⁴ Dazu Raif/Ginal, ArbRAktuell 2020, 244.

¹⁵ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 26.3.2008 – 2 Sa 314/07.

¹⁶ S. etwa ErFK/Preis, § 611a BGB Rn. 663.

trag oder nach Beginn des Arbeitsverhältnisses in einer Zusatzvereinbarung getroffen werden, ist häufig aber bereits in den anwendbaren Tarifverträgen vorhanden. Soll eine vertragliche Regelung getroffen werden, muss diese den Umfang der Überstunden auf ein bestimmtes Maß begrenzen.¹⁷

Bezüglich der Vergütung von Überstunden gilt im Grundsatz: Überstunden sind mit dem üblichen Lohn zu vergüten.¹⁸ Von diesem Grundsatz kann allerdings abgewichen werden, etwa durch eine pauschale Überstundenabgeltung. Inhaltlich kann geregelt werden, dass Überstunden mit einer bestimmten Pauschale oder gar mit dem normalen monatlichen Lohn abgegolten sind. Dabei sind jedoch einige Vorgaben zu beachten: Zunächst muss die Regelung erkennen lassen, welche Arbeit in welchem Umfang von der Abgeltung erfasst wird.¹⁹ Eine pauschale Abgeltung aller Überstunden ist also nicht möglich. Es muss außerdem eine maximale Überstundenanzahl festgelegt werden, die in einem angemessenen Verhältnis zur pauschalen Vergütung steht.²⁰ Letztlich muss sichergestellt werden, dass weder die gesetzliche Höchstarbeitszeit nach dem ArbZG überschritten noch der Mindestlohn nach dem MiLoG unterschritten werden.

Werden die vorgenannten Anforderungen eingehalten, ermöglicht die Anordnung von Überstunden eine flexible Reaktion auf Schwankungen beim Arbeitsbedarf. Gleichzeitig können die Lohnkosten im Verhältnis zur geleisteten Arbeit gesenkt werden. Trotz eines Mehr an Arbeit fallen – je nach Ausgestaltung – keine zusätzlichen Kosten beim Arbeitgeber an. Soll der Fokus hingegen stärker auf die Flexibilität beim Arbeitsinsatz gelegt werden, kann zur Überstundenabgeltung auch vereinbart werden, dass statt einer pauschalen Vergütung ein Freizeitausgleich möglich ist.

2. Lohn

In den meisten Arbeitsverhältnissen sind Arbeitszeit und Lohn synallagmatisch miteinander verknüpft. Sprich: Eine geringere Arbeitszeit schlägt sich unmittelbar in einem niedrigeren Lohn nieder. Eine strenge Verknüpfung ist allerdings nicht in allen Fällen gegeben. Beispielsweise wirkt sich der Abbau von Arbeitszeitkonten oder die Gewährung von Urlaub isoliert auf die Arbeitszeit aus und schlägt sich nicht in den monatlichen Gehaltszahlungen nieder.

Gleichzeitig gibt es aber auch Instrumente, um isoliert (also bei gleichbleibender Arbeitszeit) auf den Lohn einzuwirken. Darunter wird meistens der Lohnverzicht bei gleicher Arbeitszeit verstanden. Dabei muss es allerdings nicht bleiben, denn in die Gleichung „Arbeitszeit gegen Festlohn“ können weitere Variablen einbezogen werden.

a) Einvernehmliche Lohnkürzung

Eine banale isolierte Anpassung des Lohns ist die einvernehmliche Lohnkürzung, die hier lediglich der Vollständigkeit erwähnt sei. Eine Lohnkürzung ist für den Arbeitnehmer kein Geschäft und er wird sich darauf in der Regel nur aufgrund von Druck oder aus Angst um seinen Arbeitsplatz oder aus Solidarität (z. B. zu Kollegen, die von Kurzarbeit betroffen sind) einlassen. In der Praxis zeigen sich einvernehmliche Lohnkürzungen vor allem in Form des Verzichts auf einen Prozentsatz des Festgehalts oder der einvernehmlichen Kürzung bereits

erdienter oder im laufenden Jahr erreichbarer variabler Vergütung.

b) Unternehmenserfolg als Lohnbestandteil

Bei absehbar geringen Beeinträchtigungen des Unternehmens besteht die Verlockung, Teile des Lohns an den Unternehmenserfolg zu koppeln. Solche Regelungen sind – unter Wahrung des Mindestlohns – möglich, auch wenn sie in die gewöhnliche Verteilung des Betriebsrisikos eingreifen.

Gemeint sind hier mit nicht klassische Formen der Beteiligung am Unternehmenserfolg wie die variable Vergütung in Form von Jahresboni, sondern vielmehr die Umwandlung eines Teils des (festen) Lohns in eine variable Leistung. Freilich ist die Verhandlungsmasse des Arbeitgebers nicht besonders groß, wenn er den Arbeitnehmern mitten in der Krise eine Beteiligung am nicht vorhandenen unternehmerischen Erfolg unter gleichzeitiger Kürzung des Festlohns anbietet. Überzeugen kann nur, wer nicht nur unternehmerische Risiken verlagert, sondern gleichzeitig unternehmerische Chancen anbietet.

Dazu gibt es verschiedene Möglichkeiten. Es kann als Ausgleich für zugleich vereinbarte Lohnkürzungen ein einmaliger, fester Bonus vereinbart werden, der an verschiedene inhaltliche oder zeitliche Bedingungen geknüpft wird. Ebenso kann ein laufender, variabler Bonus vereinbart werden, der sich anhand bestimmter unternehmerischer Kennzahlen bemisst.

Der Arbeitnehmer kann aber nicht vollends zum Unternehmer gemacht werden: Nach der Rechtsprechung des BAG darf maximal 25% des Entgelts, das unmittelbar Gegenleistung für Arbeit ist, flexibel anhand des Unternehmenserfolges ausgestaltet werden.²¹ Anderenfalls werde das Wertschöpfungsrisiko des Unternehmens zu weit auf den Arbeitnehmer verlagert und so in den Kernbereich des Arbeitsvertrages eingegriffen.

Eine vielversprechende Möglichkeit ist ein virtuelles Beteiligungsprogramm. Solche Beteiligungsprogramme gibt es in den USA seit längerer Zeit, aber auch in Deutschland haben sie in den vergangenen Jahren gerade in Startups einen wahren Boom erlebt. Der Hintergrund ist in der aktuellen Krise durchaus vergleichbar: Junge Unternehmen sind meist nicht so finanzkräftig, um marktübliche Gehälter zu zahlen, während die weitere Entwicklung ungewiss, aber mit einem gewissen Potential versehen ist. In dieser Situation wird sich momentan auch so mancher etablierter Mittelständler finden. Um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, werden statt eines höheren Festgehalts virtuelle Anteile ausgegeben.²² Virtuelle Anteile haben gegenüber „echten“ Anteilen den Vorzug, dass sie keine gesellschaftsrechtlichen Folgen auslösen und ohne jegliche Formvorschriften geschaffen und übertragen werden können. Der Arbeitnehmer erwirbt schlicht einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft, der ihn (nur) finanziell wie einen Gesellschafter stellt. Die Bedingungen und Rechtsfolgen des Anspruchs lassen sich dabei weitgehend frei gestalten, wodurch unterschiedlichste Zwecke und Anreizwirkungen erzeugt werden können.

In der Praxis lässt sich häufig beobachten, dass solche Programme ihre Wirkung nicht verfehlen: Die Arbeitnehmer fühlen sich wegen der finanziellen Gleichstellung wie Unternehmer, binden sich eher ans Unternehmen und ziehen wegen der Anreizwirkung auch in schlechteren Zeiten an einem Strang. Anders als „echte“ gesellschaftsrechtliche Beteiligungen (wie z. B. durch Aktienoptionen) verlangen virtuelle Beteiligungsprogramme auch keinen Kapitaleinsatz der Arbeitnehmer bzw. eine ggf. steuerlich nachteilige Finanzierung durch den Arbeitgeber. Sie werden gerade in jüngeren Unternehmen von hoch-

17 ErfK/Preis, § 310 BGB Rn. 92.

18 Vgl. nur BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, DB 2011, 2550; *Klagges*, in: Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 2. Teil Rn. 131.

19 BAG 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147; BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, DB 2011, 2550; *Klagges*, in: Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 2. Teil Rn. 132.

20 ErfK/Preis, § 310 BGB Rn. 92.

21 BAG, Urt. v. 12.01.2005 – 5 AZR 364/04; Hromadka/Schmitt-Rolfes, NJW 200, 1777 (1780 f.).

22 Zur Gestaltung virtueller Mitarbeiterbeteiligungsprogramme siehe etwa *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, 6. Aufl. 2019.

qualifizierten Mitarbeitern geradezu eingefordert. Ebenso lässt sich beobachten, dass durch die Beteiligung auch der allgemeine Trend nach mehr Selbstbestimmung im Arbeitsleben befriedigt wird.

Virtuelle Teilnehmungsprogramme bieten daher auch in der gegenwärtigen Krise viele Chancen, die nicht nur jungen Unternehmen vorbehalten sind. Solche Programme führen allerdings in aller Regel zu einer Ergänzung des bestehenden Verhältnisses aus Leistung und Gegenleistung, d. h. zu einer Erhöhung der insgesamt erreichbaren Bezahlung für die Arbeitsleistung. In Zeiten der Corona-Krise lassen Sie sich ggf. aber auch als Ausgleich für an anderer Stelle erklärten Lohnverzicht einsetzen.

c) Lohnstundung

Eine geringe Flexibilität in der Lohnzahlung kann durch Lohnstundung erfolgen. Sofern der Arbeitnehmer einverstanden ist (ansonsten droht Verzug), kann der Fälligkeitszeitpunkt der Lohnzahlung verschoben werden.

3. Ruhendes Arbeitsverhältnis

Das ruhende Arbeitsverhältnis bezeichnet eine Situation, in der die gegenseitigen Pflichten vorübergehend suspendiert wurden. In dieser Gemeinsamkeit gibt es verschiedene Fallgruppen, die sich danach gliedern, was der Arbeitnehmer mit der frei gewordenen Zeit bezweckt und wie er seinen Lebensunterhalt bestreitet.

a) Personalpartnerschaft

Nicht allen Unternehmen schadet die Krise: Beispielsweise erfährt der Lebensmittel-Einzelhandel und der Online-Handel durch die Corona-Krise eine erhöhte Nachfrage, die mit einem höheren Bedarf an Arbeitskraft bewältigt werden muss. Ein innovatives und sehr effektives Modell, krisenbetroffene Unternehmen zu entlasten und gleichzeitig von der Krise profitierende Unternehmen zu unterstützen, ist die sogenannte Personalpartnerschaft.²³ Unternehmen, deren Arbeitnehmer derzeit nicht in dem gewohnten Umfang arbeiten können, werden bei einem anderen Unternehmen vorübergehend eingesetzt.

Praktisch umsetzbar ist dieses Modell durch ein vorübergehendes Ruhen des Arbeitsverhältnisses bei dem alten Arbeitgeber und den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages beim Partnerunternehmen – beides setzt das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus. Im „neuen“ zusätzlichen Arbeitsverhältnis wird in der Regel eine Befristung nach § 14 I Nr. 1 TzBfG oder eine sachgrundlose Befristung gem. § 14 II TzBfG möglich sein. Die zeitliche Abstimmung sollte möglichst so gestaltet werden, dass die Befristung und die Dauer des ruhenden Arbeitsverhältnisses übereinstimmen. Zudem sollte jeweils kein Nebentätigkeitsverbot vereinbart werden. Zwischen den beiden Unternehmen sollte zusätzlich ein Partnerschaftsvertrag geschlossen werden. Diese Gestaltung ermöglicht es, ohne Arbeitnehmerüberlassung und ohne die strengen Voraussetzungen des AÜG das Personal zu verteilen.

Personalpartnerschaften bieten für Beschäftigte den Vorteil, dass sie sich nach wie vor in einem Arbeitsverhältnis befinden, ohne finanzielle Einbußen zu erleiden. Für den ursprünglichen Arbeitgeber ist die Neutralisierung des Personalüberhangs ein erheblicher Kostenvorteil, der den Bestand des Unternehmens durch die Krise hinweg sichern kann. Diese Vorgehensweise ist vor allem für Unternehmen geeignet, bei denen die Voraussetzungen von Kurzarbeit nicht gegeben sind.

Ein Nachteil des Modells der Personalpartnerschaft ist, dass eine vertragliche Bindung für einen bestimmten Zeitraum eingegangen wird und die Arbeitgeber nicht so spontan auf plötzliche Änderungen der Auftragslage reagieren können. Ferner wird in der Regel ein branchenübergreifender Transfer notwendig sein, sodass sich die Personalpartnerschaft sinnvollerweise wohl auf geringqualifizierte Tätigkeiten mit kurzen Einarbeitungszeiten beschränken wird.

b) Unbezahlter Urlaub (Sabbatical)

Viele Arbeitnehmer und Arbeitgeber verständigen sich zur Bewältigung von vorübergehenden Überkapazitäten an Arbeitskraft darauf, dass Arbeitnehmer freiwillig einen Teil des ihnen zustehenden bezahlten Urlaubs nehmen.

Für schwerwiegendere Fälle oder längere Durststrecken kommt auch die Vereinbarung über freiwilligen unbezahlten Urlaub in Betracht. Als eine Form des ruhenden Arbeitsverhältnisses gilt auch das Sabbatical. Auch wenn der erste Gedanke bei dem Sabbatical nicht zwangsläufig ein „Krisen-Bewältigungsinstrument“ ist, lohnt sich eine Betrachtung der möglichen Modelle.²⁴ Sabbaticals können einen drastischen Einfluss auf die Arbeitszeit und den Lohn haben und sind bei vielen Arbeitnehmern beliebt. Ein aktives Angebot durch den Arbeitgeber unter Klärung der Finanzierung und der steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Fragen kann den bei vielen Arbeitnehmern bereits vorhandenen Wunsch nach einer „Auszeit“ fördern.

Sabbaticals sind gesetzlich nicht geregelt. Letztlich handelt es sich im Kern um eine Vereinbarung, nach der die beidseitigen Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses ausgesetzt werden, grundsätzlich der Arbeitnehmer also nicht zur Arbeitsleistung und der Arbeitgeber nicht zu Lohnzahlung verpflichtet ist. Die maßgeblichen Unterscheidungen von gängigen Sabbatical-Modellen ranken sich regelmäßig um die Finanzierung der Freistellungszeit sowie die Versicherung auf Seiten des Arbeitnehmers.

Nach dem Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ erhält der Arbeitnehmer keinen Lohn, wenn er von seiner Arbeitsleistungspflicht freigestellt wird. Daher arbeiten die üblichen Sabbatical-Modelle mit Wertguthaben im Sinne des § 7b ff. SGB IV, die der Arbeitnehmer in sogenannten Ansparphasen füllt. Der Arbeitnehmer verzichtet für eine vorher bestimmte Zeit auf einen Anteil seiner Lohnzahlungen oder Sonderzahlungen und wandelt diese in Wertguthaben auf dem Konto um. Teilweise können Urlaubstage, soweit der gesetzliche Mindesturlaub nicht berührt wird, in diese Zeitkonten eingeführt werden. In der Zeit der Freistellung zehrt der Arbeitnehmer dann das aufgebaute Wertkonto auf.²⁵

Aus eben diesem Finanzierungsaspekt eignet sich das Sabbatical folglich nur in solchen Fällen als spontanes Mittel überschüssige Arbeitskraft zu vermeiden, in denen ein Arbeitnehmer zufällig bereits in einer Ansparphase ist, ein Zeitkonto aufgebaut hat und bereit ist, frühzeitig von der Anspar- in die Freistellungsphase zu wechseln. Andernfalls wird wenig Anreiz für den Arbeitnehmer bestehen, unbezahlt in eine Freistellungsphase zu wechseln. Angesichts eingeschränkter Reise- und Urlaubsmöglichkeiten während der Corona-Krise kommt dieses Instrument daher derzeit eher in Ausnahmefällen in Betracht.

Weiter ließe sich überlegen, dass mit dem Beginn einer Ansparphase eines Sabbaticals, einem kurzfristigen Liquiditäts-

23 Beispielsweise eine Partnerschaft zwischen McDonalds und Aldi, dazu <https://www.mcdonalds.com/de/de-de/GermanyNewsroom/article/News.Recent.personalpartner.html> (letzter Aufruf: 14.05.2020).

24 Vgl. allg. zum zielgerichteten Einsatz von Sabbaticals und anderen Formen der Flexibilisierung der Arbeitszeit Bös NZA-Beil. 2008 Heft 1, 29 ff.; Karst/Rihn BB 2016, 2549 ff.; Seel DB 2009, 2210 ff.

25 Siehe zu diesem Modell des Sabbaticals BeckFormB ArbR/Schwarz → Form. A.XL9; Karst/Rihn BB 2016, 2549 (2550 ff.) sowie Seel DB 2009, 2210 ff.

engpass in einem Unternehmen begegnet werden kann.²⁶ So könnte die Hoffnung entstehen, dass der vorübergehende Verzicht des Arbeitnehmers auf einen Lohnanteil, der später zur Finanzierung der Freistellungsphase ausgezahlt wird, Geldmittel freigibt, die das Unternehmen fortbestehen lassen kann. Allerdings sieht § 7e SGB IV vor, dass die Wertguthaben im Sinne des § 7b SGB IV vor einer Insolvenz des Arbeitgebers geschützt werden müssen. Dafür müssen die Lohnanteile, auf die der Arbeitnehmer verzichtet, regelmäßig so von der Vermögensmasse des Arbeitgebers getrennt werden, dass sie bei dessen Insolvenz nicht in die Insolvenzmasse fallen.²⁷ Damit stehen sie aber regelmäßig nicht zur freien Verfügung des Arbeitgebers.

Einzige Chancen sind damit zeitlich begrenzte, unbezahlte Freistellungen die kurzfristige finanzielle Erleichterung des Unternehmens bieten können. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass der Arbeitnehmer ab einem Freistellungszeitraum von einem Monat nicht mehr als Beschäftigter im Sinne des § 7 III 1 SGB IV gilt und damit keine Beiträge zur Sozialversicherung geleistet werden. Damit entfällt ab einer unbezahlten Freistellung von einem Monat die Sozialversicherung.

Alles in allem werden sich Sabbaticals daher trotz des im Ausgangspunkt naheliegenden Gedankens regelmäßig nicht eignen, um den Besonderheiten der aktuellen Krise kurzfristig Rechnung tragen zu können.

c) Elternzeit

Auch die Elternzeit ist eine Fallgruppe des ruhenden Arbeitsverhältnisses, die sich durch eine besondere gesetzliche Regulierung und die staatliche Förderung durch das Elterngeld auszeichnet.

Der Mechanismus – keine Arbeitsleistung, aber im Gegenzug staatlicher Ausgleich – ist vergleichbar mit dem der Kurzarbeit. Sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, können die Arbeitsvertragsparteien daher durchaus erwägen, ob die Vereinbarung von Elternzeit eine Option ist.

Eine laufende flexible Gestaltung in der Arbeitszeit lässt sich durch die Vereinbarung von Elternzeit-Teilzeit erreichen. Auch Mitarbeiter in Elternzeit sind nach § 15 IV BEEG befugt, bis zu 30 Stunden je Woche zu arbeiten. Auch Kombinationen zur Erreichung von noch mehr Flexibilität – etwa Elternzeit-Teilzeit in Form von Arbeit auf Abruf – sind denkbar.

4. Arbeitnehmerüberlassung

Der Einsatz von Arbeitnehmern in anderen Unternehmen, ähnlich der bereits erläuterten Personalpartnerschaft, kann auch als formale Arbeitnehmerüberlassung umgesetzt werden. Diese Form der Zusammenarbeit unterliegt allerdings regelmäßig den strengen Voraussetzungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Bei einer Arbeitnehmerüberlassung bleibt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem verleihenden Unternehmen bestehen, jedoch wird der Arbeitgeber finanziell entlastet, weil er aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages entsprechende Zahlungsansprüche gegen das entleihende Unternehmen hat.

Zu den Wirksamkeitserfordernissen einer Überlassung nach dem AÜG gehört vor allem das Erfordernis einer Überlassungserlaubnis. Bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften drohen beiden Unternehmen strenge Sanktionen und es entsteht automatisch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem eingesetzten Arbeitnehmer und dem Entleiherbetrieb. Die Überlassungserlaubnis wird den von der Krise betroffenen Unterneh-

men jedoch in der Regel fehlen, was zu Gestaltungsschwierigkeiten bei der Personalpartnerschaft führt.

In Ausnahmefällen erlaubt das Gesetz eine Arbeitnehmerüberlassung ohne entsprechende Erlaubnis: Nach § 1a I AÜG bedürfen kleinere Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten keiner Erlaubnis, wenn die Überlassung der Vermeidung von Kurzarbeit oder Kündigungen von Arbeitnehmern dient, sofern diese nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt wurden.

Für die größeren Unternehmen kommt eine Personalpartnerschaft über § 1 III Nr. 2a AÜG in Betracht: Viele Vorschriften des AÜG finden keine Anwendung, wenn die Überlassung der Arbeitnehmer nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt wurde. Die Beurteilung des Merkmals „gelegentlich“ wurde bisher allerdings sehr streng gehandhabt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat im Rahmen der Corona-Pandemie eine Auslegungshilfe veröffentlicht, in der es die Anwendung der Vorschrift in der derzeitigen Krisensituation für sachgerecht erachtet.²⁸ Jedoch bleibt die Personalpartnerschaft in mehr als gelegentlichem Umfang risikobehaftet, zumal solche „Auslegungshilfen“ rechtlich nicht bindend sind und eine entsprechende Handhabung einer richterlichen Kontrolle im Streitfall nicht standhalten könnte. Stützen die Arbeitgeber die Überlassung der Arbeitnehmer auf das AÜG, sollten das Vertragswerk und die Durchführung sorgfältig untersucht werden, um keine unwirksame Arbeitnehmerüberlassung zu riskieren.

5. Weiterbildung

Arbeitgeber sollten ferner erwägen, ob sie bei geringem Beschäftigungsbedarf die Arbeitszeit der Mitarbeiter nutzen, um Weiterbildungen durchzuführen. Dies bietet sich gerade dann an, wenn Arbeitgeber wegen des sich ändernden Marktumfeldes zukünftig andere Dienstleistungen oder Produkte anbieten wollen. Da auch Arbeitnehmer von Weiterbildungen profitieren, kann häufig eine einvernehmliche Regelung über die Kosten bzw. über einen geringeren Lohn bei Freistellung für die Weiterbildungsmaßnahmen getroffen werden.

IV. Einseitige Sanierungsinstrumente

Neben den Maßnahmen, die das Einverständnis des Arbeitnehmers bzw. eines Vertretungsorgans voraussetzen, gibt es einige einseitige Instrumente, mit denen der Arbeitgeber auf die gegenwärtige Krise reagieren kann. Das Gesetz erlaubt dem Arbeitgeber allerdings nur in wenigen Fällen eine flexible Gestaltung der Arbeitsbeziehung. Einseitige Entscheidungen, die sich letztendlich in geringeren Lohnkosten auswirken, sind nur durch finale Maßnahmen möglich, die auf eine Beendigung der Arbeitsbeziehung gerichtet sind. Flexibilität beschränkt sich weitgehend auf die Ausgestaltung der Arbeitsleistung.

Zu den einseitigen Maßnahmen zählen wir an dieser Stelle nicht diejenigen Instrumente, zu denen der Arbeitgeber zuvor einvernehmlich berechtigt worden sein muss. Diese Maßnahmen (insbesondere Kurzarbeit, Arbeit auf Abruf, Arbeitszeitkonten und (unbezahlte) Überstunden) wurden oben als im Ausgangspunkt einvernehmliche Maßnahmen dargestellt.

1. Änderungskündigung

Möchte sich der Arbeitnehmer nicht auf eine Anpassung oder Flexibilisierung der Arbeitsbeziehung einlassen, die aus Sicht des Arbeitgebers dringend erforderlich ist, so kann der Arbeitgeber versuchen, die Änderung des Arbeitsvertrages durch eine

²⁶ So etwa Seel DB 2009, 2210 ff

²⁷ Vgl. KassKomm/Zieglmeier, 107. EL Dezember 2019, SGB IV § 7e Rn. 17 f.

²⁸ <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html> (letzter Abruf: 15.05.2020).

Änderungskündigung herbeizuführen. Dadurch bleibt die Zustimmung des Arbeitnehmers zu den geänderten Bedingungen zwar nach wie vor notwendig, die Arbeitsbeziehung wird aber beendet, wenn er sich ihr zu Unrecht verweigert. Der gravierende Nachteil von Änderungskündigungen ist, dass sie jedenfalls im Regelfall die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist voraussetzen, d. h. die gewünschten Anpassungen lassen sich nur mit zeitlichem Verzug realisieren.

2. Anordnung von Urlaub

Auch urlaubsrechtlich gibt es Gestaltungsspielräume, die krisenbetroffene Unternehmen nutzen können. Um zu vermeiden, dass alle Arbeitnehmer bei Wiederanlaufen des Betriebes gleichzeitig Urlaub beantragen, könnte der Arbeitgeber jetzt auf den Einsatz von Urlaub setzen. Grundsätzlich sollen Arbeitnehmer frei festlegen können, wann sie den Erholungsurlaub in Anspruch nehmen wollen.²⁹ Die einseitige Anordnung des Arbeitgebers, den Jahresurlaub zu nehmen, steht daher vor der Schwierigkeit, dass die Arbeitnehmerinteressen bei der Gewährung von Urlaub berücksichtigt werden müssen.³⁰ Resturlaub aus dem Vorjahr kann dagegen einseitig gewährt werden. Nur sofern dringende betriebliche Belange oder vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer dem entgegenstehen, darf der Arbeitgeber den Urlaubswunsch verweigern.

Die durch COVID-19 rückläufigen Umsätze oder eine verminderte Auftragslage können – allerdings nur im konkret zu begründenden – Einzelfall ausnahmsweise dringende betriebliche Belange darstellen, die eine einseitige Urlaubsanordnung durch den Arbeitgeber ermöglichen.³¹ Jedoch stößt diese Vorgehensweise bei den Arbeitnehmern regelmäßig auf Missfallen. Wird jedoch eine angemessene Ankündigungsfrist beachtet, kann mit dem Arbeitnehmer unter Umständen eine Einigung erzielt werden. Denkbar wäre auch das Versprechen einiger Zusatzurlaubstage die zu einem späteren Zeitpunkt nach überstandener Krise genommen werden können, um die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu erhöhen.

In der Praxis sieht man auch häufiger, dass sich Arbeitnehmer auf nachdrückliches Bitten des Arbeitgebers bereit erklären, einen Teil ihres Urlaubs freiwillig zu „opfern“ oder eine Anordnung des Arbeitgebers unter solidarischen Erwägungen zu dulden, obwohl deren Rechtmäßigkeit im Einzelfall sehr zweifelhaft ist. Schließlich ist zu beobachten, dass viele Arbeitgeber die Sorge umtreibt, dass Arbeitnehmer während oder kurz nach „Lockdown“-Phasen ihren Urlaub nicht oder in nur sehr geringem Umfang nehmen, sondern erst dann (und dann gleichzeitig), wenn auch der Arbeitsbedarf beim Arbeitgeber wieder dem Normalniveau angenähert hat. Hierzu werden in manchen Betrieben Verständigungen getroffen, nach welchen sich Arbeitnehmer verpflichten, bis zu einem bestimmten Stichtag (z. B. 30. Juni) einen „Mindestanteil“ ihres Urlaubs genommen zu haben. Sofern sich Arbeitnehmer nicht davon überzeugen lassen, ihren Urlaub in dieser Form für konkrete Zeiträume zu beantragen, sind solche Zusagen indes nicht verbindlich – hat der Arbeitgeber umgekehrt bereits Urlaub für bestimmte Zeiträume gewährt, kann er dies nur unter den dafür geltenden allgemeinen sehr hohen Voraussetzungen rückgängig machen.

Auf kollektiver Ebene können Arbeitgeber mit dem Betriebsrat betriebliche Urlaubsgrundsätze per Betriebsvereinbarung festlegen. So könnten beispielsweise für einen bestimmten Zeitraum Betriebsferien vereinbart werden. Diese gelten als „dringender betrieblicher Belang“ gem. § 7 I 1 BUrlG und sind

gegenüber abweichenden Urlaubswünschen der Arbeitnehmer vorrangig. Eine Betriebsvereinbarung könnte auch vorsehen, dass bis zu einem bestimmten Datum ein bestimmter Prozentsatz der Urlaubsansprüche für 2020 genommen werden müssen. Für die Betriebsferien gelten einige Grenzen wie insbesondere eine angemessen lange Ankündigungsfrist, die an dieser Stelle nicht weiter erläutert werden sollen.

3. Andere Tätigkeit; Versetzung

Die Krise bietet nicht nur Risiken und Beschränkungen, sondern auch Chancen. Etliche Unternehmen haben ihre Produktionen auffällig schnell umstellen können. Auto- und Flugzeughersteller bauen Teile für Beatmungsgeräte, Krawattenhersteller nähen Mundschutze, Konsumgüterhersteller stellen Desinfektionsmittel her und füllen es in die nicht gebrauchten Plastikflaschen für Sonnenschutzmittel ab, Landebahnen von Flughäfen werden zum Autokino umfunktioniert und das kleine Restaurant um die Ecke liefert nun Essen ins Haus.

Unternehmer, die solche beeindruckenden Wendungen hinlegen, brauchen eine Belegschaft, die folgt. Im Ausgangspunkt gilt das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO; eines der wenigen gesetzlichen Instrumente, welches dem Gesetzgeber eine einseitige, flexible Gestaltung der Arbeitsleistung ermöglicht. Das gesetzliche Weisungsrecht gilt allerdings nur so weit, wie es nicht durch vertragliche Bestimmungen eingeschränkt ist.

Das Weisungsrecht kann im Arbeitsvertrag enger oder weiter gefasst sein. Je spezifischer die vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit benannt und beschrieben wird, desto enger sind die vertraglich gesetzten Grenzen des Weisungsrechts.³² Gleiches gilt für den Arbeitsort. Ist dieser im Arbeitsvertrag konkret geregelt, beschränkt eine solche Vereinbarung das sonst bestehende Weisungsrecht bezüglich dieses Punktes.

Hinsichtlich der Tätigkeit erfasst das Weisungsrecht nicht die Anordnung von Tätigkeiten, die geringwertiger sind als die vertraglich vereinbarte; auch nicht, wenn der Arbeitgeber die bisherige Vergütung fortzahlt.³³ Die Gleichwertigkeit der Tätigkeit bestimmt sich nach Ansicht des BAG anhand der Verkehrsanschauung und dem Sozialbild der Tätigkeit.³⁴ Als Kriterien werden die Anzahl der unterstellten Mitarbeiter, der Umfang der Entscheidungsbefugnisse über den Einsatz von Sachmitteln oder einer Personalkapazität sowie die Einordnung in die Betriebshierarchie angesehen.³⁵ Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt oder die Grenzen überschritten, bedarf es einer einvernehmlichen Vertragsänderung.

Auch der Arbeitsort kann betroffen sein. Mitunter war und ist es beispielsweise notwendig, die Mitarbeiter kurzfristig ins Homeoffice zu versetzen. Die Home-Office-Tätigkeit „nach Möglichkeit“ entspricht auch weiterhin der Empfehlung zum Arbeitsschutz.³⁶ Eine dauerhafte Versetzung des Arbeitnehmers ins Homeoffice ist im Regelfall nicht von dem Direktionsrecht nach § 106 GewO gedeckt, da die Wertung des Art. 13 GG³⁷ einzubeziehen ist und sich die Tätigkeit im Homeoffice, auch durch den fehlenden sozialen Kontakt zu Kollegen, stark von der Tätigkeit im Betrieb unterscheidet und somit keine Vergleichbarkeit mehr gegeben ist.³⁸ Anders kann dies dann beur-

32 BeckOK ArbR/Tillmanns, 55. Ed. 1.3.2020, GewO § 106 Rn. 11.

33 LAG BW 20.4.2009, BeckRS 2009, 61246; LAG Hmb 23.10.2013, LAGE § 52 HGB Nr. 1.

34 BAG 30.8.1995, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44; 24.4.1996, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 49.

35 LAG Köln 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151.

36 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard“ vom 16.04.2020, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/sars-cov-2-arbeitsschutzstandard.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Letzter Abruf: 15.05.2020).

37 Dazu Richter, ArbRAktuell 2019, 142.

38 LAG Berlin-Brandenburg, ArbRAktuell, 2019, 47 (mit Anm. Stück).

29 Moll/Jacobsen, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 27, Rn. 64.

30 Hohenstätt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, VII. c).

31 Hohenstätt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, VII. c).

teilt werden, wenn arbeitsvertraglich keine Tätigkeit im Betrieb vereinbart wurde oder der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag berechtigt ist, zeitweise von zu Hause zu arbeiten. Dann könnte eine Tätigkeit im Homeoffice von dem Direktionsrecht gedeckt sein.³⁹ Die Rechtsprechung könnte ebenfalls arbeitgeberfreundlicher ausfallen, wenn (wie es im Rahmen der aktuellen Krise wohl häufiger der Fall sein wird) die Verlegung ins Homeoffice nur vorübergehender Natur sein soll.⁴⁰

Zudem könnte der Arbeitnehmer bereits aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet sein, zur Abwendung von einem Schaden des Arbeitgebers im Homeoffice tätig zu werden. Dies wird jedoch nur anzunehmen sein, wenn die Folgen für den Arbeitgeber existenzgefährdend sind.⁴¹ Spiegelbildlich könnte aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Verpflichtung entstehen, Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren zu schützen und sie daher ins Homeoffice zu versetzen oder dies zumindest anzubieten (v. a. bei Reiserückkehrern, Arbeitnehmer mit Symptomen oder ähnlichen Konstellationen).

4. Finale Maßnahmen

Finale, auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Maßnahmen bieten sich für die meisten Unternehmen zumindest zum jetzigen Zeitpunkt nicht an. Die Entwicklung der Krise ist zu unsicher, die Einarbeitung von Mitarbeitern zu aufwändig und der Arbeitsmarkt zu angespannt, als dass Unternehmen sich voreilige Entscheidungen erlauben könnten. Gleichwohl kann es natürlich angezeigt sein, solche Maßnahmen zu ergreifen.

a) Betriebsbedingte Kündigung

Führt die Corona-Krise im Unternehmen zu einem Überhang an Arbeitskräften und kann auf andere Weise nicht reagiert werden, wird an betriebsbedingten Kündigungen oftmals kein Weg vorbei führen.

Unter den üblichen Voraussetzungen ist im Zusammenhang dieses Beitrags eine besonders hervorzuheben: Die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung setzt unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer auf keinem anderen freien Arbeitsplatz beschäftigt werden kann. Dieser Umstand ist zu bedenken, wenn man im Arbeitsverhältnis zuvor Flexibilität schafft. Dadurch erweitern sich die Einsatzmöglichkeiten und mit ihnen die Schwierigkeit, die fehlende anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu beweisen. Ferner sind die zusätzlichen Voraussetzungen bei Massenentlassungen gem. §§ 17 ff. KSchG zu bedenken.

Die Einführung von Kurzarbeit lässt die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung entgegen eines verbreiteten Missverständnisses bestehen, da das Arbeitsverhältnis nach wie vor zu dem Arbeitgeber besteht.⁴² Betriebsbedingte Kündigung und Kurzarbeit verfolgen unterschiedliche Zwecke: Die betriebsbedingte Kündigung bezieht sich auf den voraussichtlich dauerhaften, die Kurzarbeit auf den voraussichtlich übergangsweisen Entfall der Arbeitsaufgaben. Diese Prognose kann sich ändern, sodass trotz zunächst angeordneter Kurzarbeit auch eine betriebsbedingte Kündigung möglich werden kann.

b) Befristete Verträge, Probezeit, Fremdpersonal

Weitere finale Instrumente zur Senkung der Lohnkosten, zu denen aktuell vielerorts geraten wird, liegen geradezu auf der Hand. Dazu zählt der Auslauf befristeter Verträge, die Kündigung in der Probezeit oder der Abbau von Fremdpersonal.

V. Aktuelle Gesetzesänderungen

Im Zuge der Corona-Krise wurden eine Reihe von Gesetzesänderungen verabschiedet, die sich direkt auf die Schaffung von Flexibilität und eine Entlastung in den Lohnkosten richten.

Zum Teil wurden auch Gesetzesänderungen geschaffen, die zwar nicht als Sanierungsinstrumente zu verstehen sind, aber dennoch auf die Arbeitsbeziehung einwirken. Dazu zählt etwa der Entschädigungsanspruch bei KiTa-/Schulschließung nach § 56 Ia IfSG⁴³, die Verlängerung Dauer von Arbeitslosengeld I oder die Ermöglichung von Hinzuverdiensten zum Kurzarbeitergeld.

Sanierungsinstrumente betreffend sind die wichtigsten Änderungen die nachfolgend dargestellte Anpassungen des Kurzarbeitergeldes, die Flexibilisierung der Arbeitszeit und die Möglichkeit der Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber je nach Verlauf der Krise weitere (kurzfristige) Anpassungen treffen wird.

1. Kurzarbeitergeld

Das Kurzarbeitergeld hat sich im Rahmen der Krise zu einem prominenten Werkzeug etabliert und wurde mittlerweile mehrfach an die neuen Umstände angepasst.

Zunächst wurden bereits durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020 das notwendige Quorum der betroffenen Belegschaft reduziert, die Anforderungen an die Unvermeidbarkeit abgeschwächt, das Kurzarbeitergeld für Leiharbeiter zugänglich gemacht und die Möglichkeit geschaffen, das die auf das fiktive Arbeitsentgelt zu leistende Sozialversicherungsbeiträge nicht von den Arbeitgebern zu tragen sind.

Am 14.5.2020 stimmte der Bundestag einer Erhöhung des Kurzarbeitergeldes zu. Je länger ein Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld bezieht, desto weiter erhöht sich der von der Agentur für Arbeit geleistete Prozentsatz. So beträgt das Kurzarbeitergeld ab dem vierten Bezugsmonat bereits 70% (bzw. 77% bei einem Kinderfreibetrag von mind. 0,5) und ab dem siebten Bezugsmonat 80% (bzw. 87% bei einem Kinderfreibetrag von mind. 0,5). Darüber hinaus wurde die Berechnung des Elterngeldes so angepasst, dass durch den Bezug von Kurzarbeitergeld keine Nachteile entstehen.

2. Arbeitszeit

Der Gesetzgeber hat das Arbeitszeitgesetz angepasst, um Personalengpässe einiger (Versorgungs-)Unternehmen zu vermeiden.⁴⁴ Dadurch entsteht für einige Unternehmen mehr Flexibilität in der Arbeitszeitgestaltung.

Gem. § 14 IV ArbZG darf nun zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitswesens und der pflegerischen Versorgung, der Daseinsvorsorge und der Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern per Rechtsordnung von den Regelungen des ArbZG abgewichen werden. Zur Bewältigung der pandemiebedingten Ausnahmesituation und zum Schutze dieser Beschäftigungsgruppen wurde daraufhin die COVID-19-ArbZV geschaffen. Mit ihr sind bis zum 30.6.2020 einige vorübergehende Abweichungen vom ArbZG möglich, die Arbeitgeber in den entsprechenden Branchen nutzen können. Ermöglicht wird die Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit, die Verkürzung von Ruhezeiten sowie die Ausdehnung der Beschäftigung an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen:

Die werktägliche Arbeitszeit darf gem. § 1 I COVID-19-ArbZV auf bis zu 12 Stunden verlängert werden. Allerdings muss

39 Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345.

40 Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186.

41 Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186.

42 BAG, Urt. v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10.

43 Die Einzelheiten stellen die Autoren in einem LinkedIn-Wiki dar, abrufbar unter <https://bit.ly/35TkzG6>

44 Dazu Schliemann, NZA 2020, 565.

innerhalb von sechs Monaten ein Freizeitausgleich nach § 3 S. 2 ArbZG erfolgen. Für welche Tätigkeiten eine Arbeitszeitverlängerung möglich ist, zählt § 1 II der Verordnung detailliert und abschließend auf. Die in § 5 ArbZG vorgesehene elfstündige Ruhezeit wurde auf neun Stunden verkürzt. Jede Ruhezeitverkürzung muss innerhalb von vier Wochen ausgeglichen werden und ist nur zulässig, wenn sie zu einem der in § 2 S. 2 COVID-19-ArbZV genannten Zwecke notwendig ist.

Können bestimmte Arbeiten an Werktagen nicht vorgenommen werden, dürfen Arbeitnehmer mit den in § 1 II COVID-19-ArbZV genannten Tätigkeiten auch an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden. Innerhalb eines achtwöchigen Zeitraums, spätestens jedoch bis zum 31.7.2020, muss ein Ersatzruhetag gewährt werden.

3. Stundung Sozialversicherungsbeiträge

Selbst kurzfristige finanzielle Entlastungen können in der sich rasant entwickelnden Krise den Bestand eines Unternehmens sichern. Dafür geeignet ist die derzeit erleichterte Stundungsmöglichkeit von Sozialversicherungsbeiträgen. Befindet sich ein Unternehmen aufgrund der Corona-Krise in ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten und hat bereits andere Entlastungsmöglichkeiten wie das Kurzarbeitergeld oder andere Unterstützungsmaßnahmen ausgeschöpft, kann auf Antrag des Arbeitgebers gem. § 76 Abs. 2 SGB IV bei der jeweils zuständigen Krankenkasse eine Stundung erfolgen. Diese Stundung erfordert keine Sicherheitsleistung.⁴⁵

VI. Fazit

Die Besonderheit der Corona-Krise liegt im Moment in ihrer Unberechenbarkeit, den kurzfristigen und uneinheitlichen po-

litischen Entscheidungen und einem sich verändernden Marktumfeld. Wenn Unternehmen während dieser Zeit ihre Leistungsfähigkeit wiederherstellen oder erhalten wollen, müssen sie in der Lage sein, sich kurzfristig an die sich ändernden Umstände anzupassen. Verschont wird, wer schnelle und kreative Veränderungen schaffen kann.

Da sich einseitige, finale Maßnahmen dazu in der Regel nicht eignen, bedarf es einvernehmlicher Regelungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. dem Arbeitnehmervertretungsorgan. Solche Regelungen können einmalig getroffen werden und den Arbeitgeber zu einseitigen Maßnahmen berechtigen oder laufend einvernehmlich angepasst werden. In jedem Fall ist ein vertrauensvolles Verhältnis zur Belegschaft von Vorteil.

Welche konkreten Instrumente der Arbeitgeber wählen sollte, hängt von dem Grund ab, der die Leistungsfähigkeit des Unternehmens beschränkt. Problematisch ist in der Krise oftmals eine zu hohe verfügbare Arbeitskraft, zu hohe Lohnkosten und/oder Liquiditätsengpässe. Neben der Bewältigung dieser Probleme kann es ebenso erforderlich sein, Chancen zu ergreifen. Für alle diese Faktoren gibt es geeignete arbeitsrechtliche Instrumente.

Die Verhandlungsmasse des Arbeitgebers zur Erzielung einvernehmlicher Regelungen beschränkt sich nicht auf die Angst des Arbeitnehmers um seinen Arbeitsplatz und die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen. Zeit ist vielen Arbeitnehmern ein hohes Gut und die Verteilung der vielerorts unabsehbaren Betriebsrisiken lässt sich durch das gleichzeitige Angebot unternehmerischer Chancen in Einklang bringen.

⁴⁵ Näheres wird auf der Internetseite des Spitzenverbandes der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) veröffentlicht.

RA *Rüdiger Weiß*, Düsseldorf, Köln* und RA Dr. *Andreas Paulick*, Dresden**

Der Steuerzahler als versteckter Sanierer

Krisenbewältigung mit dem COVInsAG

Die COVID-19-Pandemie hat die Wirtschaft in einen Ausnahmezustand versetzt. Zur Stabilisierung der Unternehmen hat der Gesetzgeber im parlamentarischen Eilverfahren unter anderem das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen. Die Vermeidung einer Insolvenzwelle genießt oberste Priorität. Neben einer vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht setzt der Gesetzgeber insbesondere auf Liquiditätshilfen in Form von Darlehen, vornehmlich finanziert durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Martialisch wird die massive Bereitstellung von Liquidität mit der Feuerkraft einer „Bazooka“ verglichen. Die Aufnahme von Fremdkapital soll durch den vorübergehenden und bislang beispiellosen Rückbau des Gläubigerschutzes erleichtert werden. Die Neuregelungen stellen in ihrer Gesamtheit einen Fremdkörper in der bisherigen Konzeption des Insolvenzrechts dar. Alternative Überlegungen, etwa eines Vollstreckungsschutzes unter gerichtlicher Aufsicht, gab es nicht. Ebenso keine Folgenabschätzung. Der nachfol-

gende Beitrag setzt sich mit den Neuregelungen und deren Auswirkungen kritisch auseinander.

I. Vorbemerkung

Das Einfrieren großer Teile der Wirtschaft führt zu einem massiven Einbruch der Wirtschaftsleistung. Die volkswirtschaftlichen Folgekosten des „Shutdown“ auf Grund verlorener Wertschöpfung werden prognostisch alles übersteigen, was aus Wirtschaftskrisen oder Naturkatastrophen in Deutschland der letzten Jahrzehnte bekannt ist.¹ Der ifo-Geschäftsklimaindex stürzte in 04/2020 auf 74,3 Punkte ab. Dies ist der niedrigste jemals gemessene Wert.²

Zeitgleich werden umfangreiche wirtschaftspolitische Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschaft ergriffen. So wurde am 27.03.2020 im Bundesgesetzblatt Teil I, Seiten 569 ff., das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht verkündet. Der

* Fachanwalt für Insolvenzrecht, Gründungsgesellschafter der auf Unternehmenssanierung spezialisierten bundesweit tätigen Unternehmensgruppe WallnerWeiß.

** Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, wwp WallnerWeiß Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

1 Vgl. Szenarienberechnung des ifo-Instituts München, ifo-Schnelldienst, Heft 4/2020, S. 29 ff.

2 Ergebnisse der ifo-Konjunkturumfrage in 04/2020, einsehbar unter <https://www.ifo.de/node/54705>.