

Dr. Wolfgang Spree/Dr. Anke Stier*

Der Tarifvertrag zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände – Grundlage zur Einführung von Kurzarbeit im öffentlichen Dienst der Kommunen (TV COVID)

Übersicht

Einführung

- § 1 TV COVID – Geltungsbereich
- § 2 TV COVID – Voraussetzungen der Einführung und Ausgestaltung der Kurzarbeit
- § 3 TV COVID – Umfang und Höchstdauer der Kurzarbeit
- § 4 TV COVID – Anzeige bei der Agentur für Arbeit sowie Information des Betriebs- und Personalrats
- § 5 TV COVID – Aufstockung des Kurzarbeitergeldes
- § 6 TV COVID – Zeitpunkt der Zahlung des Kurzarbeitergeldes (Kug) und des Aufstockungsbetrages
- § 7 TV COVID – Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen und Wiedereinstellungsanspruch
- § 8 TV COVID – Ausschluss von Überstunden und Mehrarbeit
- § 9 TV COVID – Urlaub und Arbeitszeitkonten
- § 11 TV COVID – Besondere Bestimmungen

Fazit

Einführung

Die durch das Corona-Virus (SARS-CoV-2) ausgelöste COVID-19-Pandemie zieht erhebliche Folgen in fast allen Bereichen der Gesellschaft nach sich. Die dramatischen Folgen für Wirtschaft und Arbeit machen auch vor dem öffentlichen Dienst nicht halt. Die Pandemie „betrifft neben der Gesundheit der Menschen auch deren wirtschaftliche Zukunft. Um im Anschluss an die Corona-Krise möglichst schnell wieder auf den dann erforderlichen Personalbedarf reagieren zu können, die finanzielle Existenz der Beschäftigten in der Krise zu sichern, wirtschaftlichen Schaden von den Arbeitgebern im öffentlichen Dienst und öffentlichen Unternehmen abzuhalten, soll das Instrument der Kurzarbeit flexibel eingesetzt werden“, so die Präambel des Tarifvertrags zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV COVID) vom 30. April 2020.

Dass die Tarifvertragsparteien ver.di und dbb beamtenbund und tarifunion auf der einen und die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) auf der anderen Seite einen Tarifvertrag zur Ermöglichung der Einführung von Kurzarbeit abgeschlossen haben, hat seinen Grund darin, durch diesen Tarifvertrag eine kollektivrechtliche Grundlage zur Einführung und Ausgestaltung von Kurzarbeit zu schaffen. Denn Arbeitgeber können Kurzarbeit nur aufgrund einer kollektiv- oder einzelvertraglichen Vereinbarung einführen. Anderenfalls bedürfte es zur Arbeitszeitverkürzung einer Änderungskündigung¹, da die einseitige Einführung aufgrund des Direktionsrechts aus § 106 GewO

nicht in Betracht kommt.² Als kollektivrechtliche Grundlage für die Anordnung und Ausgestaltung von Kurzarbeit kommen grundsätzlich Tarifverträge und, sofern die für Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene notwendigen gesetzlichen Grundlagen vorliegen, Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen in Betracht.

In einem ZTR- Artikel aus dem Jahr 1998 „Einführung von Kurzarbeit im öffentlichen Dienst“³ befasste sich der Autor mit den rechtlichen Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit. So setzte er sich u. a. mit den Regelungen des § 15 Abs. 5 BAT und § 15 Abs. 5 BAT-O auseinander, um zu resümieren, dass es darauf ankomme, die in der Protokollerklärung zu § 15 Abs. 5 BAT angelegte Anlage 5 „inhaltlich auszugestalten“.⁴ In § 15 Abs. 5 BAT wurde bestimmt, dass die Einführung von Kurzarbeit nach Maßgabe der Anlage 5 zulässig sei. Zwar gab es zu dieser Anlage 5 bereits Mitte der 70er Jahre Arbeitgeberbesprechungen der Kommission über Auslegungsfragen des BAT, in denen Inhalte einer solchen Regelung entworfen wurden.⁵ Zu einer Tarifierung kam es jedoch nicht, so dass die Protokollerklärung „Bis zur Vereinbarung der Anlage 5 verbleibt es für die Einführung von Kurzarbeit bei den gesetzlichen Vorschriften“ griff. § 15 Abs. 5 BAT-O bestimmte „Die Einführung von Kurzarbeit ist zulässig“. Diese Regelung wurde jedoch durch die Entscheidung des BAG vom 27. Januar 1994⁶ für unwirksam erklärt, da sie dem Arbeitgeber die Einführung von Kurzarbeit erlaubte ohne zugleich Regelungen über deren Voraussetzung, Umfang oder Höchstdauer zu treffen. Mithin waren sowohl § 15 BAT als auch § 15 Abs. 5 BAT-O im Ergebnis nicht als Grundlage der Einführung von Kurzarbeit geeignet.⁷

Unter anderen Voraussetzungen als in den 90er Jahren kam es mit dem Abschluss des TV COVID nach mehr als zwei Jahrzehnten zu der seinerzeit erhofften inhaltlichen Ausgestaltung der Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit, allerdings ohne dass man hierfür auf die „Vorarbeiten“ aus den 70er Jahren aufgesetzt hätte. Vor dem Hintergrund der BAG-Entscheidung vom 27. Januar 1994 zum § 15 Abs. 5 BAT-O⁸, der die Einführung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber ermöglichen sollte, ohne Regelungen über Voraussetzungen, Umfang und Höchstdauer dieser Maßnahme zu treffen, war es wichtig, durch den TV COVID

2 BAG, 15.12.1961, – 1 AZR 207/59 –, amtlicher Leitsatz 1; BAG, 14.2.1991, – 2 AZR 415/90 –, Rn. 24; BAG, 12.10.1994, – 7 AZR 398/93 – Rn. 15.

3 ZTR 1998, 159–161.

4 ZTR 1998, 159, 161.

5 Bundesarchiv, BArch B 106/62598; Einige dieser Regelungen sind aufgeführt in ZTR 1998, 159, 160.

6 BAG, 27.1.1994 – 6 AZR 541/93.

Zudem hat das BAG am 18.10.1994 – 1 AZR 503/93 entschieden, dass ein Personalrat bei der Frage, ob Kurzarbeit eingeführt werden soll, kein Mitbestimmungsrecht gem. § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG und PersVG DDR hat, so dass für diesen Bereich die Einführung von Kurzarbeit aufgrund einer kollektivrechtlichen Vereinbarung unmöglich war.

7 Der TVöD enthält keine Regelung zur Einführung von Kurzarbeit.

8 BAG, 27.1.1994 – 6 AZR 541/93, insb. II. 2. b) aa).

* Dr. Wolfgang Spree ist Geschäftsführer der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände; Dr. Anke Stier ist Stellvertretende Geschäftsführerin des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Berlin

1 Vgl. Bauer/Günther, NZA 2020, 419–422.

eine tragfähige kollektivrechtliche Grundlage zur Einführung von Kurzarbeit zu schaffen, die sich nicht einer solchen Kritik des BAG ausgesetzt sehen muss. Im Gegensatz zu der Regelung in §15 Abs.5 BAT-O enthält der TV COVID umfangreiche und detaillierte Regelungen, die auch über die in der o.g. BAG-Entscheidung genannten Regelungen von Voraussetzungen, Umfang und Höchstdauer der Kurzarbeit hinausgehen. So trifft der TV COVID auch Bestimmungen zur Ankündigungsfrist, zur Anzeige der Kurzarbeit bei der Agentur für Arbeit und der damit zusammenhängenden Beteiligung der Betriebsparteien, zum Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen und zur Wiedereinstellung, zu Überstunden und Mehrarbeit, zum Umgang mit Urlaub und Arbeitszeitkonten sowie mit erheblicher Detaillierung zur Aufstockung des Kurzarbeitergeldes und zum Zahlungszeitpunkt des Kurzarbeitergeldes und des Aufstockungsbetrags. All diese Regelungen sorgen für einen angemessenen Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Beschäftigten.

§ 1 TV COVID – Geltungsbereich⁹

Der Tarifvertrag ermöglicht es kommunalen Einrichtungen und Betrieben, die nach den Voraussetzungen des SGB III Anspruch auf Kurzarbeitergeld (Kug) haben können, unter festgelegten Voraussetzungen Kurzarbeit einzuführen.¹⁰

Voraussetzung der Anwendung des TV COVID ist zunächst die ordentliche Mitgliedschaft des kommunalen Arbeitgebers, zu dem der Beschäftigte in einem ungekündigten Beschäftigungsverhältnis steht, in einem Mitgliedverband der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA).¹¹ Zudem¹² muss der Beschäftigte von einem Tarifvertrag, der bei dem kommunalen Arbeitgeber Anwendung findet, erfasst sein. Neben dem Tarifrecht der VKA¹³, wie bspw. dem TVöD oder TV-V, können tarifvertragliche Regelungen des jeweiligen Mitgliedverbands Anwendung finden.¹⁴

Weitere Voraussetzung ist ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis des Beschäftigten zu einem kommunalen Arbeitgeber.¹⁵ Eine Beendigungskündigung durch eine der Arbeitsvertragsparteien während der Kurzarbeit führt dazu, dass der Tarifvertrag ab diesem Zeitpunkt keine Anwendung mehr findet, soweit die Kündigung nicht durch den Beschäftigten im Wege der Kündigungsschutzklage angegriffen wird. Greift der Beschäftigte während der Kurzarbeit mittels Kündigungsschutzklage eine Änderungskündigung an, ist zu differenzieren: obsiegt der Beschäftigte, verbleibt es beim Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und der Anwendung des Tarifvertrages; andernfalls findet der Tarifvertrag ab dem Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung keine Anwendung mehr.

⁹ Paragraphen ohne Tarifvertrags- oder Gesetzesbezeichnungen beziehen sich auf den TV COVID.

¹⁰ Zur Frage des Betriebsbegriffs, vgl die Ausführungen zu §2.

¹¹ Zu den VKA- Mitgliedverbänden: <https://www.vka.de/verband/unsere-mitgliedverbaende>, abgerufen am 29.4.2020.

¹² Die Anwendung des TV COVID ist auch in Fällen nicht ausgeschlossen, in denen der Arbeitgeber zwar nicht ordentliches Mitglied eines Mitgliedverbandes der VKA ist, auf das Beschäftigungsverhältnis aber auch den TVöD ergänzende Tarifverträge wegen einer dies bestimmenden Bezugnahmeklausel Anwendung finden.

¹³ Einen Überblick zum VKA- Tarifrecht: <https://www.vka.de/tarifvertraege-und-richtlinien/tarifvertraege>, abgerufen am 29.4.2020.

¹⁴ Insbesondere ist hier der Bereich des kommunalen Nahverkehrs gemeint, für den es keine Regelung auf Bundesebene gibt; hier finden die jeweils auf der landesbezirklichen Ebene getroffenen Tarifverträge für den kommunalen Nahverkehr Anwendung.

¹⁵ Siehe §98 Abs.1 SGB III persönliche Voraussetzung für den Erhalt von Kug.

1. Ausnahmen vom Geltungsbereich

Ausgenommen vom Geltungsbereich des Tarifvertrages sind Auszubildende, Schüler, Dual-Studierende und Praktikanten sowie geringfügig Beschäftigte im Sinne des § 8 Abs.1 SGB IV, da es jeweils an den persönlichen Voraussetzungen für den Erhalt des Kug nach §98 SGB III mangelt.

Auf Forderung der Gewerkschaften wurden Auszubildende, denen zeitlich überwiegend Tätigkeiten der Ausbildung von Auszubildenden oder Schülern bzw. der Betreuung von Dual-Studierenden oder Praktikanten übertragen sind, oder ausdrücklich gegenüber Dritten als Ausbilder, Betreuende bzw. Praxisanleitende benannt worden sind, vom persönlichen Geltungsbereich des TV COVID ausgeschlossen, wenn zu erwarten ist, dass diese während des Zeitraums der Kurzarbeit im bisherigen Umfang die Ausbildung bzw. Betreuung durchführen. Zur Beantwortung der Frage, ob dem Auszubildenden zeitlich überwiegend Tätigkeiten der Ausbildung bzw. der Betreuung übertragen sind, ist die gesamte, nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit des Beschäftigten, die durch den Arbeitgeber übertragen wurde, entscheidend. Die Eingruppierungsgrundsätze nach § 12 Abs. 2 TVöD finden entsprechende Anwendung. Zur Klärung der Frage, ob der Auszubildende ausdrücklich gegenüber Dritten benannt wurde, kommt es darauf an, dass der Arbeitgeber vor dem Inkrafttreten des Tarifvertrages eine entsprechende Erklärung vorgenommen hat. Neben dem kumulativen Vorliegen einer der beiden zuvor dargestellten Voraussetzungen ist zudem notwendig, dass sich der zeitliche Umfang der Ausbildungs- oder Betreuungstätigkeit während des Zeitraums der Kurzarbeit nicht verändert. Hier ist eine Prognose vorzunehmen, die zu dem Ergebnis führen muss, dass eine Verringerung des zeitlichen Umfangs nicht zu erwarten ist.

Sowohl Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis während des Kurzarbeitszeitraums aufgrund eines Aufhebungsvertrages endet, als auch Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis deshalb endet, weil eine Befristung nicht verlängert wird, sind vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen. Schwangere Frauen und werdende Väter, die Elterngeld in Anspruch nehmen werden, und bei denen der Bezug von Kurzarbeitergeld in den Bemessungszeitraum nach § 2b Abs. 1 Satz 1 BEEG, d. h. zwölf Kalendermonate vor der Geburt des Kindes, fällt, unterliegen nicht dem Geltungsbereich des Tarifvertrages. Andernfalls würde der Bezug von Kurzarbeitergeld sich in der Regel mindernd auf die Höhe des Elterngeldes auswirken. Auch Beschäftigte in der Freistellungsphase des Altersteilzeitblockmodells sind vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen, da in der Freistellungsphase die Arbeitspflicht suspendiert ist.

2. Vorrang bestehender Regelungen

Alle betrieblichen Regelungen¹⁶, die nach dem 1. April 2020 zur Kurzarbeit getroffen werden und die die im TV COVID getroffenen Regelungsinhalte einer betrieblichen Regelung zuführen, werden vollständig vom Tarifvertrag verdrängt. Öffnungsklauseln für betriebliche Regelungen sind ausdrücklich nicht vorgesehen (siehe dazu § 2 Abs. 2 Satz 3 TV COVID).

Keine Anwendung findet der Tarifvertrag für Beschäftigte eines Arbeitgebers nach § 1 Abs. 1 TV COVID, soweit am 1. April 2020 eine Betriebsvereinbarung bereits Anwendung findet, die eine Aufstockung auf mindestens 80 Prozent des Nettomonatsentgelts nach § 5 Abs. 1 TV COVID vorsieht.

¹⁶ Zu den gesonderten Regelungen für den Bereich der Flughäfen gelten abweichende Regelungen.

Wie die Aufstockung in der geltenden betrieblichen Regelung vorgesehen ist, ist unerheblich. Wird das Entgeltniveau in Höhe von 80 Prozent des bisherigen Nettoentgelts durch die Betriebsvereinbarung nicht erreicht, verdrängt der Tarifvertrag diese und findet unter der Maßgabe der Aufstockung auf 80 Prozent Anwendung. Sieht die betriebliche Vereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt und während der Laufzeit des TV COVID eine höhere Aufstockung als 80 Prozent des Nettomonatsentgelts vor, ist der in der Betriebsvereinbarung als Aufstockung festgelegte Betrag maßgeblich.

Vor dem Hintergrund der in § 11 TV COVID vereinbarten Laufzeit des Tarifvertrages bis zum 31. Dezember 2020 gilt es zu berücksichtigen, dass Betriebsvereinbarungen, die über diesen Zeitpunkt hinaus fortgelten, ab dem 1. Januar 2021 wieder vollumfänglich zur Anwendung gelangen.

3. Sonderregelungen für Flughäfen

Die durch die fast vollständige Einstellung des Flugverkehrs erhebliche wirtschaftliche Betroffenheit der Flughäfen ist im Geltungsbereich in besonderer Weise berücksichtigt worden. Keine Anwendung findet der TV COVID für Beschäftigte bei Verkehrsflughäfen und anderer Unternehmen der Luftverkehrsbranche, wenn eine Betriebsvereinbarung bis zum 15. Mai 2020 geschlossen wurde bzw. eine bereits bestehende Betriebsvereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt verlängert wird. Voraussetzung dafür ist, dass die zur Anwendung in Betracht kommende Betriebsvereinbarung eine Aufstockung auf mindestens 80 Prozent des Nettomonatsentgelts nach § 5 Abs. 1 TV COVID beinhaltet. Sollte der in der betreffenden Betriebsvereinbarung festgelegte Aufstockungsbetrag nicht 80 Prozent des Nettomonatsentgelts erreichen, findet die Betriebsvereinbarung ab dem 16. Mai 2020 weiterhin mit der Maßgabe Anwendung, dass eine Aufstockung auf 80 Prozent des Nettomonatsentgelts erfolgt. Weitergehende Änderungen erfährt die Betriebsvereinbarung nicht; auch wird sie nicht durch die Regelungen des TV COVID ergänzt oder verdrängt.

Sollten Betriebsvereinbarungen bzw. deren Verlängerung nicht einvernehmlich vereinbart werden können, sollen die Tarifpartner der jeweiligen Landesebene, d. h. der Kommunale Arbeitgeberverband und die zuständigen Landesverbände der Gewerkschaften, in einem Mediationsprozess den Abschluss einer – ggf. neu zu gestaltenden – Betriebsvereinbarung begleiten und unterstützen. Die konkrete Ausgestaltung des Mediationsprozesses, dessen Ergebnis eine Verständigung auf eine bzw. die Verlängerung einer betrieblichen Regelung sein soll, ist dabei den Akteuren vor Ort überlassen. Vorausgesetzt wird, dass sich die Betriebsvereinbarung an den Regelungen anderer Flughafen- und Luftverkehrsunternehmen orientiert und vergleichbare Regelungen aufweist. Kann nach Abschluss des Mediationsprozesses keine Einigung auf eine Betriebsvereinbarung getroffen werden, gilt der Tarifvertrag mit der Maßgabe, dass der Aufstockungsbetrag gem. § 5 Abs. 1 TV COVID 80 Prozent des Nettomonatsentgelts beträgt.

§ 2 TV COVID – Voraussetzungen der Einführung und Ausgestaltung der Kurzarbeit

Der Arbeitgeber ist gemäß § 2 Satz 1 TV COVID dazu berechtigt, einseitig Kurzarbeit anzuordnen. Es bestand von Beginn an Einverständnis zwischen den Tarifvertragsparteien, dass über die Anordnung der Arbeitgeber entscheiden könne und er sich bei deren Ausgestaltung mit dem Betriebs- bzw. Personalrat verständigt, soweit die entsprechenden Mitbestimmungs- oder Beteiligungsrechte eine sol-

che Verständigung vorsehen. Für die Anordnung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber ist es erforderlich, dass die im Dritten Sozialgesetzbuch festgelegten Voraussetzungen¹⁷ für die Einführung von Kurzarbeit vorliegen. Wenn dies nicht der Fall ist, kommt die Einführung von Kurzarbeit nicht in Betracht. Diese Zielrichtung wird in § 6 Abs. 2 TV COVID gespiegelt, wonach der Tarifvertrag keine Anwendung findet, wenn die Agentur für Arbeit die Zahlung von Kurzarbeitergeld verweigert.

Zu den in §§ 96 ff. SGB III festgelegten gesetzlichen Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit soll hier lediglich auf die Voraussetzung des erheblichen Arbeitsausfalls eingegangen werden. Von einem erheblichen Arbeitsausfall nach § 96 SGB III ist auszugehen, wenn ein unabwendbares Ereignis¹⁸ (z. B. wegen der Corona-Virus-Pandemie veranlasste Maßnahmen im Sinne von § 96 Abs. 3 Satz 2 SGB III¹⁹) oder²⁰ wirtschaftliche Ursachen (z. B. Auftragsmangel infolge der Corona-Virus-Pandemie) zu dem Arbeitsausfall geführt haben und dies zu Einbußen bei den Einnahmen (z. B. Einnahmeausfall wegen Einstellung des Ticketverkaufs in Museen) geführt hat. Wenn der Arbeitsausfall durch eine behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahme verursacht worden ist (§ 96 Abs. 3 Satz 2 SGB III), kann daher auch in kommunalen Einrichtungen Kurzarbeit in Betracht kommen.

Der erhebliche Arbeitsausfall ist bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen.²¹ Der Anzeige des Arbeitgebers ist gemäß § 99 Abs. 1 Satz 3 SGB III eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Das Fehlen der Stellungnahme der Betriebsvertretung und damit die Nichtbeachtung des § 99 Abs. 1 Satz 3 SGB III macht die Anzeige des Arbeitgebers nicht unwirksam²². Die Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 TV COVID erfolgte als Spiegelung der sich aus § 99 SGB III ergebende Beteiligung der Betriebsvertretung. Ein eigenständiges Recht des Betriebs- oder Personalrats sollte durch den Tarifvertrag auch an dieser Stelle nicht eingeführt werden.

Die Regelungen in § 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 TV COVID machen deutlich, dass durch den Tarifvertrag Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte von Betriebs- oder Personalräten nicht berührt werden. Durch den Tarifvertrag werden daher keine gesetzlichen Rechte von Betriebs- oder Personalräten zur Ausgestaltung einzelner Aspekte der Kurzarbeit ausgeschlossen. So bleibt zum Beispiel das Recht der Betriebsräte aus § 87 Abs. 1 Nummer 3 BetrVG²³ ebenso

17 Hierbei ist auch die Ausgestaltung dieser Regelungen durch die Kurzarbeitergeldverordnung vom 25.3.2020 (BGBl. I S. 595) zu beachten.

18 Das Ereignis muss sich als „zeitlich begrenztes, außergewöhnliches und von Außen auf den Betrieb einwirkendes“ Geschehen darstellen, so BSG, 15.12.2005 – B 7a AL 10/05 R -II. 2.

19 Das Ereignis sind demnach die mit der Pandemie im Zusammenhang stehenden Maßnahmen, vgl. Ziffer 1.2.1 der Weisung der Bundesagentur für Arbeit 202003015 vom 30.3.2020 – „Weisung Verbesserungen für das KUG bis 31.12.2020“; siehe auch Merkblatt 8a „Kurzarbeitergeld“ der Bundesagentur für Arbeit, das ausdrücklich „behördliche Anordnungen aufgrund des Corona-Virus“ nennt.

20 Dass es sich hierbei um echte Alternativen handelt, ergibt sich u.v.a. BSG vom 15.12.2005 – B 7a AL 10/05 R.II. 2., soll hier der Vollständigkeit halber festgehalten werden.

21 Mit dem Eingang dieser Anzeige wird gemäß § 99 Abs. 2 SGB III der Leistungsbeginn festgelegt.

22 BSG, 30.5.1978 – 7/12 RAr 100/76 zur Regelung in § 72 Abs. 1 Satz 1 AFG. Gleichwohl kann auf eine Beteiligung des Betriebsrats am Anzeigeverfahren nicht gänzlich verzichtet werden, da ein auf dieser Basis ergangene Entscheidung vom Betriebsrat selbstständig mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann, so *Bieback* in *Gagel/Bieback SGB III* § 99 Rn. 43.

23 BAG, 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, hierzu auch *Weller/König*, BB 2020, 953, 954.

unberührt wie die Rechte von Personalräten²⁴ gemäß der jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. zur Regelung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit²⁵). Durch den Wortlaut der Vorschrift, der auf die Verständigung „im Rahmen“ der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bzw. im Zuständigkeitsbereich der Personalräte abstellt, soll aber ebenso der in der Verhandlungen wichtige Aspekt herausgestellt werden, dass durch den Tarifvertrag keine neuen Rechte dieser Gremien eingeführt oder bestehende Rechte erweitert werden.²⁶

Die Mitbestimmung bzw. Beteiligung von Betriebs- oder Personalräten hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Kurzarbeit ist nur eröffnet, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Daher stehen die in dem Tarifvertrag getroffenen inhaltlich abschließenden Regelungen Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene nicht offen.²⁷ Durch die Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 3 TV COVID wird diese auch der Intention der Tarifvertragsparteien entsprechende Ordnungsfunktion des Tarifvertrages durch den TV COVID selbst verdeutlicht.²⁸

Durch die in § 2 Abs. 3 TV COVID tarifizierte Ankündigungsfrist sollen die Beschäftigten Gelegenheit bekommen, rechtzeitig über ihre Freizeit zu disponieren sowie ihre finanziellen Verpflichtungen und berufsbedingten Aufwendungen auf die sich verändernde Einkommenssituation einzustellen.²⁹ Eine bloße Ankündigung, Kurzarbeit einführen zu wollen, dürfte diesem Zweck nicht gerecht werden.

Die Ankündigungsfrist beträgt ab Mai 2020 sieben Kalendertage, gemäß Protokollerklärung zu Absatz 3 Satz 1 für den Monat April 2020 drei Kalendertage. Die Ankündigung ist in betriebsüblicher Weise vorzunehmen. Es kann daher die in der Einrichtung übliche Informations- und Kommunikationstechnik genutzt werden, um zum Beispiel durch das Intranet, die Homepage des Unternehmens, Auslagen oder Aushänge gegenüber den Beschäftigten eine entsprechende Möglichkeit der Kenntnisnahme zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung des BAG beginnt die Frist mit diesem Zeitpunkt.³⁰

Durch die Regelung in § 2 Abs. 3 Satz 2 TV COVID, wonach die angekündigte Kurzarbeit nur innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Ablauf der Ankündigungsfrist eingeführt werden kann, soll verhindert werden, dass die Funktionen der Ankündigungsfrist, nämlich die Dispositionsmög-

lichkeit der Beschäftigten, praktisch ins Leere läuft, indem ein Arbeitgeber „Vorratsankündigungen“ bekannt gibt. Um dies zu verhindern, ist der Arbeitgeber verpflichtet, nach Ablauf der Frist von sechs Wochen nach Ablauf der Ankündigungsfrist oder bei einer mindestens sechswöchigen Unterbrechung der Kurzarbeit durch Vollarbeit vor Aufnahme bzw. Weiterführung der Kurzarbeit die tarifizierte Ankündigung zu wiederholen.

Die Bestimmungen in § 10 TV COVID (Veränderung der Kurzarbeit) greifen die Regelungen aus § 2 TV COVID wieder auf. Damit sich die Beschäftigten auf die Veränderung der Situation und die sich daraus ggf. ergebenden Veränderung von Lage und Umfang der Arbeitszeit einstellen können, muss eine Unterbrechung, eine Verlängerung oder die Beendigung der Kurzarbeit mindestens drei Arbeitstage vor dem Wirksamwerden der Veränderung durch den Arbeitgeber angezeigt werden (§ 10 Abs. 1 TV COVID). Bei einer beabsichtigten Ausweitung der Kurzarbeit greift wiederum die Ankündigungsfrist von sieben Arbeitstagen (§ 10 Abs. 2 TV COVID). Bei beiden Konstellationen sind Betriebs- oder Personalrat im Rahmen der jeweils bestehenden Beteiligungsrechte einzubeziehen. Es ergeben sich insofern keine Abweichungen zu den Ausführungen zu § 2 TV COVID.

§ 3 TV COVID – Umfang und Höchstdauer der Kurzarbeit

Nach § 3 Satz 1 TV COVID kann die Kurzarbeit in Betrieben und Dienststellen sowie Teilen derselben, nicht jedoch für einzelne Beschäftigte, eingeführt werden. Durch die Bestimmung, dass Kurzarbeit nicht für einzelne Beschäftigte eingeführt werden kann, soll ausgeschlossen werden, dass Kurzarbeit als Instrument zur Disziplinierung gegenüber einzelnen „missliebigen“ Beschäftigten verwendet wird. Die Bestimmung schließt jedoch nicht aus, dass in einem Betrieb oder Betriebsteil für einen Teil der Belegschaft Kurzarbeit eingeführt wird, während einzelne Beschäftigte, z. B. als Kontaktstelle zur Öffentlichkeit oder im Facility Management, nicht in Kurzarbeit sind. Eine derartige Organisationsentscheidung ist geradezu klassisch bei der Einführung von Kurzarbeit und soll durch den TV COVID nicht ausgeschlossen werden.

Der Betriebsbegriff des § 97 SGB III entspricht demjenigen des Arbeitsrechts, insbesondere demjenigen des BetrVG, diese Definition kann in Ermangelung einer abweichenden Definition auch für den TV COVID angewandt werden. Danach ist ein Betrieb eine organisatorische Einheit, innerhalb der der Unternehmer mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und sonstiger Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt.³¹ § 3 ergänzt den Begriff des Betriebes noch um den im Personalvertretungsrecht etablierten Begriff der Dienststelle. In § 3 Satz 2 TV COVID wird in einer nicht abschließenden Aufzählung deutlich gemacht, dass von den Betrieben und Dienststellen nach § 3 Satz 1 TV COVID insbesondere auch Regie- und Eigenbetriebe, Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, eigenbetriebsähnliche kommunale Einrichtungen sowie sonstige kommunale Einrichtungen erfasst sind. Damit fallen sämtliche kommunale Arbeitgeber und sämtliche Beschäftigungsbereiche unter den betrieblichen Anwendungsbereich des Tarifvertrages. Auch nach der Auffassung der Bundesagentur für Arbeit³² und der Recht-

24 So enthalten z. B. § 67 Abs. 1 Nummer 8 Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz die Mitbestimmung des Personalrates bei der „Festsetzung der Kurzarbeit“ oder § 78 Abs. 1 Nummer 1 Saarländisches Personalvertretungsgesetz ein Mitbestimmungsrecht bei Kurz- oder Mehrarbeit.

25 Ein solches Beteiligungsrecht erfasst nur die Lage der Arbeitszeit, nicht hingegen ihre Dauer. Vgl. BAG, 18.10.1994 – 1 AZR 503/93.

26 Dies ist vor allem im Anwendungsbereich derjenigen Landespersonalvertretungsgesetze erforderlich, die eine tarifvertragliche Einführung von Beteiligungsrechten ausdrücklich ausschließen. So bestimmt z. B. Art. 3 BayPVG „Durch Tarifvertrag kann das Personalvertretungsrecht nicht abweichend von diesem Gesetz geregelt werden.“

27 Dies betrifft u. a. auch die Frage des Aufstockungsbetrages. Da § 5 eine abschließende Regelung trifft, besteht daher keine Möglichkeit, diesen Betrag auf betrieblicher Ebene zu erhöhen.; vgl. ErFK/Kania BetrVG § 87 Rn. 37 und BeckOK ArbR/Werner BetrVG § 87 Rn. 72, jeweils mwN.

28 Vgl. auch Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit „Kurzarbeitergeld (Kug)“ vom 20.12.2018, Rn. 95.6.

Es entspricht daher nicht dem TV COVID, wenn in dessen Geltungsbereich in einer Betriebsvereinbarung ein Aufstockungsbetrag vereinbart wird, der über den Aufstockungsbeträgen aus § 5 liegen.

29 Vgl. BAG, 12.10.1994 – 7 AZR 398/93.

30 In der Entscheidung vom 12. Oktober 1994 – 7 AZR 398/93 – würde die dort streitgegenständliche Betriebsvereinbarung am 5.11.1991 bekannt gemacht. Das Gericht ging in seinen Gründen davon aus, dass die auch dort siebentägige Ankündigungsfrist „mit Bekanntgabe der Betriebsvereinbarung am 5.11.1991“ begann (II. 3.)

31 Vgl. BAG, 21.9.1987, 6 ABR 23/85; m. w. N.: Bieback in Gagel/Bieback SGB III § 97 Rn. 3–6.

32 Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit „Kurzarbeitergeld (Kug)“ vom 20.12.2018, Rn. 97.4, so bereits nach Nr. 1.2 des Runderlasses der BA 307/76.4 vom 20.10.1976.

sprechung des Bundessozialgerichts³³ werden von den Regelungen zum Kurzarbeitergeld ebenfalls öffentlich-rechtliche Betriebe wie Krankenhäuser, Kurkliniken, Kindergärten, Alters- und Pflegeheime, Schulungs- und Erholungsheime, Hallenbäder, Bauernhöfe, Verkehrsbetriebe, Forst- oder landwirtschaftliche Betriebe, Schulen und Volkshochschulen sowie sonstige Verwaltungen jeder Art (Behörden) erfasst. In diesem Zusammenhang sei auf die Niederschriftserklärung zu § 1 hingewiesen: „Zielrichtung dieses Tarifvertrages ist grundsätzlich nicht die kommunale Kernverwaltung (Personal, Bauverwaltung, Sozial- und Erziehungsdienst, sofern sie kommunal getragen werden), Ordnungs- und Hoheitsverwaltung“. In dieser Niederschriftserklärung haben die Tarifvertragsparteien ihre Motivlage zum Ausdruck gebracht, dass die kommunale Kernverwaltung auch wegen ihrer besonderen gesellschaftlichen Stellung³⁴ grundsätzlich nicht die Zielrichtung dieses Tarifvertrages sei. Die Niederschriftserklärung ist jedoch nicht Gegenstand des Tariftextes selbst³⁵ und schränkt den umfassenden Geltungsbereich des TV COVID nicht ein.

Nach § 3 Satz 3 TV COVID kann Kurzarbeit bis zu einer Zeitdauer von neun Monaten eingeführt werden. Dieser Zeitraum ergibt sich daraus, dass die maximale Zeitdauer vom Zeitpunkt des Inkrafttretens am 1. April 2020 bis zum Ende der Laufzeit am 31. Dezember 2020 neun Monate beträgt. Auf betrieblicher Ebene bestehende Vereinbarungen zur Einführung von Kurzarbeit leben nach dem 31. Dezember 2020 wieder mit ihrem bisherigen Inhalt³⁶ auf. Die Tarifvertragsparteien haben sich jedoch in Ziffer 2 (Zu § 10: der Niederschriftserklärungen dazu verpflichtet, bis zum 31. Oktober 2020 die aktuelle Situation zu bewerten und ggf. Gespräche zur Neubewertung der Regelungen des TV COVID zu führen.

Während des Kurzarbeitszeitraumes kann gemäß § 3 Satz 4 TV COVID die Arbeitszeit bis auf „null“ Stunden herabgesetzt werden.

§ 4 TV COVID – Anzeige bei der Agentur für Arbeit sowie Information des Betriebs- und Personalrats

Gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TV COVID stellt der Arbeitgeber im Fall der Notwendigkeit von Kurzarbeit unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, bei der zuständigen Agentur für Arbeit die Anträge zur Gewährung von Kurzarbeitergeld.³⁷

33 BSG, 30.5.1978 7/12 RAr 100/76.; m. w. N.: *Bieback* in Gagel/Bieback SGB III § 97 Rn. 10.

34 So auch das Rundschreiben R 74/2020 der VKA vom 20. April 2020.

35 Vgl. BAG, 10.12.2014 – 4 AZR 503/12, nach dessen Orientierungssatz 1 „dem subjektiven Willen einer oder beider Tarifvertragsparteien [...] bei der Auslegung von tariflichen Normen aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nur Bedeutung zukommen [kann], wenn er in den Tarifregelungen unmittelbar seinen Niederschlag gefunden hat“.

36 Siehe hierzu auch die Ausführungen zu § 1 Abs. 3 und 4.

37 § 99 Abs. 1 S. 1 SGB III: zuständig ist die Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat; die Anzeige des Arbeitsausfalls durch den Arbeitgeber hat schriftlich oder elektronisch zu erfolgen. Der Antrag auf Kurzarbeitergeld besteht aus zwei Teilen, für den möglichst die vorgesehenen Vordrucke der Bundesagentur für Arbeit zu verwenden sind: dem sog. Leistungsantrag (Antrag auf Kurzarbeitergeld (Kug) und pauschalierte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für die Beziehung von Kug, Vordruck der Bundesagentur für Arbeit Kug 107-03.2020) sowie der Anlage zum Leistungsantrag (Kug-Abrechnungsliste / Pauschalierte SV- Erstattung, Vordruck der Bundesagentur für Arbeit Kug 108- 03.2020). Leistungsantrag und Anlage sind in einfacher Ausfertigung vom Arbeitgeber – und soweit vorhanden unter Anfügung der Stellungnahme des zuständigen Betriebs- bzw. Personalrates – innerhalb der Ausschlussfrist von 3 Monaten bei der im Anerkennungsbescheid bezeichneten Agentur für Arbeit zu stellen. Der Lauf der Ausschlussfrist beginnt mit Ablauf des Anspruchszeitraumes, d. h. Kalendermonats, für den das Kug beantragt wird.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TV COVID erhält der Betriebs- oder Personalrat Kopien der für den Antrag erforderlichen Unterlagen, die der Arbeitgeber an die zuständige Agentur für Arbeit elektronisch oder schriftlich übermittelt hat.

Nach § 4 Abs. 2 TV COVID wird der Betriebs- oder Personalrat wöchentlich über den aktuellen Status quo durch den Arbeitgeber informiert. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers besteht neben den bereits existierenden und sich aus den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen der einzelnen Bundesländer oder dem BetrVG ergebenden Beteiligungsrechten der Beschäftigtenvertretung in Form von Informationspflichten. Dazu sind dem Betriebs- oder Personalrat die erforderlichen Unterlagen in geeigneter Weise frühzeitig zur Verfügung zu stellen, die insbesondere Informationen dazu enthalten sollen, in welchen Bereichen Kurzarbeit eingeführt werden oder bereits eingeführte Kurzarbeit eine Änderung erfahren soll, welche Beschäftigten inwieweit von den noch einzuführenden bzw. zu ändernden Maßnahmen konkret betroffen sind bzw. sein werden.

§ 5 TV COVID – Aufstockung des Kurzarbeitergeldes

Nach § 5 Abs. 1 TV COVID erhalten die Beschäftigten, die von der Kurzarbeit betroffen sind, vom Arbeitgeber zusätzlich zum verkürzten Entgelt und dem von der Agentur für Arbeit zu erwartenden Kurzarbeitergeld eine Aufstockung auf 95 Prozent (Entgeltgruppen 1 bis 10 der Anlage A zum TVöD) bzw. 90 Prozent (Entgeltgruppen 11 bis 15 der Anlage A zum TVöD³⁸) des bisherigen durchschnittlichen Nettoentgelts. Dieser Aufstockungsbetrag liegt im oberen Bereich der aktuell tarifierten Aufstockungsbeträge.³⁹

Die Ermittlung des tatsächlichen Aufstockungsbetrages soll folgendes Beispiel verdeutlichen, bei dem von einer/einem Beschäftigten mit einer Reduktion der Arbeitszeit auf 60 Prozent ausgegangen wird (Entgeltgruppe 11 Stufe 5, Steuerklasse I, kein Kind, keine Kirchensteuer):

#	Entgelt	Betrag in Euro
1	Reguläres Bruttomonatsentgelt (Brutto-Soll-Entgelt)	5.020,49
2	Reduziertes Bruttomonatsentgelt (Brutto-Ist-Entgelt)	3.012,29
3	Reguläres Nettomonatsentgelt (Netto-Soll-Entgelt) ⁴⁰	2.960,00
4	Reduziertes Nettomonatsentgelt (Netto-Ist-Entgelt)	1.980,00

38 Zur Zuordnung Aufstockungsbeträge für Entgelte außerhalb der Anlage A zum TVöD legt die Protokollerklärung zu § 5 Abs. 1 Satz 1 fest, dass die Regelungen des § 1 Abs. 3 der Anlage zu § 56 BT-V (VKA), § 51a Abs. 1 Satz 2 und § 52 Abs. 3 BT-B sowie § 52 Abs. 1 Satz 2 BT-K entsprechend gelten. Außerhalb des Geltungsbereichs des TVöD erhalten die Beschäftigten eine Aufstockung auf 90 Prozent des Nettomonatsentgelts, wenn der gemittelte Wert der jeweiligen Entgeltgruppe (Mittelwert über alle Stufen der jeweiligen Entgeltgruppe) oberhalb von 4.399,36 Euro liegt; wenn der gemittelte Wert der jeweiligen Entgeltgruppe (Mittelwert über alle Stufen der jeweiligen Entgeltgruppe) gleich oder unter 4.399,36 Euro liegt, erhalten sie eine Aufstockung auf 95 Prozent des Nettomonatsentgelts.

39 Die oberen Aufstockungsbeträge liegen in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg bei 98% und bei der Volkswagen AG ebenfalls bei 95%. Die dort getroffenen Vereinbarungen enthalten jedoch in ihren Staffelungen größere Spannen, so dass die geringsten Aufstockungsbeträge dort bei 80,5 bzw. 78 % liegen. Die Berechnung des Aufstockungsbetrages (brutto/netto, einzubeziehende Entgeltbestandteile, Höhe der regulären Bruttomonatsentgelte) bleibt bei diesem Vergleich jedoch unberücksichtigt. Quelle: WSI Tarifarchiv 2020 (Stand: 31.3.2020)

40 Die tatsächlichen Nettoentgelte sind von unterschiedlichen Faktoren abhängig und können daher leicht von den angegebenen Werten abweichen.

#	Entgelt	Betrag in Euro
5	Kurzarbeitergeld (Kug gemäß Kug-Tabelle ⁴¹)	588,54
6	Summe aus #4 und #5	2.568,54
7	90% des regulären Nettomonatsentgelts	2.664,00
	Differenz von #6 und #7 = Aufstockungsbetrag	95,46

Bei dem Aufstockungsbetrag handelt es sich um ein Netto-Entgelt. Der Arbeitgeber muss daher, ausgehend von dem als Aufstockungsbetrag zu zahlenden Nettoentgelt, den Bruttobetrag der Aufstockung so festsetzen, dass sich unter Berücksichtigung der individuellen Abzüge der Nettobetrag der Aufstockung ergibt. Die Tarifvertragsparteien haben daher vereinbart, dass bei der Berechnung des für die Aufstockung erforderlichen Bruttobetrages auf ganze 10,00 Euro kaufmännisch gerundet werden kann (§ 5 Abs. 1 Satz 4 TV COVID). Ein Ausgleich für etwaige Steuerprogressions-effekte⁴² wurde nicht tarifiert.

Zur Ermittlung des bisherigen durchschnittlichen Nettomonatsentgelts ist der Durchschnitt aus den Nettoentgelten der letzten drei vollen Kalendermonate vor der Einführung der Kurzarbeit zu bilden. Bei der Ermittlung bleiben das zusätzlich für Überstunden und Mehrarbeit gezahlte Entgelt (mit Ausnahme der im Dienstplan vorgesehenen Überstunden und Mehrarbeit), leistungs- oder erfolgsabhängige Entgelte oder Prämienzahlungen, jährliche Sonderzahlungen, an eine bestimmte Dauer der Beschäftigungszeit anknüpfende Entgelte oder Prämienzahlungen, Zahlungen aufgrund des Todes von Beschäftigten sowie sonstige einmalige Sonderzahlungen unberücksichtigt. Ist in diesem Bemessungszeitraum (letzte drei Kalendermonate) nicht für alle Kalendertage Entgelt gezahlt worden, werden laut Rundschreiben R 74/2020 der VKA vom 20. April 2020 in entsprechender Anwendung der Protokollerklärung zu § 20 Abs. 2 TVöD die in den letzten drei Kalendermonaten gezahlten Entgelte addiert, durch die Zahl der Kalendertage mit Entgelt geteilt und sodann mit 30,67 multipliziert. Zeiträume, für die Krankengeldzuschuss gezahlt worden ist, bleiben hierbei ebenso unberücksichtigt wie Zeiten, in denen während des Bemessungszeitraumes eine elterngeldunschädliche Teilzeitbeschäftigung ausgeübt wird. Besteht während des Bemessungszeitraumes an weniger als 30 Kalendertagen Anspruch auf Entgelt, ist der letzte Kalendermonat, in dem für alle Kalendertage Anspruch auf Entgelt bestand, maßgeblich.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 TV COVID ist das für die Aufstockung des Kurzarbeitergeldes maßgebliche Nettomonatsentgelt durch die Beitragsbemessungsgrenze im Sinne des SGB III⁴³ begrenzt. Nach § 5 Abs. 2 TV COVID bleiben bei der Zahlung von Urlaubsentgelt bzw. Urlaubsgeld, vermögenswirksamen Leistungen, der Jahressonderzahlung sowie bei der Sparkassensonderzahlung die Zeiten, in denen Kurzarbeit geleistet worden ist, außer Betracht. Die Zahlung dieser Entgelte ist ohne Berücksichtigung dieser Zeiträume

41 https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug050-2016_ba014803.pdf (Differenz zwischen dem rechnerischer Leistungssatz für das [Brutto-]Soll-Entgelt von 1.777,03 Euro und dem rechnerischer Leistungssatz für das [Brutto-]Ist-Entgelt: 1.188,49 Euro; Rechnerische Leistungssätze nach den pauschalisierten monatlichen Nettoentgelten).

42 Das Kurzarbeitergeld ist zwar steuerfrei, unterliegt jedoch gemäß § 32b Abs. 1 Nummer 1 Buchstabe a) EStG dem Progressionsvorbehalt. Im Rahmen des Lohnsteuerjahresausgleichs kann es für die Beschäftigten je nach den weiteren individuellen Rahmenbedingungen daher ggf. zu Steuernachforderungen kommen.

43 Aktuell liegt die Beitragsbemessungsgrenze des SGB III = SGB VI bei monatlich 6.900 Euro brutto im Tarifgebiet West und 6.450 Euro brutto im Tarifgebiet Ost.

vorzunehmen, so dass sich die Entgeltkürzungen während des Kurzarbeitszeitraumes auf die Zahlung dieser Entgelte nicht auswirken. Gemäß § 5 Abs. 3 TV COVID handelt es sich bei dem tarifierten Aufstockungsbetrag um zusatzversorgungspflichtiges Entgelt. Der Aufstockungsbetrag ist daher bei den für die betriebliche Altersversorgung maßgeblichen Entgelten zu berücksichtigen. Zur leichten Nachvollziehbarkeit sollen gemäß § 5 Abs. 4 TV COVID während des Kurzarbeitszeitraumes das etwaige Arbeitsentgelt (tarifliche Entgelte), das Kurzarbeitergeld sowie der Aufstockungsbetrag getrennt ausgewiesen werden. § 5 Abs. 5 TV COVID legt schließlich fest, dass der Aufstockungsbetrag kein monatliches Entgelt ist und deshalb bei tariflichen Leistungen, deren Höhe vom Entgelt abhängig ist, nicht berücksichtigt wird.

§ 6 TV COVID – Zeitpunkt der Zahlung des Kurzarbeitergeldes (Kug) und des Aufstockungsbetrages

Sowohl die Berechnung der jeweils dem individuellen Beschäftigten zustehenden Höhe des Kug als auch des nach den Vorgaben des § 5 TV COVID zu ermittelnden Aufstockungsbetrages obliegt dem Arbeitgeber, der den ermittelten Betrag in Gänze an die Beschäftigten auszahlt (§ 6 Abs. 1 Satz 1 TV COVID). Dabei geht der Arbeitgeber im Hinblick auf die Gewährung des Kug insoweit in Vorleistung, als er das Kug als Leistung der Arbeitslosenversicherung in der entsprechenden Höhe zu einem späteren Zeitpunkt mit der zuständigen Agentur für Arbeit abrechnet. Der Zeitpunkt der im jeweils anwendbaren Tarifvertrag vorgesehenen monatlichen Entgeltzahlung gibt den Zeitpunkt der Zahlung des Kug und des Aufstockungsbetrages durch den Arbeitgeber zwingend vor. Im Geltungsbereich des TVöD ist dies bspw. der letzte Tag des Monats (Zahltag) für den laufenden Monat (siehe § 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD). Diese Festlegung des Zeitpunkts der Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers gilt unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung des Kug durch die der Agentur für Arbeit.

In § 6 Abs. 2 TV COVID wird auf die Rechtsfolgen der Verweigerung der Zahlung des Kug durch die Agentur verwiesen. Zweck des Tarifvertrages ist es, während der Coronapandemie den Bestand der kommunalen Einrichtungen und Betriebe und damit einhergehend auch die Beschäftigungsverhältnisse – und damit letztlich die finanzielle Lebensgrundlage – der in diesen Einrichtungen und Betrieben tätigen Beschäftigten zu sichern. Diese Sicherungsfunktion kann der Tarifvertrag nur dann erfüllen, wenn im Zeitraum der Kurzarbeit in kommunalen Betrieben und Dienststellen durch die zuständige Agentur für Arbeit Kug gewährt wird. Folglich findet der TV COVID keine Anwendung, wenn die Agentur für Arbeit die Zahlung von Kug verweigert. Um diese weitreichenden Rechtsfolgen zu vermeiden, sollte der einzelne Arbeitgeber vor der Einführung von Kurzarbeit nach den Vorgaben dieses Tarifvertrages mit der zuständigen Agentur für Arbeit iS des § 99 SGB III klären, ob der Gewährung von Kug gegebenenfalls Hindernisse entgegenstehen. Die Entscheidung, ob Kug gezahlt wird, trifft die Agentur für Arbeit vor Ort.⁴⁴

44 Erklärung der Bundesagentur für Arbeit (Zentrale) auf entsprechende Anfrage der VKA; ausführlich dazu VKA Rundschreiben vom R 62/2020 vom 31.3.2020.

§ 7 TV COVID – Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen und Wiedereinstellungsanspruch

Nach § 7 Abs. 1 TV COVID werden betriebsbedingte Kündigungen während der Dauer der angeordneten Kurzarbeit ausgeschlossen. Dieser umfassende Ausschluss von betriebsbedingten Kündigungen ist vor dem Hintergrund des Zwecks des Tarifvertrages zu verstehen. Durch die Einführung der Kurzarbeit sollen sowohl die wirtschaftliche Existenz der kommunalen Einrichtungen und Betriebe als auch der Fortbestand der Beschäftigungsverhältnisse gesichert werden. Betriebsbedingte Beendigungskündigungen, die durch dringende betriebliche Erfordernisse begründet sind und einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb bzw. Einrichtung entgegenstehen, sind folglich für die Dauer der angeordneten Kurzarbeit ausgeschlossen.

Im Wege eines Kompromisses haben sich die Tarifvertragsparteien zudem verständigt, den Kündigungsschutz für die Beschäftigten, die sich aufgrund der Anordnung nach den Vorgaben dieses Tarifvertrages in Kurzarbeit befinden, auf bis zu drei Monate nach Beendigung der Kurzarbeit zu erweitern. Die ursprüngliche Forderung der Gewerkschaften ging weit über diesen Zeitraum hinaus. Von diesem Schutz sind nur diejenigen Beschäftigten erfasst, die sich aufgrund der Anordnung des Arbeitgebers in Kurzarbeit befinden. Beschäftigte, die keiner Anordnung zur Kurzarbeit durch den Arbeitgeber unterliegen, werden nicht dem prolongierten Kündigungsschutz erfasst. Auch verhaltens- oder personenbedingte Kündigungen und Änderungskündigungen werden nicht vom Geltungsbereich der Norm erfasst.

Korrelierend mit dem Zweck des Tarifvertrages ist ein Wiedereinstellungsanspruch für Beschäftigte, deren befristeter Arbeitsvertrag aufgrund der Kurzarbeit nicht verlängert wurde, statuiert worden. Unter der Voraussetzung der entsprechenden Eignung sind diese Beschäftigten vorrangig wieder einzustellen, wenn ursprünglich vorhandene und infolge der Kurzarbeit abgebaute Arbeitsplätze neu geschaffen werden oder zu besetzen sind. Der vorrangige Wiedereinstellungsanspruch setzt neben den persönlichen Voraussetzungen, d. h. der Eignung, der Beschäftigten zudem voraus, dass ursprünglich vorhandene Arbeitsplätze wieder neu geschaffen werden. Nicht erfasst sind Arbeitsplätze, die in neuen Bereichen oder Tätigkeitsfeldern entstehen und andere Qualifikationen und Befähigungen verlangen.

§ 8 TV COVID – Ausschluss von Überstunden und Mehrarbeit

Voraussetzung für die Gewährung von Kug nach den Vorschriften des SGB III ist ein erheblicher Arbeitsausfall, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwehrbaren Ereignis, wie einer behördlichen oder behördlich anerkannten Maßnahme, beruht. Dem Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls widerspricht die Möglichkeit des Arbeitgebers gegenüber den Beschäftigten, die von der Kurzarbeit betroffen sind, Überstunden oder Mehrarbeit anordnen zu können. Auch die Duldung und die Billigung von Überstunden und Mehrarbeit durch den Arbeitgeber wurden auf Forderung der Gewerkschaften letztlich ausgeschlossen.

In Notfällen kann hingegen eine Anordnung von Überstunden und Mehrarbeit unter Beachtung der bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach BetrVG bzw. Personalrates nach dem jeweils anwendbaren Personalvertretungsgesetz des Landes erfolgen, wenn ein Ausgleich im unmittelbaren Zusammenhang erfolgt. Notfälle werden immer dann anzunehmen sein, wenn eine drohende Gefahr

für Menschen, Sachen oder die Fortführung des Zwecks bzw. Ziels der kommunalen Einrichtung oder Betriebe besteht, bspw. der nicht vorhersehbaren und plötzlichen Notwendigkeit der Reparatur einer Wasserwärmeleitung durch die Beschäftigten eines Stadtwerkes oder des IT-Systems eines Versorgungsbetriebs. Häufig werden die in diesen Fällen zu beanspruchenden Beschäftigten in Schicht- und Wechselschichtarbeit tätig sein. Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG zur Entstehung einer Überstunde für diese Beschäftigtengruppe, besteht das Erfordernis des Arbeitgebers, im Notfall eine entsprechende Anordnung treffen zu können.⁴⁵

§ 9 TV COVID – Urlaub und Arbeitszeitkonten

Außerhalb des TV COVID ist eine Kürzung des Erholungsurlaubs zulässig (EuGH, Urteil in den verbundenen Rechtsachen vom 8.11.2012, C-229/11, C-230/11). Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 des Tarifvertrages vermindert sich während des Zeitraums der Kurzarbeit der dem Beschäftigten zustehende Urlaubsanspruch jedoch nicht durch die Reduktion der Arbeitszeit. Dies gilt selbst dann, wenn keine Arbeitsleistung zu erbringen ist oder sich die Arbeitsleistung auf weniger Arbeitstage in der Woche als vor der Einführung von Kurzarbeit verteilt. Im Hinblick auf die Berechnung des Urlaubsentgelts wird auf § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG verwiesen, auch für den tariflichen Mehrurlaub wurde keine anderslautende Regelung getroffen.

Während des Kurzarbeitszeitraums sind die Beschäftigten berechtigt, Urlaub zu nehmen. Voraussetzung ist, dass der Urlaub rechtzeitig beantragt ist und der Gewährung keine dringenden betrieblichen Belange, wie bspw. kurzfristige Änderung der Betriebsorganisation oder ggf. entstehende personelle Engpässe, entgegenstehen. Für die Dauer des Urlaubs sind die Beschäftigten von der Kurzarbeit ausgenommen.

Die im SGB III normierten Voraussetzungen für Kurzarbeit setzen einen erheblichen Arbeitsausfall voraus, der unvermeidbar ist. Vor Einführung der Kurzarbeit sind daher – bis auf die in Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 SGB III genannten Arbeitszeitkonten, wie bspw. nach dem Pflegezeitgesetz oder Familienpflegezeitgesetz, – bestehende Guthaben auf Arbeitszeit- und Überstundenkonten abzubauen. Der Abbau von Guthaben ist dann ausgeschlossen, wenn betriebliche Regelungen diesem Abbau zwingend entgegenstehen. Ein Aufbau negativer Arbeitszeitsalden nicht vorgesehen.⁴⁶

Gem. der Protokollerklärung zu §§ 8 und 9 bleiben Möglichkeiten zur Nutzung des Ausgleichszeitraums von einem Jahr nach § 6 Abs. 2 Satz 1 TVöD und bestehender Gleitzeitregelungen anwendbar. Bestehende Gleitzeitregelungen können folglich auch im zeitlichen Rahmen der eingeführten Kurzarbeit genutzt werden, so dass es weiterhin zu Arbeitszeitschwankungen – mit der Ausnahme Kurzarbeit Null – innerhalb dessen kommen kann. Der nach den Vorschriften des jeweils für die Beschäftigten anwendbaren Tarifvertrages statuierte Ausgleichszeitraum, bspw. § 6 Abs. 2 Satz 1 TVöD oder § 8 Abs. 2 TV-V, kann unter Beachtung der zwingenden Vorgaben des ArbZG weiterhin Anwendung finden.

⁴⁵ BAG, 25.4.2013, 6 AZR 800/11 zur Entstehung von Überstunden im Geltungsbereich des TVöD, hier § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD; eine inhaltsgleiche Regelung findet sich bspw. in § 9 Abs. 8 TV-V.

⁴⁶ Siehe § 1 Nummer 2 KugV; dazu auch die Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales „Mit Kurzarbeit gemeinsam Beschäftigung sichern“ vom 16.3.2020, <https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2020/mit-kurzarbeit-gemeinsam-beschaeftigung-sichern.html>, abgerufen am 3.5.2020.

Beschäftigte in der Arbeitsphase des Altersteilzeitblockmodells werden – anders als diejenigen Beschäftigten in der Freistellungsphase – vom Tarifvertrag erfasst. Unterliegen die Beschäftigte der Kurzarbeit, führt dies entweder dazu, dass ein geringeres Wertguthaben bzw. bei Kurzarbeit Null kein Wertguthaben aufgebaut werden kann. Um diese Auswirkungen abzuschwächen, kann in entsprechender Anwendung des § 10 TV FlexAZ die Arbeitsphase verlängert werden.⁴⁷ Im Fall der Kurzarbeit Null kann der Beginn der Freistellungsphase der Beschäftigten um die Hälfte der während der Kurzarbeit entstandenen Ausfalltage hinausgeschoben werden. Wird eine Arbeitsleistung erbracht, sind die ausgefallenen Stunden zu ermitteln und durch die Beschäftigten nachzuarbeiten.

§ 11 TV COVID – Besondere Bestimmungen

Die Beweggründe der Tarifvertragsparteien zum Abschluss des Tarifvertrages, die bereits in der Präambel Eingang gefunden haben, werden in § 11 Abs. 1 Satz 1 TV COVID untermauert. Der Tarifvertrag tritt am 1. April 2020 in Kraft und endet unter Ausschluss der Nachwirkung zum 31. Dezember 2020. Für die Praxis bedeutet dies, dass nach dem Ende der Laufzeit auf Grundlage des TV COVID keine Kurzarbeit auf Basis dieses Tarifvertrages mehr eingeführt oder weitergeführt werden kann.

Der Tarifvertrag sieht eine sehr kurze Laufzeit vor, auf welche sich erst im Laufe der Tarifverhandlungen im Wege einer Gesamteinigung verständigt wurde. Ursprünglich wurde unter anderem die Einführung von Kurzarbeit auf der Grundlage des Tarifvertrages bis zu einer Dauer von insgesamt 24 Monaten – unter der Voraussetzung einer entsprechenden Verlängerung der gesetzlichen Höchstbezugsdauer für Kug – erörtert. Vor diesem Hintergrund ist die Niederschriftserklärung Nr. 3 zu § 11 zu verstehen, die eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien zum weiteren Vorgehen enthält. Bis zum 31. Oktober 2020 eine Bewertung des aktuellen Status quo vorzunehmen und – soweit aufgrund der Sachlage notwendig – anschließend Gespräche über eine zukünftige und ggf. modifizierte Anwendung der Regelungen des TV COVID zu führen.

Fazit

Die durch das Corona-Virus verursachten Pandemie stellen Arbeitgeber und Beschäftigte deutschlandweit vor große Herausforderungen. Insbesondere die wirtschaftlichen Aus-

⁴⁷ Zum Tarifvertrag zu flexiblen Arbeitszeitregelungen für ältere Beschäftigte (TV FlexAZ): https://www.vka.de/assets/media/docs/0/Tarifrunde%202018/181112_TV%20FlexAZ_iF_ÄTV_6.pdf; abgerufen am 3. Mai 2020.

wirkungen des Virus sowie mögliche unternehmerische Reaktionen darauf beschäftig(t)en auch eine Vielzahl kommunaler Arbeitgeber. Vor dem Hintergrund der Corona-Krise sahen sich viele kommunale Arbeitgeber vor die Frage gestellt, wie bei vorübergehendem Arbeitsausfall der Erhalt kommunaler Einrichtungen und Betriebe sowie bestehender Arbeitsplätze auch zukünftig langfristig gesichert werden kann.

Um auf die neuen Herausforderungen reagieren zu können, haben die Tarifvertragspartner mit dem Abschluss des TV COVID tarifpolitisches Neuland für den kommunalen öffentlichen Dienst betreten und eine kollektivrechtliche Grundlage zur Einführung und Ausgestaltung von Kurzarbeit geschaffen. Die Beweggründe der Tarifvertragsparteien für einen Abschluss, d. h. der gemeinsame Wille, der durch das Corona-Virus verursachten Pandemie und deren Auswirkungen im Sinne der kommunalen Arbeitgeber im öffentlichen Dienst und deren Beschäftigten entgegenzutreten, flexibel auf die Krisensituation zu reagieren und eine möglichst gute Ausgangsbasis für die Zeit nach der Krise zu schaffen, werden dabei nicht nur in der den Regelungen des Tarifvertrages vorangestellten Präambel, sondern auch in der jeweiligen konkreten Ausgestaltung der inhaltlichen Regelungen des Tarifvertrages deutlich.⁴⁸

Auch vor dem Hintergrund, dass es in einem Großteil des öffentlichen Dienstes, wie bspw. in wichtigen Bereichen der Daseinsvorsorge, eher nicht zu Kurzarbeit auf der Grundlage des TV COVID kommen wird, veranschaulichen erste Anwendungen des Tarifvertrages in kommunalen Einrichtungen und Betrieben nicht nur dessen Notwendigkeit, sondern zeugen von dessen Akzeptanz.⁴⁹ Mit Blick auf die durch die Tarifvertragsparteien vereinbarte Bewertung zur aktuellen Situation, die bis zum 31. Oktober 2020 vorzunehmen ist, bleibt zu hoffen, dass das gemeinsame Ziel des Tarifvertrages erreicht und den Herausforderungen des Corona-Virus erfolgreich im Sinne der kommunalen Arbeitgeber und der von der Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten begegnet werden konnte.

⁴⁸ In diesem Sinne die VKA – Pressemitteilung „Redaktionsverhandlungen zum „TV COVID“ abgeschlossen: Kurzarbeit im kommunalen öffentlichen Dienst ermöglicht“ vom 16.4.2020, abgerufen am 3.5.2020.

⁴⁹ Siehe z. B. Weser Kurier „Kurzarbeit für Bremer Stadtangestellte“ vom 25. April 2020, https://www.weser-kurier.de/bremen/bremen-stadt_artikel,-kurzarbeit-fuer-bremer-stadtangestellte_-_arid,1910012.html, abgerufen am 3.5.2020; Süddeutsche Zeitung „Kurzarbeit bei den Stadtwerken“ vom 26.4.2020, <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/fuerstenfeldbruck/fuerstenfeldbruck-kurzarbeit-bei-den-stadtwerken-1.4889021>, abgerufen am 3.5.2020 und Fränkische Nachrichten „Fünf Abteilungen in Kurzarbeit“, https://www.fnweb.de/fraenki-sche-nachrichten_artikel,-bad-mergenheim-fuenf-abteilungen-in-kurzarbeit_-_arid,1632579.html, abgerufen am 3.5.2020.