

ArbR **Arbeitsrecht Aktuell**

Informationen für die arbeitsrechtliche Praxis

8/2020

12. Jahrgang · 16. April 2020
Seiten 181–212

Herausgegeben von:

RA Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
RA Friedrich Schindele, Landshut
Prof. Dr. Heinrich Kiel, Vorsitzender Richter am BAG, Erfurt
RA Dr. Christian Arnold, Stuttgart

Beiträge

Ihre ArbRAktuell in Zeiten von Covid-19

Redaktion ArbRAktuell, München

Mit dem Abonnement der „ArbRAktuell“ haben Sie neben dem Bezug der Zeitschrift als Printausgabe die Möglichkeit des digitalen Bezugs der Zeitschrift erhalten – ohne weitere Kosten für Sie.

I. Online-Versand

Damit Sie die Zeitschrift zu jeder beliebigen Zeit und an jedem beliebigen Ort online nutzen können, ist lediglich – sofern Sie sich dazu nicht schon angemeldet haben – eine E-Mail an

beck-online@beck.de

erforderlich, in der Sie uns Ihre persönlichen Mailadresse, Ihren Wunsch nach einer Freischaltung, unter Angabe des Vor- und Nachnamens und der auf dem Adressaufkleber der Zeitschrift befindlichen Abonnennten-Nummer, mitteilen (weitere Informationen finden Sie auf der Umschlagseite 4!).

Übrigens: Der Online-Versand gewährleistet, dass Sie bereits eine Woche vor dem Erscheinen der Print-Ausgabe alle Informationen erhalten und selbstverständlich im gesamten Archiv der ArbRAktuell in beck-online recherchieren können.

II. Ihre Print-Ausgabe im Homeoffice

Um den Erhalt der Printausgabe der Zeitschrift auch im Homeoffice sicherzustellen, haben Sie zudem die Möglichkeit, uns den Wunsch nach einer neuen Lieferadresse mitzuteilen. Unter Angabe der neuen Lieferadresse, Vor- und Nachname und der auf dem Adressaufkleber der Zeitschrift befindlichen Abonnennten-Nummer senden Sie bitte eine E-Mail an:

kundenservice@beck.de

Wir hoffen, Ihnen so die Inhalte der Zeitschrift so bequem und zuverlässig wie gewohnt erschließen zu können! ■

Kurzarbeit in der Corona Krise

RA Felix Geulen; RA, FAArbR Dr. Volker Vogt, Schomerus & Partner mbB, Hamburg

Das Coronavirus SARS-CoV-2 und die Lungenerkrankung Covid-19 führen ersichtlich zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Beeinträchtigungen. Durch behördliche Öffnungsverbote und Betriebsuntersagungen, Allgemeinverfügungen, Kontaktverbot und nicht zuletzt auch durch die weltweiten Auswirkungen, die zu Produktionsstopps im Ausland und einem Zusammenbruch der Lieferketten führen, droht eine schwere Wirtschaftskrise. Die Bundesregierung steuert mit einem milliardenschweren Hilfspaket dagegen. Dennoch wird die Krise nicht ohne gravierende Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation in Deutschland bleiben. Als In-

strument gegen die drohenden Entlassungswellen und Massenarbeitslosigkeit sieht das deutsche System die Möglichkeit von Kurzarbeit vor. Der Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten Punkte, kann viele Detailprobleme aber nur anreißen.

I. Funktion des Kurzarbeitergeldes

Kurzarbeit soll in wirtschaftlich angespannten Situationen eines Unternehmens Arbeitsplätze betroffener Arbeitnehmer sichern. Durch die aus der Kurzarbeit fol-

genden finanziellen Entlastungen der Unternehmen wegen verringerter Lohnkosten sollen betriebsbedingte Kündigungen vermieden werden. Bei der Kurzarbeit wird die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit teilweise oder bis auf null vorübergehend abgesenkt, wodurch sich der Entgeltanspruch der Arbeitnehmer entsprechend verringert. Das hierdurch entstehende Entgeltdefizit bei den Arbeitnehmern wird durch das von der Agentur für Arbeit gezahlte Kurzarbeitergeld zum Teil ausgeglichen.

Das in den §§ 95 ff. SGB III geregelte Kurzarbeitergeld ist eine sozialversicherungsrechtliche Versicherungsleistung bei einer vorübergehenden Teilarbeitslosigkeit zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit. Dies wird auch auf durch Verweisungen auf Vorschriften zum Arbeitslosengeld deutlich. Einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben daher nur sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer, da nur diese in die Arbeitslosenversicherung Beiträge entrichten (vgl. hierzu unten IV. 2. d.).

II. Internationaler Vergleich

Die Hans-Böckler-Stiftung stellt in einer aktuellen Studie (*Thorsten Schulten/Torsten Müller: Kurzarbeitergeld in der Corona-Krise – Aktuelle Regelungen in Deutschland und Europa, April 2020, s. dazu FD-ArbR 2020, 428233*) fest: „Regelungen zur Kurzarbeit oder andere ähnlich gelagerte Instrumente zur Überbrückung vorübergehender Krisensituationen sind mittlerweile innerhalb Europas sehr weit verbreitet. In einigen Ländern wie z. B. Deutschland, Belgien, Italien und Österreich haben Regelungen zur Kurzarbeit bereits eine sehr lange Tradition. In anderen – darunter vor allem den mittel- und osteuropäischen Ländern wie z. B. Bulgarien, Polen oder Tschechien – wurde die Möglichkeit zur Kurzarbeit im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise von 2008/2009 eingeführt. [...] Innerhalb Europas kann das Kurzarbeitergeld zwischen 60 und 100 Prozent des vormaligen Entgeltes variieren. Vor allem in den nordischen Ländern wie z. B. Dänemark oder Schweden, aber auch in den Niederlanden oder Irland wird den Beschäftigten ein Kurzarbeitergeld von bis zu 100 Prozent gezahlt. Deutschland bildet hingegen mit einem Kurzarbeitergeld von lediglich 60 bzw. 67 Prozent gegenüber den hier untersuchten europäischen Ländern das absolute Schlusslicht.“ Aktuell werden daher politische Forderungen nach einer Erhöhung des Kurzarbeitergeldes laut.

In vielen wirtschaftlichen wichtigen nicht-europäischen Ländern wie den USA oder China gibt es keine vergleichbaren Systeme zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit. Die USA versuchten daher bspw. im März 2020 durch ein sog. Helikoptergeld von 1.000 USD für jeden Bürger die wirtschaftlichen Probleme aufzufangen – mit sehr geringem Erfolg.

III. Aktuelle Zahlen

Für den März 2020 meldet die Agentur für Arbeit bereits 470.000 Anzeigen von Kurzarbeit (Zahlen berücksichtigt bis zum 27.3.2020, vgl. PM der Agentur

für Arbeit vom 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-19-zahl-kurz-arbeitsanzeigen-vervielfacht-sich>). Zum Vergleich: Im Jahr 2019 zeigten durchschnittlich etwa 1.300 Betriebe pro Monat Kurzarbeit an. Im Februar 2020 lag die Zahl der Kurzarbeitsanzeigen noch bei 1.900. Die Nachfrage ist in allen Bundesländern hoch. Die Anzeigen kommen aus nahezu allen Branchen, anders als in der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/2009, als vor allem das verarbeitende Gewerbe betroffen war. Branchenschwerpunkte sind u. a. der Handel und das Hotel- und Gaststättengewerbe.

IV. Voraussetzungen der Kurzarbeit und des Kurzarbeitergeldes

Es muss zunächst zwischen den Voraussetzungen für die arbeitsrechtliche Anordnungsmöglichkeit von Kurzarbeit und der leistungsrechtlichen Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Agentur für Arbeit differenziert werden.

1. Anordnungsvoraussetzungen Kurzarbeit

Der Arbeitgeber darf einseitig Kurzarbeit nur anordnen, wenn dies individualvertraglich, durch Betriebsvereinbarung oder tarifvertraglich zulässig ist. Bei einer Anordnung ohne rechtliche Grundlage besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld und Arbeitnehmer behalten ihren vollen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber.

Besteht ein Betriebsrat, ist dieser hinsichtlich der Einführung von Kurzarbeit gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Der Arbeitgeber muss dann zunächst eine Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit mit dem Betriebsrat abschließen. Häufig wird der Betriebsrat hier Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld oder eine befristete Beschäftigungssicherung durch den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen während der Kurzarbeit fordern. Der Betriebsrat hat allerdings nicht das Recht, seine Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit davon abhängig zu machen, dass die Agentur für Arbeit Kurzarbeitergeld gewährt oder der Arbeitgeber einen Zuschuss zahlt (vgl. *Richardi*, BetrVG, § 87, Rn. 383). Hierbei handelt es sich um Entgeltfragen, die von § 87 I Nr. 3 BetrVG nicht – auch nicht als Annexkompetenz – erfasst sind (vgl. *LAG Köln, NZA 1989, 939*). Können sich die Betriebsparteien nicht einigen, kann die Einigungsstelle angerufen werden.

Besteht kein Betriebsrat, muss der Arbeitgeber individualvertraglich die Voraussetzungen herbeiführen. Die wenigsten Arbeitsverträge erhalten eine entsprechende Kurzarbeitsklausel. Bei der Ausgestaltung sind die Grundsätze der AGB-Kontrolle zu beachten (vgl. *Müller/Deeg*, ArbRAktuell 2010, 209). Häufig werden Arbeitnehmer aufgrund des sozialen Drucks und des drohenden Arbeitsplatzverlustes eine entsprechende Vertragsänderung unterzeichnen. Die Arbeitsvertragsparteien sollten hier für beide Seiten in Anbetracht der Situation faire Lösungen finden. Arbeitnehmer können durch Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld (s. VI.) oder durch eine befristete Beschäftigungssicherung zusätzlich zur Zustimmung motiviert werden. Von Vertrags-

änderungen im Umlaufverfahren ist allein aus datenschutzrechtlicher Sicht abzuraten. Stimmt ein Arbeitnehmer der Vertragsänderung nicht zu, bleibt dem Arbeitgeber nur der mühsame Weg über eine Änderungskündigung. Ob hier ausnahmsweise eine außerordentliche Änderungskündigung zulässig ist, weil es dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist, den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten, ist fraglich. Kurzarbeit muss im Übrigen als milderer Mittel bei Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung in Erwägung gezogen werden.

2. Voraussetzungen Kurzarbeitergeld

Nach § 95 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn (a) in einem Betrieb, in dem mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist, ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, (b) der nur vorübergehend und nicht vermeidbar ist, (c) eine gewisse Quote erfüllt ist, (d) die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen und (e) der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit unverzüglich angezeigt wird.

a. Erheblicher Arbeitsausfall: Ein erheblicher Arbeitsausfall liegt vor, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen, insbesondere einer schlechten Konjunkturlage oder einem unabwendbaren Ereignis beruht. Der Arbeitsausfall ist also durch ein *von außen* kommendes Ereignis bedingt. Staatliche Schutzmaßnahmen aufgrund der Corona-Krise, notwendige Betriebsschließungen, Auftragsrückgänge oder Lieferschwierigkeiten begründen einen entsprechenden Arbeitsausfall. Abzustellen ist dabei nicht auf einen Umsatzrückgang oder finanzielle Engpässe, sondern auf einen tatsächlichen Rückgang des Arbeitsanfalls.

b. Vorübergehend und nicht vermeidbar: Der Arbeitsausfall darf nur vorübergehend und insbesondere nicht vermeidbar sein. Das ist z. B. dann nicht der Fall, wenn der Arbeitsausfall überwiegend branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruht. In der Praxis ist häufig die Frage der Vermeidbarkeit relevant. Der Arbeitgeber muss wirtschaftliche Maßnahmen, wie Vorziehen notwendiger Arbeiten oder auch personalpolitische Maßnahmen wie Umsetzungen verkürzt arbeitender Arbeitnehmer auf andere Arbeitsplätze prüfen. Praxisrelevant ist vor allem die Frage, ob vorrangig Urlaub zu gewähren ist oder Arbeitszeitguthaben bzw. Überstunden abzubauen sind.

Urlaub: Resturlaub aus dem Vorjahr muss nach der hier vertretenen Ansicht zunächst vorrangig eingebracht werden. Hinsichtlich laufender Urlaubsansprüche kann dies jedoch nicht gefordert werden. Der Arbeitgeber hat gem. § 7 I 1 BurlG bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ein einseitiges Anordnungsrecht besteht nicht. Eine Anordnung von Urlaub gegen die Wünsche des Arbeitnehmers kann auch nach Auffassung der Agentur für Arbeit nicht gefordert werden (vgl. Merkblatt KUG 8 a der BA). Auch Betriebsferien können nicht ohne weiteres einseitig eingeführt

werden oder bedürfen jedenfalls längerer Ankündigungsfristen. Besteht ein Betriebsrat, ist dieser mitbestimmungspflichtig. Zu beachten ist auch, dass Arbeitnehmer bei Urlaub während der Kurzarbeit ihren ungekürzten Urlaubsentgeltanspruch behalten und die finanzielle Belastung für den Arbeitgeber daher größer ist als bei der Kurzarbeit.

Arbeitszeitguthaben und Überstunden: In der Praxis besteht häufig die Frage, ob Arbeitszeitguthaben und Überstunden zunächst abgebaut werden müssen, bevor Kurzarbeit angeordnet werden kann. Dies ist im Regelfall zu bejahen. Anders als Urlaub kann der Arbeitgeber den Abbau von Arbeitszeitguthaben i. d. R. einseitig anordnen (vgl. BAG, ArbRAktuell 2009, 89 m. Anm. *Hjort*). Beim Kurzarbeitergeld handelt es sich um eine Sozialleistung zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit, nicht um eine frei verfügbare finanzielle Förderung für Unternehmen in einer Krise. Zudem sieht das Gesetz selbst in § 96 IV 3 SGB III bestimmte Ausnahmen für geschützte Arbeitszeitguthaben vor. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass in allen übrigen Fällen Guthaben abzubauen sind. Die Auflösung eines Arbeitszeitguthabens kann von Arbeitnehmern u. a. nicht verlangt werden, soweit es ausschließlich für die in § 7 c I SGB IV genannten Zwecke bestimmt ist (z. B. Langzeitpflege, längerfristige Kinderbetreuung, berufliche Qualifizierungsmaßnahmen, Sabbaticals oder Altersteilzeit). Geschützt ist zudem ein Zeitguthaben oberhalb von 10 % der Jahresarbeitszeit des Arbeitnehmers (10 % müssen also eingebracht werden) und Guthaben, das länger als ein Jahr unverändert bestanden hat. Zur Ermittlung dient hier der niedrigste Stand des Arbeitszeitkontos in den letzten 12 Monaten.

c. Quote: In dem betroffenen Betrieb müssen gem. § 96 I 1 Nr. 1 SGB III im Anspruchszeitraum (Kalendermonat) grundsätzlich mindestens ein Drittel der Beschäftigten wegen des Arbeitsausfalls ein um mehr als 10 % vermindertes Entgelt erzielen. Der Gesetzgeber hat jedoch durch das sog. Arbeit-von-morgen-Gesetz (Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 13.3.2020, BGBl. I S. 493; s. hierzu *Gerlach*, ArbRAktuell 2020, 135) § 109 V SGB III eingefügt, der es der Regierung ermöglicht, durch Rechtsverordnung die erforderliche Quote von einem Drittel auf 10 % herabzusetzen. Hiervon hat die Bundesregierung rückwirkend zum 1.3.2020 mit der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 23.3.2020 befristet bis zum 31.12.2020 Gebrauch gemacht. Auszubildende sind bei der Ermittlung der Quote nicht mitzuzählen. Es sind aber auch sozialversicherungsfreie Beschäftigungen wie etwa geringfügige Beschäftigungen zu berücksichtigen. Nicht mitgezählt werden langfristig (länger als 6 Monate) Erkrankte (vgl. BeckOK SozR/*Bieback*, 2019, SGB III, § 96, Rn. 39, 40). Bei der Ermittlung der Quote kann auch auf eine Betriebsabteilung abgestellt werden, vgl. § 97 2 SGB III.

d. Persönliche Voraussetzungen: Die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Arbeitnehmer

nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt, § 98 I Nr. 1 SGB III. Im gekündigten Arbeitsverhältnis besteht nach § 98 I Nr. 2 SGB III kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, weil der Zweck des Kurzarbeitergeldes (Sicherung des Arbeitsplatzes) dann nicht mehr erreicht werden kann. Wird ein Arbeitsverhältnis erst aufgenommen, nach dem der Arbeitsausfall eingetreten ist, ist dies gem. § 98 I Nr. 2 SGB III nur dann unschädlich, wenn die Arbeitsaufnahme zwingend war. Dies kann bei dringenden benötigten Fachkräften der Fall sein oder wenn ein Arbeitsvertrag bereits abgeschlossen worden ist, das Arbeitsverhältnis aber noch nicht begonnen hat (vgl. Gagel/Bieback, 2019, SGB III, § 98, Rn. 35). Die persönlichen Voraussetzungen sind nach Abs. 2 auch erfüllt, wenn der Arbeitnehmer während des Bezugs von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig wird und ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht.

e. Anzeige und Antragsstellung: Der Arbeitgeber muss gem. § 99 I SGB III der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch den Arbeitsausfall anzeigen. Er hat der Agentur für Arbeit die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld glaubhaft zu machen und zur Prüfung die notwendigen Unterlagen vorzulegen. Hierbei ist insbesondere die Vorlage von Unterlagen erforderlich, die die Anordnungsbefugnis nachweisen (also z. B. die Betriebsvereinbarung oder die Vertragsänderungen mit den Arbeitnehmern). In Betrieben mit Betriebsrat ist eine Stellungnahme des Betriebsrates beizulegen. Kurzarbeitergeld wird frühestens für den Monat geleistet, in dem die Anzeige des Arbeitsausfalls eingegangen ist. Hier muss also schnell gehandelt werden, insbesondere, wenn zunächst erst die vertraglichen Voraussetzungen geschaffen werden müssen. Das Kurzarbeitergeld ist für den jeweiligen Kalendermonat innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Kalendermonaten zu beantragen, § 325 III SGB III.

3. Sozialversicherung und Lohnsteuer

Das Kurzarbeitergeld ist nicht lohnsteuerpflichtig, unterliegt aber dem sog. Progressionsvorbehalt, § 32 b EStG. Die Arbeitnehmer bleiben während des Bezuges von Kurzarbeitergeldes in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung versichert. Für das tatsächlich erzielte beitragspflichtige Arbeitsentgelt während der Kurzarbeit tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge wie bei regulärem Arbeitsentgelt. Beitragspflichtig ist das Kurzarbeitergeld i. H. v. 80 % der Differenz zwischen Soll- und Ist-Entgelt (sog. Fiktives Arbeitsentgelt), vgl. 232 a II SGB V Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die Beiträge zur Sozialversicherung für das Kurzarbeitergeld allein. Die Bundesregierung hat jedoch auch hier auf Basis des § 109 V 1 Nr. 3 SGB III rückwirkend zum 1.3.2020 mit der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 23.3.2020 befristet bis zum 31.12.2020 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen.

4. Nebenbeschäftigung in systemrelevanten Berufen

Vom 1.4. bis 31.10.2020 wird das Entgelt, das in einer während der Kurzarbeit aufgenommenen Beschäftigung in einem systemrelevanten Bereich (z. B. Landwirtschaft, Pflege, medizinischer Bereich) erzielt wird, nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet, vgl. § 421 c SGB III. Dabei darf das Gesamteinkommen aus Restlohn, dem Kurzarbeitergeld sowie dem Hinzuverdienst das normale Nettoeinkommen nicht übersteigen.

V. Bezug des Kurzarbeitergeldes

1. Höhe

Das Kurzarbeitergeld wird gem. § 105 SGB III für Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind i. H. v. 67 % und für alle übrigen Arbeitnehmer i. H. v. 60 % der Nettoentgeltdifferenz gewährt. Die individuelle Höhe wird nach § 106 SGB III nach dem sog. pauschalierten Nettoentgeltausfall im Anspruchszeitraum (Kalendermonat) berechnet, also nach der Nettoentgeltdifferenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt. Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im Anspruchszeitraum erzielt hätte. Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat, zuzüglich aller zustehenden Entgeltanteile. Soll-Entgelt und Ist-Entgelt werden dabei auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag gerundet. Vereinfacht gesagt, wird daher das Nettoentgelt ohne Kurzarbeit mit dem während der Kurzarbeit erzielten Nettoentgelt verglichen. Berücksichtigt wird dabei aber nur beitragspflichtiges Entgelt, so dass Entgelt jenseits der Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung (entspricht derjenigen in der Rentenversicherung; 2020 beträgt die monatliche Grenze 6.900 EUR (West) bzw. 6.450 EUR (Ost)) außen vor bleibt. Insbesondere Führungskräften droht daher bei Kurzarbeit ohne Aufstockung eine erhebliche Gehaltseinbuße. Bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz bleiben auf Grund von kollektivrechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarungen durchgeführte vorübergehende Änderungen der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit außer Betracht.

2. Berechnung

Bei der Berechnung von Soll- und Ist-Entgelt ist aber Vorsicht geboten, da unterschiedliche Entgeltbestandteile berücksichtigt werden. Berücksichtigt wird Verdienstaufschlag soweit dieser Verdienst beitragspflichtige Einnahme i. S. d. §§ 342 ff. SGB III ist und als Entgelt i. S. d. Sozialversicherung anzusehen ist. Entgelt für Mehrarbeit (also Überstundenvergütung, Überstundenzuschläge usw.) werden bei der Bestimmung des Soll-Entgelts nicht berücksichtigt. Beim Ist-Entgelt ist Entgelt für Mehrarbeit anders als beim Soll-Entgelt fiktiv einzubeziehen (vgl. § 106 I 3 SGB III: „zuzüglich aller ihm zustehender Entgeltanteile“). Einmaliges Arbeitsentgelt (z. B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Jahresprovisionen) wird in beiden Fällen nicht berücksichtigt, da das Kurzarbeitergeld auf einen begrenzten konkreten

Zeitraum bezogen ist. Die für eine Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen Direktzusage und Unterstützungskasse sowie Pensionskasse, Pensionsfonds und Direktversicherung verwendeten Entgeltbestandteile sind bis zu einem Betrag i. H. v. 4 v. H. der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung kein Arbeitsentgelt (vgl. § 1 I Nr. 9 SvEV). Diese Entgeltbestandteile sind somit weder im Soll- noch im Ist-Entgelt zu berücksichtigen. Zulagen oder sonstige Leistungen (z. B. vermögenswirksame Leistungen, Stellenzulagen usw.) sind zu berücksichtigen. Sachbezüge sind mit dem Wert zu berücksichtigen, der sich aus der Sachbezugsverordnung ergibt (vgl. Hinweise der Agentur für Arbeit zu Antragsverfahren (ba014273), gültig ab 1.1.2020).

Bei Stundenlohn ist das Soll-Entgelt durch Multiplikation des Stundenlohns mit den im jeweiligen Monat ohne die Kurzarbeit zu leistenden Arbeitsstunden zu ermitteln (vgl. Brand/Kühl, 8. Aufl. 2018, SGB III § 106, Rn. 8). Ist es in Ausnahmefällen nicht möglich, das Soll-Entgelt mit hinreichender Sicherheit zu bestimmen (z. B. bei Personen, deren Höhe des Arbeitsentgelts ausschließlich von dem Arbeitsergebnis und nicht von der Arbeitszeit abhängt), ist als Soll-Entgelt das Arbeitsentgelt maßgebend, das der Arbeitnehmer in den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn des Arbeitsausfalls vermindert um Entgelt für Mehrarbeit durchschnittlich erzielt hat (vgl. Hinweise der Agentur für Arbeit zu Antragsverfahren (ba014273), gültig ab 1.1.2020).

3. Dauer

Kurzarbeitergeld wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Kurzarbeit der Agentur für Arbeit angezeigt wurde und längstens für 12 Monate gewährt (vgl. § 104 I 1 SGB III). Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann die Bezugsdauer durch Rechtsverordnung auf bis zu 24 Monate verlängern, § 109 I Nr. 2 SGB III.

VI. Aufstockung

Der Arbeitgeber kann das Kurzarbeitergeld freiwillig – bis max. auf 100 % des ursprünglichen Nettoentgeltes – aufstocken, um die finanziellen Nachteile der Arbeitnehmer abzufedern. Der Zuschuss mindert das Kurzarbeitergeld nicht. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen enthalten häufig entsprechende Regelungen. Eine Aufstockung ist insbesondere bei Härtefällen und Geringverdienern häufig angezeigt, da diese von einer Entgeltreduzierung besonders finanziell betroffen sind. Die Aufstockung muss nicht allen Mitarbeitern des Unternehmens gleich gewährt werden, sie kann nur einzelnen Arbeitnehmergruppen zu Gute kommen oder unterschiedlich hoch ausfallen (z. B. nach Gehaltskategorien). Arbeitsrechtlich ist hier jedoch von einer willkürlichen Verteilung bzw. Ausnahme einzelner Arbeitnehmer abzuraten, da aufgrund eines Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrund-

satz ein Anspruch der nicht begünstigten Arbeitnehmer auf den Zuschuss entstehen dürfte (vgl. auch BAG, NZA 1997, 101). Es ist daher dringend zu empfehlen, eine unterschiedliche Behandlung an sachlichen Kriterien zu orientieren. Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld sind, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld das sog. fiktive Arbeitsentgelt nicht übersteigen, nicht sozialversicherungspflichtig (vgl. 232 a II SGB V); anderenfalls muss der Arbeitgeber die Beiträge auf den überschießenden Teil alleine tragen. Das fiktive Arbeitsentgelt beträgt 80 % der Differenz zwischen Soll- und Ist-Entgelt. Der Zuschuss ist lohnsteuerpflichtig.

VII. Einzelne Nachteile für Arbeitnehmer

Durch den Progressionsvorbehalt kann es zu einer Lohnsteuernachforderung bei Arbeitnehmern kommen. Diese müssen zudem eine Einkommenssteuererklärung abgeben. Durch den Bezug von Kurzarbeitergeld kommt es auch zu geringfügigen Nachteilen bei Erwerb von gesetzlichen Rentenansprüchen. Für Arbeitnehmer, bei denen das Kurzarbeitergeld in den Berechnungszeitraum des Elterngeldes fällt, kann dies erhebliche Konsequenzen haben. Bei Kurzarbeitergeld handelt es sich um steuerfreie Einkünfte gem. § 3 Nr. 2 lit. a EStG, welche in Anknüpfung an § 2 I 3 BEEG bei der Ermittlung des Elterngeldes nicht berücksichtigt werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Politik auch hier einen wünschenswerten gesetzlichen Schutzschirm aufstellen wird. Eine Regelung soll derzeit in Planung sein.

VIII. Folgen unrichtiger Angaben, insbesondere Strafbarkeit

Zur Sicherstellung einer schnellen Bearbeitung und Auszahlung erfolgt die Zahlung regelmäßig vorläufig. Sie wird dann im Nachgang abschließend geprüft. Hat der Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht und hierdurch bewirkt, dass Kurzarbeitergeld zu Unrecht gezahlt wurde, müssen die Beträge vom Arbeitgeber erstattet werden. Es droht also eine erhebliche finanzielle Belastung, ohne dass der Arbeitgeber eine Gegenleistung in Form der Arbeitsleistung erhalten hätte. Es kann zudem eine Ordnungswidrigkeit oder gar Strafbarkeit vorliegen. Denkbar ist eine Strafbarkeit nach § 264 StGB wegen Subventionsbetrug, die deutlich geringere Voraussetzungen als der Betrugsstraftatbestand des § 263 StGB hat. Bereits im Rahmen der Finanzkrise 2009 zeigte sich diese Gefahr. Auch jetzt sind bereits diverse Ermittlungsverfahren eröffnet worden und der Reiz einer unrechtmäßigen Erschleichung von Kurzarbeitergeld scheint bei vielen Unternehmen groß zu sein. Arbeitsrechtlich gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er bspw. ohne (wirksame) rechtliche Grundlage Kurzarbeit anordnet, mit der Folge, dass er trotz der ausgefallenen Arbeit den vollen Lohn nachzahlen muss. ■