

– Fachbeitrag D17-2020 –

26.06.2020

## **Anspruch auf Kurzarbeitergeld für Beschäftigte im Rahmen eines Budgets für Arbeit<sup>1</sup>**

*Von Philipp Jahn, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

### **I. Einleitung**

Um den schrittweisen Übergang von den Werkstätten für behinderte Menschen (WfbM) in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu erleichtern und somit den Arbeitsmarkt inklusiver zu gestalten hat der Gesetzgeber u. a. das Budget für Arbeit normiert.<sup>2</sup> Die Beschäftigten im Rahmen eines Budgets für Arbeit treten hierbei so am allgemeinen Arbeitsmarkt auf, dass sie in wirtschaftlich angespannten Zeiten wie die übrigen Beteiligten auch auf soziale Unterstützungsleistungen angewiesen sein können. Insbesondere im Zusammenhang mit staatlichen Infektionsschutzmaßnahmen wegen des SARS-CoV-2-Virus ist es zu vorübergehenden Betriebsschließungen, Auftragsrückgängen bzw. Lieferschwierigkeiten gekommen, die Fragen zur Überbrückung dieser Ausnahmesituation aufwerfen.<sup>3</sup>

Als Instrument gegen drohende Entlassungswellen und Massenarbeitslosigkeit sieht das deutsche Arbeitsförderungsrecht die Möglichkeit von Kurzarbeit vor. Die Gewährung von Kurzarbeitergeld soll bei konjunkturell bedingten Arbeitsausfällen der Verminderung von Arbeitslosigkeit sowie der Stabilisierung bestehender Beschäftigungsverhältnisse

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag D17-2020 in der Kategorie D: Konzepte und Politik veröffentlicht; Zitiervorschlag: Jahn: Anspruch auf Kurzarbeitergeld für Beschäftigte im Rahmen eines Budgets für Arbeit; Beitrag D17-2020 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 26.06.2020.

<sup>2</sup> Grundlegend zum Budget für Arbeit: Mattern, Das Budget für Arbeit – Diskussionsstand und offene Fragen – Teil I bis Teil III, Beiträge D5-2020 bis D7-2020 unter [reha-recht.de](http://reha-recht.de); Schaumberg, Das Budget für Arbeit – Erste Überlegungen zur Anwendung in der Praxis; Beitrag A8-2018; Theben, Das Budget für Arbeit oder (Irr)Wege aus der Werkstatt; Beitrag A3-2018, Schimank, Das Budget für Arbeit im Bundesteilhabegesetz – Teil 2: Öffentliche Anhörung und abschließende Beratung im Ausschuss für Arbeit und Soziales sowie 2. und 3. Lesung im Bundestag; Beitrag D60-2016, Nebe/Schimank, Das Budget für Arbeit im Bundesteilhabegesetz; Teil 1: Darstellung der Entwicklung und kritische Betrachtung bis zur Befassung im Bundesrat, Beitrag D47-2016.

<sup>3</sup> Verschiedene Problemlagen, die sich im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie für Menschen mit Behinderung ergeben, wurden im Rahmen der moderierten Online-Diskussion „Fragen-Meinungen-Antworten“ diskutiert, siehe hierzu <https://fma.reha-recht.de/index.php/Board/149-Menschen-mit-Behinderungen-in-der-Corona-Krise/>, zuletzt geprüft am 25.06.2020.

dienen.<sup>4</sup> Ziel ist es also, den Arbeitnehmenden die Arbeitsplätze und den Betrieben ihre eingearbeiteten Arbeitnehmenden zu erhalten.<sup>5</sup> Für die behinderten Menschen, welche mit einem Budget für Arbeit gefördert werden, steht bei der äußerst praxisrelevanten Frage nach einem Anspruch auf Kurzarbeitergeld demnach zusätzlich die Inklusionsfestigkeit ihrer Beschäftigung auf dem Prüfstein.<sup>6</sup>

## **II. Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld bei Budgetbeschäftigten**

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld richtet sich nach den Regelvoraussetzungen des § 95 SGB III. Ein Rechtsanspruch auf Kurzarbeitergeld besteht gem. § 95 S. 1 SGB III, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, die betrieblichen sowie die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist. Diese Voraussetzungen werden in den §§ 96-99 SGB III näher konkretisiert und definiert.

Beim Kurzarbeitergeld handelt es sich um eine durch Beiträge finanzierte Entgeltersatzleistung.<sup>7</sup> Der maßgebliche Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist folglich das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis als persönliche Voraussetzung i. S. v. § 98 SGB III.

Anders als beim Insolvenzgeldanspruch<sup>8</sup> ist also nicht die Arbeitnehmereigenschaft sondern die Versicherungspflicht der Beschäftigung entscheidend.

### **1. Einordnung der BfA-Beschäftigten gem. § 25 SGB III**

Im Grundsatz fallen hierunter die Beschäftigungsverhältnisse aus § 25 I S. 1 SGB III, also in denen Personen gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Die Inanspruchnahme eines Budgets für Arbeit (BfA) gem. § 61 I SGB IX setzt dem Wortlaut nach die Aufnahme eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses bei einem privaten oder öffentlichen Arbeitgeber voraus. Die mit einem BfA beschäftigten behinderten Menschen erfüllen damit den Beschäftigungsbegriff des § 7 SGB IV. Aufgrund dessen müssten diese Beschäftigten konsequenterweise auch der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung gem. § 25 I S. 1 SGB III unterliegen. Ein fehlender expliziter Ausschluss der Budgetbeschäftigten in der Arbeitslosenversicherung, entweder in § 61 SGB IX oder § 28 SGB III, unterstützt diese These zugleich.

---

<sup>4</sup> Müller-Grüne in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., § 95 SGB III (Stand: 01.04.2020), Rn. 31.

<sup>5</sup> Bundestags-Drucksache 13/4941, S. 183.

<sup>6</sup> Zur Frage, ob WfbM-Beschäftigte Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben, siehe Theben: Kurzarbeitergeld in Werkstätten für Menschen mit Behinderungen – ausgewählte Probleme (nicht nur) in Zeiten von Corona, Beitrag D16-2020 unter reha-recht.de, 26.06.2020.

<sup>7</sup> Brand/Kühl, 8. Aufl. 2018, SGB III, § 98, Rn. 4.

<sup>8</sup> Vgl. Nebe/Waldenburger, Beitrag A10-2015, Anspruch auf Insolvenzgeld für Beschäftigte im Rahmen eines Integrationsprojektes.

Der Gesetzgeber folgte dem nicht, vielmehr nahm er an, dass die Bezieherinnen und Bezieher eines Budgets für Arbeit dem Arbeitsmarkt wegen voller Erwerbsminderung nicht zur Verfügung stünden und sich die Versicherungsfreiheit somit aus § 28 I Nr. 2 SGB III ergäbe.<sup>9</sup>

Diese Auffassung ist bereits im Gesetzgebungsverfahren auf scharfe Kritik gestoßen.<sup>10</sup> Sie bedeutete faktisch den Ausschluss im Arbeitsförderungsrecht, sodass ebenso die persönlichen Voraussetzungen i. S. v. § 98 SGB III für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld von den Budgetbeschäftigten nicht erfüllt werden könnten.

## 2. Einordnung der BfA-Beschäftigten gem. § 28 I Nr. 2 SGB III?

Grundsätzlich sind nach § 28 I Nr. 2 SGB III Personen versicherungsfrei, die wegen einer Minderung der Leistungsfähigkeit dauernd nicht mehr verfügbar sind, von dem Zeitpunkt an, an dem der zuständige Träger der Gesetzlichen Rentenversicherung volle Erwerbsminderung i. S. d. gesetzlichen Rentenversicherung (§ 43 SGB VI) festgestellt hat.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>11</sup> für § 61 SGB IX bedarf es einer solchen Feststellung nicht, die BfA-Beschäftigten gelten als voll erwerbsgemindert. Ob diese begründungslose gesetzgeberische Feststellung<sup>12</sup> als zutreffend erachtet werden kann, erscheint durchaus fraglich. Leistungsberechtigt für ein Budget für Arbeit sind gem. § 61 I SGB IX Menschen, die einen Anspruch auf Leistungen im Arbeitsbereich einer anerkannten WfbM nach § 58 I S. 1 SGB IX haben.

Eine bestehende volle Erwerbsminderung als Voraussetzung für die Aufnahme in eine WfbM lässt sich der Norm nicht entnehmen. Zwar gelten die WfbM-Beschäftigten **rentenrechtlich** gem. § 43 II S. 3 Nr. 1 SGB VI als voll erwerbsgemindert; hieraus lässt sich allerdings im Umkehrschluss für den Anspruch auf die Teilhabeleistung, die ja den Rentenbezug möglichst verhindern soll, keine entsprechende Aufnahmevoraussetzung ableiten.<sup>13</sup>

Eine solche Annahme widerspräche vielmehr dem Grundgedanken des § 56 SGB IX, wonach die Leistungen in Werkstätten für behinderte Menschen u. a. erbracht werden, um die Leistungs- und Erwerbsfähigkeit der Betroffenen zu erhalten.<sup>14</sup> Die Aufrechterhaltung der Erwerbsfähigkeit setzt denklogisch voraus, dass diese überhaupt noch

---

<sup>9</sup> Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 256; Nebe in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX Kommentar, 4. Aufl., § 61 SGB IX, Rn. 41.

<sup>10</sup> Vgl. Nebe/Schimank, Das Budget für Arbeit im Bundesteilhabegesetz – Teil 1, Beitrag D47-2016 unter reha-recht.de, 16.11.2016.

<sup>11</sup> Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 256.

<sup>12</sup> Vgl. auch Schaumberg, Das Budget für Arbeit – Erste Überlegungen zur Anwendung in der Praxis, Beitrag A8-2018 unter reha-recht.de, 11.04.2018.

<sup>13</sup> Schaumberg, Das Budget für Arbeit – Erste Überlegungen zur Anwendung in der Praxis, Beitrag A8-2018; Mattern, Das Budget für Arbeit – Diskussionsstand und offene Fragen Teil I, Beitrag D5-2020 unter reha-recht.de, 23.01.2020.

<sup>14</sup> Schaumberg, Das Budget für Arbeit – Erste Überlegungen zur Anwendung in der Praxis, Beitrag A8-2018.

vorhanden sein muss.<sup>15</sup> Ausschlaggebend für den Anspruch auf Leistungen im Arbeitsbereich einer anerkannten WfbM ist dagegen bloß die Feststellung der Werkstoffähigkeit. Ebenso wird von § 219 II S. 1 SGB IX lediglich vorausgesetzt, dass die betroffene Person ein Mindestmaß an wirtschaftlich verwertbarer Arbeitsleistung erbringen kann. Auch wenn hierfür die Erwerbsfähigkeit eingeschränkt sein kann, ist nicht zwangsläufig von einer vollen Erwerbsminderung als Voraussetzung auszugehen.

Im Übrigen belegt der Abschluss eines „sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses“ sowie dessen Vollzug, dass diese Menschen mit der Unterstützung des Budgets für Arbeit bezahlte Arbeit im Rahmen eines regulären Beschäftigungsverhältnisses erbringen und trotz ihrer individuellen Beeinträchtigung dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen.<sup>16</sup> Dass die Verfügbarkeit erst durch die Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben in Form des Budgets für Arbeit erreicht wird, ist hierbei nicht entscheidend. Schließlich soll eine – nicht notwendig vorausgesetzte – Erwerbsminderung der betroffenen Personen für gewöhnlich mit diesen Vorkehrungen überwunden werden. Den Budgetnehmenden muss in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht eine Zwischen- bzw. Übergangsrolle zugesprochen werden, da sie weder voll erwerbsgemindert noch klassisch erwerbsfähig sind.<sup>17</sup>

### III. Ausschluss aus der ALV als Verstöße gegen Diskriminierungsverbote

Da im Gesetz ein expliziter Ausschluss der BfA-Beschäftigten aus der Arbeitslosenversicherung fehlt und die Gesetzessystematik, wie dargelegt, für den vollumfänglichen Einbezug in alle Zweige der Sozialversicherung spricht, lässt sich ein Ausschluss aus der Versicherungspflicht im SGB III nicht allein auf die Gesetzesbegründung stützen. In § 61 SGB IX ist vom versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis die Rede. Ein Ausschluss vom diesem auch durch § 7 SGB IV normierten Grundsatz bedürfte einer transparenten Regelung im Gesetz. Ein solcher fehlt.

Doch selbst wenn die mit einem Budget für Arbeit geförderten behinderten Menschen in der Arbeitslosenversicherung als sonstige versicherungsfreie Personen i. S. v. § 28 I Nr. 2 SGB III gelten sollte, so wäre ein solcher Leistungsausschluss an den einschlägigen Diskriminierungsverboten zu messen. Neben dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III S. 2 GG gelten speziell im Sozialrecht die Benachteiligungsverbote der §§ 33c SGB I und 19a SGB IV. Im Rahmen des behinderungsspezifischen Benachteiligungsverbots liegt nach Ansicht des BVerfG<sup>18</sup> eine diskriminierende Benachteiligung nicht nur bei verschlechternden Regelungen vor, sondern auch bei einem Ausschluss behinderter Menschen von Entfaltung- und Betätigungsmöglichkeiten, soweit dieser Ausschluss nicht durch eine Förderungsmaßnahme

---

<sup>15</sup> Ebenda.

<sup>16</sup> Nebe in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, in: SGB IX Kommentar, 4. Aufl., § 61 SGB IX Rn. 43.

<sup>17</sup> Vertiefend bereits Nebe/Waldenburger, Budget für Arbeit, Forschungsprojekt im Auftrag des Integrationsamtes des Landschaftsverbandes Rheinland 2014, S. 196.

<sup>18</sup> BVerfG, 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 ff.

ausreichend kompensiert wird. Die Auswirkungen von ungünstigen ökonomischen Entwicklungen des Arbeitsmarktes für die betroffenen Beschäftigten abzufedern, insbesondere Arbeitslosigkeit zu vermeiden, ist Zielsetzung des SGB III. Ebenso wie Menschen ohne Behinderung können die Beschäftigten im Rahmen des Budgets für Arbeit von konjunkturellen Krisen betroffen sein. Infolgedessen muss sämtlichen Arbeitnehmerinnen und -nehmern<sup>19</sup> auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, unabhängig davon, ob diese durch Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gefördert werden, das Recht zustehen, sich einerseits am allgemeinen Arbeitsmarkt neu zu orientieren sowie andererseits durch die Eingehung eines neuen sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses ihre sozialversicherungsrechtliche Absicherung aus der bisherigen Beschäftigung zu erhalten. Ferner ist zu bedenken, dass behinderte Menschen erfahrungsgemäß in besonderem Maße von den negativen Folgen konjunkturbedingter Kurzarbeit als auch eines allgemeinen Beschäftigungsabbaus betroffen sind.<sup>20</sup>

Ein Ausschluss von den aktiven Leistungen der Arbeitsförderung, wie er vom Gesetzgeber für BfA-Beschäftigte laut BTHG-Gesetzesbegründung angedacht ist, knüpft allein an der individuellen Beeinträchtigung der Beschäftigten an. Die Bereichsausnahme vom SGB III träfe daher systematisch behinderte Menschen, knüpft mithin direkt an das verbotene Differenzierungsmerkmal der Behinderung an. Dies führt im Ergebnis zu einer benachteiligenden Ungleichbehandlung gegenüber nicht behinderten Beschäftigten.

Der Gesetzgeber begründet die Ausklammerung damit, dass die BfA-Beschäftigten beim Scheitern des Arbeitsverhältnisses einen Aufnahmeanspruch zurück in die WfbM haben und aus diesem Grunde schon nicht auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung angewiesen seien.<sup>21</sup> Doch auch der Betrieb kann seine Tore schließen, sei es infolge betriebsbedingten Arbeitsplatzabbaus oder wegen konjunkturell bedingter Kurzarbeit. Hierin läge kein sachlicher Grund für eine Rückkehr in eine WfbM. Ohne den Schutz bzw. die Risikoabsicherung bei betrieblich angeordneter Kurzarbeit bliebe den betroffenen Personen zwangsläufig nur die Aufnahme einer Tätigkeit in einer WfbM. Das unbefristete Rückkehrrecht gem. § 220 III SGB IX verkommt so zur Rückkehrpflicht.<sup>22</sup> Ein solcher Zwang zur Rückkehr widerspricht nicht nur dem Wunsch- und Wahlrecht der Menschen mit Behinderung, es konterkariert damit auch den Inklusionsauftrag der UN-BRK, deren Ziel ein offener, integrativer und zugänglicher Arbeitsmarkt ist, vgl. Art. 27 UN-BRK.<sup>23</sup> Vor dem Hintergrund des leitbildartigen Anliegens des Bundesteilhabegesetzes, Menschen mit Behinderungen den dauerhaften Übergang aus dem System der Eingliederungshilfe zu ermöglichen, sind die §§ 25 I S. 1 SGB III und 7 SGB IV

---

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, 26.03.2015, Rs. Fenoll C-316/13 zur AN-Stellung bei Beschäftigung in einem Integrationsprojekt, vgl. auch Wendt, Behinderte Menschen in europäischen Behindertenwerkstätten sind unionsrechtlich Arbeitnehmer – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26.03.2015, C-316/13 (Rs. Fenoll), Beitrag B14-2015 unter reha-recht.de, 02.12.2015.

<sup>20</sup> Vgl. BMAS, Zweiter Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, 2016, S. 160 f.

<sup>21</sup> Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 256.

<sup>22</sup> Nebe, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX Kommentar, 4. Aufl., § 61 SGB IX Rn. 44.

<sup>23</sup> Vgl. bereits Nebe/Schimank, Budget für Arbeit im Bundesteilhabegesetz Teil 1, Beitrag D47-2016,

dahingehend auszulegen, dass auch die Budget-Beschäftigten der Versicherungspflicht im SGB III unterliegen.

Zudem müssen auch die europäischen Vorgaben zur beruflichen Teilhabesicherung behinderter Menschen beachtet werden, vgl. Art. 151 S. 1, 153 I lit. h AEUV<sup>24</sup> und die RL 2000/78/EG. Sie zielen in gleicher Weise auf eine berufliche Eingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt ab und dienen der Bekämpfung der Ausgrenzung von Menschen mit Behinderung.

Für den benachteiligenden Ausschluss der BfA-Beschäftigten von der Arbeitslosenversicherung lässt sich eine sachliche Rechtfertigung nicht finden. Die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung stellt ein wichtiges Element der Integration in den allgemeinen Arbeitsmarkt dar. Demzufolge schafft erst die Einbeziehung der BfA-Beschäftigten in die Arbeitslosenversicherung eine vergleichbare sozialrechtliche Absicherung mit den übrigen Arbeitnehmerinnen und -nehmern. Ein Ausschluss der vulnerabelsten Gruppe wäre mithin rechtswidrig. Das Ergebnis der rechtssystematischen Auslegung wird durch das Verbot der Diskriminierung verstärkt. Auch die in verschiedenen Rechtsquellen verankerten Diskriminierungsverbote stehen dem Ausschluss der BfA-Beschäftigten aus der Arbeitslosenversicherung entgegen.

Dieses Ergebnis ist auch methodisch fundiert. Zwar ist die unions- und völkerrechtskonforme Auslegung von Normen nicht schrankenlos möglich. Die Grenze wird insoweit durch das Verbot der Auslegung „contra-legem“<sup>25</sup> bestimmt. Das entscheidende Kriterium ist dafür ein Verstoß gegen einen klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers. Bei unions- und völkerrechtsfreundlicher Auslegung des § 28 I Nr. 2 SGB III sind die Budget-Beschäftigten nicht vom Ausschluss aus der Arbeitslosenversicherung erfasst. Diese Auslegung läuft lediglich dem in der Gesetzesbegründung dokumentierten Willen des Gesetzgebers zuwider. Dieser anderslautende Wille ist jedoch weder dem Wortlaut noch der Systematik des § 28 I Nr. 2 SGB III zu entnehmen. Die unions- und völkerrechtskonforme Auslegung des § 61 SGB IX bzw. des § 28 I Nr. 2 SGB III ist mithin nicht durch die Contra-legem-Grenze beschränkt.

#### **IV. Überlegungen für die Praxis**

Die aktuelle Krise im Umgang mit dem SARS-CoV-2-Virus verdeutlicht erneut – hier am versagten Anspruch auf Kurzarbeitergeld – die bereits im Gesetzgebungsverfahren<sup>26</sup> monierte Problematik an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht. Selbst das Rückkehrrecht in die WfbM gestaltet sich in der momentanen Ausnahmesituation als problematisch, immerhin ist in allen Bundesländern die Schließung der Werkstätten angeordnet worden. Die UN-BRK sollte in diesem Kontext als Kompass dienen; dies bedeutet: Gleiche Rechte und gleiche Chancen für alle Menschen auch in der Krise zu

---

<sup>24</sup> Eichenhofer, Streinz EUV/AEUV, Art. 151 Rn. 21 und Art. 153 Rn. 23.

<sup>25</sup> Lateinische Redewendung „contra legem“ bedeutet wörtlich „gegen das Gesetz“.

<sup>26</sup> Ausschussdrucksache 18(11)803, Stellungnahme Welti, S. 211.

gewähren. Das muss auch das Ziel in Zeiten von wirtschaftlichen Krisen sein. Dabei ist es keinesfalls ausreichend, die Beschäftigten im Rahmen eines Budgets für Arbeit auf die Grundsicherung als letztes Auffangnetz zu verweisen. Eine praktisch ungeklärte Absicherung während der Kurzarbeit kann wiederum den Arbeitgeber bzw. diesen und den Betriebsrat gem. § 75 BetrVG dazu verpflichten, bestimmte Beschäftigtengruppe von der Anordnung der Kurzarbeit auszunehmen.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---