

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Markus Gierok und Rechtsanwalt Thomas Köllmann, beide Köln

# Strafbarkeitsrisiken bei dem Bezug von Kurzarbeitergeld am Beispiel verwertbarer Resturlaubstage

„Kurzarbeit ist das Mittel der Wahl in dieser historischen Herausforderung für Wirtschaft und Arbeitsmarkt“, so Detlef Scheele, Vorstandsvorsitzender der Bundesagentur für Arbeit.<sup>1</sup> Die vorläufigen Zahlen bestätigen diese Aussage: Alleine im März 2020 gingen bei der Bundesagentur für Arbeit nach ersten Auswertungen 470.000 Anzeigen auf Kurzarbeit ein, bis zum 15. April 2020 stieg die Zahl auf 725.000.<sup>2</sup> Zum Vergleich zeigten im Jahr 2019 durchschnittlich etwa monatlich 1.300 Betriebe Kurzarbeit an.<sup>3</sup> So sinnvoll das Mittel der Kurzarbeit in Verbindung mit den erleichterten Bezugsvoraussetzungen in Krisenzeiten ist, darf nicht verkannt werden, dass sowohl Einführung von Kurzarbeit als auch Bezug des Kurzarbeitergeldes an nicht unerhebliche rechtliche Voraussetzungen geknüpft sind. Dabei birgt der Bezug von Kurzarbeitergeld ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht nur Rückforderungsrisiken, sondern kann ebenso strafrechtliche Relevanz besitzen. Im Folgenden werden zunächst die Funktion des Kurzarbeitergeldes und seine Voraussetzungen dargestellt, bevor am Beispiel bestehenden Resturlaubs die strafrechtlichen Risiken skizziert werden.

## I. Die Funktionsweise des Kurzarbeitergeldes

### 1. Arbeitsrechtliche Ausgangslage

Nach dem allgemeinen, aus § 326 Abs. 1 BGB resultierenden Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nur, wenn er die geschuldete Arbeitsleistung erbringt.<sup>4</sup> Wichtige Ausnahmen<sup>5</sup> bilden das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko sowie die Grundsätze des Annahmeverzugslohns. Da der Arbeitgeber das Betriebsrisiko nach § 615 S. 3 BGB trägt, ist der Arbeitnehmer selbst dann zu vergüten, wenn er aus betriebstechnischen Gründen nicht im vertraglich geschuldeten Umfang beschäftigt werden kann, die Annahme der Arbeitsleistung also nicht möglich ist.<sup>6</sup> Das ebenfalls vom Arbeitgeber zu tragende Wirtschaftsrisiko beschreibt demgegenüber Fälle, in denen die Annahme der Arbeitsleistung zwar möglich, für den Arbeitgeber indes nicht verwertbar ist, etwa, weil er aus Gründen des Auftragsmangels Produkte nicht mehr vertreiben kann. Beschäftigt er die Arbeitnehmer nicht, gerät er in Annahmeverzug.<sup>7</sup> Dies vorangestellt gilt auch in Zeiten der Corona-Krise Folgendes: Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer im vertraglich geschuldeten Umfang beschäftigen bzw. jedenfalls ihr volles Gehalt weiterzahlen. Ist die Beschäftigung betriebstechnisch nicht mehr möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll, so

<sup>1</sup> Vgl. Pressemitteilung des BMAS vom 31.03.2020, abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/arbeitsmarktzahlen-maerz-2020.html?sessionid=B4042311F2961F0D8457A9133FB09A73>.

<sup>2</sup> Vgl. Pressemitteilungen der Bundesagentur für Arbeit vom 31.03.2020 und 15.03.2020, abrufbar unter <https://www.arbeitsagentur.de/presse/presse-archiv>.

<sup>3</sup> Vgl. Pressemitteilung des BMAS vom 31.03.2020, Fn.1.

<sup>4</sup> Vgl. dazu und zum Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung, Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 675, 680.

<sup>5</sup> Vgl. zu weiteren Tatbeständen, Spinner in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 7; Preis in: ErfK, § 611a BGB Rn. 680.

<sup>6</sup> Grundlegend, NJW 1981, 937; BAG, NZA 2016, 293; Preis in: ErfK, § 615 BGB Rn. 120.

<sup>7</sup> Grundlegend, BAG, NJW 1961, 1693; BAG, NJW 1969, 1734; Preis in: ErfK, § 615 BGB Rn. 120.

bleibt lediglich der Personalabbau über betriebsbedingte Kündigungen<sup>8</sup> – natürlich unter Beachtung der jeweiligen Kündigungsfristen.

## 2. Lösungsmodell Kurzarbeit – Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht

Zur Vermeidung weitreichender Personalabbaumaßnahmen kann bei nur vorübergehender Unterlast die Einführung von Kurzarbeit einen Ausweg darstellen. Kurzarbeit bezeichnet eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.<sup>9</sup> Bei einer vorübergehenden vollständigen Einstellung der Arbeit wird von „Kurzarbeit null“ gesprochen. Sinn und Zweck der Kurzarbeit ist die Senkung der Personalkosten in wirtschaftlichen Krisen bei gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze.<sup>10</sup> Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verkürzung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit – und die damit einhergehende Kürzung des Gehaltsanspruchs – einen erheblichen Eingriff in das Synallagma darstellt.<sup>11</sup> Da der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, kann er dieses Risiko nicht ohne weiteres durch die einseitige Einführung von Kurzarbeit und entsprechende Gehaltskürzungen an die Arbeitnehmer weitergeben.<sup>12</sup> Die arbeitsrechtliche Einführung von Kurzarbeit setzt daher explizite Regelungen in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG oder – in Betrieben ohne Betriebsrat – individualvertragliche Vereinbarungen<sup>13</sup> mit den jeweiligen Arbeitnehmern voraus.<sup>14</sup> Bei einer arbeitsrechtlich unwirksamen Einführung der Kurzarbeit haben die Arbeitnehmer den vollen Vergütungsanspruch aus dem Aspekt des Annahmeverzugslohns.<sup>15</sup>

Neben diese arbeitsrechtliche Dimension der Kurzarbeit treten sozialversicherungsrechtliche Aspekte. Damit der Zweck der Kurzarbeit, die Senkung der Personalkosten, eintreten kann und zugleich keine unzumutbare Belastung für Arbeitnehmer besteht, wird unter den Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III Kurzarbeitergeld gewährt. Es ist folglich ein Instrument der Kompensation von Lohnausfall und damit eine Versicherungsleistung.<sup>16</sup> Das Kurzarbeitergeld beträgt nach § 105 SGB III 60 % oder 67 % des infolge der Kurzarbeit ausgefallenen pauschalierten Nettoentgelts.<sup>17</sup> Die Normen regeln nur die sozialversicherungsrechtlichen Leistungsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld; die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit wird vorausgesetzt. Aus wirtschaftspolitischer Sicht hat das Kurzarbeitergeld zuvorderst den Zweck, Arbeitsplätze zu erhalten und soll grundsätzlich nicht zu einer Subventionierung von Unternehmen beitragen.<sup>18</sup> Dennoch kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Gewährung von Kurzarbeitergeld dem Arbeitgeber jedenfalls einen Teil seines Wirtschafts- und Betriebsrisikos abnimmt.<sup>19</sup>

Trotz der Trennung zwischen der arbeits- und sozialrechtlichen Ebene greifen beide Bereiche ineinander. So ließe sich auf arbeitsrechtlicher Ebene jedenfalls praktisch kaum wirksam Kurzarbeit einführen, wenn es zu einem vollständigen Wegfall des Entgeltanspruchs käme.<sup>20</sup> In rechtlicher Hinsicht ist – vorbehaltlich einer ausdrücklichen Verknüpfung in der Individual- oder Kollektivvereinbarung<sup>21</sup> – die Einführung der Kurzarbeit auf arbeitsrechtlicher Ebene von der Bewilligung des Kurzarbeitergeldes unabhängig. Allerdings behält der Arbeitnehmer bei einem nachträglichen Widerruf des Bewilligungsbescheides durch die Agentur

<sup>8</sup> Eingehend *Richardi* NJW 1987, 1231, 1232.

<sup>9</sup> *Wißmann* in: MüHdB ArbR, 4. Aufl. 2018, § 29 Rn. 93.

<sup>10</sup> BT-Drs. 13/4941, 183; vgl. ausführlich dazu *Röder/Nemetz* DB 2019, 2633.

<sup>11</sup> Vgl. *Preis* in: ErfK, § 611a BGB Rn. 657; *Bonanni/Naumann* DStR 2009, 1374, 1375.

<sup>12</sup> St. Rspr. BAG NJW 1961, 1693; BAG, NJW 1969, 1734; BAG NZA 1995, 641; *Preis* in: ErfK, § 611a BGB Rn. 657.

<sup>13</sup> Vgl. zu der Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit mittels Änderungskündigung *Bauer/Günther* BB 2009, 662; *Bauer/Günther* NZA 2020, 419; *Weller/König* BB 2020, 953.

<sup>14</sup> Vgl. *Grimm* ArbRB 2020, 97, 98; *Kreitner*, in: *Küttner Personalbuch*, 27. Aufl. 2020, Kurzarbeit Rn. 3; vgl. zum Sonderfall des § 19 KSchG, *Gebel*, BB 2015, 2485.

<sup>15</sup> Grundlegend BAG NJW 1969, 1734; BAG NZA 1995, 1064; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.10.1996 – 9 Sa 703/96; *Reichold* in: MüHdB ArbR, § 40 Rn. 75; *Preis*, in: ErfK, § 611a BGB Rn. 658.

<sup>16</sup> *Bieback* in: *Gagel, SGB II / SGB III*, 76. EL März 2020, Vorb. zu § 95 SGB III Rn. 5; *Lutz/Ambts* in: *Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*, 228. EL Januar 2020, § 95 SGB III Rn. 2.

<sup>17</sup> Vgl. dazu unter II. 3.

<sup>18</sup> BSG, Urt. v. 17.5.1983 – 7 RAr 13/82; so wohl auch BT-Drs. 13/4941, 183; vgl. zur Frage der Einordnung als Subvention i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB unter IV. 1.

<sup>19</sup> So zu verstehen BAG NZA 1991, 67; eingehend zu den rechtsdogmatischen Hintergründen *Richardi* NJW 1987, 1231; *Ehmann* NJW 1987, 401 ff.

<sup>20</sup> Individual- und Kollektivvereinbarungen knüpfen die Einführung der Kurzarbeit häufig an die Gewährung des Kurzarbeitergeldes, um die Akzeptanz bei der Belegschaft zu erhöhen.

<sup>21</sup> Vgl. zur möglichen Verknüpfung in einem Tarifvertrag, BAG NZA 2009, 913.

für Arbeit für die in Folge der Kurzarbeit ausgefallene Arbeitszeit einen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe des Kurzarbeitsgeldes.<sup>22</sup>

## II. Überblick über die (erleichterten) Bezugsvoraussetzungen

Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben Arbeitnehmer nach § 95 S. 1 SGB III, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt wurde. Im Zuge der Corona-Krise hat der Gesetzgeber – ähnlich wie in Folge der Weltfinanzkrise 2009<sup>23</sup> – im Eilverfahren § 109 Abs. 5 SGB III in Kraft gesetzt, der die Bundesregierung bis zum 31. Dezember 2021 ermächtigt, bestimmte Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld durch Rechtsverordnung abzusenken<sup>24</sup>, was durch die Kurzarbeitergeldverordnung (KugV) auch geschehen ist.<sup>25</sup>

### 1. Erheblicher Arbeitsausfall i.S.d. § 96 SGB III

Ein erheblicher Arbeitsausfall liegt nach § 96 Abs. 1 S. 1 SGB III vor, wenn er

- auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht (a),
- vorübergehend und nicht vermeidbar ist (b) und
- im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist (c).

#### a) Wirtschaftliche Gründe oder unabwendbares Ereignis

„Unabwendbare Ereignisse“ können etwa behördlich veranlasste Maßnahmen oder Unglücksfälle sein, während wirtschaftliche Ursachen zuvorderst Auftragsmangel oder fehlendes Material – und damit klare Fälle des Wirtschaftsrisikos<sup>26</sup> – umfassen.<sup>27</sup> Die Agentur für Arbeit hat Ende Februar 2020 klargestellt, dass diese Voraussetzung vorliege, wenn aufgrund des Corona-Virus Lieferungen ausbleiben oder der Betrieb aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen vorübergehend geschlossen wird.<sup>28</sup>

#### b) Vorübergehend und nicht vermeidbar

Wegen der Natur des Kurzarbeitergeldes als zeitweise Überbrückungsleistung muss der Arbeitsausfall vorübergehend sein. In der Praxis problematischer ist regelmäßig die Frage der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls. Der Betrieb muss alle zumutbaren Vorkehrungen treffen, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern.<sup>29</sup> Als vermeidbar gilt der Arbeitsausfall, u.a. wenn er

- auf branchenüblichen, betriebsüblichen oder saisonbedingten Gründen beruht;<sup>30</sup>
- durch den Abbau von Überstunden- und Arbeitszeitkonten verhindert werden kann, wobei auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden (Minus-Stunden) bis Ende 2020 verzichtet wird, § 1 Nr. 1 KugV;
- durch wirtschaftlich zumutbare Gegenmaßnahmen abgefangen werden kann (z.B. Arbeiten auf Lager, Aufräum- oder Instandsetzungsarbeiten);
- durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen (§ 96 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). Allerdings verzichtet die Agentur für Arbeit bis zum 31.12.2020 darauf, die Einbringung von Erholungs-

<sup>22</sup> BAG NZA 1991, 67; BAG, NZA 2009, 913; *Preis* in: *ErfK*, § 611a BGB Rn. 662.

<sup>23</sup> Vgl. *Steinau-Steinrück* NJW-Spezial 2009, 18.

<sup>24</sup> BGBl. 2020 S. 493; vgl. zum Gesetzgebungsverfahren auch *Düwell* jurisPR-ArbR 13/2020 Anm. 1.

<sup>25</sup> Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 25.3.2020, (Kurzarbeitergeldverordnung–KugV).

<sup>26</sup> Vgl. dazu oben unter I. 1.

<sup>27</sup> Vgl. BSG NZS 2015, 355 (dort verneinend im Fall der Krankheit).

<sup>28</sup> Vgl. Hinweis der Bundesagentur für Arbeit vom 28.2.2020, abrufbar unter: <https://www.arbeitsagentur.de/news/kurzarbeit-wegen-corona-virus> (zuletzt abgerufen am: 13.4.2020).

<sup>29</sup> Vgl. BSG, Urt. v. 15.12.2005 - B 7a AL 10/05 R; BSG NZS 1998, 390; BT-Drucks V/2291 S. 70f.

<sup>30</sup> Vgl. Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit, GR 22, 20.12.2018, S. 13.

urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern.<sup>31</sup>

### c) Regelausfallquote

Die Bewilligung des Kurzarbeitergeldes ist davon abhängig, dass eine Mindestanzahl von Arbeitnehmern im Betrieb oder der Betriebsabteilung (§ 97 Abs. 2 SGB III) infolge der verringerten Arbeitszeit von einem Entgeltausfall betroffen sind. Wird diese Regelausfallquote nicht erreicht, hat der Betrieb das Wirtschafts- oder Betriebsrisiko selbst zu tragen.<sup>32</sup> Im Rahmen der Corona-Krise wurde die in § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III definierte Grenze von 1/3 der beschäftigten Arbeitnehmer auf 10 % abgesenkt, § 1 Nr. 1 KugV.

## 2. Persönliche und betriebliche Voraussetzung

Nach § 97 SGB III muss im Betrieb oder der Betriebsabteilung mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt sein. Die persönlichen Voraussetzungen liegen vor, wenn ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis in einem ungekündigten Zustand besteht.<sup>33</sup>

## 3. Anzeige des Arbeitsausfalls, Leistungsantrag und Berechnung des Kurzarbeitergeldes

Die Anzeige des Arbeitsausfalls muss in dem Kalendermonat erfolgen, in dem die Kurzarbeit beginnt, § 99 Abs. 2 S. 1 SGB III. Der Arbeitsausfall sowie die betrieblichen Voraussetzungen sind nach § 99 Abs. 1 S. 4 SGB III im Anzeigeformular („KUG 101“) glaubhaft zu machen. Dem Anzeigeformular ist die Rechtsgrundlage für die Einführung der Kurzarbeit im Betrieb – also typischerweise die Betriebs- oder die Individualvereinbarung – beizufügen.<sup>34</sup> Soweit die in der Anzeige glaubhaftgemachten Tatsachen den Anspruch rechtfertigen, ergeht ein Anerkennungsbescheid nach § 99 Abs. 3 SGB III. Dieser bindet die Agentur für Arbeit im Rahmen der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen.<sup>35</sup>

An dieses Antragsverfahren schließt sich das Leistungsverfahren an. Der Arbeitgeber muss nach § 323 Abs. 2 SGB III für die konkreten Zeiträume und Arbeitnehmer das konkret berechnete Kurzarbeitergeld beantragen. Das Kurzarbeitergeld beträgt dabei 60 % des ausgefallenen pauschalierten Nettolohns; bei Arbeitnehmern, die mindestens ein Kind haben<sup>36</sup>, 67 %, § 105 SGB III<sup>37</sup>. Die Berechnung und die Auszahlung des Kurzarbeitergeldes – einschließlich der Sozialversicherungsbeiträge – erfolgen nach § 320 Abs. 1 S. 2 SGB III zunächst durch den Arbeitgeber.<sup>38</sup> Mittels des Leistungsantrags („KUG 107“)<sup>39</sup> sowie entsprechender Abrechnungslisten („KUG 108“) erfolgt die nachträgliche Erstattung des gezahlten Kurzarbeitergeldes und der Sozialversicherungsbeiträge.<sup>40</sup> Diese Berechnung muss für jeden von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer individuell erfolgen und hängt vom Bruttoarbeitsentgelt, dem Umfang der Kurzarbeit und der Lohnsteuerklasse ab.<sup>41</sup> Der Arbeitgeber muss auch nach Beantragung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes die Voraussetzungen nach § 320 Abs. 1 S. 1 SGB III auf Verlangen der Agentur für Arbeit vollständig nachweisen. Anders als bei den Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Anzeige nach § 99 Abs. 1 SGB III, bei der die Glaubhaftmachung ausreicht, bedarf es hier der Erbringung eines Voll-

<sup>31</sup> Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit 202003015 vom 30.03.2020 „Verbesserungen für das KUG bis 31.12.2020“.

<sup>32</sup> Vgl. *Kühl* in: Brand, 8. Aufl. 2018, SGB III § 96 Rn. 8; vgl. auch BT-Drs. V/2291, S. 71 zu § 59.

<sup>33</sup> Vgl. auch *Zieglmeier* DStR 2020, 729, 732.

<sup>34</sup> Vgl. Anzeigeformular der Bundesagentur für Arbeit „KUG101“, unter D., 6.

<sup>35</sup> BSG, Urt. v. 14.09.2010 - B 7 AL 29/09 R.

<sup>36</sup> Maßgebend ist die Definition des § 32 Abs. 1, 3–5 EStG, wobei auf die Eintragung in der Lohnsteuerkarte zurückgegriffen werden kann, § 320 Abs. 1 S. 3 SGB III.

<sup>37</sup> Mit dem Sozialschutz-Paket II. (BT-Druck 19/18966) wurde eine stufenweise Erhöhung des Kurzarbeitergeldes beschlossen.

<sup>38</sup> Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser „Indienstnahme“ des Arbeitgebers, vgl. BSG NZA-RR 2014, 668.

<sup>39</sup> Die Bundesagentur für Arbeit stellt zwischenzeitlich einen neuen Kurzantrag zur Verfügung [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107\\_ba146383.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf).

<sup>40</sup> Die Bundesregierung hat durch § 2 KuGV für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 eine vollständige Erstattung der Beiträge zur Sozialversicherung angeordnet.

<sup>41</sup> Vgl. ausführliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit „Hinweise zum Antragsverfahren“, abrufbar unter [https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld\\_ba014273.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf).

beweises.<sup>42</sup> Verstöße sind nach § 404 Abs. 1 Nr. 25 SGB III bußgeldbewehrt, zudem kann eine Rückforderung bereits bezahlter Leistungen in Betracht kommen.

#### 4. Prüfung und Rückforderungsmöglichkeiten

Soweit eine Rückabwicklung etwaiger Zahlungen erforderlich ist, ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass die Leistungen dem Arbeitnehmer zustehen, jedoch durch den Arbeitgeber ausbezahlt werden und nur dieser im unmittelbaren Kontakt zur Agentur für Arbeit steht. Das Gesetz sieht drei spezielle Schadensersatz-, Ersatz- und Erstattungsansprüche vor<sup>43</sup>:

- Ersatzanspruch, § 108 Abs. 3 SGB III: Der Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Kurzarbeitergeld-Bewilligungsbescheid rechtswidrig bewirkt hat. Dieser öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch wird im Wege des Verwaltungsakts geltend gemacht.<sup>44</sup>
- Schadensersatz, § 321 Nr. 3 SGB III: Soweit der Arbeitgeber die Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten nach § 320 SGB III verletzt, haftet er bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf den entstandenen Schaden.
- Rückerstattung, § 328 Abs. 3 S. 2 SGB III: Die Gewährung des Kurzarbeitergeldes durch die Agentur für Arbeit erfolgt i.d.R. auf Grundlage einer vorläufigen Entscheidung nach § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III. Regelmäßig erfolgt die abschließende Prüfung innerhalb von sieben Monaten nach Ende des Kurzarbeitergeldbezugs.<sup>45</sup> Die Agentur für Arbeit kann dazu ergänzend Lohn- und Arbeitszeitunterlagen anfordern. Je nach Ergebnis werden etwaige Überzahlungen zurückgefordert.<sup>46</sup>

### III. Exemplarische Missbrauchs- und Haftungsrisiken unter Beachtung der erleichterten Bezugsvoraussetzungen

Die im Zuge der Corona-Krise eingeführten Erleichterungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei der vorschnellen Einführung von Kurzarbeit Haftungs-, Schadensersatz- und Strafbarkeitsrisiken bestehen. Diese reichen von der arbeitsrechtlich unwirksamen Einführung von Kurzarbeit<sup>47</sup> über Ordnungswidrigkeiten wegen fehlender Dokumentation und Erstattungsansprüche bezüglich des Kurzarbeitergeldes<sup>48</sup> bis hin zu Strafbarkeitsrisiken. Bereits im Rahmen der Weltwirtschaftskrise 2009 wurden Fälle bekannt, in denen tatsächlich kein Arbeitsausfall vorlag, aber dennoch Kurzarbeitergeld beantragt wurde.<sup>49</sup>

Neben solchen klaren Missbrauchsfällen müssen auch weniger eindeutige Konstellationen fehlerhafter Antragsstellung wie die unterbliebene Einbringung von Resturlaub aus Vorjahren in das Blickfeld genommen werden. Zwar wird bis zum 31.12.2020 – contra legem<sup>50</sup> – darauf verzichtet, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern, dies gilt aber nicht für Resturlaubsansprüche aus den Vorjahren.<sup>51</sup> Eine durchaus relevante Dimension erhält dieser Aspekt unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Verfall von Urlaubsansprüchen. Danach ist es erforderlich, transparent dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, ihren Jahresurlaub vollständig zu nehmen, indem sie förmlich aufgefordert werden.<sup>52</sup> Haben Arbeitnehmer in den letzten Jahren ihren Urlaub nicht vollständig genommen, können sie danach auch aus länger zurückliegenden Jahren ihre (vermeintlich verfallenen) Urlaubsansprüche nunmehr wieder mit der Begründung geltend machen, sie

<sup>42</sup> *Hlava* in: Gagel, 76. EL Dezember 2019, SGB III § 320 Rn. 15.

<sup>43</sup> *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III § 108 SGB III Rn. 22; *Voelzke* in: Küttner Personalbuch, Erstattungsanspruch der Agentur für Arbeit, Rn. 29.

<sup>44</sup> *Kühl* in: Brand, SGB III, § 108 Rn. 8.

<sup>45</sup> Vgl. zu einer möglichen Verschiebung der Abschlussprüfung im Zuge der Corona-Krise, *Grimm* ArbRB 2020, 117, 122; *Ziegler* DStR 2020, 729, 735.

<sup>46</sup> Vgl. *Kallert* in: Gagel, SGB II / SGB III § 328 Rn. 88; *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III § 96 Rn. SGB III Rn. 156.

<sup>47</sup> Vgl. dazu oben I. 2.

<sup>48</sup> Vgl. dazu II. 3. und 4.

<sup>49</sup> Vgl. *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3543.

<sup>50</sup> Die Regelung des § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III differenziert nicht zwischen Urlaub aus dem laufenden und den vorangegangenen Kalenderjahren.

<sup>51</sup> Fachliche Weisung der BA 202003015 vom 30.3.2020 „Verbesserungen für das KUG bis 31. Dezember 2020“.

<sup>52</sup> BAG NZA 2019, 977; EuGH NZA 2018, 1474.

seien nicht auf den drohenden Verfall der Ansprüche hingewiesen worden.<sup>53</sup> Dies kann durchaus dazu führen, dass Arbeitnehmer – unter Umständen auch für den Arbeitgeber unbekannt – erheblichen Resturlaub haben, der zur Vermeidung der Kurzarbeit grundsätzlich eingebracht werden müsste.

Bei der Möglichkeit der Anordnung des (Rest-)Urlaubs ist aber zu beachten, dass die sozialrechtlichen Vorgaben die arbeitsrechtlichen Regeln nicht verdrängen.<sup>54</sup> Im Grundsatz kann der Arbeitgeber den Urlaubszeitraum zwar einseitig festlegen,<sup>55</sup> allerdings sind die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG zu berücksichtigen. In einem solchen Fall kann sich der Arbeitgeber mit einer einseitigen Anordnung des Urlaubszeitraums nur durchsetzen, wenn dringende betriebliche Belange den konkret geäußerten Urlaubswünschen des Arbeitnehmers entgegenstehen. Dringende betriebliche Belange können etwa erhebliche personale Engpässe, Besonderheiten des saisonalen Betriebs oder erhebliche krankheitsbedingte Ausfälle sein.<sup>56</sup> Ob die aktuell bestehenden, gravierenden wirtschaftlichen Auswirkungen aufgrund einer Pandemie unter solche betriebliche Belange fallen und eine einseitige Anordnung des Urlaubs rechtfertigen, ist bislang noch ungeklärt. Namentlich *Neumann* vertritt die Auffassung, dass betriebliche Belange auch vorliegen, wenn Urlaub zur Einführung von Kurzarbeit angeordnet wird.<sup>57</sup> Demgegenüber will *Sturm* generell den Wünschen der Arbeitnehmer Vorrang gewähren.<sup>58</sup> Nach hiesiger Auffassung bestehen mit Blick auf § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III für die Annahme von dringenden betrieblichen Belangen in dieser Sondersituation gute Gründe. Indes wird deutlich, dass die arbeitsrechtlich einseitige Anordnung von Urlaub problematisch sein kann, weshalb in der Praxis häufig vor Einführung von Kurzarbeit in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat Betriebsferien eingeführt werden und kollektiv ein einheitlicher Abbau verfügbarerer Urlaubstage erfolgt.<sup>59</sup>

Wo dies nicht möglich ist, entzündeten sich an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht erhebliche rechtliche Probleme. Während die Agentur für Arbeit die Einbringung jedenfalls des Resturlaubs fordert, ist dies arbeitsrechtlich häufig nicht ohne weiteres möglich. Zugleich kann es mit Blick auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz problematisch sein, wenn Arbeitnehmer mit zu hohen Resturlaubstagen oder Arbeitszeitguthaben von der Kurzarbeit schlicht ausgenommen werden.<sup>60</sup> Der Verstoß hätte zur Folge, dass die „benachteiligten“ Arbeitnehmer verlangen können, nach Maßgabe der allgemeinen Regeln behandelt zu werden.<sup>61</sup> Sie wären so zu stellen, als ob auch für sie Kurzarbeit eingeführt worden wäre, weshalb ihre Arbeitszeit entsprechend der für die übrigen Arbeitnehmer geltenden Kurzarbeiterquote zu verkürzen wäre.<sup>62</sup> Konsequenterweise müsste der Arbeitgeber dann für diese Arbeitnehmer Gehalt in Höhe des Kurzarbeitergeldes zahlen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Abbau von Überstunden. Zwar kann gemäß § 1 Nr. 1 KugV auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden bis Ende 2020 verzichtet werden, erforderlich ist aber in den Grenzen des § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III der Abbau von Überstunden. Folglich können Arbeitnehmer mit einzubringendem Arbeitszeitguthaben weder bei den betrieblichen Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes Berücksichtigung finden noch selbst Kurzarbeitergeld erhalten. Die entsprechenden Voraussetzungen sind sowohl im Anzeigeformular („KUG 101“) als auch im späteren Leistungsantrag („KUG 107“) glaubhaft zu machen.<sup>63</sup>

<sup>53</sup> So LAG Köln, Urt. v. 9.4.2019 - 4 Sa 242/18; zu Fragen einer möglichen Verjährung *Jacobs/Münder RdA* 2020, 13, 22.

<sup>54</sup> LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06.

<sup>55</sup> *Schinz* in: HWK, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2018, § 7 BUrlG, Rn. 19; BAG NZA 1993, 406.

<sup>56</sup> Ausführlich *Neumann* in: Neumann/Fenski, 11. Aufl. 2016, BUrlG § 7 Rn. 12 ff.; vgl. auch LAG Nürnberg NZA-RR 2006, 511.

<sup>57</sup> *Neumann* in: Neumann/Fenski, BUrlG § 7 Rn. 15.

<sup>58</sup> *Sturm* BB 1963, 479, allerdings ohne Bezugnahme auf den Fall der Kurzarbeit.

<sup>59</sup> *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III, § 96 SGB III Rn. 150, wobei darauf zu achten ist, dass etwaiger Resturlaub aus den Vorjahren vorrangig einzubringen ist.

<sup>60</sup> LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06, die Entscheidung wurde zwar vom BAG aufgehoben, der Senat ging aber davon aus, dass arbeitsrechtlich für die gesamte Belegschaft wirksam Kurzarbeit eingeführt wurde, weshalb eine Ungleichbehandlung bereits tatbestandlich nicht vorlag, BAG NZA 2009, 689.

<sup>61</sup> BAG NZA 2015, 222; *Preis* in: ErfK, BGB § 611a Rn. 606.

<sup>62</sup> So zu verstehen LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06.

<sup>63</sup> Auch der neue, verkürzte Leistungsantrag sieht eine entsprechende Erklärung vor, vgl. [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107\\_ba146383.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf).

## IV. Strafrechtliche Bewertung

Wie eingangs skizziert, erschöpfen sich die Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben zu bestehenden Resturlaubsbeständen nicht in der Pflicht zur Erstattung der zu Unrecht erhaltenen Beträge. Daneben treten strafrechtliche Risiken, vornehmlich mit Blick auf die Straftatbestände des Subventionsbetrugs und des Betrugs. Neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe können gravierende Folgen für die Geschäftsführung des Unternehmens drohen: Personen, die wegen der vorbezeichneten Straftatbestände<sup>64</sup> rechtskräftig<sup>65</sup> zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr<sup>66</sup> verurteilt werden, spricht § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 Buchst. e) GmbHG die Eignung als Geschäftsführer für die Dauer von fünf Jahren ab.<sup>67</sup> Angesichts dieser schwerwiegenden Konsequenzen ist eine nähere Untersuchung der für den Arbeitgeber bestehenden strafrechtlichen Risiken im Falle der Beantragung von Kurzarbeitergeld unter fälschlicher Vorgabe der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls unabdingbar. Die folgende Darstellung konzentriert sich dabei trotz der zahlreichen Anknüpfungspunkte für fehlerhafte Angaben<sup>68</sup> bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld auf das Beispiel nicht eingebrachten Resturlaubs.

### 1. Subventionsbetrug gemäß § 264 StGB

Das von der Bundesagentur für Arbeit vorgesehene Formular zum Antrag auf Kurzarbeitergeld („KUG 107“) verlangt unter der Ziff. 6.1 die Erklärung des Antragsstellers über den Bestand verwertbarer Resturlaubsbestände.<sup>69</sup> Wahrheitswidrige Angaben könnten den Straftatbestand des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB<sup>70</sup> verwirklichen, der gegenüber dem Betrug eine abschließende Sonderregelung darstellt.<sup>71</sup> Als abstraktes Gefährdungsdelikt<sup>72</sup> setzt die Tatbestandsverwirklichung weder einen Irrtum des Subventionsgebers noch die Auszahlung der Subvention voraus.<sup>73</sup> Hierdurch wird eine weitreichende Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld des Betrugs erreicht, die in subjektiver Hinsicht durch die – kriminalpolitisch nicht unbedenkliche<sup>74</sup> – Einbeziehung der leichtfertigen Tatbestandsverwirklichung gemäß § 264 Abs. 5 StGB flankiert wird.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 264 Abs. 1 StGB ist die Qualifikation des Kurzarbeitergelds als Subvention i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB. Hiernach ist eine Subvention eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und der Förderung der Wirtschaft dienen soll. Obgleich Staatsanwaltschaften nach der Finanzkrise reihenweise verdächtige Anträge auf Kurzarbeitergeld untersucht haben sollen,<sup>75</sup> ist die Einordnung des Kurzarbeitergelds als Subvention weiterhin nicht abschließend geklärt.<sup>76</sup> Rechtsprechung hierzu wurde bislang nicht veröffentlicht; der im Schrifttum geführte Diskurs lässt keine klar überwiegende Auffassung erkennen. Als unumstritten darf indes noch gelten, dass das aus öffentlichen Mitteln geleistete Kurzarbeitergeld weder an eine Gegenleistung des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers geknüpft ist. Zweifelhaft ist demgegenüber, ob das Kurzarbeitergeld der Wirtschaftsförderung dienen soll und eine Leistung an Betriebe oder Unternehmen darstellt.<sup>77</sup>

<sup>64</sup> Eine Verurteilung wegen leichtfertigen Subventionsbetrugs genügt jedoch nicht, vgl. *Oetker* in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2019, § 6 GmbH Rn. 26. Zur Verurteilung wegen Teilnahme vgl. *Ahlbrecht wistra* 2018, 241.

<sup>65</sup> *Beurskens* in: *Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz*, 22. Aufl. 2019, § 6 Rn. 16; *Wicke, GmbHG*, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 5.

<sup>66</sup> Eine solche Strafe kommt insbesondere in den Fällen der gewerbsmäßigen Bandenbegehung (§§ 263 Abs. 5, 264 Abs. 3 StGB) in Betracht.

<sup>67</sup> Für den Vorstand einer AG vgl. § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 Buchst. e) AktG.

<sup>68</sup> Zu weiteren „kreativen“ Anträgen *Gaede/Leydecker NJW* 2009, 3542, 3546 f.

<sup>69</sup> Entsprechendes gilt auch für das neue verkürzte Antragsformular, vgl. oben unter II. 3.

<sup>70</sup> § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB genießt gegenüber den Tathandlungen der weiteren Nummern Vorrang (*Fischer, StGB*, 67. Aufl. 2020, § 264 Rn. 54; *Perron* in: *Schönke/Schröder, StGB*, 30. Aufl. 2019, § 264 Rn. 86 m.w.N.), sodass sich die Prüfung der übrigen Tathandlungen an dieser Stelle erübrigt.

<sup>71</sup> Vgl. *BGH NSTz* 2006, 625, 628; *NJW* 1999, 1196, 1198; *Perron* in: *Schönke/Schröder, StGB*, § 264 Rn. 87.

<sup>72</sup> *Fischer, StGB*, § 264 Rn. 4 m.w.N.

<sup>73</sup> *Saliger* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB*, 3. Aufl. 2016, § 264 Rn. 2; *Ceffinato* in: *MüKo StGB*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 264 Rn. 12.

<sup>74</sup> Hierzu *Saliger* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB*, § 264 Rn. 3 m.w.N.

<sup>75</sup> *Gaede/Leydecker NJW* 2009, 3542; vgl. auch *Ceffinato* in: *MüKo StGB*, Bd. 5, § 264 Rn. 57.

<sup>76</sup> Vgl. *Gercke/Hembach* in: *AnwK-StGB*, 3. Aufl. 2020, § 264 Rn. 10.

<sup>77</sup> Ebenso *Gaede/Leydecker NJW* 2009, 3542, 3545; vgl. auch *Fischer, StGB*, § 264 Rn. 11; vgl. auch oben unter I. 2.

Die Verfolgung eines wirtschaftsfördernden Zwecks erscheint fraglich, da das Kurzarbeitergeld mit dem Erhalt von Arbeitsplätzen und der Sicherung von Arbeitsentgeltansprüchen in erster Linie sozialen Zwecken dient.<sup>78</sup> Anspruchsinhaber sind nach § 95 S. 1 SGB III die Arbeitnehmer, was ein Verständnis des Kurzarbeitergelds als solidarische Versicherungsleistung<sup>79</sup> zum Ausgleich sozialer Härten nahelegt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Subvention nur zum Teil der Wirtschaftsförderung dienen muss. Werden mehrere Zwecke verfolgt, genügt es, dass es dem Subventionsgeber auch auf die Wirtschaftsförderung ankommt, ohne dass es sich um den Hauptzweck handeln muss.<sup>80</sup> Die Erfüllung dieser Voraussetzung haben *Gaede/Leydecker* überzeugend dargelegt.<sup>81</sup> Die Wirtschaftsförderung durch das Kurzarbeitergeld ergibt sich zunächst aus dessen Anspruchsvoraussetzungen, namentlich der Regelausfallquote des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III (i.V.m. § 1 Nr. 1 KugV): Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld hängt nicht allein von einer den Anspruchsinhaber, d.h. den individuellen Arbeitnehmer betreffenden Voraussetzung ab. Vielmehr entsteht der Anspruch erst bei Erfüllung einer kollektiven, d.h. den Betrieb als solchen betreffenden Voraussetzung. Wird diese Regelausfallquote nicht erreicht, muss der Arbeitgeber den Entgeltausfall mit betriebsinternen Mitteln – etwa betriebsbedingten Kündigungen – vermeiden.<sup>82</sup> Dies belegt, dass es dem Gesetzgeber nicht um den Schutz des einzelnen Arbeitsplatzes, sondern vorrangig um den Erhalt des Unternehmens bzw. der Gesamtheit der Arbeitsplätze geht.<sup>83</sup> Dies deckt sich mit dem Verständnis des Gesetzgebers von Kurzarbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument, „um die deutsche Wirtschaft vor dramatischen Verwerfungen zu bewahren“.<sup>84</sup>

Des Weiteren müsste die Leistung an den Betrieb oder das Unternehmen gewährt werden, um sie als Subvention einzuordnen. Wie dargelegt zahlt die Bundesagentur für Arbeit das Kurzarbeitergeld zwar unmittelbar an die Betriebe als Arbeitgeber aus, anspruchsberechtigt sind nach § 95 S. 1 SGB III hingegen die Arbeitnehmer.<sup>85</sup> Ob die dem Arbeitgeber durch die Zahlung entstehenden Vorteile wie bspw. der Erhalt der bereits ausgebildeten Arbeitnehmer, die Entlastung von der Zahlung von Arbeitsentgelt oder der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen als Leistung an den Betrieb zu werten sind, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

Teilweise wird in dem Kurzarbeitergeld ein Fall der bloßen Subventionsvermittlung gesehen, bei der die Betriebe nur verfahrenstechnisch in die Gewährung eingeschaltet, aber nicht Begünstigte der Leistung sind. Für die Klassifizierung als Subvention genüge es nicht, dass eine Leistung faktisch unmittelbar dem Betrieb ausgezahlt wird.<sup>86</sup> Sie müsse dem Betrieb oder Unternehmen vielmehr zur eigenen Verwendung zur Verfügung gestellt werden.<sup>87</sup> Das Kurzarbeitergeld ist vom Arbeitgeber an seine Arbeitnehmer weiterzureichen<sup>88</sup>, sodass er es nicht zur eigenen Verwendung erhält und damit keine Subvention vorliegt.<sup>89</sup>

Für die Qualifikation des Kurzarbeitergelds als Subvention wird demgegenüber das besondere Gewicht des dem Arbeitgeber durch das Kurzarbeitergeld gewährten mittelbaren Vorteils entgegengehalten. Der Erhalt bestehender Arbeitskräfte sei in Zeiten des fast alle Branchen treffenden Fachkräftemangels existentielles Arbeitgeberinteresse. Zudem sei das gezahlte Geld auch bei sonstigen Subventionen stets innerhalb enger Zeiträume für eine konkrete Investition auszugeben. Insofern sei nicht ersichtlich, warum Arbeitnehmer qualitativ

<sup>78</sup> Vgl. dazu einleitend I. 2.

<sup>79</sup> *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III, § 95 SGB III Rn. 10.

<sup>80</sup> Vgl. *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 17; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 264 Rn. 40 m.w.N.; vgl. BT-Drs. 7/5291, S. 11.

<sup>81</sup> *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3545.

<sup>82</sup> Vgl. dazu oben unter II. 1. c).

<sup>83</sup> *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3545.

<sup>84</sup> BT-Drs. 19/17893, S. 1.

<sup>85</sup> Vgl. zu der damit einhergehenden Problematik der Rückabwicklung oben II. 4.

<sup>86</sup> *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 264 Rn. 29.

<sup>87</sup> *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 25; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 264 Rn. 14; *ders.* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 264 Rn. 14; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 264 Rn. 29.

<sup>88</sup> Dass der Arbeitgeber mit der Auszahlung des Kurzarbeitergelds in Vorleistung tritt (vgl. oben II. 3.), ändert an der Bewertung nichts, da es bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht auf die zeitliche Abfolge des Zahlungsflusses ankommt.

<sup>89</sup> *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546; vgl. ferner *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 25; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 264 Rn. 14; *ders.* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 264 Rn. 14; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 264 Rn. 29.



andere Gläubiger sein sollten als sonstige Vertragspartner, die für die begehrte, förderungswürdige Gegenleistung letztlich das vom Fördergeber bereitgestellte Geld vom Subventionsempfänger erhalten.<sup>90</sup>

Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Ermittlungsbehörden und Gerichte der weiteren Ansicht anschließen und den nur mittelbaren Vorteil als Leistung an den Arbeitgeber ansehen werden.<sup>91</sup> Aus unserer Sicht greifen die für die Klassifizierung des Kurzarbeitergelds als Subvention vorgebrachten Argumente jedoch letztlich nicht durch. Insbesondere besteht zwischen Arbeitnehmern eines Betriebs und sonstigen Gläubigern eines Subventionsempfängers ein maßgeblicher Unterschied. Ersteren gewährt der Gesetzgeber durch die Auskleidung des Kurzarbeitergelds in § 95 S. 1 SGB III einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf die Förderungsleistung, während die sonstigen Vertragspartner gegenüber dem Subventionsempfänger auf das allgemeine Vertragsrecht verwiesen werden. Sonstige Vertragspartner des Subventionsempfängers mit den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern gleichzustellen ließe unberücksichtigt, dass es sich bei den Arbeitnehmern nach der Vorstellung des Gesetzgebers um die unmittelbaren Profiteure des Kurzarbeitergelds handelt, wohingegen sonstige Vertragspartner eines Subventionsempfängers durch die Leistungsgewährung lediglich faktisch gefördert werden. Im Übrigen kann sich der bereits von *Gaede/Leydecker* vorgebrachten Erwägung angeschlossen werden, wonach die Einbeziehung mittelbarer Vorteile als Leistung an Betriebe zu einer weiteren Ausdehnung des ohnehin schon bedenklich extensiven Anwendungsbereichs des Subventionsbetrugs<sup>92</sup> führen würde, zu der keinerlei Veranlassung besteht: Angesichts des potenziell einschlägigen Betrugstatbestands sind Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten, sollte man das Kurzarbeitergeld nicht als Subvention einordnen.<sup>93</sup> Da das Kurzarbeitergeld keine Subventionen i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB darstellt, ist der Anwendungsbereich des Subventionsbetrugs nicht eröffnet.

## 2. Betrug gemäß § 263 StGB

Stattdessen kommt die Verwirklichung des Betrugstatbestands gemäß § 263 Abs. 1 StGB in Betracht. Hierfür bedarf es zunächst einer Täuschung über Tatsachen, d.h. über konkrete vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt, die dem Beweis grundsätzlich zugänglich sind.<sup>94</sup> Mit der Erklärung im Leistungsantrag, es bestünden keine verwertbaren Resturlaubsbestände, behauptet der Arbeitgeber, dass seine Arbeitnehmer keinen Anspruch auf (weiteren) Erholungsurlaub haben. Die Behauptung eines Anspruchs stellt in erster Linie allerdings keine Tatsachenerklärung, sondern eine Rechtsbehauptung dar.<sup>95</sup> Nichts anderes kann umgekehrt für die Erklärung gelten, ein Anspruch bestehe nicht. Zwar kann die Behauptung eines Anspruchs auch die konkludente Behauptung beinhalten, ein diesen Anspruch begründender Sachverhalt liege vor.<sup>96</sup> Der pauschalen Behauptung, ein Urlaubsanspruch bestehe nicht, lässt sich hingegen kein konkretisierbarer Tatsachenkern entnehmen.<sup>97</sup> So lässt die Behauptung schon nicht erkennen, wie viele Urlaubstage die Arbeitnehmer ursprünglich beanspruchen konnten und ob dieser Urlaubsanspruch auf individueller, kollektiver oder gesetzlicher Grundlage beruht. Die Behauptung, es bestehe kein Resturlaub mehr, setzt zudem eine rechtliche Würdigung durch den Arbeitgeber voraus, dies gerade mit Blick auf die Frage des Verfalls von Resturlaubstagen aus den Vorjahren.<sup>98</sup> Der normative Gehalt der Erklärung des Arbeitgebers wird darüber hinaus durch den Zusatz erweitert, es bestehe kein *verwertbarer* Urlaubsbestand. Nicht verwertbar ist ein Urlaubsbestand, soweit arbeitsrechtlich die arbeitgeberseitige Urlaubsanordnung unzulässig wäre, etwa weil vorrangige Urlaubswünsche des Arbeitnehmers bestehen. Ob die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers vorrangig sind, lässt sich erst durch eine Abwä-

<sup>90</sup> *Ceffinato* in: MüKo StGB, Bd. 5, § 264 Rn. 57.

<sup>91</sup> So schon *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546.

<sup>92</sup> Zu den generellen Bedenken gegen die hinreichende Bestimmtheit des § 264 Abs. 8 StGB vgl. die Nachweise bei *Fischer*, StGB, § 264 Rn. 3.

<sup>93</sup> Vgl. auch *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546.

<sup>94</sup> Vgl. zum Tatsachenbegriff *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 8 m.w.N.

<sup>95</sup> OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111, 112; vgl. auch *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 263 Rn. 89 m.w.N.

<sup>96</sup> OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111, 112; vgl. auch *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 263 Rn. 89 m.w.N.

<sup>97</sup> Ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Tatsachenbehauptung und Rechtsauffassung stellen sich bei der Erklärung des Arbeitgebers, es bestünden keine verwertbaren Arbeitszeitguthaben.

<sup>98</sup> Vgl. dazu oben unter III. 2.

gungsentscheidung ermitteln.<sup>99</sup> Aufgrund der Vielgestaltigkeit der seitens des Arbeitgebers vorzunehmenden normativen Wertungen, die mit seiner Erklärung verbunden sind, ist ein Schluss auf einen konkretisierbaren Tatsachekern nicht möglich.<sup>100</sup> Vorzugswürdig ist stattdessen auf die innere Tatsache<sup>101</sup> der Überzeugung des Arbeitgebers von der Richtigkeit seiner Behauptung abzustellen.<sup>102</sup> Hiernach täuscht der Arbeitgeber, wenn er seine Arbeitnehmer nicht auf den Verfall des Urlaubsanspruchs der vergangenen Jahre hingewiesen hat<sup>103</sup> und trotz Kenntnis seiner diesbezüglichen Pflicht im Leistungsantrag das Nichtbestehen verwertbarer Resturlaubsbestände erklärt. Gibt er hingegen in Unkenntnis der einschlägigen Rechtsprechung von EuGH und BAG an, es bestehe kein Resturlaub, so liegt keine Täuschung vor.<sup>104</sup> In der Praxis steht dabei zwar zu befürchten, dass der Vortrag des Arbeitgebers, von der Richtigkeit seiner Erklärung überzeugt gewesen zu sein, als Schutzbehauptung abgetan wird. Diesem Risiko kann der Arbeitgeber jedoch entgegenwirken, indem er sich in komplexeren Fällen bei der Antragstellung arbeitsrechtlicher Beratung bedient.

Sofern eine Täuschung gegeben ist, müsste diese zu einem Irrtum des Mitarbeiters der Agentur für Arbeit führen. Regelmäßig wird sich der Mitarbeiter zumindest auf die Richtigkeit der vom Arbeitgeber im Formular glaubhaft gemachten Angaben verlassen, da eine Abschlussprüfung erst nachträglich erfolgt. Die Erstattungszahlung stellt sodann i.d.R. eine irrtumsbedingte<sup>105</sup> Vermögensverfügung dar.<sup>106</sup>

Zuletzt müsste die Erstattungszahlung einen Vermögensschaden begründen. Der Eintritt eines Vermögensschadens bemisst sich bei Austauschverhältnissen anhand eines Vermögensvergleichs aufgrund einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung (Prinzip der Gesamtsaldierung).<sup>107</sup> Obgleich der Antragsteller bei Subventionen regelmäßig keine unmittelbare Gegenleistung schuldet, wendet die Rechtsprechung<sup>108</sup> das Prinzip der Gesamtsaldierung auch bei Subventionsleistungen an, da dort in vergleichbarer Weise ein durch gegenseitige Pflichten geprägtes Leistungsverhältnis gegeben sei. Der Subventionsnehmer schulde gegenüber dem Subventionsgeber die zweckgerichtete Verwendung der ihm zugewandten Gelder. Deshalb füge derjenige dem Staat als Subventionsgeber einen Schaden zu, der sich solche haushaltsrechtlich gebundenen Mittel erschleicht, obwohl er nicht zu der begünstigten Bevölkerungsgruppe zählt. Der Schaden ergebe sich daraus, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird.<sup>109</sup> Trotz der an dieser Ansicht geübten Kritik<sup>110</sup> ist derzeit nicht mit einer Abkehr von der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zu rechnen. Vielmehr steht zu erwarten, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte die vorstehenden Grundsätze ebenso auf die besondere Konstellation der Kurzarbeitsförderung anwenden werden.<sup>111</sup> Hätte der Arbeitgeber den Arbeitsausfall durch Gewährung von Erholungsurlaub vermeiden können,<sup>112</sup> würde der mit der Erstattungszahlung anvisierte wirtschaftsfördernde Zweck verfehlt. Die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ist das wesentliche Abgrenzungskriterium, um den Schutzzweck des Kurzarbeitergelds vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch die Betriebe zu

<sup>99</sup> Vgl. zur arbeitsrechtlichen Bewertung ausführlich oben unter III. 2.

<sup>100</sup> Insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug erscheint es jedoch nicht ausgeschlossen, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte dennoch von einer Tatsachenbehauptung ausgehen könnten.

<sup>101</sup> Je nach Fallgestaltung können innere Tatsachen auch Tatsachen i.S.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sein, vgl. BGH NStZ 1986, 556, 557. Ob dies auch für die hiesige Konstellation gilt, kann indessen offenbleiben, da es bereits an einer Subvention fehlt.

<sup>102</sup> Zur Überzeugung von der Richtigkeit eines Werturteils als innere Tatsache vgl. OLG Stuttgart NJW 1979, 2573, 2574; vgl. ferner BGH NStZ 2015, 89, 90; differenzierend *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 10.

<sup>103</sup> Vgl. zu dieser Pflicht oben unter III. 2.

<sup>104</sup> Wollte man den Angaben zum Resturlaub stattdessen einen – wie auch immer gearteten – Tatsachekern beimessen, läge die Annahme eines Tatbestandsirrtums i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nahe.

<sup>105</sup> Wüsste der Mitarbeiter der Bundesagentur für Arbeit, dass der Antragsteller von der Falschheit seiner Angaben ausgeht, so würde er die Erstattungszahlung bei lebensnaher Betrachtung nicht veranlassen.

<sup>106</sup> Der zuvor zu erlassene Anerkennungsbescheid (vgl. zum zweistufigen Verfahren oben unter II. 3.) stellt hingegen noch keine Vermögensgefährdung dar, vgl. *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3543 f.

<sup>107</sup> Vgl. BGH NStZ 2018, 538 m.w.N.

<sup>108</sup> BGH NStZ 2006, 624 f.

<sup>109</sup> BGH NStZ 2006, 624 f.; vgl. ferner BGH NStZ 1983, 119; NJW 1963, 1835, 1837; differenziert hingegen *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, § 263 Rn. 861.

<sup>110</sup> *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3544 m.w.N.

<sup>111</sup> *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3544.

<sup>112</sup> Geht der Arbeitgeber aufgrund einer fehlerhaften Bewertung der Urlaubsansprüche seiner Arbeitnehmer irig davon aus, dass er den Arbeitsausfall hätte vermeiden können, so läge aufgrund der richtigerweise gegebenen Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls objektiv kein Schaden vor. In Betracht käme lediglich eine Versuchsstrafbarkeit.

bewahren und eine Instrumentalisierung durch die betriebliche Beschäftigungspolitik und dadurch eine nicht gerechtfertigte, wettbewerbsverzerrende Verlagerung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos der Unternehmen zu vermeiden.<sup>113</sup> Die Erstattungszahlung an einen Arbeitgeber, dem die Vermeidung des Arbeitsausfalls durch Urlaubsgewährung möglich wäre, begründet demnach einen Vermögensschaden. Dieser dürfte jedoch nur in der Höhe eintreten, die der für den vermeidbaren Arbeitsausfall geleisteten Erstattungszahlung entspricht. Soweit daneben Zahlungen für unvermeidbaren Arbeitsausfall geleistet wurden, verfehlen diese ihren Zweck hingegen nicht und bedeuten daher keinen Schaden.<sup>114</sup>

Weiß der Arbeitgeber, dass er den Arbeitsausfall durch Urlaubsgewährung hätte reduzieren können, handelt er vorsätzlich.<sup>115</sup> Ebenso wird er regelmäßig in der Absicht handeln, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, da es ihm auf die Erstattung der gezahlten Löhne ankommt.<sup>116</sup>

Bei der Strafzumessung sind die besonders schweren Fälle nach § 263 Abs. 3 S. 2 StGB zu berücksichtigen, insbesondere in Gestalt der Verursachung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes bei Erstattungszahlungen von mindestens 50.000 EUR oder der Gewerbsmäßigkeit bei wiederholter Antragstellung. Nicht auszuschließen ist daneben die Verwirklichung des Verbrechenstatbestands des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs gemäß § 263 Abs. 5 StGB.<sup>117</sup>

Hinsichtlich der strafrechtlichen Risiken ist abschließend auf die Folgen einer strafbaren Erwirkung einer Erstattungszahlung für das Unternehmen hinzuweisen. Zwar existiert in Deutschland weiterhin kein Unternehmensstrafrecht.<sup>118</sup> Dem Unternehmen kann jedoch wie gehabt eine Geldbuße nach § 30 OWiG drohen.

## V. Zusammenfassung

Die strafrechtliche Bewertung im Umfeld des Arbeits- und Sozialrechts erweist sich damit als überaus komplex, hält zugleich aber auch Potenzial für mögliche Verteidigungsstrategien bereit. Neben den Themen Urlaubsabbau und Überstunden können sich ähnlich gelagerte Fälle auch im Bereich des Zusammentreffens von Krankheit bzw. Urlaub und Kurzarbeit stellen. Aus Sicht der Unternehmen ist es daher mit Blick auf die genannten – auch über das Strafrecht hinausgehenden Risiken – angezeigt, sich bereits im Vorfeld der Einführung von Kurzarbeit und der Beantragung von Kurzarbeitergeld detailliert über die mehrdimensionalen und komplexen Voraussetzungen zu informieren. Dies gilt auch und gerade in der jetzigen Krisenzeit, da die Vereinfachungen bei der Gewährung des Kurzarbeitergeldes nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, dass nach Ende der Krise mit tiefgehenden Prüfungen durch die Agentur für Arbeit zu rechnen sein wird. Inwieweit im Rahmen der Abschlussprüfung tatsächlich eine umfassende Kontrolle hinsichtlich sämtlicher Resturlaubstage einzelner Arbeitnehmer erfolgen wird bzw. kann, lässt sich derzeit noch nicht prognostizieren. Angesichts der Komplexität der Überprüfungen, bei denen die Rechtsprechung des EuGH zum Verfall der Urlaubsansprüche zu beachten ist, und des hiermit anfallenden Arbeitsvolumens, ist nicht zu vermuten, dass die Agentur für Arbeit hier flächendeckend Dokumente aus den Vorjahren anfordern wird.<sup>119</sup> In jedem Fall sollte der Arbeitgeber aber eine umfassende Dokumentation über die abgebauten Urlaubstage und Überstunden bereithalten, um dies im Rahmen der Abschlussprüfung nachweisen zu können.

<sup>113</sup> Bieback in: Gagel, SGB II / SGB III, § 96 SGB III Rn. 107; vgl. auch einleitend unter I. 2.

<sup>114</sup> Ein Vermögensschaden in voller Höhe der Erstattungszahlung tritt hingegen ein, wenn bei der teilweisen Vermeidung des Arbeitsausfalls die Relevanzschwelle des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III (i.V.m. § 1 Nr. 1 KugV) nicht überschritten worden wäre.

<sup>115</sup> Bei einer vermeidbaren Fehlvorstellung über das Bestehen eines verwertbaren Resturlaubsbestands kommt die Begehung einer fahrlässigen Ordnungswidrigkeit gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 26 SGB III in Betracht.

<sup>116</sup> Zur fehlenden Stoffgleichheit der ebenfalls erhaltenen vergünstigten Arbeitsleistung der kurzarbeitenden Arbeitnehmer vgl. Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544.

<sup>117</sup> Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn Arbeitnehmer (zu den Strafbarkeitsrisiken für diese s. Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544 f.) und Arbeitgeber wiederholt zum unberechtigten Erhalt der Erstattungszahlung zusammenwirken.

<sup>118</sup> Der nun vorgelegte Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft muss den Gesetzgebungsprozess noch durchlaufen und soll zwei Jahre nach Verkündung in Kraft treten.

<sup>119</sup> Was es indes keineswegs ausschließt, dass dies in begründeten Verdachtsfällen passieren kann.