



**Bundesverband Holzpackmittel  
Paletten Exportverpackung (HPE) e. V.**

**Erfolgreiches Krisenmanagement in der Holzpackmittelindustrie**

**EDWIN-SCHARFF-HAUS, Neu-Ulm, 26. Mai 2009**

**Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen**

**Referenten:**

**Dr. Stefan Seitz,**

**Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht**

**Stefanie Reiche, Rechtsanwältin**

**Schlütter Bornheim Seitz Rechtsanwälte und Steuerberater, Köln**

Impressum:

Autorin: Stefanie Reiche

Schlütter Bornheim Seitz, Rechtsanwälte und Steuerberater

Aachener Str. 621

50933 Köln

Telefon + 49 221-56960-280

Telefax + 49 221-56960-200

s.reiche@sbs-koeln.de

Köln, im Mai 2009

© Copyright

<b>1. Teil: Einführung .....</b>	<b>5</b>
<b>2. Teil: Kurzarbeit und konjunkturelles Kurzarbeitergeld .....</b>	<b>5</b>
A. Einführung: Definition und Zweck .....	6
B. Die zwei Komponenten der Kurzarbeit: Arbeitsrecht und Sozialrecht .....	6
I. Arbeitsrechtliche Komponente .....	7
1. Arbeitsrechtlich wirksame Reduzierung der Hauptleistungspflichten .....	7
a. Umsetzung der Kurzarbeit mittels Tarifvertrag .....	8
b. Umsetzung mittels Betriebsvereinbarung .....	8
c. Umsetzung mittels Änderungsvereinbarung/-kündigung.....	9
2. Rechtsfolge einer wirksamen Umsetzung.....	9
3. Räumlicher Umfang der Kurzarbeit .....	10
4. Zeitlicher Umfang der Kurzarbeit.....	10
II. Sozialrechtliche Komponente: Der Anspruch auf Kug.....	10
1. Die Voraussetzungen des Kug.....	10
2. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen .....	11
a. Vorübergehender Arbeitsausfall aus wirtschaftlichen Gründen/aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses .....	12
b. Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls .....	12
3. Antrag .....	13
4. Bezugsdauer des Kug .....	14
5. Höhe des Kurzarbeitergeldes.....	14
6. Einkommenssteuer und Sozialversicherungspflicht .....	14
III. Einzelfragen.....	14
1. Kurzarbeit und Kündigung .....	14
2. Kurzarbeit und Krankheit.....	15
3. Kurzarbeit und Urlaub.....	15
<b>3. Teil: Anderweitige Flexibilisierung der arbeitsrechtlichen Pflichten, insbesondere Arbeitszeit und Entgelt .....</b>	<b>15</b>
A. Lohnkürzung ohne Verringerung der Arbeitszeit .....	16
I. Durch Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern .....	16
II. Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung.....	17
B. Abbau von Arbeitszeit bei gleichzeitiger Lohnreduzierung .....	18
I. Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat .....	18
II. Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern.....	18
III. Änderungskündigung gegenüber den Arbeitnehmern .....	18
C. Abbau von Sonderzahlungen.....	19
I. Flexibilisierung durch Berufung auf einen vereinbarten Vorbehalt.....	20
1. Freiwilligkeitsvorbehalt.....	21
2. Widerrufsvorbehalt.....	21
II. Abbau von Sonderzahlungen aufgrund Tarifvertrags .....	22
III. Abbau von Sonderzahlungen aufgrund Betriebsvereinbarung.....	22
IV. Abbau von Sonderzahlung aufgrund Arbeitsvertrag, Gesamtzusage, betrieblicher Übung .....	23
1. Änderungsvereinbarung und Änderungskündigung.....	23
2. Negative betriebliche Übung .....	23
<b>4. Teil: Betriebsbedingte Kündigung und Massenentlassungsanzeige .....</b>	<b>24</b>
A. Betriebsbedingte Kündigung nach § 1 KSchG.....	24

B. Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG.....	25
<b>Anhang: Auswahl an Übersichten .....</b>	<b>27</b>

## 1. Teil: Einführung

„Die Krise ist auch bei uns angekommen.“ So denken derzeit viele Arbeitgeber, in Kleinunternehmen, im Mittelstand, in den Großunternehmen. Und allen stellt sich dieselbe Frage: Wie sollen wir hierauf reagieren?

Personalkostensenkung ist dabei sicherlich ein Punkt, der relativ schnell in den Köpfen der Geschäftsleitungen Gestalt annimmt. Betriebsbedingte Kündigungen können, müssen aber nicht das erste Mittel sein; denn gerade in Zeiten, in denen die wirtschaftliche Entwicklung nicht absehbar ist, gilt es auch, sich die Fachkräfte und ihr Know-how für bessere Zeiten zu sichern.

Ein Zauberwort in dieser Situation kann die „Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen“ sein. Sie erlaubt – richtig eingesetzt - sowohl auf Seiten der Arbeitsleistung als auch des Entgelts eine Anpassung der Arbeitsverhältnisse an die gegenwärtig angespannte Situation. Auf diese Weise wird es den Unternehmen möglich, vorübergehend einen Tiefpunkt zu überbrücken, sei es durch Arbeitszeitverringerung, sei es durch Kürzung der Vergütung. Maßnahmen in beiden Bereichen ermöglichen eine Senkung der Personalkosten. Hinzu kommt die Ausschöpfung staatlicher Förderungen, wie sie derzeit mit dem Kurzarbeitergeld in aller Munde sind.

Welche der unterschiedlichen Maßnahmen sich im konkreten Fall eignet, bedarf eines Blicks hinter die Kulissen im Einzelfall. Im Folgenden sollen Sie einen Überblick über die denkbaren Varianten erhalten, ohne dass dies dem Anspruch auf Vollständigkeit gerecht werden kann.

## 2. Teil: Kurzarbeit und konjunkturelles Kurzarbeitergeld

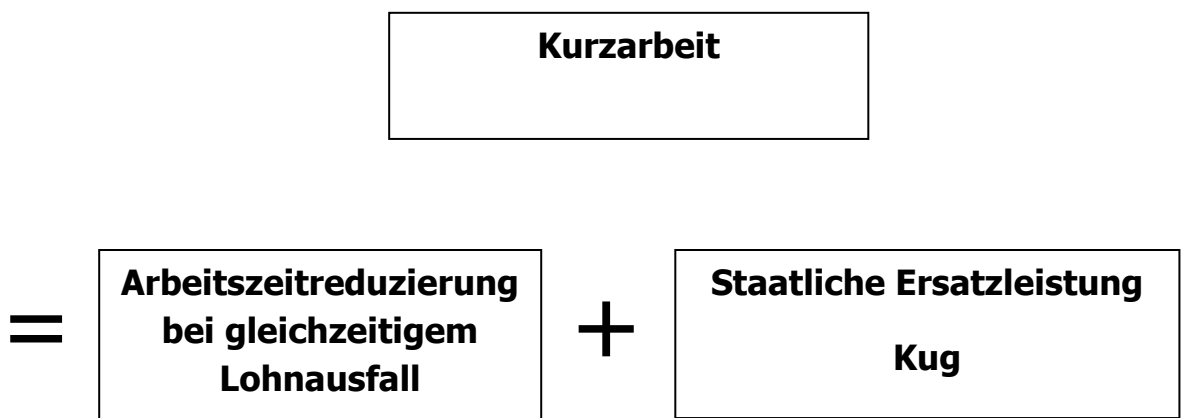
*Ausführliche Informationen und die notwendigen Formulare finden Sie auf der Internetseite der Bundesagentur für Arbeit [http://www.arbeitsagentur.de/nn\\_27620/zentraler-Content/A06-Schaffung/A062-Beschaefigungsverhaeltnisse/\\_Allgemein/Kurzarbeitergeld.html](http://www.arbeitsagentur.de/nn_27620/zentraler-Content/A06-Schaffung/A062-Beschaefigungsverhaeltnisse/_Allgemein/Kurzarbeitergeld.html).*

***Die Arbeitsagenturen sind derzeit äußerst bemüht, in allen Fragen rund um das Kurzarbeitergeld Hilfestellung zu leisten – daher unser Tipp: Nehmen Sie bei Fragen Kontakt zu Ihrer örtlichen Agentur für Arbeit auf!***

## A. Einführung: Definition und Zweck

Mit Kurzarbeit wird ein Zustand der vorübergehenden Reduzierung der im Betrieb üblichen normalen Arbeitszeit verstanden. Damit einher geht ein entsprechender anteiliger Lohnausfall bei den Arbeitnehmern.

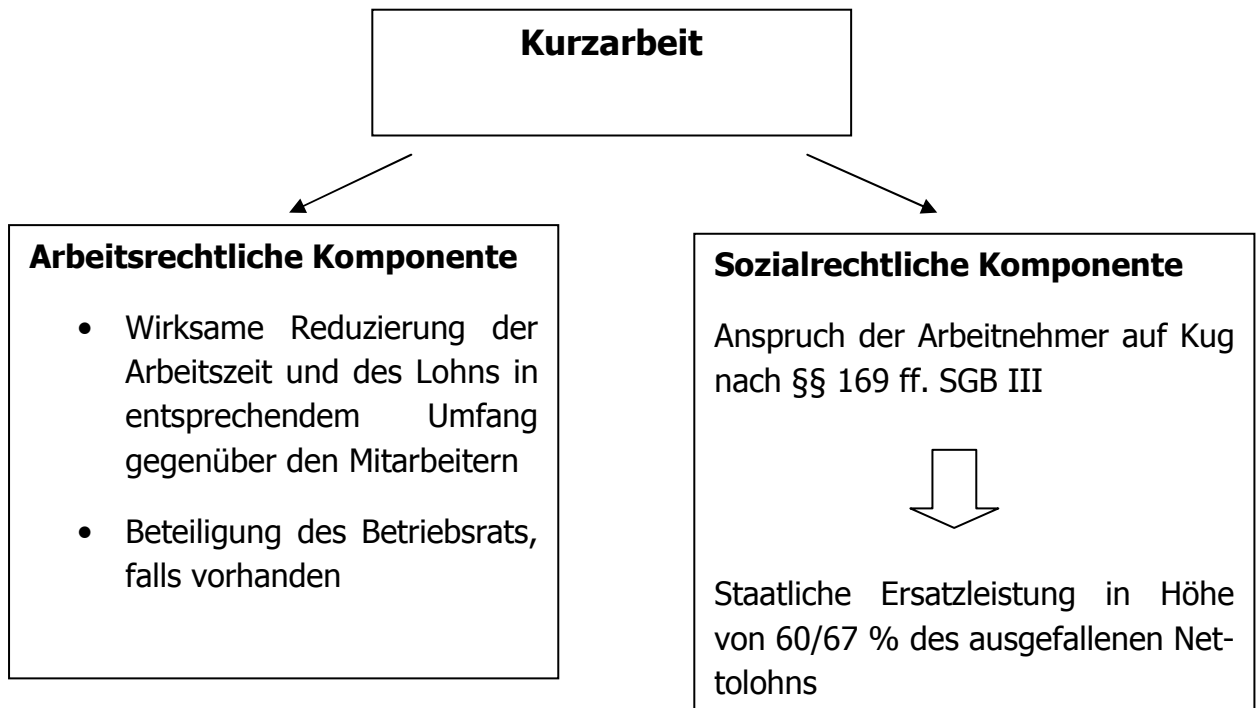
Unter den im Sozialgesetzbuch III (SGB III) genannten Voraussetzungen wird dieser Lohnausfall zu einem gewissen Teil durch staatliche Leistungen – das sog. konjunkturelle Kurzarbeitergeld (Kug) – kompensiert. Beide Elemente bilden die „Kurzarbeit“ im üblichen Sprachgebrauch.



Die Kurzarbeit unter Zahlung von Kurzarbeitergeld soll im Falle eines vorübergehenden Arbeitsausfalls aufgrund von wirtschaftlichen Schwierigkeiten dazu dienen, den Arbeitgeber durch Minderung von Personalkosten wirtschaftlich zu entlasten, und auf diese Weise Arbeitsplätze erhalten und sichern.

## B. Die zwei Komponenten der Kurzarbeit: Arbeitsrecht und Sozialrecht

Wie aus der Definition der Kurzarbeit bereits deutlich wird, ist das Thema „Kurzarbeit“ von zwei rechtlichen Ebenen geprägt:



Zur Einführung von Kurzarbeit bedarf es zunächst der arbeitsrechtlich wirksamen Reduzierung der vereinbarten Arbeitszeit gegenüber den Arbeitnehmern (arbeitsrechtliche Komponente). Zugleich muss der Arbeitgeber zum Ausgleich des hieraus folgenden Lohnausfalls Zahlung von Kug beim Staat beantragen (sozialrechtliche Komponente).

Beide Komponenten sind in der Praxis regelmäßig miteinander verknüpft. Zwar setzt die arbeitsrechtliche Reduzierung der Arbeitszeit bei entsprechendem Lohnausfall grundsätzlich nicht voraus, dass ein Anspruch auf Kug besteht. Allerdings wird die Vereinbarung, wonach die Arbeitszeit zur Einführung von Kurzarbeit reduziert wird, regelmäßig einen entsprechenden Vorbehalt beinhalten, wonach die Arbeitszeit nur dann zulässigerweise reduziert werden kann, wenn die Arbeitnehmer als Ausgleich staatliches Kug erhalten. Der Anspruch auf Kug selbst setzt wiederum voraus, dass es infolge Reduzierung der Arbeitszeit aufgrund wirtschaftlicher Gründe zu einem Lohnausfall kommt.

**Fazit:** Die wirksame Einführung von Kurzarbeit setzt praktisch immer voraus, dass auch ein Anspruch auf Kug besteht.

## I. Arbeitsrechtliche Komponente

### 1. Arbeitsrechtlich wirksame Reduzierung der Hauptleistungspflichten

Der Arbeitgeber ist nicht – auch nicht im Rahmen seines Weisungsrechts - dazu berechtigt, Kurzarbeit einseitig einzuführen.

Dementsprechend befasst sich die arbeitsrechtliche Komponente damit, wie der Arbeitgeber die Arbeitszeitreduzierung wirksam in das Arbeitsverhältnis einführen kann. Als Rechtsgrundlage hierfür kommen kollektivrechtliche sowie einzelvertragliche Mittel in Betracht.

Grundsätzlich ist die Arbeitszeit im Arbeitsvertrag oder im Tarifvertrag geregelt.

Für die Einführung von Kurzarbeit müssen die dortigen Regelungen wirksam abgeändert werden. Im Hinblick auf eine tarifliche Arbeitszeitregelung kommt ein Änderungstarifvertrag oder im Falle einer Öffnungsklausel eine abändernde Betriebsvereinbarung oder eine Änderungsvereinbarung mit Zustimmung der Arbeitnehmer in Betracht. Im Hinblick auf eine arbeitsvertragliche Arbeitszeitregelung kommt wiederum eine Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern oder als letztes Mittel eine Änderungskündigung in Betracht.

Darüber hinaus ist hierbei die zwingende Beteiligung des Betriebsrats zu berücksichtigen, sofern ein solcher im Betrieb existiert.

Hieraus folgt im Einzelnen:

#### **a. Umsetzung der Kurzarbeit mittels Tarifvertrag**

Tarifverträge selbst können entsprechende Ermächtigungsklauseln zugunsten der Arbeitgeber enthalten, unter bestimmten Voraussetzungen Kurzarbeit einzuführen. Allerdings kann diese Ermächtigung nur gegenüber gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer zur Einführung von Kurzarbeit ermächtigen. Im Hinblick auf die übrigen Arbeitnehmer bedarf es eines anderweitigen Umsetzungsmittels (hierzu unter b., c.)

Solche Ermächtigungsklauseln sind selten. Demgegenüber sind in Tarifverträgen flankierende Regelungen gängig, wie die Festlegung von Ankündigungsfristen, innerhalb derer die Mitarbeiter über die Anordnung von Kurzarbeit zu informieren sind. Nicht selten finden sich zudem Bestimmungen, wonach der Arbeitgeber finanzielle Zuschüsse zum staatlichen Kug zu zahlen hat.

#### **b. Umsetzung mittels Betriebsvereinbarung**

Besteht ein Betriebsrat, so hat dieser bei der Einführung von Kurzarbeit ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. In der Regel wird daher die Umsetzung der Kurzarbeit in Betrieben mit Betriebsrat in Form einer Betriebsvereinbarung stattfinden. Das hat den Vorteil, dass zum einen das Mitbestimmungsrecht hierdurch erschöpft wird. Zum anderen wirkt die Betriebsvereinbarung unmittelbar und zwingend (§77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) auf das sämtliche Arbeitsverhältnisse ein, sodass bereits die Betriebsvereinbarung selbst die Arbeitszeit- samt Lohnreduzierung erzeugt.

Die Betriebsvereinbarung ist insbesondere dann das geeignete Mittel, wenn im Unternehmen kein Tarifvertrag Anwendung findet oder der anwendbare Tarifvertrag eine Kurzarbeit-Regelung nicht beinhaltet.

Dabei kommt dem Betriebsrat auch ein Initiativrecht zu, Kurzarbeit einzuführen.

### **c. Umsetzung mittels Änderungsvereinbarung/-kündigung**

Die Umsetzung auf vertraglicher Rechtsgrundlage kommt insbesondere in Betracht, wenn weder ein entsprechender Tarifvertrag Anwendung findet noch ein Betriebsrat existiert.

In Betracht kommt, dass bereits der Arbeitsvertrag eine Klausel beinhaltet, die eine Ermächtigung des Arbeitgebers vorsieht, im Bedarfsfall Kurzarbeit einzuführen. Das dürfte jedoch selten der Fall sein. Daher wird die Einführung von Kurzarbeit regelmäßig aus konkretem Anlass erfolgen. Als Mittel kommen dann zum einen eine Änderungsvereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, zum anderen eine Änderungskündigung in Betracht.

Eine Änderungsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist ein Änderungsvertrag, der den Arbeitsvertrag modifiziert. Ein solcher Änderungsvertrag ist regelmäßig schriftlich mit jedem einzelnen Arbeitnehmer zu schließen. Unter Umständen kann es auch ausreichen, dass der Arbeitgeber einen entsprechenden Aushang im Betrieb macht, wodurch der Änderungsvertrag zustande kommt, wenn die Arbeitnehmer unwidersprochen weiterarbeiten.

Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, bleibt dem Arbeitgeber nur, zur Einführung von Kurzarbeit eine Änderungskündigung gegenüber den sich weigernden Arbeitnehmern auszusprechen. Diese beinhaltet die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter dem Angebot eines Arbeitsverhältnisses mit geringerer Arbeitszeit. Die Hürden sind jedoch hoch. Insbesondere bedarf es der Darlegung, dass die Änderungskündigung aus betrieblichen Gründen unumgänglich ist.

## **2. Rechtsfolge einer wirksamen Umsetzung**

Rechtsfolge der wirksamen Einführung von Kurzarbeit ist die Suspendierung der Hauptleistungspflichten in entsprechendem Umfang, d.h. der Arbeitnehmer wird im diesem Umfang von seiner Pflicht zur Arbeitserbringung frei, der Arbeitgeber in diesem Umfang von seiner Lohnzahlungspflicht. Demzufolge muss der Arbeitgeber Lohn nur für die tatsächlich erbrachte Arbeitszeit bezahlen. Zum Ausgleich des Lohnausfalls durch das Kug, siehe unten Kap. II.

### 3. *Räumlicher Umfang der Kurzarbeit*

Die Kurzarbeit kann sich auf den gesamten Betrieb erstrecken, muss dies aber nicht. Sie kann auch auf einen organisatorisch abgrenzbaren Teil des Betriebs, etwa eine Abteilung, beschränkt sein.

### 4. *Zeitlicher Umfang der Kurzarbeit*

Der zeitliche Umfang der Kurzarbeit kann unterschiedlich gestaltet sein:

- es wird über einen längeren Zeitraum gar nicht gearbeitet, sog. Kurzarbeit Null

Folge: Kein Lohnanspruch während dieser Zeit, ggf. Anspruch auf Kug

- es wird an einzelnen Tagen in der Woche nicht gearbeitet

Folge: Kein Lohnanspruch für die Ausfalltage, ggf. Anspruch auf Kug

- es wird für einige Stunden pro Arbeitstag nicht gearbeitet, an allen Tagen oder an bestimmten Wochentagen

Folge: Kein Lohnanspruch für die Ausfallstunden, ggf. Anspruch auf Kug

## II. **Sozialrechtliche Komponente: Der Anspruch auf Kug**

Für den durch die arbeitsvertragliche Reduzierung der Arbeitszeit entstehenden Lohnausfall gewährt der Staat unter den Voraussetzung des §§ 169 ff. SGB III finanzielle Ersatzleistungen, das Kug. Der Anspruch auf das Kug steht rechtlich besehen den Arbeitnehmern zu; es ist jedoch **Aufgabe des Arbeitgebers**, einen entsprechenden Antrag auf Kug zu stellen, die Höhe des Kug zu berechnen, das Kug von der Bundesagentur für Arbeit in Empfang zu nehmen und an die Arbeitnehmer auszuzahlen.

### 1. *Die Voraussetzungen des Kug*

Arbeitnehmer haben Anspruch auf Kurzarbeitergeld nach § 169 SGB III, wenn

<b>1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,</b>
---

Ein Arbeitsausfall ist nach § 170 SGB III erheblich, wenn

- er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht,
- er vorübergehend ist,

- er nicht vermeidbar ist, d.h. in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen für die Verhinderung des Arbeitsausfalls getroffen wurden, und
- im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als zehn Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist; dabei sind Auszubildende nicht mitzuzählen, sog. Drittelerfordernis:

**Achtung: MIT DEM KONJUNKTURPAKET II IST DAS DRITTELERFORDERNIS AUSGESETZT WORDEN; ES REICHT NUNMEHR AUS, DASS DER EINZELNE ARBEITNEHMER EINEN BRUTTOLOHNAUSFALL VON MEHR ALS 10% HAT!**

### **2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,**

Das setzt nach § 171 SGB III voraus, dass in dem Betrieb/der Betriebsabteilung mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt wird.

### **3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind**

Die persönlichen Voraussetzungen sind nach § 172 SGB III erfüllt, wenn

- der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls in einer versicherungspflichtige Beschäftigung steht,
- das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst ist und
- der Arbeitnehmer nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist (so beispielsweise in Zeiten, in denen er zur beruflichen Weiterbildung staatliche Leistungen oder Krankengeld beziehen)

**und**

### **4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (§ 174 SGB III).**

## **2. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen**

Die genannten Voraussetzungen hat der Arbeitgeber im Einzelnen gegenüber den Arbeitsagenturen glaubhaft zu machen:

**a. Vorübergehender Arbeitsausfall aus wirtschaftlichen Gründen/aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses**

Der Arbeitsausfall muss auf einer allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung beruhen, die nicht branchenüblich, betriebsüblich, saisonbedingt oder betriebsorganisatorisch bedingt ist.

Als unabwendbares Ereignis nennt das Gesetz einen Arbeitsausfall, der auf ungewöhnlichen, dem üblichen Witterungsverlauf nicht entsprechenden Witterungsgründen beruht ebenso wie einen Arbeitsausfall, der durch behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen verursacht ist, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat.

Der Arbeitsausfall muss zudem vorübergehender Natur sein. Das ist dann der Fall, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit im Betrieb wieder voll gearbeitet wird, jedenfalls der Arbeitsausfall nicht deutlich länger als die Bezugsfrist andauern wird.

**b. Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls**

Vermeidbar ist der Arbeitsausfall, wenn dem Arbeitgeber zumutbar ist, Vermeidungsmaßnahmen zu treffen.

Das können beispielsweise sein:

- Arbeit auf Lager, soweit dies räumlich und wirtschaftlich vertretbar ist
- Aufräumungs-, Instandsetzungs- oder Füllarbeiten
- Umsetzung der Kurzarbeiter in andere, vollarbeitende Betriebsabteilungen, soweit dies arbeitsrechtlich zulässig und betriebstechnisch möglich ist

• **Sonderfall: Vermeidbarkeit durch die Anordnung von Erholungsurlaub**

**Anm.:** An Urlaubstagen hat der Arbeitgeber den normalen Lohn fortzuzahlen unabhängig davon, ob im Betrieb kurz gearbeitet wird!

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber zur Vermeidung von Arbeitsausfall auch Erholungsurlaub anzuordnen. Praktisch ist die Anordnung von Urlaub allerdings weitgehend eingeschränkt, da die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer stets Vorrang haben, vgl. § 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III, § 7 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Demzufolge kommt eine Urlaubsanordnung wohl nur in Betracht, wenn die Kurzarbeit gegen Ende eines Kalenderjahres eingeführt werden soll und noch Resturlaub besteht, oder wenn sie im Übertragungszeitraum eingeführt werden soll und Urlaubsansprüche aus dem Vorjahr bestehen.

Dasselbe gilt, wenn Urlaub bereits festgelegt ist, z.B. durch Eintragung in die Urlaubsliste, durch Urlaubsplan oder Betriebsferien. Von dieser Urlaubsfestlegung darf nicht nachträglich allein deswegen abgewichen werden, um Kurzarbeit einzuführen und den Anspruch auf Kug auszulösen. Ebenso darf der Urlaub nicht nur allein an solchen Tagen unterbrochen werden, an denen Kurzarbeit stattfindet. In diesen Fällen besteht ein Anspruch auf Kug nicht.

- **Sonderfall: Vermeidbarkeit durch die Anpassung von Arbeitszeiten**

Sofern Mittel zur Anpassung von Arbeitszeiten an die Auftragslage im Betrieb bestehen, etwa Arbeitszeitkonten, die Arbeitszeitschwankungen auffangen, sind diese vorrangig auszunutzen. Die Auflösung von Arbeitszeitguthaben kann allerdings nur eingeschränkt verlangt werden (§ 170 Abs. 4 Satz 3 SGB III). Zudem regelt das Konjunkturpaket II bis 31.12.2010 nunmehr ausdrücklich, dass die Bildung von negativen Arbeitszeitkonten (Minusstunden) nicht erforderlich ist.

Die Einführung von Arbeitszeitkonten kann jedoch nicht gefordert werden.

- **Sonderfall: Abbau von Leiharbeitnehmern**

In der Internetveröffentlichung auf der Seite der Bundesagentur für Arbeit wird nunmehr klargestellt, dass Leitarbeitnehmer nicht zuerst entlassen werden müssen, um KuG für die Stammbesellschaft zu erhalten. Insoweit kann mit einer Änderung der Verwaltungspraxis gerechnet werden.

### **3. Antrag**

Für die Beantragung von Kug stellt die Bundesagentur für Arbeit auf ihrer Homepage Formulare zur Verfügung. Der Antrag setzt sich zusammen aus der Anzeige des Arbeitsausfalls infolge Kurzarbeit und der eigentlichen Beantragung des Kug. Beide zusammen bildet den Antrag auf Gewährung von Kug, müssen jedoch nicht zum gleichen Zeitpunkt abgegeben werden.

Zunächst wird der Arbeitgeber den Arbeitsausfall der örtlichen Agentur für Arbeit schriftlich anzeigen. Der Anzeige ist die schriftliche Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Die Behörde prüft sodann die Voraussetzungen des Kug und erteilt einen entsprechenden Bescheid. In der Regel zahlt der Arbeitgeber zunächst das Kug aus eigener Tasche aus und stellt im Anschluss hieran Antrag auf Kug, also Erstattung seiner entsprechenden Auslagen.

#### **Fristen beachten!!!:**

- Die Kug-Zahlung beginnt frühestens ab dem Kalendermonat, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Behörde eingeht.

- Der Antrag auf Kug ist innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten zu stellen, beginnend mit dem Ende des Kalendermonats, für den Kug beantragt wird, § 325 Abs. 3 SGB III.

#### 4. *Bezugsdauer des Kug*

Die Bezugsdauer für das Kug beträgt grundsätzlich 6 Monate, **nunmehr aufgrund Sonderverordnung bis Dezember 2009 18 Monate**. Hiervon profitieren Betriebe, die im Laufe des Jahres 2009 Kurzarbeit einführen oder – unter Anrechnung – bereits davor eingeführt haben. **In der politischen Diskussion befindet sich zurzeit eine weitere Erhöhung des Bezugszeitraums auf 24 Monate.**

#### 5. *Höhe des Kurzarbeitergeldes*

Für die Berechnung des Kug wie auch die Auszahlung ist der Arbeitgeber zuständig. Das Kug beträgt 60%, bei Vorhandensein von Kindern 67 % der Nettoentgeltdifferenz zwischen Soll-Gehalt („normales Gehalt“) und Ist-Gehalt (tatsächlich erzieltm Gehalt), gerechnet pro Kalendermonat. Die Berechnung erfolge in vereinfachter Weise über eine von der Bundesagentur für Arbeit zu Verfügung gestellte Tabelle.

#### 6. *Einkommenssteuer und Sozialversicherungspflicht*

Das Kug ist einkommenssteuerfrei, hat jedoch Einfluss auf den persönlichen Steuersatz (es unterliegt dem Progressionsvorbehalt) und ist daher in der Lohnsteuerbescheinigung aufzuführen.

Auch während des Kurzarbeitergeldbezugs besteht die Sozialversicherungspflicht fort. Für den tatsächlich erzielten Lohn bleibt es bei der normalen Aufteilung der Beitragsanteile. Die auf das Kug entfallenden Sozialversicherungsbeiträge hat der Arbeitgeber allein zu tragen, und zwar pauschalisiert in Höhe von 80% des ausgefallenen Bruttoentgelts.

**INFOLGE DES KONJUNKTURPAKETS II KANN DER ARBEITGEBER BIS 31.12.2010 DIE ERSTATTUNG VON 50%/BEI QUALIFIZIERUNGSMABNAHMEN VON 100% DIESER BEITRÄGE BEANTRAGEN. IN DER NEUEREN POLITISCHEN DISKUSSION STEHT ZURZEIT, DEN ARBEITGEBERN DIE SOZIALBEITRÄGE FÜR DAS KUG GANZ ZU ERLASSEN.**

### III. **Einzelfragen**

#### 1. *Kurzarbeit und Kündigung*

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber auch während der Kurzarbeitsphase zu Kündigungen berechtigt. Das gilt auch für betriebsbedingte Kündigungen. Weder muss der Arbeitgeber vorrangig zur Verhinderung betriebsbedingter Kündigung Kurzarbeit einführen (BAG 11.09.1986 – 2 AZR 564/85, Betriebsbera-

ter 1987, 1882), noch steht die Kurzarbeit einer betriebsbedingten Kündigung entgegen. Voraussetzung für eine betriebsbedingte Kündigung ist, dass der Arbeitgeber während der Kurzarbeitsphase erkennt, dass es entgegen seiner früheren Einschätzung doch zu einem dauerhaften Fortfall von Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kommt (BAG 26.06.1997 – 2 AZR 494/96, Der Betrieb 1997, 2079).

## **2. Kurzarbeit und Krankheit**

Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig, während im Betrieb kurz gearbeitet wird, besteht dann ein Anspruch auf Kug, wenn die Erkrankung **während** des Bezuges von Kurzarbeitergeld, also dem jeweiligen Kalendermonat eintritt **und** zugleich ohne die Kurzarbeit die Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung vorgelegen hätten, § 172 Abs. 1a SGB III. Im Übrigen wird ein spezielles Kurzarbeiterkrankengeld zum Krankengeld gezahlt.

## **3. Kurzarbeit und Urlaub**

Während der Dauer des Urlaubs, weil insoweit kein wirtschaftlicher, sondern urlaubsbedingter Arbeitsausfall vorliegt, besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Dementsprechend muss der Arbeitgeber den Normallohn fortzahlen unabhängig davon, ob und in welchem Umfang während des Urlaubs im Betrieb infolge Kurzarbeit tatsächlich gearbeitet worden ist.

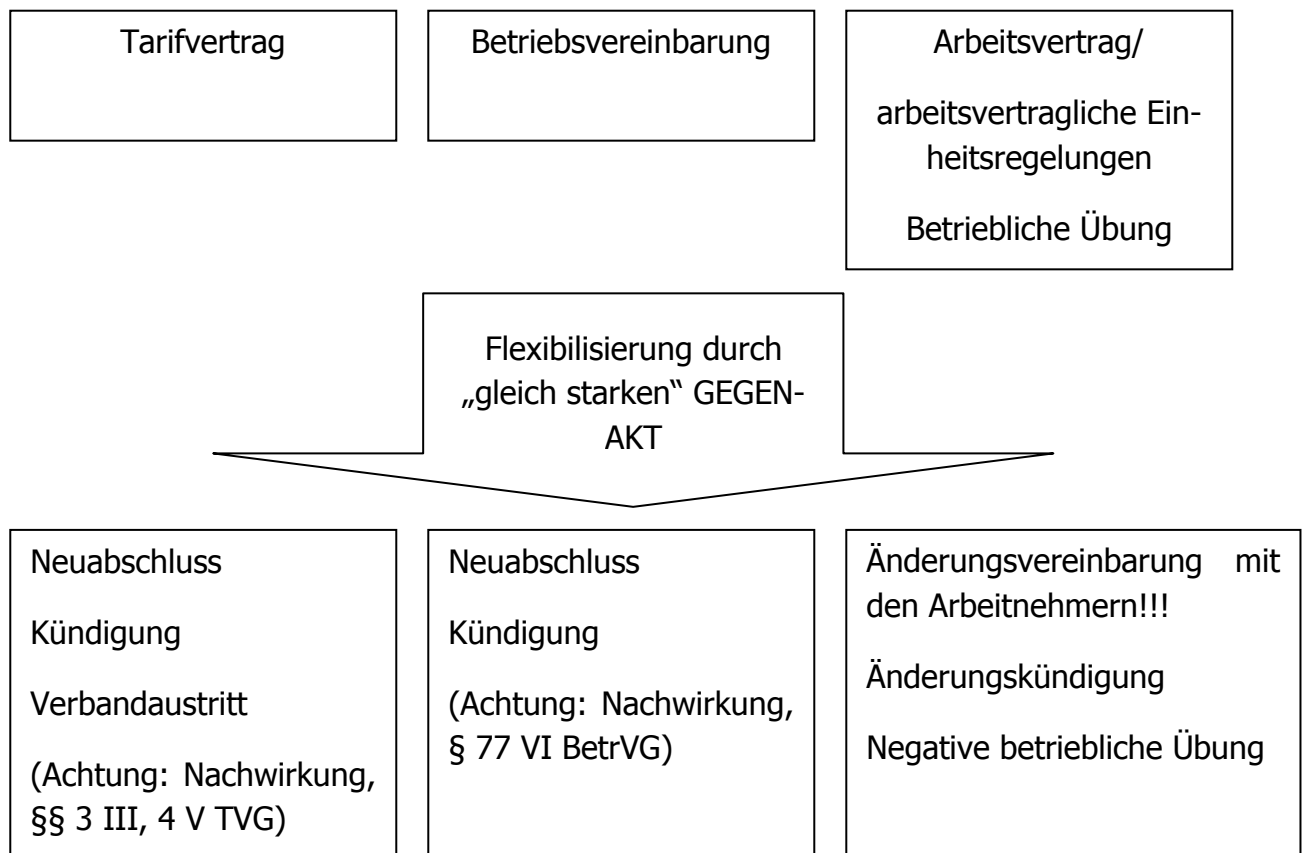
Bzgl. der Höhe des Urlaubsentgelts bleiben Zeiten der Kurzarbeit unberücksichtigt, sodass Maßstab für die Entgeltfortzahlung während des Urlaubs der „Normallohn“ bleibt, § 11 Abs. 1 Satz 1, 3 BUrlG.

# **3. Teil: Anderweitige Flexibilisierung der arbeitsrechtlichen Pflichten, insbesondere Arbeitszeit und Entgelt**

Über die Kurzarbeit hinaus kommen auch andere Instrumente in Betracht, zum einen die Arbeitszeit, aber auch das Arbeitsentgelt im weitesten Sinne, d.h. Lohn oder Sonderzahlungen, an die schwierige wirtschaftliche Lage anzupassen.

Dabei ist, wenn man nach den möglichen Gestaltungsmitteln Ausschau hält, zu Allererst zu fragen, auf welcher arbeitsrechtlichen Grundlage die bisherigen Pflichten der Arbeitsvertragsparteien beruhen. Hieraus folgt die Reichweite an Instrumenten, die ihnen an die Hand gegeben sind, um eine Flexibilisierung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erreichen.

Hierzu folgende, vereinfachende Übersicht:



## A. Lohnkürzung ohne Verringerung der Arbeitszeit

### I. Durch Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern

Sind Arbeitsbedingungen vertraglich mit den Arbeitnehmern geregelt, kommt als rechtlich einfachstes, praktisch aber häufig nicht einfach umsetzbares Mittel die Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern in Betracht.

So stellt sich auch die Reduzierung des Entgelts als rechtlich unproblematisch dar, wenn die Arbeitnehmer hiermit einverstanden sind, also jeder Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber eine einvernehmliche Änderungsvereinbarung zu den bestehenden Arbeitsverträgen schließt, sog. Lohnverzicht.

Die praktische Umsetzung setzt vor allem eine überzeugende Kommunikation der Notwendigkeit dieser Maßnahme gegenüber den Arbeitnehmern voraus. In der Regel werden solche Zugeständnisse ohne Gegenleistung selten Erfolg haben. So werden diese Maßnahmen in der Regel zu befristen sein. Denkbar ist

zudem beispielsweise die Vereinbarung einer Beschäftigungssicherung durch den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen.

**ACHTUNG** bei Entgeltregelungen im Tarifvertrag: Eine tarifverschlechternde Lohnvereinbarung ist bei beiderseitiger Tarifbindung nur möglich, wenn eine sog. Tariföffnungsklausel dies zulässt oder die Tarifparteien zustimmen, §4 Abs. 3, 4 TVG. Im Übrigen kann von einem tariflich festgelegten Lohn nur durch eine abweichende Vereinbarung der Tarifvertragsparteien, also beispielsweise einen Sanierungstarifvertrag, durch Austritt oder ggf. Kündigung bewirkt werden. In den letztgenannten Fällen ist jedoch die Nachwirkung des Tarifvertrags zu berücksichtigen, vgl. § 3 Abs. 3 TVG, § 4 Abs. 5 TVG.

## **II. Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung**

Eine betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung ist nach wie vor so gut wie aussichtslos. Das folgt aus dem rechtlichen Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind und Geldmangel den Schuldner grds. nicht entlastet.

Der Eingriff in das Gegenseitigkeitsverhältnis von Arbeitsleistung und Vergütung ist nach Ansicht des BAG nur unter äußerst restriktiven Voraussetzungen zulässig. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn bei gleich bleibenden Löhnen derart gravierende Verluste entstehen, die in naher Zukunft eine Reduzierung des Personalbestands oder die Stilllegung des Betriebs unvermeidbar machen (vgl. BAG 20.01.2000 – 2 ABR 40/99, NZA 2000, 592; BAG 12.01.2006 – 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587).

Voraussetzungen sind daher u.a.

- Erstellung eines weit reichenden Sanierungsplans
- Vorrang aller sonst denkbaren, milderer Mittel
- Geeignetheit der Entgeltreduzierung, um Schließung des Betriebs oder Entlassungen zu verhindern
- Notwendigkeit der Entgeltssenkung aufgrund des Ergebnisses des Gesamtbetriebs und nicht nur eines unrentablen Betriebsteils
- Entgeltssenkung muss in Bezug auf alle Arbeitnehmer erforderlich sein und auch gegenüber allen durchgesetzt werden, nicht nur etwa im Hinblick auf Mitarbeiter eines unrentablen Betriebsteils

Insgesamt stellt das BAG die Anforderungen an eine solche Änderungskündigung auf die Stufe einer Beendigungskündigung (vgl. BAG 12.11.1998 – 2 AZR

91/98, NZA 1999, 471), sodass es im Ergebnis sogar wesentlich einfacher sein kann, wirksame Beendigungskündigungen auszusprechen.

## **B. Abbau von Arbeitszeit bei gleichzeitiger Lohnreduzierung**

Alternativ zur Kurzarbeit besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, bei Überkapazität die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit zu reduzieren verbunden mit einer entsprechenden Entgeltkürzung.

Beispiel: In einem Betrieb galt bisher eine 40-Stunden-Woche; nunmehr wird eine 38-Stunden-Woche bei anteilsgleichen Lohnabschlägen eingeführt.

**Allerdings** bedarf es auch für diese Reduzierung der arbeitsvertraglichen Pflichten einer rechtlichen Grundlage.

### **I. Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat**

Entsprechend dem zur Kurzarbeit Gesagten kommt ebenfalls wiederum eine Betriebsvereinbarung als Mittel zur Arbeitszeitreduzierung in Betracht.

### **II. Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern**

Insoweit kommt wiederum die Möglichkeit einer Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern in Betracht; es kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

Soll die Herabsetzung der Arbeitszeit nur vorübergehend erfolgen, bedarf es wiederum der Beteiligung des Betriebsrats, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Das gilt auch, wenn die Arbeitszeitreduzierung für einen überschaubaren Zeitraum eingeführt werden soll, ohne dass der Endzeitpunkt bereits feststeht, solange die Absicht besteht, nach Fortfall des Anlasses zur betriebsüblichen Arbeitszeit zurückzukehren.

Zu beachten ist zudem die tarifvertragliche Situation.

### **III. Änderungskündigung gegenüber den Arbeitnehmern**

Fraglich ist wiederum, ob als einseitiges Mittel eine Änderungskündigung zur Arbeitszeitreduzierung gegenüber sämtlichen vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmern in Betracht kommt, einhergehend mit einer entsprechenden Lohnkürzung. Eine solche Kündigung könnte vor allem deswegen gerechtfertigt sein, weil sich durch Änderungskündigungen gegenüber vielen möglicherweise Beendigungskündigungen gegenüber Einzelnen vermeiden lassen.

Wie der Arbeitgeber auf einen Arbeitsrückgang reagiert, ist grundsätzlich in seine unternehmerische Organisationsfreiheit gestellt. Sie ist lediglich auf Willkür überprüfbar. Der Arbeitgeber kann daher die Arbeit neu organisieren, indem er nach seiner Wahl mehrere Änderungskündigungen oder einzelne Beendigungskündigung ausspricht.

Nach Ansicht des BAG steht dieser Entscheidung auch nicht ein Günstigkeitsvergleich im Sinne einer kollektiven Betrachtung der sozialen Rechtfertigung entgegen. So kann der Arbeitgeber nicht darauf verwiesen werden, anstelle mehrerer Änderungskündigungen eine geringere Anzahl von Beendigungskündigungen aussprechen zu müssen (BAG 19.05.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075) und umgekehrt (LAG Hamm 15.12.1982 - 12 Sa 993/82, Der Betrieb 1983, 506). Insoweit ist es auch für das Kündigungsschutzgesetz ohne Belang, dass die von der Änderungskündigung betroffenen Arbeitnehmer weniger verdienen werden.

Allerdings bedarf jede einer solchen Änderungskündigung nach wie vor der Rechtfertigung durch dringende betriebliche Erfordernisse, und zwar bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis. Erforderlich ist daher insbesondere die Darlegung einer Unternehmerentscheidung, nach der die vorhandene Arbeit nunmehr auf sämtliche betroffenen Arbeitnehmer verteilt und die Arbeitszeit entsprechend gekürzt wird. Diese Umorganisationsentscheidung muss auf dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne von § 1 KSchG beruhen. Auch muss hierbei, wenn nur gegenüber einigen – vergleichbaren – Arbeitnehmer eine Änderungskündigung ausgesprochen wird, eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG erfolgen.

## **C. Abbau von Sonderzahlungen**

Eine weitere effektive Möglichkeit, Personalkosten einzusparen, ist der Abbau von zusätzlich zum Grundlohn vereinbarten Sonderzahlungen. Das kann insbesondere für die Zahlung von Weihnachts-, Urlaubsgeld oder Jubiläumszulagen in Betracht kommen.

Auch hier richtet sich die Möglichkeit, solche Leistungen einzuschränken bzw. abzuschaffen, nach der Rechtsgrundlage, auf der sie bisher gewährt wurden, also aufgrund

- Tarifvertrag
- Betriebsvereinbarung
- Arbeitsvertrag

- Gesamtzusage

Bei der Gesamtzusage handelt es sich um eine an die Gesamtbelegschaft oder einen Teil der Belegschaft gerichtete Zusage des Arbeitgebers, – einmalig oder regelmäßig – eine Sonderzahlung zu leisten. Sie begründet zusammen mit Annahme dieser Zusage durch die Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch auf Leistung dieser Zulage. Die Annahme von Seiten der Arbeitnehmer kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass sie die Sonderzahlung un widersprochen entgegennehmen. Klassisches Beispiel ist der Aushang am schwarzen Brett.

- Betrieblicher Übung

Durch die betriebliche Übung kommt ein Anspruch auf die Sonderleistung zustande, indem der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten regelmäßig wiederholt und die Arbeitnehmer hieraus schließen dürfen, dass ihnen eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer gewährt werden soll.

So führt etwa die dreimalige Zahlung von Weihnachtsgeld regelmäßig dazu, dass den Arbeitnehmern im 4. Jahr ein Anspruch hierauf zusteht. Im 4. Jahr kann der Arbeitgeber die Zahlung nicht mehr verweigern.

## **I. Flexibilisierung durch Berufung auf einen vereinbarten Vorbehalt**

Ein mögliches Mittel für den Arbeitgeber, die Zahlung von Sonderleistungen zu verweigern, ist es, sich auf die Freiwilligkeit dieser Leistung zu berufen. Ein anderes Mittel kann der Widerruf der Verpflichtung, Sonderzahlungen leisten zu müssen, sein.

**Voraussetzung** in beiden Fällen ist, dass ein entsprechender Vorbehalt bereits **früher vor der erstmaligen Auszahlung** in die Vereinbarung, Sonderzahlungen zu leisten, aufgenommen wurde. Er kann in einer individuellen Abrede mit dem Arbeitnehmer wie dem Arbeitsvertrag oder in einer Gesamtzusage bzgl. der Sonderleistung enthalten sein. Er ist aber auch denkbar in Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung.

Vorrangig sollte der Arbeitgeber daher prüfen, ob in den bei ihm geschlossenen Vereinbarungen über Sonderzahlungen ein Freiwilligkeits-/Widerrufsvorbehalt existiert.

## **1. Freiwilligkeitsvorbehalt**

Eine Variante eines solchen Vorbehalts stellt der sog. Freiwilligkeitsvorbehalt dar. Er kommt bei Gratifikationen aller Art und ähnlichen Jahressonderzahlungen in Betracht. Demgegenüber darf er nicht die Gewährung des normalen Lohns einschränken, der die Arbeitsleistung unmittelbar vergütet, ist also ungeeignet für Provisionen oder Zielvereinbarungen. Darüber hinaus lehnt das BAG einen Freiwilligkeitsvorbehalt ab, wenn die unter Vorbehalt gestellte Leistung mehr als 25% der Gesamtvergütung beträgt, vgl. BAG 25.04.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853; BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt dient dazu, die Entstehung von Ansprüchen für die Zukunft von vornherein auszuschließen. Sein Zweck ist insbesondere, eine betriebliche Übung erst gar nicht aufkommen zu lassen. Er kann etwa lauten: *„Die Zahlung erfolgt freiwillig. Ein Anspruch auf sie wird für die Zukunft nicht begründet.“* In der Folge entsteht also beispielsweise ein Anspruch auf das Weihnachtsgeld nur einmalig, nämlich entsprechend der Ankündigung des Arbeitgebers ausschließlich für das konkrete Jahr. Will der Arbeitgeber auch im Folgejahr zugunsten der Arbeitnehmer Weihnachtsgeld gewähren, kann er dies ohne weiteres wieder ausbezahlen. Allerdings sollte auch die diesbezügliche Ankündigung wiederum einen Freiwilligkeitsvorbehalt enthalten, um erneut einen Anspruch für das folgende Jahr auszuschließen.

Will der Arbeitgeber die Sonderzahlungen aussetzen, bedarf es von seiner Seite keiner weiteren Handlungen; er kann einfach untätig bleiben. Eine Geltendmachung durch die Arbeitnehmer kann er mit Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt verweigern.

## **2. Widerrufsvorbehalt**

Demgegenüber beinhaltet ein Widerrufsvorbehalt die Möglichkeit, die Zusage der jährlichen Gewährung einer Sonderleistung zu widerrufen.

Im Gegensatz zum Freiwilligkeitsvorbehalt, der bereits das regelmäßige Entstehen der Ansprüche auf die Sonderleistung unterbindet, entstehen die Ansprüche im Falle des Widerspruchsvorbehalts in jeder Leistungsperiode automatisch aufs Neue. Diese Automatik kann jedoch durch den Widerruf für die Zukunft beseitigt werden. In der Folge entstehen die Ansprüche künftig nicht mehr. Möglich ist es mithilfe eines Widerspruchs nicht nur, die Zahlung gänzlich abzuschaffen, sondern auch, die Höhe des Anspruchs zu kürzen.

Das BAG stellt dabei sowohl an die Gestaltung der Widerrufsklausel als auch an die Ausübung des Widerrufs gewisse Mindestvoraussetzungen:

Der Widerrufsvorbehalt ist bereits in die Vereinbarung, dass Sonderzahlungen regelmäßig gewährt werden sollen, aufzunehmen. Die Klausel muss klar und verständlich formuliert sein und die Widerrufsgründe so konkret wie möglich nennen. Dafür kann es ausreichen, wenn die Klausel von „*wirtschaftlichen Gründen*“ spricht; eine genauere Festlegung ist jedoch anzuraten.

Der konkrete Widerruf ist sodann nur wirksam, wenn ihm ein anerkanntes Arbeitgeberinteresse zugrunde liegt (vgl. BAG 12.01.2005 - 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465). Das beinhaltet insbesondere, dass der Widerruf den Arbeitnehmern auch zumutbar ist. Das nimmt das BAG nur dann an, wenn der widerrufliche Teil weniger als 25-30% der Gesamtvergütung ausmacht und der Tariflohn infolge des Widerrufs nicht unterschritten wird (BAG 12.01.2005-5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87). Schließlich muss sich der Widerruf auf sachliche Gründe stützen, die sich mit den in der Klausel genannten Widerrufsgründen deckt, also etwa aus finanziellen Schwierigkeiten, zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen oder als Teil eines Sanierungskonzepts erfolgen.

Zudem bedarf es der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn die Sonderzahlungen gekürzt werden soll. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG ist aber auch dann von einer erzwingbaren Mitbestimmung auszugehen, wenn die Sonderzahlung beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber vollständig abgeschafft werden soll.

## **II. Abbau von Sonderzahlungen aufgrund Tarifvertrags**

Zu den Möglichkeiten, einen tariflichen Anspruch auf solche Sonderleistungen einzuschränken, gilt im Wesentlichen das oben zur Entgeltabsenkung Gesagte.

## **III. Abbau von Sonderzahlungen aufgrund Betriebsvereinbarung**

Freiwillige Sonderzahlungen sind, sofern ein Betriebsrat besteht, in der Regel in einer Betriebsvereinbarung geregelt, um dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG - Einführung von Entlohnungsgrundsätzen – zu genügen. Eine solche Betriebsvereinbarung kann gemeinsam mit dem Betriebsrat durch eine Nachfolgevereinbarung, die etwa eine niedrigere Sonderzahlung beinhaltet, abgelöst werden. Zum anderen kann der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung nach § 77 V BetrVG grundsätzlich mit einer Frist von drei Monaten kündigen. Folge der Kündigung ist, dass die Betriebsvereinbarung außer Kraft tritt und damit grundsätzlich ein Anspruch auf die Sonderzahlung künftig nicht mehr entsteht.

**Aber ACHTUNG:** Ist eine Betriebsvereinbarung mitbestimmungspflichtig, wirkt sie nach, bis eine anderweitige Regelung derselben Materie erfolgt. Da

die Mitbestimmung sich nicht darauf bezieht, **ob** eine Sonderleistung gewährt wird, sondern allein auf den Verteilungsschlüssel, wirkte eine Kündigung, die eine Sonderzahlung gänzlich abschafft, nach früherer Rechtsprechung nicht nach. In einer Entscheidung vom 26.08.2008 – 1 AZR 654/07 **differenziert das BAG** nun: Ist der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, berührt die Abschaffung einer Sonderzahlung in der Regel zugleich den Verteilungsschlüssel, nämlich den Auszahlungsmodus (früher zusätzliche Einmalzahlungen, nunmehr ausschließlich Monatsgehälter). **In der Folge bejaht es die Nachwirkungen in diesem Fall beim tarifungebundenen Arbeitgeber!!!**

#### **IV. Abbau von Sonderzahlung aufgrund Arbeitsvertrag, Gesamtzusage, betrieblicher Übung**

##### ***1. Änderungsvereinbarung und Änderungskündigung***

Wurden zuvor weder ein Freiwilligkeits- noch ein Widerrufsvorbehalt in die Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer aufgenommen, können Gratifikationsregelungen auf individualarbeitsrechtlicher Grundlage für die Zukunft nicht einseitig durch den Arbeitgeber beseitigt werden. Das ist also der Fall, wenn die Gratifikation im Arbeitsvertrag oder einer Gesamtzusage zugesagt wurde oder eine betriebliche Übung eingetreten ist.

In Betracht kommt dann eine Änderungskündigung oder wiederum eine Änderungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern. An die Änderungskündigung zur Abschaffung von Sonderzahlungen sind ebenfalls hohe Hürden gestellt.

Eine Änderungsvereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern setzt wiederum voraus, dass beide Seiten der Abschaffung etwa von Weihnachtsgeld zustimmen. Das bedeutet insbesondere, dass von jedem einzelnen Arbeitnehmer das Einverständnis hierzu **schriftlich** eingeholt werden muss. Denn im Falle von Sonderzahlungen reicht es nach der Rechtsprechung regelmäßig nicht aus, wenn die Arbeitnehmer auf einen Aushang des Arbeitgebers, er werde die Sonderzahlung künftig nicht mehr gewähren, schweigt. Vielmehr verlangt das BAG eine ausdrückliche Annahme eines entsprechenden Änderungsangebots durch die Arbeitnehmer (BAG 14.08.1996 - 10 AZR 69/96, NZA 1996, 1323). Praktisch kann dies – ggf. nach Ankündigung auf einer Mitarbeiterversammlung – durch ein Schreiben an jeden einzelnen Mitarbeiter erfolgen, das den Hintergrund erläutert und ihn auffordert, hierfür seine Zustimmung durch Unterschrift auf einem vorbereiteten Beiblatt zu erteilen.

##### ***2. Negative betriebliche Übung***

Im Falle der betrieblichen Übung kommt schließlich noch in Betracht, die positive betriebliche Übung durch eine negative betriebliche Übung zu beseitigen. Gelingt das, besteht künftig ein Anspruch auf Zahlung von Sonderzahlungen aufgrund betrieblicher Übung nicht mehr bzw. nur noch in geringerer Höhe. Das dürfte jedoch selten praxisrelevant sein.

Die negative betriebliche Übung setzt einen gegenläufigen Akt zur positiven betrieblichen Übung voraus. So entfällt beispielsweise die betriebliche Übung im Falle des Weihnachtsgeldes, wenn es die Arbeitnehmer über drei Jahre hinweg widerspruchslos dulden, dass der Arbeitgeber das Weihnachtsgeld gar nicht mehr oder nur in geringerer Höhe zahlt.

## **4. Teil: Betriebsbedingte Kündigung und Massenentlassungsanzeige**

### **A. Betriebsbedingte Kündigung nach § 1 KSchG**

Eine Anpassung der Personalstärke an die verringerte Arbeitsmenge kann neben einem Aufhebungsvertrag auch durch betriebsbedingte Kündigungen erfolgen. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn dingende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen. Grob gesprochen setzen betriebsbedingte Kündigungen voraus, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für den zu kündigenden Arbeitnehmer im Betrieb entfällt, weil der Arbeitgeber eine entsprechende unternehmerische Entscheidung getroffen hat, mit der er auf inner- oder außerbetriebliche Umstände reagiert und die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt.

Hierzu folgende Übersicht für einen ersten Überblick:

1. Betriebliche Erfordernisse
  - Innerbetrieblich, z.B. Rationalisierung, Auslagerung betrieblicher Aufgaben, Abschaffung einer Hierarchieebene
  - Außerbetrieblich, z.B. Absatzprobleme, Auftragsrückgang
2. Unternehmerische Entscheidung zur Anpassung der Personalstärke an die veränderten Umstände, die zum Überhang von Arbeitskräften führt

Aufgrund dessen muss im Zeitpunkt des Kündigungszugangs die Voraussage gerechtfertigt sein, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist die Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr besteht.

### 3. Dringlichkeit/Interessenabwägung

Keine mildereren Mittel möglich, etwa Abbau von Überstunden, Ausspruch einer Änderungskündigung, anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem vergleichbaren, freien Arbeitsplatz

### 4. Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich im Falle von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb den sozial stärksten zu kündigen. Die Vergleichbarkeit bezieht sich auf die Austauschbarkeit der Arbeitnehmer, weil sie dieselbe Tätigkeit verrichten können und auf derselben Ebene der Betriebshierarchie stehen (sog. horizontale Vergleichbarkeit). Nach Herausnahme der „Leistungsträger“, vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, hat die Sozialauswahl unter den verbliebenen vergleichbaren Arbeitnehmern anhand der Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung zu erfolgen.

## B. Massentlassungsanzeige nach § 17 KSchG

Die Wirksamkeit von betriebsbedingten Kündigungen setzt zudem voraus, dass der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Massentlassungsanzeige (MEA) nachkommt, falls deren Voraussetzungen vorliegen. Nach § 17 Abs. 1 KSchG muss sie gegenüber der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit erstattet werden,

### **bevor**

der Arbeitgeber die folgende Anzahl von Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendarntagen entlässt:

<b>in Betrieben</b>	<b>Anzahl der ordentlichen Kündigungen/anderweitigen Beendigungen des Arbeitsverhältnisses auf Veranlassung des Arbeitgebers</b>
mit <u>in der Regel</u> mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern	mehr als 5 Arbeitnehmer
mit <u>in der Regel</u> mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmer	10% der <u>regelmäßig</u> beschäftigten Arbeitnehmer oder 25 Arbeitnehmer
mit <u>in der Regel</u> mindestens 500 Arbeitnehmern	mindestens 30 Arbeitnehmer.

Besteht ein Betriebsrat, ist die Anzeige nur wirksam, wenn dieser zuvor ordnungsgemäß nach § 17 Abs. 2 KSchG über die Umstände der Kündigungen unterrichtet wurde. Sowohl das Unterrichtungsschreiben als auch die Stellungnahme des Betriebsrats sind der MEA beizufügen.

Die MEA muss erfolgen, bevor die Kündigungen ausgesprochen werden. Hierfür stellen die Agenturen für Arbeit entsprechende Formulare zur Verfügung.

Der Eingang der MEA bei der Agentur für Arbeit setzt automatisch eine einmonatige Sperrfrist in Gang, die auf zwei Monate verlängert werden kann. Zwar dürfen die Kündigungen unmittelbar nach Anzeigeerstattung ausgesprochen werden; die gekündigten Arbeitsverhältnisse dürfen jedoch erst nach Ablauf der Sperrfrist enden. Hierdurch soll den Arbeitsagenturen ein ausreichender Zeitraum gewährt werden, um sich auf die Vermittlung einer Vielzahl von Arbeitnehmern einzustellen. Konkret bedeutet dies, dass die Sperrfristen somit nur dann relevant werden, wenn die individuelle Kündigungsfrist kürzer ist als die Regelsperrzeit von einem Monat bzw. verlängerte Sperrzeit von zwei Monaten. Dies ist dann für den Ausspruch der Kündigungen zu berücksichtigen.

\*\*\*

## **Anhang: Auswahl an Übersichten**

## Personalkostenoptimierung/Flexibilität

### Haustarifvertrag

- Ausgangssituation: Wann und warum soll ein Haustarifvertrag abgeschlossen werden? (Die „Story“)
- Haustarifverträge außerhalb und innerhalb der Sanierung
- Personalkostensenkung
- Sicherung Wettbewerbsfähigkeit und Arbeitsplätze
- Standortsicherung
- Haustarifvertrag und Outsourcing

[www.sbs-koeln.de](http://www.sbs-koeln.de)

## Personalkostenoptimierung/Flexibilität

### Haustarifvertrag

#### Typische Inhalte eines Haustarifvertrages:

- Arbeitszeit
- Wegfall oder Flexibilisierung von Jahressonderleistungen
- Flexibilisierung von Zulagen
- (abgekoppelte) Lohnentwicklung
- Beschäftigungssicherung
- Laufzeit

[www.sbs-koeln.de](http://www.sbs-koeln.de)

## Personalkostenoptimierung/Flexibilität

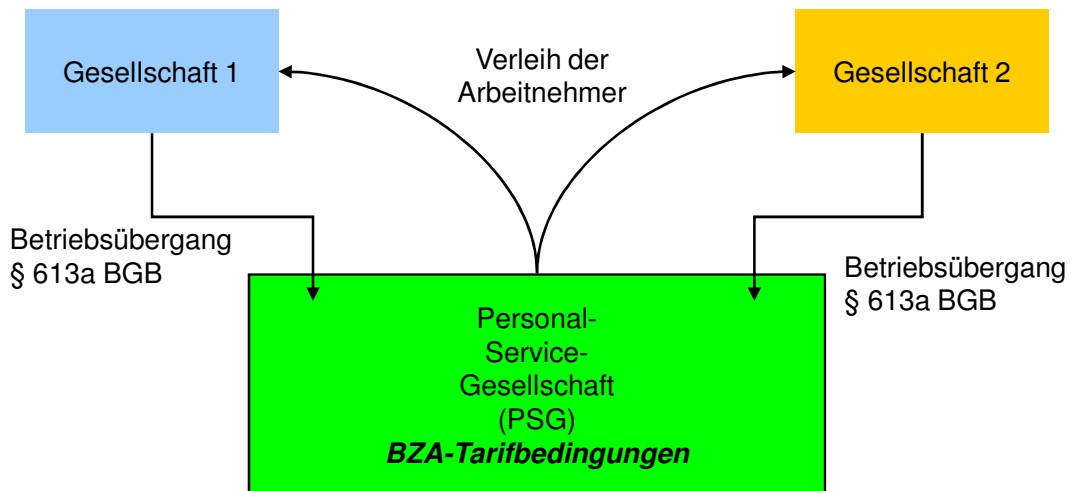
### Betriebliche Beschäftigungsbündnisse

- Vereinbarung auf Betriebsebene: Unternehmen, Betriebsrat und Arbeitnehmer
- Regelungsabrede mit Betriebsrat und Zustimmung der Arbeitnehmer als „Zukunftsvertrag“
- keine Betriebsvereinbarung (Tarifvorbehalt, Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft)
- Austritt aus Arbeitgeberverband oder Wechsel in OT-Mitgliedschaft

[www.sbs-koeln.de](http://www.sbs-koeln.de)

## Personalkostenoptimierung/Flexibilität

### Personalservicegesellschaft - „kleine Lösung“



[www.sbs-koeln.de](http://www.sbs-koeln.de)