

Corona-Virus: Strafrechtliche Risiken bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld

RA FAStR Dr. Matthias Brockhaus, VBB, Essen/Düsseldorf, RA FAArbR Dr. Sebastian Maiß, vangard|Littler, Düsseldorf

Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie ist ein Großteil der Unternehmen in Deutschland binnen kürzester Zeit von angeordneten Betriebsstillegungen, Auftrags-einbrüchen und dem Zusammenbruch von Lieferketten betroffen. In dieser Krisensituation setzt der Staat auf das bereits aus der Wirtschaftskrise 2008/2009 erfolgreich genutzte Instrument des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes (KUG). Mit Kurzarbeitergeld können Unternehmen einen durch die COVID-19-Pandemie entstandenen Arbeits- und Entgeltausfall zum Teil ausgleichen und damit Kündigungen vermeiden. Nach aktuellen Schätzungen der Bundesregierung werden ca. 2,35 Millionen Menschen wegen der COVID-19 Pandemie in die Kurzarbeit gehen.

Erleichterte Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Auf Grundlage des am 14.03.2020 in Kraft getretenen „Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ soll der Zugang zum Kurzarbeitergeld für Unternehmen rückwirkend zum 01.03.2020 erleichtert werden. Die Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV) ist am 25. März 2020 in Kraft getreten.

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage müssen nur 10 % (statt wie bisher ein Drittel) der Beschäftigten im Betrieb vom Arbeitsausfall betroffen sein, es muss kein negativer Arbeitszeitsaldo durch die Arbeitnehmer/-innen mehr aufgebaut werden, auch Leiharbeitnehmer können Kurzarbeitergeld beziehen und die Bundesagentur für Arbeit erstattet die vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge in vollem Umfang. Weitere Voraussetzung für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist, dass der Arbeitsausfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder wirtschaftlichen Gründen beruht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Lieferungen ausbleiben und die Produktion eingeschränkt oder auch Betrieb aufgrund staatlich angeordneter Schutzmaßnahmen stillgelegt werden muss. In diesen Fällen kann der Arbeitgeber mit Einverständnis der Mitarbeiter

oder auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrages Kurzarbeit einführen und die Arbeitszeit ganz („Kurzarbeit Null“) oder teilweise reduzieren. Der Arbeitgeber muss den Arbeitsausfall dann in einem ersten Schritt bei der Agentur für Arbeit anzeigen und in einem zweiten Schritt die Erstattung des von ihm an die Arbeitnehmer vorverauslagten Kurzarbeitergeldes beantragen.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, haben Arbeitnehmer für die Dauer des Arbeitsausfalls einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld für die Dauer von bis zu zwölf Monaten. Das Kurzarbeitergeld bemisst sich nach dem Nettoentgeltausfall. Die Kurzarbeiter erhalten grundsätzlich 60% des ausgefallenen pauschalierten Nettoentgeltes. Lebt ein Kind im Haushalt beträgt das Kurzarbeitergeld 67% des ausgefallenen pauschalierten Nettobetrages. Weitere Voraussetzung ist eine Antragstellung des Arbeitgebers bei der Agentur für Arbeit.

Kurzarbeitergeld als Subvention iSd § 264 StGB

Die Beantragung von Kurzarbeitergeld ist indes mit strafrechtlichen Risiken verbunden ist, auf die die Agenturen für Arbeit in den Antragsformularen auch ausdrücklich aufmerksam machen: *„Ergeben die Feststellungen der Agentur für Arbeit, dass strafrechtlich relevante Aspekte zu einer Leistungsüberzahlung geführt haben, wird Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft erstattet.“*

Die Versuchung, schnell an Kurzarbeitergeld zu kommen, ist hoch, da der Arbeitgeber nach überwiegender Auffassung auch bei einem durch COVID-19 Pandemie ausgelösten Arbeitsausfall das sog. Betriebsrisiko (§ 615 BGB) trägt, d.h. auch im Falle eines Arbeitsausfalls die Vergütung der Arbeitnehmer in voller Höhe zu zahlen hat. Geschäftsführer und Vorstände befinden sich in der jetzigen Krise daher in einer absoluten Ausnahmesituation und müssen binnen kürzester Zeit schwierige Entscheidungen mit weitreichenden Folgen treffen. Fehlerhafte Entscheidungen im Zusammenhang mit der Anzeige eines Arbeitsausfalls und der Beantragung von Kurzarbeitergeld bergen aber ein erhebliches straf- und zivilrechtliches Risiko. Ein potentieller Missbrauch liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld (§ 95 SGB III)

nicht erfüllt sind. Sind die Angaben bei der Antragstellung durch den Arbeitgeber unrichtig oder unvollständig, kann dies einen Betrug i.S.d. § 263 StGB sein.

Neben dem „klassischen“ Betrugstatbestand kommt bei fehlerhaften Angaben zum Arbeitsausfall eine weitere Strafbarkeit in Betracht. Nach überwiegender Auffassung handelt es sich bei dem gewährten Kurzarbeitergeld um eine Subvention (§ 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB). Die Einhaltung der Antragsvoraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld kann daher als subventionserhebliche Tatsache (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB) qualifiziert werden, wie Verfahren im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise 2008/2009 gezeigt haben. Dort waren Fallkonstellationen bekannt geworden, in denen tatsächlich kein Arbeitsausfall in dem angezeigten Umfang bestand, Arbeitgeber sich aber gleichwohl vorverauslagtes Kurzarbeitergeld erstatten ließen. Gegen die Qualifizierung von Kurzarbeitergeld als „Subvention“ ließe sich freilich anführen, dass es sich hierbei um eine Leistung handelt, die allein die Arbeitnehmer beanspruchen können. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Kurzarbeitergeld nur nach Anzeige eines Arbeitsausfalls durch den Arbeitgeber gewährt wird. Das gesamte Antragsverfahren liegt daher in der Hand des Arbeitgebers, der ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Gewährung des Kurzarbeitergeldes hat. Denn ohne dieses Instrumentarium müsste er nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen die Vergütung der Arbeitnehmer auch dann zahlen, wenn er dem Arbeitnehmer nicht ausreichend Arbeit zur Verfügung stellen kann. Er gerät in den sog. Annahmeverzug, § 293 BGB. Unabhängig von der Qualifizierung von Kurzarbeitergeld als „Subvention“ besteht für Arbeitgeber aber jedenfalls das Risiko, sich einem Ermittlungsverfahren ausgesetzt zu sehen.

Dieser sog. Subventionsbetrug sieht deutlich geringere Voraussetzungen als der Betrugsstraftatbestand des § 263 StGB vor. Er lässt nämlich bereits leichtfertiges Handeln ausreichen, also eine besondere Form der Fahrlässigkeit in Richtung einer groben und vermeidbaren Sorgfaltspflichtverletzung. Bei einem Subventionsbetrug würde daher spätestens die unrichtige oder unvollständige Antragstellung auf Kurzarbeitergeld durch den Arbeitgeber gegenüber der Agentur für Arbeit den Tatbestand erfüllen, ohne dass ein weiterer Schadensnachweis (als „Taterfolg“) erforderlich wäre.

Typische Risiken

Ein Strafbarkeitsrisiko besteht immer dann, wenn der Antragsteller ihm obliegende Prüfungs-, Erkundigungs-, Informations- oder Aufsichtspflichten verletzt, sei es aus Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Antragsteller aufgrund unvollständiger oder fehlerhafter Zeiterfassungsbögen den angezeigten Arbeitsausfall und das korrespondierend dazu beantragte Kurzarbeitergeld fehlerhaft ermittelt und deren Unrichtigkeit auf den ersten Blick zu erkennen war.

Darüber hinaus muss immer auch tatsächlich ein Arbeitsausfall vorliegen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn tatsächlich noch Aufgaben vorhanden sind, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts zuweisen kann und dadurch der Arbeitsausfall verhindert werden kann (z.B. Aufräumen des Lagers bei einer angeordneten Betriebsschließung und „Kurzarbeit Null“).

Unternehmen sollten daher vor der Anzeige des Arbeitsausfalls eine exakte Zeitdokumentation bzw. Zeiterfassung erstellen, um den tatsächlichen Arbeitsausfall nachvollziehen zu können. Insbesondere dann, wenn die Arbeitszeit nicht „auf Null“ gesetzt, sondern auch während der Kurzarbeit noch gearbeitet wird, sind diese Angaben genau zu kontrollieren und auf Plausibilität zu überprüfen. Ebenso sollte dokumentieren werden, in welchen Fällen der Arbeitsausfall durch bezahlten Erholungsurlaub kompensiert bzw. verhindert werden kann. Die Agenturen für Arbeit fordern, dass jedenfalls in der Regel der Vorjahresurlaub vor Eintritt in die Kurzarbeit eingebracht werden soll. Arbeitgeber sollten ferner auch dokumentieren, welche Maßnahmen sie unternommen haben, um Urlaub aus dem laufenden Kalenderjahr vorrangig einzubringen. Das Gleiche gilt für den Abbau von Guthaben auf Arbeitszeitkonten.

Schließlich ist anhand einer plausiblen Dokumentation nachzuhalten, dass der unvermeidbare Arbeitsausfall tatsächlich auf ein Ereignis zurückzuführen, das im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie steht. Die Beantragung von Kurzarbeitergeld allein „wegen Corona“ ohne Nachweis eines unvermeidbaren Arbeitsausfalls reicht nicht aus. In diesem Zusammenhang wird auch häufig übersehen, dass Kurzarbeiter-

geld dann nicht mehr gewährt werden kann, wenn innerhalb des Bezugszeitraums des beantragten Kurzarbeitergeldes nicht mehr mit einer Rückkehr zur Vollarbeit zu rechnen ist. Steht eine Betriebsschließung daher bereits im Zeitpunkt der Beantragung des Kurzarbeitergeldes fest oder ist sie mit hoher Wahrscheinlichkeit absehbar, kann kein Kurzarbeitergeld gewährt werden. Dann kommt nur noch die Beantragung des sog. Transfer-Kurzarbeitergeldes in Betracht (§ 216b SGB III).

Konsequenzen

Werden leichtfertig falsche Angaben im Antragsverfahren gemacht, setzt sich der Verantwortliche nicht nur selbst einem strafrechtlichen Risiko aus; vielmehr kann auch gegen das Unternehmen selbst eine Geldbuße nach § 30 OWiG verhängt werden. Daneben kommt auch die Einziehung des im Zusammenhang mit dem rechtswidrig beantragten und ausgezahlten Kurzarbeitergeld in Betracht (§ 73, 73c StGB). Will der Arbeitgeber überdies den durch die Kurzarbeit gekürzten Lohn ausgleichen, muss er auf die ordnungsgemäße Lohnversteuerung bzw. die Abführung entsprechender zusätzlicher Sozialversicherungsabgaben achten, um sich nicht in eine strafrechtliche Schiefelage zu begeben.

Fazit

Unternehmen sollten das Verfahren zur Anzeige des Arbeitsausfalls und Beantragung der Erstattung des Kurzarbeitergeldes trotz aller wirtschaftlichen Zwänge sehr sorgfältig prüfen, um sich keinem Strafbarkeitsrisiko auszusetzen. Bereits die Abgabe einer unrichtigen Erklärung in dem Verfahren zur Erlangung von Kurzarbeitergeld kann ausreichend sein, § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Auch wenn die Behörden aufgrund der Flut der Anträge und der besonderen Krisensituation die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld derzeit nicht bis ins letzte Detail prüfen (können), wird die spätere Kontrolle jedenfalls bei Verdachtsmomenten durch Sonderprüfungsgruppen der Behörden erfolgen.