



## **Kurzarbeit, 2. Akt – Vorsicht bei der (vorschnellen) Beantragung von Kurzarbeitergeld!**

---

Der Auszahlung von Kurzarbeitergeld geht ein zweistufiges Verfahren voran. Zunächst ist mit der „Anzeige des Arbeitsausfalls“ darzulegen, dass die allgemeinen und betrieblichen Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld (§§ 96, 97 SGB III) erfüllt werden. Darin ist u. a. anzugeben, in welchem Umfang die Arbeitszeiten reduziert werden sollen. Dem wohnt ein prognostisches Element inne, da zum Zeitpunkt der Anzeigeerstellung noch nicht im Detail angegeben werden kann, wie sich die betriebliche Situation weiter entwickeln wird und auch noch nicht anzugeben ist, welche Mitarbeiter in welchem konkreten Umfang von dem Arbeitsausfall betroffen sein werden. Anhand der Anzeige entscheidet die Arbeitsagentur über die Grundvoraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld.

Bei der Beantragung des Kurzarbeitergeldes dagegen sind sehr viel konkrete Angaben zu machen. Letztlich geht es bei diesem „2. Akt der Kurzarbeit“ um die Darlegung des konkreten Arbeitsausfalls und zwar bezogen auf den jeweiligen Mitarbeiter, der von der Kurzarbeit betroffen ist. Hierbei sind einige Besonderheiten zu berücksichtigen und Fehler mit ggf. schwerwiegenden Konsequenzen dringend zu vermeiden.

## A. Die Beantragung des Kurzarbeitergeldes

Das Kurzarbeitergeld ist für jeden Kalendermonat erneut zu beantragen und wird nachträglich gewährt (§ 324 Abs. 2 S. 2 SGB III). Die Antragstellung hat innerhalb der dreimonatigen Ausschlussfrist nach § 325 Abs. 3 SGB III zu erfolgen. Die Frist beginnt mit Ende des Monats, für den Leistungen auf Kurzarbeit beantragt werden. Für den Antrag auf Kurzarbeitergeld ist sinnvollerweise der entsprechende Vordruck der Bundesagentur für Arbeit ([https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107\\_ba015344.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf)) sowie die entsprechende KUG-Abrechnungsliste ([https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108\\_ba013010.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108_ba013010.pdf)) zu verwenden.

## B. Nachweispflichten

Der Arbeitgeber hat der Arbeitsagentur die Voraussetzungen für die Erbringung des Kurzarbeitergeldes auf Verlangen nachzuweisen (§ 320 Abs. 1 S. 1 SGB III). Dabei geht es insbesondere um den Nachweis des Umfangs der ausgefallenen Arbeitsstunden, die auf die für Kurzarbeitergeld erforderlichen wirtschaftlichen Gründe bzw. ein unabwendbares Ereignis zurückzuführen sind. Der Nachweis ist nicht bereits bei Beantragung des Kurzarbeitergeldes erforderlich; die entsprechenden Formblätter sind lediglich hinsichtlich des tatsächlichen Ausfallvolumens und der sich daraus ergebenden Kennzahlen für die Berechnung des Kurzarbeitergeldes auszufüllen. Der Nachweis aber muss erbracht werden können, sobald die Arbeitsagentur dies verlangt. Es ist daher dringend anzuraten, die entsprechenden Unterlagen für den (späteren) Nachweis vorzuhalten.

### I. Nachweis des Arbeitsausfalls

Der Nachweis tatsächlich ausgefallener Arbeitsstunden wird im Fall der vollständigen Arbeitszeiterfassung im Betrieb vergleichsweise einfach zu führen sein: Durch Vorlage der entsprechenden Arbeitszeitaufzeichnungen kann der Nachweis geführt werden, in welchem Umfang der jeweilige Mitarbeiter tatsächlich gearbeitet hat. Aus dem Vergleich zum arbeitsvertraglich/tarifvertraglich vorgesehenen Standardarbeitsumfang ergibt sich dann das Delta, welches für das Kurzarbeitergeld relevant ist.

In Betrieben, die keine vollständige Arbeitszeiterfassung praktizieren (Stichwort *Vertrauensarbeitszeit*), kann Kurzarbeitergeld nur in Anspruch genommen werden, wenn kurzfristig die Arbeitszeit im Einzelnen erfasst wird. Dies kann durch entsprechende Arbeitszeitdokumentation durch den einzelnen Mitarbeiter geschehen oder durch entsprechende softwarebasierte Systeme. Auch insoweit aber muss der Arbeitgeber darauf achten, dass die dokumentierten Zeiteinträge plausibel sind. Schematische Arbeitszeiteinträge, die sich im Nachhinein nicht nachvollziehbar mit der Realität abgleichen lassen, sind nicht hilfreich und daher zu vermeiden.

**Praxistipp:** Es ist anzuraten, gerade auch bei Arbeiten im Home Office oder im Falle mobilen Arbeitens, zumindest schlagwortartige Zeiteinträge zu verlangen, die arbeitstäglich aufgezeichnet werden und zumindest das konkrete Arbeitszeitvolumen aufzeigen, besser noch die konkrete Zeitspanne (Anfangs- und Endzeitpunkt) der Arbeit. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (in Frage kommen je nach Ausgestaltung insb. § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG) ist dabei zu beachten.

## II. Nachweis der kurzarbeitsrelevanten Ausfallzeiten

Mit dem reinen Nachweis des tatsächlichen Arbeitsausfalls ist es noch nicht getan. Der Arbeitgeber hat auch nachzuweisen, dass die Ausfallzeiten kurzarbeitsrelevant sind, dass also die Ausfallzeiten auf Umstände zurückzuführen sind, die zu Kurzarbeitergeld berechtigen. Dazu muss es sich im Vergleich zur üblichen Geschäftsentwicklung um einen atypischen Arbeitsausfall von vorübergehender Art handeln und es müssen in zumutbarem Umfang die im Betrieb vorhandenen Flexibilisierungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sein. Nur wenn auch diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt ein „nicht vermeidbarer Arbeitsausfall“ im Sinne des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III vor.

### 1. Covid-19-bedingter Ausfall

Sofern die Ausfallzeiten darauf zurückgehen, dass der Betrieb als solcher in Folge einer behördlich angeordneten Maßnahme geschlossen werden musste (ob in Folge einer Einzelanordnung nach dem Infektionsschutzgesetz oder aufgrund von Allgemeinverfügungen/Rechtsverordnungen, wie insbesondere im Einzelhandel und Gastgewerbe), liegt ein unmittelbarer Zusammenhang zur Pandemie vor, so dass regelmäßig auch von einem atypischen, vorübergehenden und damit kurzarbeitergeldrelevanten Ausfall auszugehen ist.

**Praxistipp:** Allerdings bedarf es auch in einem solchen Fall des Vergleichs mit dem üblichen Arbeitsanfall in den Vorjahren: Sollte der Arbeitsausfall nämlich in eine Zeit fallen, in der im Betrieb auch ansonsten üblicherweise (also im Vergleich zu den Vorjahren) mit weniger Arbeitsanfall zu rechnen war, dann wäre es nicht gesetzeskonform, einen Arbeitsausfall im Unterschied zur Vollausslastung des Betriebs anzuzeigen.

Ist der Betrieb dagegen nicht aufgrund behördlicher Verfügung geschlossen, sondern ist der verringerte Arbeitsanfall Folge des pandemie-bedingten, allgemeinen Auftragsrückgangs, so werden weitere Nachweise zu führen sein.

**Praxistipp:** Es sollten daher Unterlagen vorgehalten und im Bedarfsfall vorgelegt werden können, aus denen sich auch im Vergleich zu den Vorjahren ein außergewöhnlicher Auftragseinbruch ergibt. Letztlich geht es um die Darlegung, dass der Auftragsrückgang nicht als „saisontypisch“ anzusehen ist, sondern auf die aktuelle Sondersituation zurückzuführen

ist. Hierzu kann beispielsweise die Dokumentation der aktuellen Auftragseingänge im Vergleich zu den Durchschnittswerten der Vorjahre dienen. Die entsprechenden Unterlagen sollten nachvollziehbar aufbereitet und vorgehalten werden, so dass sie im Bedarfsfall unverzüglich vorgelegt werden können.

## 2. Erforderlicher Einsatz von Urlaub und Flexibilisierungsmöglichkeiten

Das Gesetz fordert auch eigene Anstrengungen auf betrieblicher Ebene, bevor die öffentliche Unterstützung qua Kurzarbeitergeld geleistet wird. Anknüpfungspunkt ist hier die „Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls“ im Sinne des § 96 Abs. 4 SGB III und dabei insbesondere die Pflicht zum Einsatz von Urlaubsansprüchen und zum Einsatz betrieblicher Flexibilisierungsinstrumente.

### 2.1 Einsatz von Urlaubsansprüchen

Nach der Formulierung des § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III soll kein vermeidbarer Arbeitsausfall vorliegen, wenn mit der Gewährung von (bezahltem) Urlaub der Arbeitsausfall vermieden werden kann. Einzige Einschränkung ist nach dem Gesetzeswortlaut, dass keine vorrangigen Urlaubswünsche anderer Mitarbeiter entgegenstehen. Muss also zunächst sämtlicher Urlaub abgebaut werden, bevor Kurzarbeitergeld für den jeweiligen Mitarbeiter in Frage kommt?

Bei dieser Frage verschafft die Bundesagentur für Arbeit Erleichterungen während der Covid-19-Pandemie: Befristet bis zum 31. Dezember 2020 wird nicht verlangt, dass der Urlaubsanspruch aus dem laufenden Jahr eingesetzt wird, um Kurzarbeit zu vermeiden, wenn bereits individuelle Urlaubswünsche des jeweiligen Mitarbeiters bestehen (<https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld>, "Was ist mit Urlaub/Resturlaub?", abgerufen am 18. Mai 2020). Individuelle Urlaubswünsche haben danach besonderes Gewicht, um es zum Beispiel erwerbstätigen Eltern zu ermöglichen, die wegen Schließung von Kitas und Schulen ohnehin erschwerte Kinderbetreuung abzudecken. Die verfügte Erleichterung ist allerdings nicht ausdrücklich auf individuelle Urlaubswünsche erziehender Erwerbstätiger beschränkt. Es wird daher davon auszugehen sein, dass generell die individuellen Urlaubswünsche der Mitarbeiter vorrangig geschützt werden und folglich der Urlaubsanspruch aus dem laufenden Kalenderjahr für alle Mitarbeiter frei verplant werden kann.

**Praxistipp:** Sofern noch nicht geschehen, ist es erforderlich, den jährlichen Urlaubsplan aufzustellen bzw. zu aktualisieren und die Mitarbeiter aufzufordern, ihre individuellen Urlaubswünsche vorzubringen. Sofern ein Betriebsrat besteht, ist dessen Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung eines Urlaubsplans nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG zu beachten.

Resturlaubsansprüche aus dem Vorjahr sind dagegen zum Einsatz zu bringen, d. h. zunächst zu gewähren, bevor der jeweilige Mitarbeiter Kurzarbeitergeld beziehen kann. Für diese Resturlaubsansprüche bleibt es bei der gesetzlichen Regelung, wonach vorrangige Urlaubswünsche anderer Mitarbeiter der Gewährung der Resturlaubsansprüche entgegenstehen können. Ist dies der Fall, so können auch Resturlaubsansprüche bestehen bleiben, obwohl Kurzarbeitersgeld beantragt wird.

**Praxistipp:** Auch in diesem Zusammenhang ist auf eine geordnete Dokumentation zu achten, mit der später ggf. dargelegt werden kann, welche berechtigten Urlaubsansprüche anderer Mitarbeiter bestanden haben, die dem Abbau der Resturlaubsansprüche im Wege stehen. Entsprechende Resturlaubsansprüche sind dann aber zeitnah zu gewähren.

## 2.2 Einsatz von betrieblichen Flexibilisierungsinstrumenten

Nach § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III liegt auch dann kein vermeidbarer Arbeitsausfall vor, wenn der Arbeitsausfall durch Nutzung der im Betrieb vorgesehenen Instrumente für den Umgang mit Arbeitszeitschwankungen aufgefangen werden kann. Dabei kommen nur solche Instrumente in Frage, die im Betrieb auch tatsächlich angewendet werden, so dass keine Obliegenheit zur Nutzung einer ggf. tarifvertraglich vorgesehenen, nicht aber betrieblich umgesetzten Flexibilisierungsmöglichkeit besteht. Bestehen danach z. B. Jahresarbeitszeit- oder generelle Gleitzeitkonten, so ist im Prinzip der Abbau von bestehenden Plusstunden zu fordern.

Allerdings ist der Abbau solcher Konten nicht grenzenlos zu fordern. Aufgrund der Systematik der sozialrechtlichen Vorschriften spricht Vieles dafür, dass der Einsatz von Plusstunden nur in dem Umfang zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern ist, wie dies die mit dem Arbeitszeitkontingent verbundene Flexibilität im Interesse des Betriebs auch zulässt. Mit anderen Worten: Stehen Arbeitszeitguthaben nach den Regelungen im Betrieb den Mitarbeitern zur freien Verfügung, etwa um Arbeitszeitsouveränität einzuräumen, so müssen diese Kontingente nicht abgebaut werden, bevor Kurzarbeitergeld in Anspruch genommen wird.

Unangetastet bleiben die in § 96 Abs. 4 S. 3 und 4 SGB III aufgezählten Arbeitszeitguthaben, also u. a. Langzeitkonten nach § 7c Abs. 1 SGB IV (z. B. für Sabbaticals, Altersteilzeit oder Vorruhestand sowie für Eltern- und Pflegezeiten) und angesparte Arbeitszeitkontingente, die sich auf mehr als 10 Prozent der vertraglich geschuldeten Jahresarbeitsleistung belaufen.

**Praxistipp:** Sofern im Betrieb Arbeitszeitkonten bestehen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob Plusstunden zunächst abzubauen sind, bevor Kurzarbeitergeld in Anspruch genommen wird. Hierbei sind die Zielrichtung und Ausgestaltung des jeweiligen Instruments zu betrachten. Als Leitlinie gilt: Das, was im betrieblichen Interesse für ein Auffangen üblicher Arbeitszeitschwankungen angespart wurde, ist vor Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld abzubauen. Die Prüfung ist erforderlich, da der Antragsteller gegenüber der Arbeitsverwaltung versichert,

dass die bestehenden Möglichkeiten auch eingesetzt worden sind. Ein genereller Abbau aller möglichen Plusstunden – um aus Sicht des Arbeitgebers „auf der sicheren Seite“ zu sein, kann nicht empfohlen werden, da dies je nach Lage der Dinge zu Individualstreitigkeiten mit den betroffenen Mitarbeitern führen kann.

Während nach der gesetzlichen Regelung und ihrer Anwendung in der Praxis üblicherweise auch der Aufbau von Minusstunden im betrieblich vorgesehenen Umfang zu fordern ist, bevor Kurzarbeitergeld geleistet werden kann, wird in der vorliegenden Pandemie-Situation auch hierauf von der Bundesagentur für Arbeit (ebenfalls bis Ende des Jahres 2020) verzichtet (<https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld>, "Müssen negative Arbeitszeitsalden aufgebaut und oder Arbeitszeitguthaben abgebaut werden?", abgerufen am 18. Mai 2020).

### **C. Riskante Fehlangaben**

Mit der Beantragung des Kurzarbeitergeldes versichert der Antragsteller, d. h. der Arbeitgeber, dass die Angaben nach bestem Wissen unterbreitet werden und dass auf den eingereichten Unterlagen nur solche Mitarbeiter aufgeführt sind, die Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben. Ferner ist zu versichern, dass der Arbeitsausfall alleine auf wirtschaftliche Gründe bzw. ein unabwendbares Ereignis zurück zu führen ist und dass der Arbeitsausfall nicht durch betriebliche Mittel vermieden werden konnte. An dieser Stelle ist dringend davor zu warnen, voreilig Angaben zu machen, die nicht im Einzelnen überprüft und später auch nachweisbar sind.

Wird der Arbeitgeber zum Nachweis aufgefordert und gelingt dieser nicht, so wird das Kurzarbeitergeld entweder nicht geleistet oder – sofern schon ausgezahlt – vom Arbeitgeber zurück gefordert werden.

**Individualvertraglich** trägt der Arbeitgeber das entsprechende wirtschaftliche Risiko der Nichtleistung oder Rückforderung von Kurzarbeitergeld. Vom Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber keinen Ersatz verlangen, da der Arbeitnehmer – unabhängig von der tatsächlichen Leistung seitens der Arbeitsagentur – seinen Kurzarbeitergeldanspruch gegen den Arbeitgeber behält.

**Öffentlich-rechtlich** kann der misslungene Nachweis der Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld eine Ordnungswidrigkeit verwirklichen, die nach § 404 Abs. 2 Nr. 25 SGB III mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu EUR 2.000 geahndet werden kann. Die Falschangabe von Umständen, die für die Auszahlung von Kurzarbeitergeld relevant sind, kann ferner zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 263 StGB) oder Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) führen. Auch wenn die Arbeitsagenturen aktuell aufgrund der schieren Masse an Anzeigen von Kurzarbeit die Belastungsgrenze erreicht oder bereits überschritten haben,

muss – ähnlich wie nach der Finanzkrise – mit einer nachgelagerten, systematischen Überprüfung der Anträge auf Kurzarbeitergeld gerechnet werden.

**Praxistipp:** Beim Antrag auf Kurzarbeitergeld kommt es auf den tatsächlich eingetretenen Arbeitsausfall an. Sollte sich bei der Erstellung des Antrags ergeben, dass die Annahmen, die bei der Anzeige der Kurzarbeit (also im „1. Akt“) der Arbeitsagentur mitgeteilt worden waren, zu pessimistisch waren, so ist dies im Prinzip unschädlich: Es besteht kein Zwang, Kurzarbeitergeld in dem Umfang in Anspruch zu nehmen, wie dies bei der Anzeige des Arbeitsausfalls mitgeteilt worden war. Wichtig ist, dass die Angaben im Antrag auf Kurzarbeitergeld exakt und richtig erfolgen. Ggf. kann eine Korrektur der Anzeige des Arbeitsausfalls vorzunehmen sein. Wer dagegen bereits einen Antrag auf Kurzarbeitergeld versandt hat und erst nach Versendung dessen Fehlerhaftigkeit feststellt, muss unverzüglich handeln und die Fehler korrigieren, um die Folgen einer Ordnungswidrigkeit oder gar Strafbarkeit zu vermeiden oder zumindest abzuschwächen.

[Dr. Gerald Müller-Machwirth](#)