

Achtung: Bundesagentur für Arbeit lehnt Kurzarbeitergeld nur noch für Krankenhäuser ab. Grundsätzliche Berechtigung für Vertragsärzte und weitere Leistungserbringer wird nun bejaht!

- näheres siehe unten -

Kurzarbeit – auch in Arztpraxen möglich

Die Coronakrise zeigt ihre Auswirkungen. Arztpraxen, die keine potentiellen Coronapatienten zu versorgen haben, beklagen zunehmend die Verringerung von Patientenzahlen. Das bedeutet letztendlich einen Rückgang der Auslastung und damit der zu erzielenden Einnahmen. Um Verluste zu reduzieren, besteht grundsätzlich die Möglichkeit auch für Arztpraxen, die Kurzarbeitsregelung in Anspruch zu nehmen.

Der Rückgang von Patientenzahlen kann durchaus den Bezug von Kurzarbeitergeld als unabwendbares Ereignis rechtfertigen. Die endgültige Entscheidung obliegt hier jedoch der Bundesagentur für Arbeit im Einzelfall. Sofern Kurzarbeit angemeldet werden soll, muss zum einen mit den betroffenen Mitarbeitern eine entsprechende Regelung vereinbart bzw. im Fall der einseitigen Anordnung von Kurzarbeit auf widerspruchslose Hinnahme vertraut werden. Zum anderen muss eine Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit erstattet werden. Ab April 2020 soll es hierzu sodann ein beschleunigtes Verfahren geben. Die gesetzliche Grundlage hierfür ist bereits geschaffen, eine entsprechende Verordnung mit den Einzelheiten steht noch aus. Bislang gelten somit noch die bisherigen Regelungen. Es kann sich jedoch gegebenenfalls lohnen, die Neuregelung abzuwarten. Bei einer Antragstellung ab April 2020 sollen nach dem derzeitigen Stand im Gegensatz zu der derzeitigen Regelung zur Kurzarbeit die Beiträge zur Sozialversicherung für den ausfallenden Teil des Entgeltes durch die Bundesagentur für Arbeit getragen werden. Besondere Vorsicht ist jedoch bei Arbeitnehmern geboten, die oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 6.900,- € verdienen. Hier kommt häufig der Bezug von Kurzarbeitergeld allenfalls in geringem Umfang in Betracht.

Dazu im Einzelnen:

Kurzarbeit kann arbeitgeberseits nur dann einseitig angeordnet werden, wenn sich hierzu eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag oder im Tarifvertrag findet. Dieses ist im Bereich von Arztpraxen regelmäßig nicht der Fall. Eine solche Vereinbarung kann auch noch nachträglich getroffen werden. Alternativ kann die Kurzarbeit einseitig angeordnet werden. Soweit die Arbeitnehmer nicht widersprechen, ist von einer einseitigen Änderung des Arbeitsvertrages bezüglich der konkreten Kurzarbeitsphase konkludent auszugehen, wie das LAG Düsseldorf mit Urteil vom 14.10.1994, 10 Sa 1194/94 entschieden hat.

Besteht Einigkeit bezüglich der Anordnung von Kurzarbeit entfällt die Pflicht zur Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer und die Pflicht zur Zahlung der Vergütung durch den Arbeitgeber im Umfang der Arbeitszeitreduzierung, sofern die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld vorliegen. Hierzu muss ein Wegfall von Patienten vorliegen, der eine Reduzierung der Arbeitszeit in einem Umfang von mindestens 10 % der monatlich zu erbringenden Arbeitszeit bei mindestens einem Drittel der Mitarbeiter vorliegen. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen verweisen wir auf das Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/merkblatt-8a-kurzarbeitergeld_ba015385.pdf. Es steht zu erwarten, dass dieses Merkblatt zeitnah angesichts der Neuregelung überarbeitet werden wird.

Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist eine entsprechende Anzeige des Arbeitgebers an die Bundesagentur für Arbeit. Das notwendige Formular ist über den Internetauftritt der Bundesagentur für Arbeit abrufbar. Hier ist insbesondere der Arbeitsausfall im Einzelnen darzulegen. Die Betroffenen Arbeitnehmer können sodann für die Zeiten der Kurzarbeit Kurzarbeitergeld beantragen. Dieses beträgt regelmäßig 60 % des bisherigen auf die reduzierte Arbeitszeit entfallenden Nettoentgeltes. Hierzu gibt es eine Pauschalierung aufgrund Rechtsverordnung. Zu beachten ist jedoch, dass bei Arbeitnehmern, die regelmäßig Entgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze beziehen, ein Anspruch auf Zahlung von Kurzarbeitergeld erst dann besteht, wenn die Arbeitszeit so weit reduziert wird, dass das nach der Arbeitszeitreduzierung zu zahlende Brutto-Entgelt unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 6.900,- € liegt. Die Höhe des Kurzarbeitergeldes würde sich sodann an der Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Brutto-Entgelt und der Höhe der Beitragsbemessungsgrenze orientieren. Letztendlich wird daher der Bezug von Kurzarbeitergeld für Arbeitnehmer wie z.B. Ärzte, deren Brutto-Entgelt regelmäßig oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze liegt, häufig nicht in Betracht kommen.

Das ändert jedoch dann, wenn Kurzarbeit rechtswirksam vereinbart worden ist, nichts an der Suspendierung der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung für den reduzierten Arbeitszeitumfang. Im Endeffekt erhält der Arbeitnehmer daher im Fall der Kurzarbeit lediglich ein Brutto-Entgelt maximal bis zur Höhe der Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 6.900,- €.

Voraussetzung für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist weiterhin nach § 96 SGB III u.a. ein Arbeitsausfall aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses oder aus wirtschaftlichen Gründen. Da nach § 96 Abs. 4 SGB III Arbeitsausfall z.B. dann vermeidbar ist, wenn eine Freistellung aufgrund Arbeitszeitguthaben oder durch Urlaubsgewährung möglich ist, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzung bereits schon vorliegen. Die Entscheidung über die Gewährung von Kurzarbeitergeld trifft letztendlich die zuständige Bundesagentur für Arbeit. Das Risiko im Fall der Nichtgewährung trägt der Arbeitgeber, der dann die Löhne trotz Kurzarbeit an die Arbeitnehmer auszahlen muss. Bei arbeitsvertraglich wirksamer Vereinbarung von Kurzarbeit reduziert sich die Zahlungsverpflichtung jedoch lediglich auf die Höhe des für die Bemessung von

Kurzarbeitergeld zu berücksichtigenden Entgeltes. Es empfiehlt sich daher, eine rechtzeitige Abstimmung mit der Bundesagentur für Arbeit vorzunehmen.

Zukünftig soll die Mindestanzahl für die betroffenen Mitarbeiter von einem Drittel auf 10 % der Gesamtzahl der Arbeitnehmer gesenkt werden. Weiterhin soll auf den Aufbau von Negativsalden in Arbeitszeitkonto, wo dieses arbeitsvertraglich möglich wäre, verzichtet werden. Außerdem soll die Kurzarbeit auch für Unternehmen der Zeitarbeit möglich sein.

Hervorzuheben ist jedoch insbesondere die geplante Regelung, dass die derzeit auch im Fall der Kurzarbeit noch durch den Arbeitgeber für das ausfallende Entgelt zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge zukünftig, d.h. voraussichtlich ab April 2020 bis zu nächst Ende Dezember 2020, durch die Bundesagentur für Arbeit zu tragen sind.

Ergänzung

Nach Mitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sollen die erleichterten Regelungen zur Kurzarbeit nicht erst ab April 2020, sondern bereits rückwirkend ab dem 01. März 2020 gelten. Dementsprechend können Anträge auf das verbesserte Kurzarbeitergeld bereits ab sofort gestellt werden. Voraussetzung bleibt jedoch, dass die hierzu erforderliche Verordnung erlassen wird. Diese soll in Kürze erfolgen.

Soweit Auszubildende von der Kurzarbeit betroffen sein sollten, wird darauf hingewiesen, dass für diese in jedem Fall zunächst in Anwendung von § 19 Abs. 1 Nr. 2 BBiG für einen Zeitraum von sechs Wochen eine vollständige Zahlung der Ausbildungsvergütung gesetzlich geregelt ist. Sofern über den Zeitraum von sechs Wochen hinaus eine Ausbildung wegen der Kurzarbeit nicht oder nicht vollständig möglich ist, so sollte eine Abstimmung mit der zuständigen Stelle (z.B. Ärztekammer oder Zahnärztekammer) bezüglich der weiteren Gestaltung der Ausbildung herbeigeführt werden. Im Ausnahmefall kommt dann auch eine Gewährung von Kurzarbeitergeld nach Ablauf des Sechs-Wochen-Zeitraums in Betracht.

Bundesagentur für Arbeit einstweilen contra Kug Krankenhäuser

Zwischenzeitlich lag eine fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit mit dem Az.: 75095 / 7506 vor. Dort wurde ausgeführt, dass auch Leistungserbringer im Gesundheitssystem Anspruch auf Kurzarbeitergeld (Kug) haben können. Das entsprach dem bisherigen Stand der Arbeitsanweisungen. Auch ist das die konsequente Schlussfolgerung aus der Privilegierung nach § 421c SGB III. Nach dieser Bestimmung wird u. a. bei einer Tätigkeit in medizinischen Bereichen das dort erzielte Entgelt nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet. Diese Regelung setzt voraus, dass Leistungserbringer Kurzarbeit in Anspruch nehmen können. Andernfalls gäbe es faktisch kein Bedürfnis für diese Regelung. Zudem ist es auch wirtschaftlich sinnvoll, bei nicht ausgelastetem Personal, Betriebsbelastungen zu mindern. Darin liegt dann neben den diversen weiteren Förderungen wie Soforthilfen, Stundungsregelungen, KfW-Kredite etc. ein weiterer Baustein, um die jetzige Phase zu überstehen. Die weiteren Regelungen nach dem Schutzschirm z. B. nach § 21 KHG, §§ 87a Abs. 3b, 87b Abs. 2a SGB V sowie auf der Grundlage der §§

5 Abs. 2 Nr. 7, 56 IfSchG sind dann Regelungen mit abweichendem Zweck. Das Kug soll Arbeitslosigkeit vorbeugen, obgleich keine ausreichenden Aufträge vorliegen mit Begrenzung auf Lohnteile, die Schutzschirmregelungen sollen die Verfügbarkeit von Versorgungsleistungen unterstützen und Vorhaltekosten dafür finanzieren. Beides schließt sich nicht aus, sondern ergänzt einander. Zwar sind insgesamt noch keine vollständig durchdachten Regelungen zur Abwendung einer Überkompensation vorhanden. Allerdings ist kaum ein Szenario ersichtlich, in welchem ein Unternehmer gerade wegen Kurzarbeitergeld nun besser stehen würde als vor einem Jahr. Dafür fallen die übrigen Leistungen regelmäßig zu gering aus.

Gleichwohl hatte die Bundesagentur für Arbeit vorübergehend verfügt, dass die Bestimmungen des § 87a Abs. 3b SGB V und des § 21 KHG dazu führen, dass sie keinen Raum für Kurzarbeitergeld belassen würden. Das wird auf den Gedanken gestützt, dass darin eine Betriebsausfallversicherung liegen würde. Dazu ist anzumerken, dass die bisherigen Weisungen eine Betriebsausfallversicherung nicht berücksichtigen. Es gibt nur den Fall einer Betriebsunterbrechungsversicherung (vgl. Fachliche Weisungen idF vom 20.12.2018, S. 10). Eine solche Betriebsunterbrechungsversicherung wird aber nur relevant, wenn es um die Frage der Voraussetzung des Entgeltausfalls geht, die den Anspruch nach § 95 Nr. 1 SGB III ausschließen. Haben die Arbeitnehmer Ansprüche auf Fortzahlung des Entgeltes soll kein Kug gewährt werden. Trotz Betriebsunterbrechungsversicherung ist die Gewährung aber bisher möglich gewesen, wenn der Entgeltanspruch aus anderen Gründen entfällt. Dazu gehört der klassische Fall einer Betriebsvereinbarung oder einer Vereinbarung mit den einzelnen Arbeitnehmern über die Anordnung von Kurzarbeit.

Mithin: nach dem bisherigen Stand der Gesetzesregelungen und der Weisungen sowie der inneren Logik der Unterstützungen im Fall unabwendbarer Ereignisse war die Weisung nicht nachzuvollziehen. Würde ein Unternehmen unter Berücksichtigung sämtlicher Leistungen anlässlich der Epidemie besser stehen, könnte man zwar Überlegungen zur Vermeidung einer Überkompensation verstehen. Allerdings erscheint dieser Fall bisher theoretisch. Auf die Frage, wie einer solchen Überkompensation entgegengetreten werden könnte, kommt es also nicht an. Sofern gleichwohl Zweifel bestünden, würde zudem nicht die völlige Versagung das Mittel der Wahl sein, sondern eine vorläufige Gewährung nach § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III. Dann lässt sich im Nachgang erläutern, dass aufgrund abweichender Zwecksetzung und nicht ausreichender Deckungen keine überschießende Finanzierung zu befürchten ist. Das würde auch den für die Arbeitnehmer kontraproduktiven Effekt vermeiden, gekündigt zu werden. Dann würden nämlich volle Ersparnisse bei den Kosten eintreten und die sonstigen Unterstützungsleistungen aber gleichwohl nicht in Frage gestellt.

Aktualisierung der Weisung

Zutreffend hat deswegen die Bundesagentur ihre Erwägungen überarbeitet und unter dem 07.05.2020 die

Weisung 202005005 vom 07.05.2020 – Kurzarbeitergeld an Leistungserbringer im Gesundheitswesen

veröffentlicht. Die zentrale Aussage dort:

Das Kurzarbeitergeld als Sozialleistung zur Stabilisierung von Beschäftigungsverhältnissen ist hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen nicht mit den Schutzschirmregelungen vergleichbar. Bei Vorliegen der Voraussetzungen nach §§ 95ff. SGB III besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Bis auf die Leistungen für Krankenhäuser gibt es keine Überschneidungen im Anwendungsbereich (s. nachstehend Ziffer 2.2). Eine Anrechnung ist daher rechtlich nicht möglich.

Danach können, mit Ausnahme von Krankenhäusern, die übrigen Leistungserbringer Kurzarbeitergeld erhalten.

Die Entscheidung ist, soweit sie die übrigen Leistungserbringer betrifft, zutreffend. Dort wird sich ein Anrechnungsproblematik ggf. auf die Schutzschirmleistungen verlagern. Allerdings ist auch dort die zutreffende Erkenntnis von den funktionalen Unterschieden zu würdigen, die einer Anrechnung entgegenstehen. Soweit es die Krankenhäuser betrifft, ist die Entscheidung widersprüchlich. Qualitativ bestehen die gleichen Unterschiede, wie sie für die übrigen Schutzschirmregelungen für die sonstigen Leistungserbringer festzustellen sind. Das bietet also zusätzliche Gründe, auch bei den Krankenhäusern darzulegen, dass eine undifferenzierte Versagung nicht gerechtfertigt ist.

Von Kug-Anträgen muss infolgedessen nicht abgesehen werden. In Betracht kommen mag die Akzeptanz eines Nachrangs bei Aufrechterhaltung einer vorläufigen Gewährung, um dann den Nachweis zu führen, dass trotz sonstiger Leistungen Kurzarbeit unvermeidbar war. Ob sodann im Fall der Versagung, die nicht an das Gesetz anknüpfen kann, ggf. einstweilige Rechtsschutzmaßnahmen zu ergreifen wären, ist Sache des Einzelfalls.

Vorbehaltlich individueller Umstände kann damit Folgendes festgehalten werden:

- Das Kug-Recht (§§ 95 ff SGB III) sieht keine Tatbestandsvoraussetzung vor, die per se eine Versagung rechtfertigen, nur weil anderweitiger staatlicher Unterstützungsleistungen anlässlich Corona gewährt werden. Auch der nun in der Weisung vom 07.05.2020 gewählte Ansatzpunkt ist unzutreffend. Dort wird darauf abgestellt, ob das Betriebsrisiko anderweitig aufgefangen worden ist. Das ist aber – zutreffenderweise – nach der bisherigen Rechtsprechung nicht maßgeblich. Diese fragte nur, ob das Betriebsrisiko hätte vernünftigerweise aufgefangen werden können (BSG, Urt. v. 11.12.2014, [B 11 AL 3/14 R](#), Rn.16). Maßgeblich ist danach:
- *Die Verwirklichung solcher Risiken, die der wirtschaftlichen Betätigung von vornherein innewohnen und die anders als die beispielhaft genannten ungewöhnlichen Witterungsereignisse oder behördlichen Maßnahmen nicht von außen auf den Betrieb einwirken, sind deshalb nicht als unabwendbares Ereignis anzusehen*
- Zu solchen Risiken gehört Corona indes aber nicht. Privat absicherungsfähige und – wie hier – nicht absicherungsfähige, indes durch sonstige staatliche Maßnahmen adressierte Risiken sind zu unterscheiden. Dementsprechend gibt es verschiedene Spezialregelungen z. B. im Infektionsschutzrecht oder auf der Grundlage des § 116 SGB X, die zu einem Übergang von Ansprüchen gegen Dritte auf die BA führen. Daraus folgt erstens, dass sonstige Leistungen die Versagung nicht generell rechtfertigen. Zweitens folgt daraus, dass bestenfalls ein Übergang von Ansprüchen auf die BA in Betracht kommt, wenn und soweit dies ausdrücklich geregelt ist.
- Fehlen spezielle Bestimmungen, ist eine Versagung ohne Rechtsgrundlage und das selbst dann rechtswidrig, wenn theoretisch eine Überkompensation zu befürchten wäre. Das erscheint „falsch“, hat aber seinen tieferen Sinn. Angesichts der sehr unterschiedlichen Funktionen von Unterstützungsmaßnahmen ist es keineswegs selbstverständlich, welche Maßnahmen sich ergänzen und welche zu überschießender Unterstützung führen. Erst Recht ist es nicht selbstverständlich, was subsidiär ist: das Kug oder die sonstige staatliche Unterstützung. Dazu bedarf es ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen statt eines unregulierten Behördenwettlaufes, wer schneller in der Versagung zustehender Rechte ist.
- Für Unterstützungsleistungen zugunsten der Krankenhäuser, ist dazu festzuhalten, dass diese nicht generell auf eine Vollkompensation ausgerichtet sind. Sie erfassen nicht sämtliche Fälle und Krankenhausleistungen, wie sie auch der Höhe keinen vollständigen Ausgleich bieten. Auch insofern kann zum jetzigen Zeitpunkt ungeachtet der fehlenden rechtlichen Grundlage keine „Überdeckung“ festgestellt werden. Deswegen treffen für die Krankenhäuser genau die gleichen Gründe zu, wie sie die Bundesagentur nun für die anderen Schutzschirmregelungen als Argumente zugunsten der Gewährung von Kurzarbeitergeld angeführt hat. Bei vollständiger Kenntnisnahme der jeweiligen Funktionen, Inhalte und Ausgestaltungen der Schutzschirmregelungen kann deswegen die Versagung bei den Krankenhäusern schon dem Grunde nach einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Eine vollständige oder auch nur teilweise Versagung mit endgültiger Wirkung ist auch hier zum jetzigen Zeitpunkt weder gerechtfertigt noch notwendig.

Tanja Koopmann-Röckendorf, LL.M. oec.
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Sozialrecht

Dr. Andreas Penner
Rechtsanwalt