# Schwerpunkt-Due-Diligence: Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld als Untersuchungsgegenstand in der Corona-Krise

Dr. André Bienek, ROTTHEGE I WASSERMANN, Essen

## 1. Einführung

Um die wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Herausforderungen der Corona-Pandemie zu bewältigen, hat die Bundesregierung die Zugangsvoraussetzungen zum Kurzarbeitergeld gelockert und den Leistungsumfang erweitert. Grundlage dieser Maßnahmen ist das am 14. März 2020 in Kraft getretene Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld[1] und die hierauf am 25. März 2020 erlassene Kurzarbeitergeld-Verordnung (KuGV)[2].

Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld sind dadurch gewissermaßen im Eilverfahren zu zentralen Kriseninstrumenten in Deutschland aktiver Unternehmen in der Corona-Pandemie avanciert. Einer Studie des ifo Instituts[3] zur Folge waren im Mai 2020 von ursprünglich 10,1 Mio. angemeldeten Kurzarbeitern 7,3 Mio. Beschäftigte tatsächlich in Kurzarbeit. Besonders betroffen seien Unternehmen der wirtschaftsnahen Dienstleistungen mit 2,4 Mio. Kurzarbeitern und Unternehmen im verarbeitenden Gewerbe mit 2,2 Mio. Kurzarbeitern. In Handelsunternehmen sind nach den Schätzungen des ifo Instituts circa 1,3 Mio. Menschen von Kurzarbeit betroffen. Im Bauhauptgewerbe lag die Zahl bei „nur" 22.000 Kurzarbeitern. In den übrigen Wirtschaftsbereichen werden 1,3 Mio. Kurzarbeiter geschätzt.[4]

Diese Entwicklung gibt Anlass, sich auch im Zuge von M&A-Transaktionen mit den Themen Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld verstärkt auseinanderzusetzen. Es darf prognostiziert werden, dass die Überprüfung einer im Transaktionsobjekt durchgeführten Kurzarbeit zukünftig vermehrt zu einem Prüfungsschwerpunkt der Legal Due Diligence werden dürfte, insbesondere bei Unternehmenstransaktionen in personalintensiven Branchen.

Die Überprüfung von Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld war bereits im Zuge der Finanzkrise im Jahr 2008 empfehlenswerter Prüfungspunkt der arbeitsrechtlichen Due Diligence.[5] Dass die Due Diligence diesem Thema besondere Aufmerksamkeit widmen sollte, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die betroffenen Unternehmen in einer beispiellosen Krisensituation innerhalb kürzester Zeit zum Handeln gezwungen waren. Ob hierbei immer alle gesetzlichen Anforderungen in Bezug auf Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld eingehalten wurden oder nicht auch Missbrauch betrieben wurde, darf bezweifelt werden. Die Bundesagentur hat bereits bekanntgegeben, erste Verdachtsfälle zu überprüfen.[6]

Eine zentrale Aufgabe der Due Diligence ist die Identifizierung bestehender Risiken im Transaktionsobjekt. Das Ergebnis der Due Diligence kann unter anderem Auswirkungen auf die Kaufentscheidung des Erwerbers, das Pricing, die Transaktionsstruktur und die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags haben. Dieser Beitrag greift zentrale Prüfungspunkte zu Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld auf und liefert Anregungen zur Durchführung einer Schwerpunkt-Due-Diligence.

## 2. Risikoprofil Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld

Die unwirksame Einführung von Kurzarbeit beziehungsweise der rechtswidrige Bezug von Kurzarbeitergeld beinhaltet hohe Risiken. Diese haben das Potenzial, zum Deal Breaker einer Transaktion zu werden.

Zunächst können sich erhebliche finanzielle Risiken durch Gehaltsnachzahlungen ergeben. Die arbeitsrechtlich unwirksame Einführung von Kurzarbeit hat zur Folge, dass die betroffenen Arbeitnehmer ihren Anspruch auf ungekürzten Lohn behalten. Der Arbeitgeber ist zur Nachzahlung der Lohndifferenz verpflichtet. Er befindet sich in Annahmeverzug für die Zeiträume, in denen er die volle Arbeitsleistung aufgrund der

1 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I S. 493.
2 Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2020 Teil I S. 595.
3 Pressemitteilung des ifo Instituts vom 02.06.2020, abrufbar unter https://www.ifo.de/node/55800 (zuletzt abgerufen am 04.08.2020).
4 Pressemitteilung des ifo Instituts vom 02.06.2020, abrufbar unter https://www.ifo.de/node/55800 (zuletzt abgerufen am 04.08.2020).
5 Uhl, in: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 12.
6 Abrufbar unter https://www.focus.de/politik/missbrauch-staatlicher-hilfe-betrug-bei-corona-kurzarbeitergeld-bundesagentur-prueft-erste-verdachtsfaelle_id_12020534.html (zuletzt abgerufen am 04.08.2020).

Kurzarbeit nicht annehmen wollte.[7] Unterbleiben Nachzahlungsforderungen der Arbeitnehmer, entstehen für den nachzuentrichtenden Lohn trotzdem Sozialversicherungsbeiträge, die gegebenenfalls inklusive des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung sowie Säumniszuschlägen von 12% p.a. durch das Unternehmen nachzuzahlen sind.[8]

Zusätzlich droht die Rückforderung des rechtswidrig erhaltenen Kurzarbeitergeldes. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach § 2 KuGV vom 25. März 2020[9] ab dem 1. März 2020 bis zum 31. Dezember 2020 die grundsätzlich vom Arbeitgeber während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach §§ 95, 101 SGB III allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge von der Bundesagentur für Arbeit erstattet werden, hat sich das finanzielle Risiko für den Erwerber des Transaktionsobjekts im Rückforderungsfall signifikant erhöht.

Letztlich besteht bei Falschangaben im Antragsverfahren zum Kurzarbeitergeld das Risiko, dass gegenüber dem Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG verhängt wird, öffentlich-rechtliche Genehmigungen versagt werden und ein Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen und Auftragsvergaben erfolgt.[10] Zudem drohen durch strafrechtliche Verfolgung der Unternehmensführung massive Reputationsschäden.[11]

## 3. Legal-Due-Diligence zur Kurzarbeit und zum Kurzarbeitergeld

Bei der Durchführung der Due Diligence ist sich das Zusammenspiel von Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld zu vergegenwärtigen. Kurzarbeit ist die arbeitsrechtliche Verringerung der in einem Betrieb oder Betriebsteil bestehenden Arbeitszeit bei entsprechender Reduzierung der Vergütung.[12] Das Kurzarbeitergeld verkürzt als sozialrechtliche Leistung die durch die Einführung von Kurzarbeit entstandene Vergütungsdifferenz.

Die arbeitsrechtlich wirksame Einführung von Kurzarbeit ist folglich Eingangsvoraussetzung für das Kurzarbeitergeld. Umgekehrt ist die Entscheidung, Kurzarbeit einzuführen, in der Regel vom Bezug des Kurzarbeitergeldes abhängig.[13] Die Due Diligence hat sich daher sowohl auf die arbeitsrechtlichen als auch auf die sozialrechtlichen Voraussetzungen zu beziehen.

### 3.1. Arbeitsrechtliche Due Diligence

Fehlt es an der rechtswirksamen Einführung von Kurzarbeit, stehen den Arbeitnehmern mangels wirksamer Arbeitszeitverkürzung nicht der verringerte, sondern der volle Entgeltanspruch zu, da der Arbeitgeber sich im Annahmeverzug befinden dürfte.[14] Ferner fehlt es dann an dem nach § 95 S. 1 Nr. 1 SGB III erforderlichen Entgeltausfall, sodass die Rückforderung des Kurzarbeitergeldes durch die Bundesagentur für Arbeit wegen zu Unrecht gewährter Leistungen nach § 108 Abs. 3 SGB III droht.

Die Identifikation der arbeitsrechtlichen Regelung zur Kurzarbeit sowie die Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen ist im Rahmen der Due Diligence folglich von zentraler Bedeutung.

**(1) Rechtsgrundlage zur Kurzarbeit**

Kurzarbeit kann durch den Arbeitgeber nicht einseitig angeordnet werden. Es bedarf stets einer individual- oder kollektivrechtlichen Regelung.[15] Eine konkludente Vertragsänderung mit den betroffenen Arbeitnehmern kann als Rechtsgrundlage ausreichen. In betriebsratslosen Betrieben akzeptiert die Bundesagentur die Einführung von Kurzarbeit im Wege einer konkludenten Vertragsänderung, wenn der Arbeitgeber die Einführung der Kurzarbeit bekannt gibt und die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung widerspruchslos zu den verkürzten Arbeitszeiten erbringen.[16]

Können von dem Zielunternehmen keine individual- oder tarifvertraglichen Regelungen zur Einführung der Kurzarbeit vorgelegt werden und existiert auch keine hierauf abzielende Betriebsvereinbarung, müssen Nachweise für eine Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten angefordert werden. Dies können Rundschreiben oder E-Mails sowie betriebliche Aushänge, aber auch Protokolle über eine Betriebsversammlung sein, in der die Einführung von Kurzarbeit an die Arbeitnehmer adressiert wurde.

In diesem Fall ist zugleich die Versicherung einzuholen beziehungsweise zu überprüfen, ob Mitarbeiter der Einführung von Kurzarbeit nur unter Vorbehalt zugestimmt und ihre volle Arbeitsleistung angeboten haben, da sich dadurch das Risiko erhöht, Annahmeverzugslohn bei unwirksamer Einführung von Kurzarbeit leisten zu müssen. Es läge dann ein wörtliches Angebot, die volle Arbeitsleistung erbringen zu wollen, nach § 295 S. 1 BGB vor, was zur Begründung des Annahmeverzugs in jedem Fall genügt.[17]

7 BAG, Urteil vom 27.01.1994, 6 AZR 541/93; Röder/Nemetz: Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld. In: Der Betrieb 2019, S. 2633–2638 (2634); a.A. BAG, Urteil vom 18.11.2015, 5 AZR 491/14 - wonach der Arbeitnehmer die volle Arbeitsleistung zumindest wörtlich angeboten haben muss.
8 Zieglmeier/Rittweger: Corona-Kurzarbeitergeld: Aktuelle Hindernisse und typische Kontrollfelder nach der Krise. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, S. 685–690 (689 f).
9 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I S. 595.
10 Zieglmeier/Rittweger: In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, S. 685–690 (690).
11 Zu den strafrechtlichen Risiken der Handelnden vgl. Giese/Schomburg: Compliance. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2020, S. 327–333 (329 ff.).
12 Röder/Nemetz: In: Der Betrieb 2019, S. 2633–2638 (2633).
13 Röder/Nemetz: In: Der Betrieb 2019, S. 2633–2638 (2633).
14 BAG, Urteil vom 27.01.1994, 6 AZR 541/93; Röder/Nemetz: In: Der Betrieb 2019, S. 2633–2638 (2634); BAG, Urteil vom 18.11.2015, 5 AZR 491/14 - wonach der Arbeitnehmer die volle Arbeitsleistung wörtlich anbieten muss.
15 BAG, Urteil vom 18.11.2015, 5 AZR 491/14.
16 Fachliche Weisung zum Kurzarbeitergeld Randziff. 95.8, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2020); zur Einführung von Kurzarbeit durch Änderungskündigung vgl. Bauer/Günther: Kurzarbeit zur Krisenbewältigung – Einführung durch Änderungskündigung? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, S. 419–422 (419 ff.).
17 BAG, Urteil vom 18.11.2015, 5 AZR 491/14; nach BAG, Urteil vom 27.01.1994, 6 AZR 541/93 soll ein Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer vollständig entbehrlich sein.

**(2) Wirksamkeitsprüfung der Rechtsgrundlage zur Kurzarbeit**

Ergibt die Due Diligence, dass eine Rechtsgrundlage zur Einführung der Kurzarbeit im Transaktionsobjekt existiert, ist diese auf ihre rechtliche Wirksamkeit zu überprüfen.

- **Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage**

Arbeitsvertragliche Regelungen zur Einführung der Kurzarbeit sind an § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen. Das heißt, dass die Regelung die betroffenen Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen darf und dem Transparenzgebot gerecht werden muss.

Eine unangemessene Benachteiligung dürfte nicht gegeben sein, wenn die Einführung der Kurzarbeit an die gesetzlichen Regelungen für den Bezug des Kurzarbeitergeldes knüpft.[18] Eine Klausel, die dem Arbeitgeber die Einführung von Kurzarbeit voraussetzungslos gestattet, ist unwirksam.[19]

Erfahrungsgemäß ergibt sich die Unwirksamkeit arbeitsvertraglicher Kurzarbeit-Klauseln allerdings nicht aus einer unangemessenen Benachteiligung, sondern wegen Intransparenz der Regelung. Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung kann insbesondere dann unwirksam sein, wenn Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit sowie der von der Regelung betroffene Personenkreis nicht erkennbar sind.[20]

Hierbei ist unerheblich, ob die arbeitsvertragliche Regelung ausdrücklich oder konkludent durch Bekanntgabe der Einführung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber und widerspruchslose Weiterarbeit der Arbeitnehmer mit den betroffenen Arbeitnehmern getroffen wurde. Auch bei der konkludenten Vertragsänderung müssen Gründe, Beginn, zeitlicher Umfang und das voraussichtliche Ende der Kurzarbeit für die Arbeitnehmer erkennbar sein.[21]

Ein weiterer Unwirksamkeitsgrund kann sich aus dem Fehlen einer Ankündigungsfrist ergeben. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat dies für eine Rahmenvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit als notwendig erachtet.[22]

- **Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage**

In Betrieben mit Betriebsrat besteht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von Kurzarbeit. Wird die Kurzarbeit ohne Beteiligung des Betriebsrats eingeführt, sind mit den betroffenen Arbeitnehmern abgeschlossene individuelle Regelungen unwirksam.

Fehlt in Betrieben mit Betriebsrat eine Vereinbarung zur Kurzarbeit, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Kurzarbeit nicht wirksam eingeführt wurde. Etwas anderes gilt, wenn eine zwingende tarifvertragliche Regelung zur Einführung der Kurzarbeit existiert. Eine solche Regelung schließt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus und sperrt vorbehaltlich einer tarifvertraglichen Öffnungsklausel den Abschluss einer Betriebsvereinbarung, §§ 77 Abs. 3 S. 1, 87 Abs. 1 BetrVG.

Existiert eine betriebsverfassungsrechtliche Regelung zur Einführung von Kurzarbeit, ist zu prüfen, ob es sich um eine echte, dem strengen Schriftformerfordernis unterliegende Betriebsvereinbarung oder lediglich eine formlos mögliche Regelungsabrede handelt. Letztere wahrt zwar das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, durch sie kann mangels normativer Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse aber keine Kurzarbeit angeordnet werden. Es bedarf dann zusätzlicher Vereinbarungen mit den betroffenen Arbeitnehmern.[23]

Umgekehrt ist in Betrieben mit Betriebsrat zu prüfen, ob eine abgeschlossene Betriebsvereinbarung alle in Kurzarbeit tatsächlich tätig gewordenen Arbeitnehmer erfasst. Leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG werden nämlich nicht von dem Anwendungsbereich des BetrVG erfasst, so dass es gesonderter Vereinbarungen bedarf, um Kurzarbeit bei dieser Personengruppe einzuführen.[24]

Inhaltlich muss eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit, die sich ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmungen von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer.[25]

- **Tarifvertrag als Rechtsgrundlage**

Ergibt die Due Diligence, dass in dem Zielobjekt Kurzarbeit aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung eingeführt wurde, ist vorab zu prüfen, ob eine Tarifbindung besteht beziehungsweise der Tarifvertrag durch arbeitsvertragliche Bezugnahme überhaupt zur Anwendung kommt.

Die inhaltlichen Anforderungen an die Wirksamkeit tarifvertraglicher Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit sind im Detail noch ungeklärt. Sie dürften sich jedoch an den Wirksamkeitsvoraussetzungen von Betriebsvereinbarungen zur Einführung von Kurzarbeit orientieren. Regelmäßig enthalten Tarifverträge daher Öffnungsklauseln zugunsten einer entsprechenden Betriebsvereinbarung. Eine tarifvertragliche Regelung zur Einführung von Kurzarbeit, die dem Arbeitgeber vo-

18 Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 47 Rn. 7; Bauer/Günther: Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit. In: Betriebs-Berater 2009, S. 662–667 (664).
19 Kleinebrink: Arbeitsrechtliche Grundlagen für die Einführung von Kurzarbeit. In: Arbeitsrechts-Berater 2020, S. 221–224 (221).
20 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07. 10. 2010, 2 Sa 1230/10.
21 In diese Richtung LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.10.1994, 10 Sa 1194/94; so auch Kleinebrink: In: Arbeitsrechts-Berater 2020, S. 221–224 (223).
22 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07. 10. 2010, 2 Sa 1230/10; so auch Kleinebrink: In: Arbeitsrechts-Berater 2020, S. 221–224 (223).

23 BAG, Urteil vom 14.02.1991, 2 AZR 415/90.
24 Kleinebrink: In: Arbeitsrechts-Berater 2020, S. 221–224 (222).
25 BAG, Urteil vom 18.11.2015, 5 AZR 491/14.

raussetzungslos erlaubt, einseitig Kurzarbeit anzuordnen ist in jedem Fall unwirksam.[26]

### 3.2. Sozialversicherungsrechtliche Due Diligence

Im Fokus der sozialversicherungsrechtlichen Dimension der Due Diligence steht die Überprüfung des Anerkennungsbescheids zum Kurzarbeitergeld und die jeweiligen Leistungsbescheide zur Gewährung des Kurzarbeitergeldes nebst den korrespondierenden Antragsunterlagen.

**(1) Überprüfung des Anerkennungsbescheids**
Ein bestandskräftiger Anerkennungsbescheid zu Kurzarbeitergeld nach § 99 Abs. 3 SGB III enthält die bindende Feststellung, dass ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ferner beinhaltet er die Zusicherung, dass bei Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen und fristgerechter Antragsstellung das Kurzarbeitergeld gewährt wird.[27] Der Anerkennungsbescheid vermittelt zunächst Rechtssicherheit.

Die Arbeitsagenturen prüfen die Kurzarbeitergeld-Anträge allerdings nur auf Plausibilität. Eine dezidierte Prüfung erfolgt in der Regel nach Ablauf des Abrechnungszeitraums. Beruht der Anerkennungsbescheid auf fehlerhaften Angaben, kann er gemäß §§ 45 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 SGB X in Verbindung mit § 330 Abs. 2 SGB III mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden.[28] Zudem sieht § 108 Abs. 3 SGB III bei rechtswidrigen Anerkennungsbescheiden eine besondere Regressmöglichkeit für Fälle des vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Arbeitgeberhandelns vor, ohne den Bescheid aufheben zu müssen.[29]

Bei der sozialversicherungsrechtlichen Due Diligence ist es folglich trotz Vorliegen eines Anerkennungsbescheids erforderlich, die Anspruchsvoraussetzungen des Kurzarbeitergeldes zu überprüfen. Gemäß § 95 SGB III haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall (§ 95 S. 1 Nr. 1 SGB III) vorliegt, die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 95 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 SGB III) und der Arbeitsausfall der Bundesagentur angezeigt worden ist (§ 95 S. 1 Nr. 4 SGB III). In verfahrensrechtlicher Hinsicht muss ferner rechtzeitig ein Leistungsantrag gestellt worden sein.

- **Erheblicher Arbeitsausfall**

Ein Arbeitsausfall ist erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und unvermeidbar ist und im jeweiligen Anspruchszeitraum mindestens ein Drittel der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10% ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist, § 96 Abs. 1 SGB III. Im Zuge der Corona-Pandemie wurde die Schwelle der von dem Entgeltausfall betroffenen Arbeitnehmer für den Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 31. Dezember 2020 gemäß § 1 Nr. 1 KuGV von einem Drittel auf 10% abgesenkt.[30]

Der Schwerpunkt der Due Diligence wird darauf liegen, die Gründe für den Arbeitsausfall zu hinterfragen und zu überprüfen, ob im Vorfeld Maßnahmen zur Vermeidung des Arbeitsausfalls getroffen worden sind.

Behördlich angeordnete Betriebsschließungen aufgrund der Pandemiesituation stellen unabwendbare Ereignisse im Sinne des § 96 SGB III dar. Gleiches gilt für bei Auftragsmängeln, Absatzschwierigkeiten, Kundenrückgang[31] und für Produktionsschwierigkeiten wegen fehlender Zulieferungen, die auf die Corona-Pandemie zurückzuführen sind.[32] Eine behördliche Betriebsschließung ist anhand des ergangenen Bescheides überprüfbar. Beruht der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Gründen, ist zumindest eine Plausibilitätskontrolle dahingehend durchzuführen, ob die Kurzarbeit tatsächlich auf die Corona-Pandemie zurückzuführen ist. Ist das Transaktionsobjekt in einer Branche tätig, die in besonderem Maße von der Corona-Pandemie und den damit einhergehenden Schutzmaßnahmen betroffen ist (beispielsweise Gastronomie- und Hotelbetriebe), ist die Wahrscheinlichkeit, dass die materiellen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld vorgelegen haben, gegebenenfalls höher als bei Transaktionsobjekten, die zu den finanziellen Profiteuren der Corona-Pandemie gehören. Eine Kontrolle der Auftragslage in der Vergangenheit kann weiteren Aufschluss geben. War bereits vor der Corona-Pandemie ein Auftragsrückgang zu verzeichnen, kann dies gegen einen erheblichen Arbeitsausfall sprechen.[33]

In Bezug auf die Maßnahmen zur Verhinderung des Arbeitsausfalls ist in jedem Fall zu prüfen, ob vor Einführung der Kurzarbeit Erholungsurlaub gewährt und etwaige Guthaben auf Arbeitszeitkonten abgebaut wurden. Die Agenturen für Arbeit verlangen, dass jedenfalls der Vorjahresurlaub aufgebraucht wurde. Ein Aufbau negativer Arbeitszeitsalden ist gemäß § 1 Nr. 2 KuGV vom 25. März 2020 für die Zeit vom 1. März 2020 bis 31. Dezember 2020 entgegen der Regelung in § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht erforderlich.[34]

Zudem ist es empfehlenswert zu überprüfen, ob den Arbeitnehmern des Transaktionsobjekts im Vorfeld umfassende Aufräumarbeiten oder andere Tätigkeiten zugewiesen worden sind, um einen Arbeitsausfall zu verhindern.

26 BAG, Urteile vom 27.01.1994, 6 AZR 541/93 und 18.10.1994, 1 AZR 503/93; Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 47 Rn. 3.
27 BSG, Urteil vom 14.09.2010, B 7 AL 21/09 R.
28 Gagel/Bieback: SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 99 Rn. 69.
29 Zieglmeier/Rittweger: In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, S. 685–690 (688).
30 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I S. 595.
31 Koch, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 48 Rn. 3 mwN.
32 Fachliche Weisung zum Kurzarbeitergeld Randziff. 96.14, abrufbar unter www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2020); Schmidt, Erste Hilfe bei Kurzarbeit in Zeiten von Corona 2020, V. Nr. 2.
33 Zieglmeier/Rittweger: In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, S. 685–690 (690).
34 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I S. 595.

- **Betriebliche und persönliche Voraussetzungen**

Kurzarbeitergeld kann für alle Betriebe oder Betriebsabteilungen beantragt werden. Entscheidend ist lediglich, dass die Schwellenwerte für den Arbeits- und Entgeltausfall erreicht wurden.

Persönliche Voraussetzung für den Bezug des Kurzarbeitergeldes ist der Bestand eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. § 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III verlangt, dass nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung nach § 25 SGB III fortgesetzt beziehungsweise eine solche Beschäftigung aus zwingenden Gründen aufgenommen wird.

Nicht zu den versicherungspflichtig Beschäftigten zählen insbesondere geringfügig Beschäftigte. Weiter von dem Kurzarbeitergeld ausgeschlossene Personengruppen finden sich in § 98 Abs. 3 und 4 SGB III.

Freie Mitarbeiter sind ebenfalls keine versicherungspflichtig Beschäftigte. Gerade in Branchen, in denen zur Personalbeschaffung auf Freiberufler zurückgegriffen wird, sollten im Zuge der Due Diligence die Verträge der Kurzarbeiter eingesehen werden, um einen Missbrauch des Kurzarbeitergeldes ausschließen zu können.

**(2) Überprüfung der Leistungsbescheide**

Bei der Prüfung der Leistungsgewährung ist zunächst festzustellen, ob die Leistungsbescheide unter Vorbehalt ergangen sind. Ist dies der Fall, werden die Bescheide mit Eintritt des Vorläufigkeitsvorbehalts gegenstandslos und der Arbeitgeber hat die zu Unrecht erhaltenen Leistungen zu erstatten, § 328 Abs. 3 S. 2 SGB III.

Bei einem vorbehaltslosen Bescheid gegen den Arbeitgeber besteht ein Schadensersatzanspruch, wenn das Transaktionsobjekt seine Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten verletzt, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt, § 321 Nr. 3 in Verbindung mit § 320 Abs. 1 SGB III.

Fehler im Leistungsverfahren haben regelmäßig ein nicht so hohes Haftungspotenzial. Im Rahmen der Due Diligence sollte – jedenfalls stichprobenartig – geprüft werden, ob die im Leistungsantrag angegebenen Ausfallstunden mit den Stundenaufzeichnungen der Arbeitnehmer zu den Abrechnungsmonaten übereinstimmen. In diesem Zusammenhang können Anhaltspunkte für unzulässige Mehrarbeit während des Bezugszeitraums oder sogar Missbrauch des Kurzarbeitergelds aufgedeckt werden. Solche können sich auch aus (außer-)gerichtlichen Lohnforderungen von Mitarbeitern gegenüber dem Transaktionsobjekt ergeben.

Des Weiteren sollte geprüft werden, ob das Transaktionsobjekt seinen Mitteilungspflichten in Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen (§ 98 SGB III) für das Kurzarbeitergeld nachgekommen ist und sämtliche während des Bezugszeitraums abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarungen und ausgesprochenen Kündigungen von Arbeitsverhältnissen angezeigt hat. Denn im Falle des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages oder der Aussprache einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses fehlt es an den persönlichen Bezugsvoraussetzungen. Im Falle einer Kündigung ist unerheblich, ob diese seitens des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers erklärt wurde.[35]

## 4. Zusammenfassung

Erwerber sollten beim Transaktionsobjekt eine Schwerpunkt-Due-Diligence zur Kurzarbeit durchführen. Die Due Diligence sollte angesichts der hohen Risiken, die sich aus der Verzahnung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Regelungen ergeben, insbesondere die Überprüfung der rechtswirksamen Einführung der Kurzarbeit sowie der Voraussetzungen des Anerkennungsbescheids zum Gegenstand haben. Zudem sollte die Due Diligence darauf abzielen, Missbrauchsfälle beim Bezug vom Kurzarbeitergeld aufzudecken beziehungsweise ausschließen zu können.

Bei einer Überprüfung des Leistungsverfahren kann sich der Prüfungsumfang der Due Diligence unter Umständen reduzieren, da einzelne Abrechnungsfehler regelmäßig ein geringeres Haftungspotenzial aufweisen. Fehler im Leistungsverfahren können allerdings Anhaltspunkte für einen missbräuchlichen Bezug von Kurzarbeitergeld liefern.

Unabhängig von dem Ergebnis der Due Diligence ist das Vorliegen der Voraussetzungen für den Bezug zum Kurzarbeitergeld durch Garantien im Unternehmenskaufvertrag abzusichern.

35 BSG, Urteil vom 21.11.2002, B 11 AL 17/02 R; Gagel/Bieback: SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 98 Rn. 37.

**Dr. André Bienek** ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der auf Immobilien- und Unternehmenstransaktionen spezialisierten Kanzlei ROTTHEGE I WASSERMANN mit Sitz in Essen und Düsseldorf. Er berät u.a. bei Unternehmenstransaktionen und -umstrukturierungen. a.bienek@rotthege-wassermann.de