

**Funktionswandel der Sozialversicherung –
von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe
und zum Marktakteur**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 33

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

**Funktionswandel der Sozialversicherung –
von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe
und zum Marktakteur**

10. ZAAR-Kongress
München, 3. Mai 2013



ZAAR Verlag München 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-27-5

Vorwort

Die letzte Arbeitsmarktkrise verlief anders als zuvor: Die Unternehmen hielten ihre Beschäftigten – unterstützt durch die Bundesagentur für Arbeit und deren Kurzarbeitergeld unter gelockerten Bezugsvoraussetzungen. Während das Arbeitslosengeld „rein arbeitnehmernützig“ ist, entlastet das funktional verwandte vorbeugende Kurzarbeitergeld Unternehmen vom Betriebsrisiko: Haben Arbeitgeber keine Arbeit, müssen sie gleichwohl Annahmeverzugslohn zahlen. Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld nehmen ihnen dieses Risiko ab – und helfen so den Unternehmen, die Belegschaften kostengünstig zu halten. Das gilt für Wirtschaftskrisen ebenso wie für Saisonbetriebe. So hat die Bundesagentur im Krisenjahr 2009 mehr als 5 Milliarden Euro für Kurzarbeit ausgegeben (einschließlich Saison-Kug). Transfer-Kug mindert Sozialplankosten. Insolvenzgeld-Vorfinanzierung kommt bevorzugt großen Sanierungsfällen zugute.

Und das wirft die Frage auf, ob die Sozialversicherung durch die legitime Prävention vor Arbeitslosigkeit eine zweite Rolle annimmt: die eines staatlichen Marktakteurs, der Unternehmen unterstützt. Rechtliche Folgen hat das vor allem mit Blick auf die Beihilfenkontrolle; zugleich wird ein effektiver Korruptionsschutz erforderlich. Diesem Funktionswandel geht unsere Tagung nach.

München, Mai 2013

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Manfred Schnitzler</i>	
Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützlichkeit von Kurz- arbeitergeld.....	15
Diskussion.....	26
 <i>Friedhelm Hase</i>	
Legitimation des Funktionswandels	37
Diskussion.....	52
 <i>Volker Rieble</i>	
Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen	63
Diskussion.....	74
 <i>Christoph von Donat</i>	
Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle	81
Diskussion.....	91
 <i>Richard Giesen</i>	
Sozialversicherung im Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung und Unternehmensstütze – Systemfolgen der Funktionsverschiebung	95
Diskussion.....	111

Diskussionsteilnehmer	121
Sachregister	123

Autoren

Donat, Christoph von, Rechtsanwalt, MWP Rechtsanwälte, Berlin

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Hase, Friedhelm, Dr. iur., ordentlicher Professor für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt deutsches, europäisches und internationales Sozialrecht, Verwaltungsrecht, Universität Bremen

Rieble, Volker, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Schnitzler, Manfred, Dr. iur., Bereichsleiter Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung in der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zi- vilsachen
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BKGG	Bundeskinder- geldgesetz
a.F.	alte Fassung	BMAS	Bundesministe- rium für Arbeit und Soziales
AFG	Arbeitsförde- rungsgesetz	BSG.....	Bundessozialge- richt
AGG.....	Allgemeines Gleichbehand- lungsgesetz	BSGE	Entscheidungen des Bundessozial- gerichts
Art.	Artikel	BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache
AÜG.....	Arbeitnehmer- überlassungsge- setz	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
Aufl.	Auflage	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver- fassungsgerichts
BA.....	Bundesagentur für Arbeit	BVerwG	Bundesverwal- tungsgericht
BAG	Bundesarbeits- gericht	ca.	circa
BAGE.....	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts	DA	Durchführungs- anweisungen
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	ders.....	derselbe
Bd.	Band, Bände	dies.	dieselbe/ dieselben
beE	betriebsorganisa- torisch eigen- ständige Einheit	Diss. iur.	juristische Disser- tation
BfA.....	Bundesversiche- rungsanstalt für Angestellte	DIW	Deutsches Insti- tut für Wirt- schaftsforschung
BFH	Bundesfinanzhof	DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch	endg.....	endgültig
BGBI.	Bundesgesetzblatt	etc.....	et cetera
BGH.....	Bundesgerichts- hof	EU	Europäische Union
		EuG	Gericht der Euro- päischen Union
		EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
f., ff.....	folgende	OLG.....	Oberlandesgericht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	OLGR	OLG-Report (Zeitschrift)
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	OVG	Oberverwaltungsgericht
GG	Grundgesetz	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber	RG	Reichsgericht
IAB	Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung	RGZ.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
IAQ.....	Institut Arbeit und Qualifikation	Rn.	Randnummer, Randnummern
IG	Industriegewerkschaft	S.	siehe; Seite, Seiten
IPR.....	Internationales Privatrecht	SG	Sozialgericht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)	SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz	SGB	Sozialgesetzbuch
Kug.....	Kurzarbeitergeld	Slg.	Amtliche Sammlung
LAG	Landesarbeitsgericht	SozR.....	Sozialrecht, Loseblattsammlung
lit.....	littera	SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
LSG	Landessozialgericht	TransferKug...	Transferkurzarbeitergeld
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
Nr.....	Nummer, Nummern	u.a.	und andere/unter anderem
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	US	United States
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrechtsprechungs-Report Arbeitsrecht	USA.....	United States of America
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht	usw.....	und so weiter
		vgl.	vergleiche

WM.....	Wertpapier- Mitteilungen (Zeitschrift)	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
WSI.....	Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftliches Insti- tut der Hans Bö- ckler Stiftung	ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
		ZSR.....	Zeitschrift für So- zialreform

Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld*

Manfred Schnitzler

	Seite
I. Einleitung	16
II. Zweck des (konjunkturellen) Kurzarbeitergelds	18
III. Voraussetzungen	19
1. Gesetzlicher Normalfall (derzeitige Situation).....	19
2. Modifikationen während der letzten Krise	22
IV. Ergebnisse	23
V. Fazit	25
Diskussion	26

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur (München 2013), S. 15-25

* In der gebotenen Kürze werden die Sachverhalte vereinfacht dargestellt und haben deshalb keinen rechtsverbindlichen Charakter. Dieser findet sich in den entsprechenden Gesetzesformulierungen des SGB III, §§ 95 ff., beziehungsweise den zugehörigen Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit.

I. Einleitung

Das Kurzarbeitergeld (Kug) als Entgeltersatzleistung ist ein sehr altes Instrument, welches es in verschiedenen Ausprägungen und Namensgebungen seit Anfang des 20. Jahrhunderts gibt. Es ist je nach Wirtschaftssituation im Bewusstsein der Öffentlichkeit in den Fokus und genauso wieder in den Hintergrund gerückt.

Derzeit gibt es drei Ausprägungen, die den Namen Kurzarbeitergeld tragen, welche sämtlich aus den Arbeitslosenversicherungs-Beiträgen finanziert werden:

1. Das Saison-Kug, welches im Wesentlichen den Baubetrieben und angrenzenden Branchen zugute kommt. Mit diesem Geld soll den witterungsbedingten und konjunkturellen Schwierigkeiten und Arbeitsausfällen in diesen Umfeldern in der Schlechtwetterzeit (Dezember bis März) begegnet werden.

Das Saison-Kug wird durch Wintergeld ergänzt. Hierunter sind Mehraufwands- und Zuschuss-Wintergeld zu verstehen. Während ersteres für geleistete Arbeitsstunden gezahlt wird, wird das Zuschuss-Wintergeld für eingebrachte Guthabenstunden gezahlt, die die Zahlung von Saison-Kug vermeiden. Arbeitgeber erhalten die Sozialversicherungsbeiträge, die auf Ausfallzeiten entfallen, erstattet. Diese ergänzenden Leistungen werden in den einzelnen Zweigen der Bauwirtschaft tarifvertraglich über ein Umlagesystem finanziert, das aus Beiträgen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern gespeist wird.

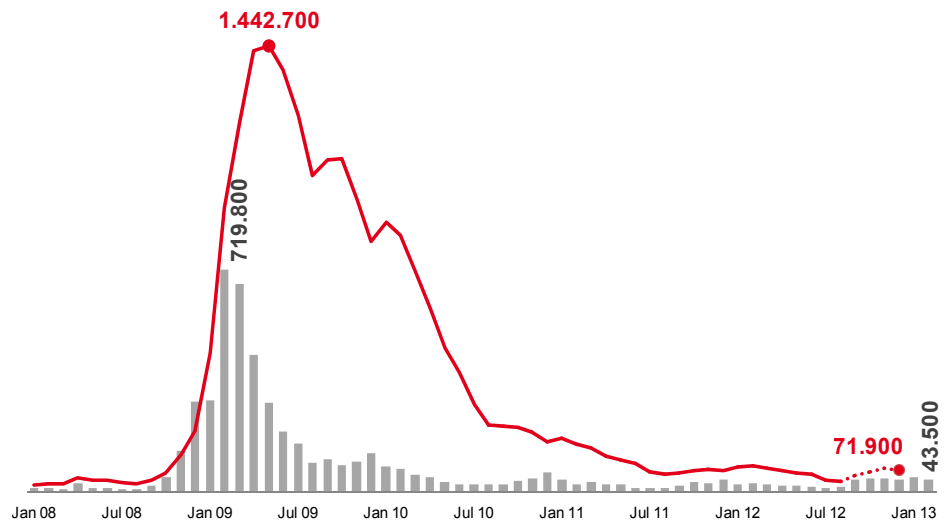
2. Das Transfer-Kug kommt zum Tragen in Restrukturierungsprozessen von Unternehmen. Dabei werden die von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmer in betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten unter dem Dach von Transfergesellschaften als deren neuer Arbeitgeber zusammengefasst. Im Zusammenwirken mit den Agenturen für Arbeit wird eine best- und schnellstmögliche Vermittlung angestrebt. Ferner wird die Zeit genutzt, berufliche und private Vermittlungshemmnisse zum Beispiel durch Qualifizierung der Mitarbeiter-/innen zu beseitigen. Den in die Transfergesellschaften überführten Personen wird bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Transfer-Kug gezahlt.
3. Das „normale“ oder konjunkturelle Kug, welches bei konjunkturellen Schwankungen oder unabwendbaren Ereignissen (zum Beispiel Naturkatastrophen) gezahlt wird, um betriebliche Unterauslastung verbunden mit einer Reduzierung der normalen Arbeitszeit überbrücken zu helfen.

Die Frage, ob die Möglichkeit der Zahlung von Kurzarbeitergeld unternehmensnützig ist, lässt sich bei allen drei Varianten gleichermaßen stellen. Aus Sicht der Bundesagentur für Arbeit kann man diese Frage selbstverständlich mit „ja“ beantworten. Allerdings ist der Bundesagentur für Arbeit diese Antwort zu einseitig. Vielmehr nützt die Möglichkeit des Kurzarbeitergelds sowohl den Arbeitgebern als auch den Arbeitnehmern sowie der Volkswirtschaft, da Arbeitslosigkeit vermieden wird – es ist also, um einen Anglizismus zu gebrauchen, eine „win-win situation“.

Im Folgenden beschränke ich mich auf das konjunkturelle Kurzarbeitergeld. Vom Grundsatz her ist das kein Kriseninstrument, sondern eine permanente Möglichkeit des SGB III. Während die Zahl der kurzarbeitenden Menschen in Zeiten, die nicht als krisenhaft charakterisiert werden, weit unter 100.000 liegt (normalerweise 60.000 bis 80.000), schnellte sie in Krisenzeiten hoch – wobei das nicht nur während der letzten Wirtschafts- und Finanzkrise der Fall war. 1991 kam es im Zuge der Wiedervereinigung zu 2,16 Millionen Kurzarbeitergeld-Bezieher/innen, 1993 im Rahmen eines wirtschaftlichen Abschwungs zu 1,31 Millionen und im Mai 2009 als Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise als Höchstzahl zu 1,53 Millionen.



Abgesehen davon gibt es ein moderates Niveau:



Die aktuelle Zahl bewegt sich um die 70.000.

II. Zweck des (konjunkturellen) Kurzarbeitergelds

Die Kurzarbeit ist (war aber auch schon immer) definitiv unternehmensnützig. Sie hält Unternehmen in der Krise im Markt und ermöglicht es, kompetente, eingearbeitete Mitarbeiter/innen weiterhin zu beschäftigen und bei wirtschaftlicher Besserung sofort die Geschäftstätigkeit wieder auszuweiten – ein Umstand, dem die Hauptursache dafür zugeschrieben wird, dass Deutschland mit Abstand am besten und schnellsten aus der jüngsten Wirtschafts- und Finanzkrise hervorgegangen ist.

Es muss allerdings auch erwähnt werden, dass im Normalfall Kurzarbeit für die Unternehmen kein ganz billiges oder kostenfreies Instrument ist. Denn das Unternehmen hat nach wie vor Fixkosten für die Vorhaltung der Produktionsstätten und Kug wird nur gezahlt für tatsächlich ausgefallene produktiv verwendbare Arbeitszeit, wohingegen Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall weiterhin vom Unternehmen zu tragen sind.

Außerdem trägt das Unternehmen die gesamten Sozialversicherungsbeiträge, die auf die Ausfallstunden entfallen, allein. Lediglich in der letzten

Krise hat die Politik auch den Unternehmen erhebliche Eigenbeiträge erlassen.

Aber die Kurzarbeit ist nicht nur unternehmensnützig. Arbeitnehmer profitieren auch davon durch den Erhalt von Arbeitsplätzen und Vermeidung von Arbeitslosigkeit – und das bei einem angemessenen Ausgleich entgangenen Entgelts. Der volkswirtschaftliche Vorteil liegt in den in der Regel noch vorhandenen Rest-Beschäftigungszeiten mit Entgeltanspruch, der auch zu Steuer- und Beitragseinnahmen führt. Die dadurch entsprechend niedrigere Arbeitslosigkeit ist im Endeffekt natürlich auch ein starkes Signal zur Stärkung des Sozialgefüges.

III. Voraussetzungen

Kurzarbeitergeld wird zwar nach individuellen Ausfallzeiten kurzarbeitender Menschen gewährt, kann aber nur von Unternehmen beantragt werden. Wird Kurzarbeitergeld gewährt, so wird es im Rahmen der monatlichen Entgeltzahlung vom Unternehmen ausgezahlt und anschließend von der Bundesagentur nach Vorlage von Leistungsanträgen erstattet.

1. Gesetzlicher Normalfall (derzeitige Situation)

Kurzarbeitergeld wird gewährt

- bei einem erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall und
- wenn die betrieblichen Voraussetzungen vorliegen und
- wenn die persönlichen Voraussetzungen der potenziellen Kurzarbeitergeldbezieher vorliegen und
- wenn der Arbeitsausfall in einem ordentlichen Verfahren angezeigt und abgerechnet wird.

Hiervon ausgeschlossen sind die Betriebe des Baugewerbes in der Schlechtwetterzeit, da dafür das Saison-KuG zur Verfügung steht.

a) *Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall* wird anerkannt, wenn er auf wirtschaftlichen Ursachen (Auftragsmangel) beziehungsweise einem unabwendbaren Ereignis beruht. Erheblich wird gemessen an der vertraglich geschuldeten betriebsüblichen Arbeitszeit im jeweiligen Kalendermonat. Wirtschaftliche Gründe werden unterstellt, wenn mindestens ein Drittel der im Betrieb/der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer/innen von einem Entgeltausfall von mehr als 10 % des monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind. Dann haben alle Kurzarbeitenden (auch die mit weniger als 10 % Ausfall) einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

Zusätzlich muss dieser Arbeitsausfall vorübergehend und unvermeidbar sein. Damit werden eindeutig nur Notfallsituationen adressiert. „Vorübergehend“ weist auf den temporären Charakter der Maßnahme hin. In der Anzeige muss ein Unternehmen glaubhaft darlegen, welche Maßnahmen ergriffen werden, um nach der Kurzarbeit mit großer Wahrscheinlichkeit wieder Vollbeschäftigung zu erlangen. Auch aus diesem Grund ist die Möglichkeit zu Kurzarbeit zeitlich befristet, generell gesetzlich auf sechs Monate. Dieser Zeitraum kann aber durch Verordnung auf 24 Monate ausgedehnt werden; aktuell beträgt er zwölf Monate.

Kurzarbeit soll eben kein Instrument sein, um wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen oder Branchen dauerhaft strukturell zu subventionieren.

Beschließt ein Unternehmen die Schließung eines Betriebsteils, so wird ab dem Zeitpunkt des Beschlusses kein Kug mehr gewährt, da hiermit kein vorübergehender, sondern ein auf Dauer angelegter Arbeitsausfall vorliegt

Wirtschaftliche Gründe beziehungsweise Unvermeidbarkeit können nicht geltend gemacht werden, wenn der Ausfall branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist. Das bedeutet zum Beispiel, dass Mitarbeiter/innen von Verleihbetrieben der Zeitarbeitsbranche kein Kurzarbeitergeld erhalten können, da es branchenüblich ist beziehungsweise zum normalen Betriebsrisiko gehört, dass Zeitarbeitnehmer/innen nicht permanent eingesetzt werden können¹.

Gleichermaßen werden wirtschaftliche Gründe nicht gesehen, wenn ausschließlich betriebsorganisatorische Gründe vorliegen, das heißt wenn organisatorische Änderungen den Arbeitsausfall herbeigeführt haben beziehungsweise wenn durch solche der Arbeitsausfall vermieden werden könnte.

Schließlich hat ein Unternehmen vor der Gewährung von Kurzarbeitergeld alle wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung oder Reduzierung von Arbeitsausfall zu ergreifen, als da zum Beispiel sind

- Abbau von nicht geschützten Arbeitszeitguthaben,
- Nutzung von Arbeitszeitschwankungen,
- zumutbare Urlaubsgewährungen,
- Arbeit auf Lager.

b) Als *betriebliche Voraussetzung* kommt hinzu, dass die kurzarbeitende Einheit die Definition eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung erfüllen muss und mindestens eine sozialversicherungspflichtige Arbeit-

1 Zur modifizierten Gesetzeslage während der letzten Krise siehe weiter unten und BSG 21.7. 2009 – B 7 AL 3/o8 R, BSGE 104, 83.

nehmerin oder einen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen muss.

c) Die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer/innen müssen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld *persönliche Voraussetzungen* erfüllen. Dazu gehört die Fortsetzung eines ungekündigten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses oder die Begründung eines solchen im Anschluss an eine Ausbildung. Ausgeschlossen sind Personen, die Arbeitslosengeld bei Weiterbildung, Übergangsgeld oder Krankengeld beziehen.

Nicht sehr bekannt ist die Voraussetzung, dass die Bezieher/innen von Kurzarbeitergeld für Vermittlungsbemühungen der Arbeitsagentur zur Verfügung stehen müssen. Das heißt im Klartext, dass die Vermittlung in eine gleich bezahlte Stelle ohne Arbeitsausfall Vorrang vor dem Bezug von Kurzarbeitergeld hat. Gleiches gilt bei einer Vermittlung in ein Zweitverhältnis für die jeweiligen Ausfallzeiten.

d) Im *Verfahren* hat der Arbeitgeber den Ausfall bei der Agentur für Arbeit schriftlich anzuzeigen, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat. Mit der Anzeige sind die betrieblichen Voraussetzungen und der erhebliche Arbeitsausfall glaubhaft zu machen. Die Anzeige kann nur durch den Arbeitgeber oder die Betriebsvertretung erfolgen. Die Genehmigung der Kurzarbeit mit Kug-Anspruch durch die Arbeitsagentur erfolgt per Bescheid. Kurzarbeitergeld wird frühestens von dem Kalendermonat an gezahlt, in dem die Anzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist.

Im genehmigten Zeitraum ist vom Arbeitgeber den Arbeitnehmer/innen monatlich das Kurzarbeitergeld auszuzahlen und dessen Erstattung durch Leistungsanträge von der Arbeitsagentur zu verlangen. Dabei können die Ausfallstunden – entsprechend dem Grad der Unterauslastung – durchaus schwanken, in den Extremfällen von einer kompletten Nicht-Beschäftigung bis hin zur phasenweisen Vollbeschäftigung. Somit ist die Kurzarbeit ein äußerst flexibles Instrument, um Unternehmen am Markt zu halten, auf Auftragsschwankungen zu reagieren und die Produktion wieder auf Vollniveau zu steigern.

Das Kurzarbeitergeld beträgt 60 % (für Arbeitnehmer/innen ohne Kind) oder 67 % (für Arbeitnehmer/innen mit Kind) der Nettoentgeltdifferenz im Kalendermonat.

e) Die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer/innen bleiben Mitglied der *Sozialversicherung*. Arbeitgeber und Arbeitnehmer/in tragen die Beiträge, die aufgrund des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts (sprich für die gearbeiteten Stunden) zu entrichten sind, je zur Hälfte, wogegen die Beiträge, die aufgrund des entgangenen Arbeitsentgelts (sprich für die

ausgefallenen Stunden) zu entrichten sind, allein vom Arbeitgeber (allerdings nur zu 80 %) zu tragen sind.

Das macht bei größerem Arbeitsausfall die Kurzarbeit für die Arbeitgeber teuer, so dass Unternehmen sie nur einsetzen werden, wenn sie eine wirtschaftliche Erholung erwarten und sich dann Vorteile einer eingearbeiteten Belegschaft erhoffen.

2. Modifikationen während der letzten Krise

Wegen der Wirtschafts- und Finanzkrise wurden vom *1.2. 2009 bis zum 31.12. 2011* die Bedingungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld gelockert sowie finanzielle Erleichterungen geschaffen, um die Unternehmen in der Krise zu bewegen, Mitarbeiter/innen nicht zu entlassen, sondern mit finanziellen Hilfen weiterzubeschäftigen².

a) Kurzarbeitergeld konnte auch beantragt werden, wenn anstelle des oben definierten erheblichen Arbeitsausfalls weniger als ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer/innen von einem Arbeitsausfall betroffen waren. Anspruchsberechtigt waren dann allerdings nur die Personen, deren Entgeltausfall jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betrug. Bei Anzeige musste sich ein Unternehmen für eine der Varianten entscheiden. Eine gemischte Abrechnung war nicht möglich.

Die zweite Variante zielte insbesondere auf kleinere und mittlere Unternehmen, die damit auch einzelne Personen in Kurzarbeit beschäftigen konnten (diese Variante wurde übrigens vom Bundesrechnungshof wegen der seiner Meinung nach hohen Missbrauchsanfälligkeit kritisiert).

b) Die mögliche Bezugsdauer wurde seinerzeit von zwölf auf zunächst 18 und dann 24 Monate erhöht.

c) Auf betrieblicher Ebene wurden bereits vor 2008 Arbeitszeitreduzierungen mit entsprechender Entgeltreduktion ohne Beanspruchung von Kurzarbeitergeld vereinbart. In den Fällen, wo trotz dieser Maßnahmen anschließend kurzgearbeitet werden musste, sollten die Arbeitnehmer/innen nicht schlechtergestellt werden als solche, die direkt in Kurzarbeit gingen. Deshalb blieben bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz die aufgrund solcher ab dem 1.1. 2008 geltenden Beschäftigungssicherungsvereinbarungen durchgeführten Änderungen der Arbeitszeit außer Betracht.

2 Trotz Bemühungen verschiedener Seiten, die Bedingungen während der Krise teilweise oder in Gänze zu erhalten beziehungsweise wieder einzuführen, gelten derzeit nach wie vor wieder die Bedingungen aus der Zeit vor der Krise.

d) Auch Zeitarbeitsunternehmen konnten für Leiharbeiter/innen Kurzarbeitergeld beantragen. Das Kurzarbeitergeld war mit dem Entgelt zu bemessen, welches zeitnah beim Entleiher erzielt wurde.

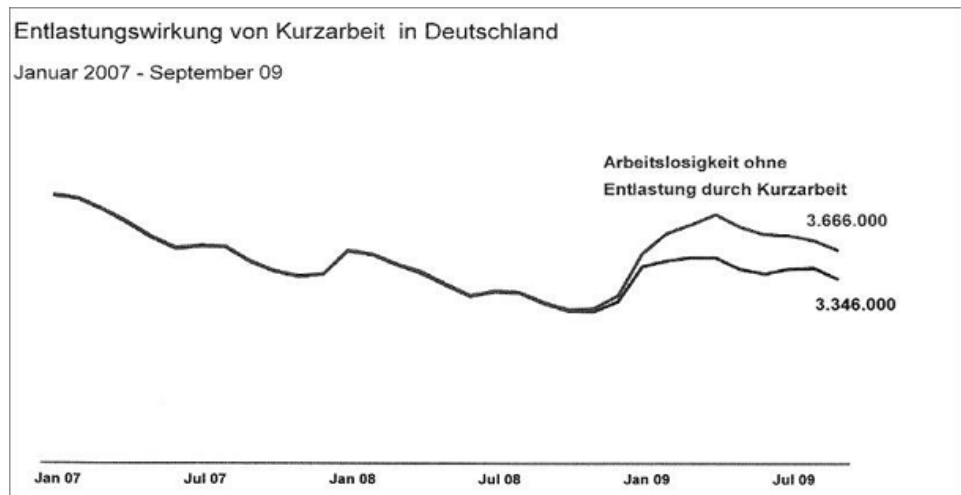
e) Die finanziell größten Anreize wurden durch die *Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen* geschaffen. Generell wurden die Sozialversicherungsbeiträge im Rahmen des entfallenden Arbeitsentgelts zur Hälfte von der Bundesagentur für Arbeit erstattet; also verblieb dem Arbeitgeber nur der übliche Arbeitgeberanteil. Die Erstattungsquote wurde auf 100 % erhöht für Arbeitnehmer/innen, die sich während der Ausfallzeiten weiter qualifizierten oder die seit mindestens sechs Monaten Kurzarbeitergeld bezogen hatten.

Nicht vernachlässigt werden darf, dass die Bundesagentur für Arbeit in Erwartung einer hohen Nachfrage während der Krise ihre Prozesse zur Gewährung von Kurzarbeitergeld überprüft hat. Im Ergebnis wurden alt-hergebrachte Fragen nach Informationen, die nicht zwingend erforderlich sind, verworfen und insgesamt der Antragsvordruck von vier auf zwei Seiten verkürzt. Damit wird den Unternehmen die Antragsstellung erleichtert, *ohne dass* entscheidungsrelevante Informationen fehlen. An dieser Praxis hält die Bundesagentur für Arbeit auch nach der Krise fest in der Überzeugung, auch damit rechtlich korrekt entscheiden zu können – eine Auffassung, die vom Bundesrechnungshof nicht geteilt wird, welcher wieder auf die alten Informationsfragen zurückfallen will.

IV. Ergebnisse

Nach Überzeugung der Politik, der Bundesagentur und weltweiter Ökonomen hat die Kurzarbeit in der Krise in Deutschland viele Arbeitsplätze gerettet. Auch wenn es keine verlässlichen Daten dazu gibt, wie viele Unternehmen durch die Kurzarbeit gerettet wurden, so lassen sich für die Arbeitsplätze nach verschiedenen Modellen Abschätzungen vornehmen.

Aus den Statistiken der Bundesagentur für Arbeit lässt sich ablesen, dass in den Krisenjahren 2008 bis 2009 bei Kurzararbeitenden der monatliche Arbeitsausfall leicht zwischen 30 % und 36 % schwankte. In Relation gesetzt zur Anzahl der Kurzararbeitenden kann daraus die Anzahl der Vollzeit-äquivalente errechnet werden. Die Hypothese, dass die Alternative zu Kurzarbeit eine anteilige Anzahl von Entlassungen ist, führt dann dazu, dass in etwa drei Kurzararbeitende die Verhinderung eines Arbeitslosen bedeutet. Konkret für den Juli 2009 bedeutet dies zum Beispiel „320.000 Arbeitslose weniger wegen Kug“.



In einer Studie³ kommt die OECD zu dem Ergebnis, dass in Deutschland durch die Kurzarbeit 235.000 Arbeitsplätze gerettet wurden. Nur Japan schneidet noch besser ab mit 416.000, während zum Beispiel in Österreich, wo das Instrument nur zögerlich eingesetzt wurde, nur wenige Tausend gerettet wurden. Der Arbeitsmarkt Service (AMS) kommt in einer vergleichenden Untersuchung⁴ in der Zusammenfassung zu dem Ergebnis, dass es neben strukturellen Unterschieden (mehr Großunternehmen, mehr produzierendes Gewerbe) daran liegen könnte, dass österreichische Unternehmen wegen der größeren Flexibilität des Arbeitsmarkts eher zu Aus- und Einstellungen neigen als zu Kurzarbeit. Als weitere Hemmnisse für die Kurzarbeit in Österreich werden das aufwendige Verfahren und die geringe Erfahrung der Unternehmen mit dem Instrument gesehen.

Um herauszufinden, was Kurzarbeit für die individuellen Arbeitnehmer/innen bedeutet, haben Wissenschaftler des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) der Bundesagentur für Arbeit exemplarisch die Abrechnungslisten für KuG aus der Stadtregion Nürnberg ausgewertet. In ihrem Bericht⁵ kommen sie zu dem vielleicht überraschenden Ergebnis, dass trotz der Möglichkeit langer Kurzarbeit bis 24 Monate zwei

3 *Hijzen/Venn*, The Role of Short-Time Working Schemes during the 2008-09 Recession (OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 115), 2011.

4 Arbeitsmarkt Service Österreich, Kurzarbeit in Deutschland und Österreich, Endbericht, 2011.

5 *Scholz/Sprenger/Bender*, Kurzarbeit in Nürnberg: Beruflicher Zwischenstopp oder Abstellgleis, IAB-Kurzbericht 15/2011.

Drittel der Kurzararbeitenden maximal vier Monate in Kurzarbeit waren. Von ungebührlichem Ausnutzen kann deshalb keine Rede sein.

Eine weitere interessante Erkenntnis ist, dass beim Wiederabbau der Kurzarbeit alle Einkommens- und Altersgruppen gleichmäßig bedacht werden. Kurzarbeit ist deshalb zumindest in der untersuchten Region kein „Abstellgleis“ für bestimmte Beschäftigungsgruppen.

Die Erfolge des Instruments haben bei anderen Nationen reges Interesse gefunden, wie zahlreiche Nachfragen aus dem Ausland bei der Bundesagentur für Arbeit zeigen. Den Interessenten darf bei aller Euphorie nicht verschwiegen werden, dass es zur Finanzierung des Instruments erheblicher Finanzmittel bedarf. Diese konnten zum Zeitpunkt der Krise von der Bundesagentur für Arbeit verausgabt werden, weil sich bis dahin aus Beitragsmitteln ein entsprechendes Finanzpolster aufgebaut hatte. Somit waren keine Zusatzmittel aus dem Bundeshaushalt nötig – eine Situation, die sich zum jetzigen Zeitpunkt anders darstellen würde.

Die Gefahr, dass durch Kurzarbeit ein Strukturwandel künstlich hinausgezögert wird, in dem unrentablen Unternehmen Aufschub gewährt wird, sieht die Bundesagentur nicht. Im Normalfall ist Kurzarbeit nur über einen relativ kurzen Zeitraum möglich, zu kurz, um Defizite, die struktureller Natur sind, zu beseitigen. Und – wie das oben genannte Beispiel aus Nürnberg zeigt – selbst bei längeren Bezugszeiten wird die Inanspruchnahme nicht exzessiv genutzt.

V. Fazit

Aus politischer Sicht dient das Kurzarbeitergeld sicherlich der wirtschaftlichen Stabilisierung. In nicht-krisenbehafteten Zeiten wird Unternehmen temporäre Unterstützung geboten, eine aktuelle Schieflage zu überwinden. Bei wirtschaftlichen Krisen kann die Politik auf einem bewährten Instrument aufsetzen, es der Krise entsprechend ausweiten, und sie verfügt mit der Bundesagentur für Arbeit über eine erfahrene Organisation, welche in der Lage ist, das Instrument in großem Stil umzusetzen.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, Herr Dr. *Schnitzler*. Ich darf die Diskussion eröffnen. Bevor ich das tue, möchte ich noch darauf hinweisen: Wir bitten darum, dass die Diskutanten ihren Namen nennen, weil wir die Diskussion aufzeichnen, und damit möchte ich Sie auch gleichzeitig warnen, dass dasjenige, was Sie sagen, Sie irgendwann einmal geschrieben lesen können. Das soll Sie aber nicht davon abhalten, sich an der Diskussion zu beteiligen. Wer sich jetzt melden möchte, ist dazu freundlich aufgefordert.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank auch von meiner Seite, Herr *Schnitzler*, für diesen sehr instruktiven Vortrag. Ich habe eine Frage zur ausländischen Dimension des Ganzen. In der Zeitung war zu lesen, dass ausländische Sozialversicherungsträger in Deutschland Schlange stehen, um sich über dieses Instrument (Kurzarbeit) zu informieren. Trifft dies zu, und wenn ja, welche Erfahrungen haben Sie damit gemacht? Ferner: Ist das Kurzarbeitergeld für die ausländischen Interessenten nicht schon deshalb illusorisch, weil in diesen Ländern gar keine Reserven sind, aus denen man das bezahlen kann?

Dr. Manfred Schnitzler, Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg:

Vielen Dank für die Frage, Herr Professor *Junker*. Zum Ersten: Ja, sie haben im Wesentlichen in meinem Bereich Schlange gestanden und sie haben nicht nur Schlange gestanden, sondern es hat mir auch zu einigen interessanten europäischen Reisen verholfen. Ich war in Spanien, ich war in Italien, Frankreich, habe das alles erklärt, und alle fanden es ganz toll. Deshalb habe ich dort auch nicht diese Zahl verhehlt, die ich Ihnen gerade genannt habe. Die Begeisterung war zwar immer da, aber es war wohl schwer, umzusetzen. In diesen Ländern – Italien hat jetzt ein bisschen was eingeführt, aber nicht in dem Stil wie bei uns, Spanien hat überhaupt nichts getan – sind einfach die Finanzmittel nicht da, um das durchzusetzen.

Zur anderen Zahl: Wir haben im Moment ungefähr – das schwankt je nach Saison – zwischen 900.000 und einer Million Arbeitslose im SGB III, also in der Arbeitslosenversicherung – die 2,9 Millionen, die Sie immer hören,

beziehen sich auf die gesamte Anzahl inklusive Grundsicherung, sprich Hartz IV. Im reinen Arbeitslosengeld I der Sozialversicherung, des SGB III, sind ungefähr eine Million und dort geben wir jährlich ca. 14 Milliarden Euro aus, inklusive Sozialversicherungsbeiträgen. Es ist bei uns wie bei einem guten Arbeitgeber: Ein erklecklicher Anteil der Dinge, die wir zahlen, kommen nicht bei den Arbeitslosen an, sondern sind Sozialversicherungsbeiträge für die anderen Träger. Ca. 14 Milliarden für eine Million ist eine Daumengröße für Arbeitslosengeld; ich rede nur von Arbeitslosengeld. Dann kommen natürlich unsere Qualifizierungsleistungen und so etwas dazu, die noch oben draufkommen, um zu unserem Gesamthaushalt von 35 Milliarden zu kommen.

Ulrich Pieper, vom.die arbeitgeber, Koblenz:

Wenn ich das so offen sagen darf: Die entscheidende Modifikation im Krisenmodus habe ich vermisst in Ihrer Darstellung, nämlich die Anspruchsvoraussetzung, dass das konjunkturelle Kurzarbeitergeld vorübergehend sein muss. Da hat in der Krise kein Mensch mehr nach gefragt, sondern die Unternehmen haben schlichtweg gesagt: „Uns sind die Aufträge weggebrochen, wir haben 30, 40, 50, 60, 70 Prozent weniger.“ Und eine Antwort auf die Frage „Wann habt ihr wieder normale Konjunktur?“ konnte damals kein Mensch geben, die hat auch keiner gegeben. So viel ich weiß, ist gesetzgeberisch an der Stelle auch nichts modifiziert worden.

Manfred Schnitzler:

Lassen Sie mich es so sagen: Sie haben völlig Recht, dass immer die Voraussetzung, es ist vorübergehend, gegeben sein muss, und dass man das der Agentur glaubhaft zu machen hat. Lassen Sie mich etwas sibyllinisch antworten: Wir haben bundesweit ungefähr 400 Mitarbeiter in unseren Agenturen, die sich mit dem Thema Kurzarbeitergeld auskennen. Sie haben die Zahl gesehen: Sagen wir einmal, 70.000 Kurzarbeiter gibt es, und 400 Mitarbeiter von uns. 70.000 Kurzarbeiter. Das betrifft natürlich nicht die Anzahl der Betriebe, das kann ja variieren. Wenn Sie jetzt 1,5 Millionen haben, kann ich zwar aus allen Teilen der Republik noch Leute zusammenkratzen, die in etwa ein bisschen Ahnung von Kurzarbeitergeld haben, ich kann den Prozess anders gestalten – die einen machen leichte Fälle, die anderen machen schwere Fälle –, aber dass ich nicht adäquat personell Know-how-mäßig aufstocken kann innerhalb von zwei Monaten, das ist, finde ich, natürlich, und deshalb ist es vielleicht schon so gewesen, dass wir manche Voraussetzungen nicht so intensiv geprüft haben.

Ulrich Pieper:

Ich will noch einmal versuchen, Sie ein bisschen aus der Reserve zu locken, weil ich ein Frontmann bin. Bei mir schlagen die Firmen auf. Die Firmen haben damals gefragt: „Wie ist es denn mit vorübergehend?“ Ich habe ihnen gesagt: „Kümmert Euch nicht darum, es gibt scheinbar einen politischen Konsens auf allerhöchster Ebene, dass die Arbeitsverwaltung danach nicht fragt.“ War das so falsch?

Manfred Schnitzler:

Sagen wir einmal so: Es war nicht hundertprozentig richtig. Wir haben schon danach gefragt, aber damals galt schon das Vorhaben, dass wir möglichst schnell den Unternehmen Sicherheit geben, etwas tun, und vor allem auch nachher möglichst schnell zahlen, weil die Unternehmen auch manchmal Liquiditätsprobleme haben. Also: schnell bescheiden und schnell zahlen. Aber wir behalten uns vor – und das machen wir jetzt in diesen Zeiten – die Listen zu prüfen – wir haben bis zu vier Jahre Zeit, diese Listen intensiv zu prüfen –, und wenn uns noch Ungereimtheiten auffallen, machen wir Betriebsprüfungen, und dann kann das eine oder andere noch einmal hochkommen. Aber ich gebe Ihnen insofern Recht, die Voraussetzungen – ob das nun vorübergehend war oder nicht – kann ich im Nachhinein nicht mehr prüfen und ich konzedere Ihnen insoweit, dass es wirklich der Wille war, möglichst viele Dinge am Leben zu erhalten, das war das Ziel dieser Maßnahmen, ganz klar.

Professor Dr. Friedhelm Hase, Universität Bremen:

Herr *Schnitzler*, ich habe eine Frage: Die Entscheidungen im Leistungsbe-
reich werden auf dezentraler Ebene getroffen, also von den Arbeitsagentu-
ren. Hat es in der Krise 2008/2009 auch ein Management auf der zentralen Ebene gegeben?

Manfred Schnitzler:

Nein, das bekommen Sie bei der Vielzahl der Fälle, die ich gerade an die Wand projiziert habe, gar nicht hin. Sie brauchen nicht zentral zu organisieren. Das machen die vor Ort schon ganz gut. Allerdings kann es schon einmal sein, dass der eine oder andere Streitfall in die Zentrale kommt, sei es, weil es ein großes Unternehmen ist, wo auch bestimmte – wie sagt man so schön im Englischen – *stakeholder* unterwegs sind, sprich Abgeordnete, hohe Gewerkschaftsfunktionäre und so weiter. Diese rufen schon einmal an und sagen: „Hier ist eine besondere Situation.“ Aber auch diese

Entscheidungen verschieben wir immer auf die lokale Ebene. Was bei uns angekommen ist, sind verschiedene interessante und auch rechtlich subtile Konstruktionen, die wir uns dann genau angeschaut haben, um eine Grundsatzentscheidung zu treffen, diese wieder in unsere Fläche zu geben und zu sagen: „Diese Fälle sind so und so zu behandeln.“ Es ist klar, das war eine neue Regelung, das heißt, es gibt neue Zweifelsfälle und da mussten wir relativ schnell entscheiden, so dass wir in der Zentrale auch sehr stark gefordert waren: Wie ist es, wenn wir den Urlaub genehmigt haben, muss er den dann jetzt doch antreten? Oder wer erstattet diese oder jene Kosten? Da haben wir Grundsatzentscheidungen getroffen, aber die Einzelfallentscheidungen fanden immer draußen statt.

Friedhelm Hase:

Auch hinsichtlich der Frage des vorübergehenden Charakters des Arbeitsausfalls?

Manfred Schnitzler:

Das kann ich ja gar nicht entscheiden. Wenn ich 10.000 Unternehmen in der Kurzarbeit habe, kann ich nicht jedes Unternehmen in der Zentrale prüfen, das passiert vor Ort. Da müssen wir unseren Kolleginnen und Kollegen vertrauen und unter dem Strich bleibt uns auch gar nichts anderes übrig.

Bernd Pirpamer, Heisse Kursawe Eversheds, München:

Zwei kurze Fragen zu Konstellationen, einmal Beschäftigungsgarantien: Haben Beschäftigungsgarantien eine Auswirkung oder einen Einfluss auf die Frage der Kurzarbeitsgeldgenehmigung? Ein Beispiel: wenn ein oder zwei Jahre Beschäftigungsgarantien bestehen würden und ein Abbau von Arbeitsplätzen überhaupt nicht infrage käme, und der zweite Fall: Interessenausgleich, Sozialplanverhandlungen für einen Abbau oder eine Einschränkung eines Unternehmens würden rein vorsorglich gemacht für den Fall, dass man eine Zeit nicht überbrücken kann mit Kurzarbeitergeld, das man sagt, drei, vier, fünf Monate versucht man, es zu überbrücken; wenn man es nicht schaffen würde, kommt man nicht mehr darum herum und man hätte mit dem Betriebsrat rein vorsorglich einen Interessenausgleich und Sozialplan geschlossen. Frage: Ob Sie mit diesen zwei Konstellationen schon Kontakt hatten oder wie Sie mit ihnen umgehen würden?

Manfred Schnitzler:

Das Thema Arbeitsplatzgarantie ist überhaupt kein Problem. Eine der Voraussetzungen ist, dass das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis fortbesteht. Ob das nun für ein, zwei, drei Jahre oder überhaupt nicht garantiert ist, ist nicht die Frage. Die Garantie ist eher eine Verstärkung dafür, dass das Unternehmen weitermachen will und weiterarbeitet, und diese Leute, die dort arbeiten, in Beschäftigung gehalten werden. Dort ist es eher positiv als negativ zu sehen. Es ist kein Hinderungsgrund.

Das Zweite ist: Der Sozialplan an sich – also das Stück Papier – ist noch kein Problem. Das Problem entsteht, wenn er in Kraft tritt. Wenn er in Kraft tritt mit einer Entlassung von bestimmten Personen, fallen diejenigen Personen, die auf der Entlassungsliste stehen, aus dem Kurzarbeitergeld heraus und in der Normalsituation, wenn wir über das Drittel reden, fallen sie auch aus der Drittelbetrachtung heraus. Das heißt: Wir sehen uns nur noch den Rest an. Für diese Leute endet dann das Kurzarbeitergeld, sobald dieser Sozialplan rechtsverbindlich ist.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Eine Frage im Vorgriff auf das Beihilfethema. Haben Sie empirische Erkenntnisse aus Ihren Betriebsprüfungen dazu, wie oft und in welcher Typik Unternehmen Kurzarbeitergeld in Anspruch genommen haben, obwohl die Arbeitnehmer weitergearbeitet haben?

Manfred Schnitzler:

Die Frage ist prinzipiell ganz einfach zu beantworten. Wenn man nicht arbeitet, gibt es Kurzarbeitergeld, und wenn man arbeitet, gibt es kein Geld. Die Betriebe können auch in Perioden, für die sie Kurzarbeit angemeldet haben, voll arbeiten, aber dafür gibt es kein Kurzarbeitergeld. Das ist so gewollt. Wenn Sie von potenziellen – lassen Sie es mich vorsichtig formulieren – Betrugsmöglichkeiten reden, so können Sie in diesen Umfeldern im Rahmen der Betriebsprüfung Missbrauch aufdecken. Missbrauch von Kurzarbeitergeld, das war schon ein Thema von allen Seiten und wir waren auch dauernd dazu berichtspflichtig, aber es ist wenig gefunden worden. Es gab Fälle, die wir gefunden haben. Das waren sicherlich an die 120 Verdachtsfälle, und denen geht man nach im Detail, und bei einigen hat sich der Verdacht erhärtet und diese werden mit den Instrumenten wie Ordnungswidrigkeiten oder Abgabe an die Staatsanwaltschaft überzogen, je nachdem, was dort ist. Es sind bisher lediglich – auch

weil die Verfahren ein bisschen dauern – fünf Unternehmer verurteilt worden wegen Betrugs. Wir untersuchen und wir finden schon etwas, und meistens – das geht dann schon in Ihre Richtung – sind das Ungereimtheiten bei der Zeitaufschreibung.

Richard Giesen:

Wir haben hier in unserem Tagungsband oder in unserer Mappe einen Fall des Bundessozialgerichts, in dem die Betriebsparteien vereinbart hatten, es sollte unentgeltlich „freiwillig“ gearbeitet werden. Es wurde Kurzarbeitergeld bezahlt und das Bundessozialgericht hat auch entsprechend entschieden, dass an die Antragsteller Kurzarbeitergeld gezahlt werden möge. Es war allerdings für die Agentur offensichtlich, dass eine solche Vereinbarung getroffen war, nach der unentgeltlich „gearbeitet“ werden sollte.

Manfred Schnitzler:

Ich möchte niemanden kritisieren, aber nach unserem Verständnis ist das eine schwierige Entscheidung. Was wir zulassen ist, dass diese Kolleginnen und Kollegen, die dort kurzarbeiten, wenn sie nicht arbeiten, natürlich nützliche Dinge tun dürfen, aber nicht Dinge, die normalerweise Teil der Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis sind. Das heißt arbeiten, etwas produzieren, was das Unternehmen verkauft, freiwillig, ohne Geld, ist nach meiner Auffassung nicht machbar.

Richard Giesen:

Ich wollte noch eine andere Frage stellen im Anschluss an Herrn *Pieper*. Wir hatten das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ und ich wollte Sie fragen, welche Einschätzung bei Ihnen im Haus über den Erfolg besteht. Im Ausland hat man sich dafür interessiert, „vorübergehend“, das hat sich später in den meisten Fällen in der Tat als vorübergehend erwiesen, weil die Krise relativ schnell überwunden wurde. Ist das nach Ihrer Einschätzung durch Zufall das richtige Mittel gewesen für genau diese Krise? Wäre es in einer langfristigen Abschwungkrise das falsche Mittel gewesen? Teil 2 der Frage: Sie haben von den Vollzeitäquivalenten gesprochen. Das bedeutet, dass man die Mittel zusammenrechnet und überlegt, wie lang für wie viele Personen mit diesem Geld volles Arbeitslosengeld hätte gezahlt werden können. Sie könnten umgekehrt sagen: „Vielleicht haben wir weniger Arbeitslosigkeit verhindert, weil die Unternehmen noch volle Kassen hatten und es hätte der Annahmeverzugslohn gezahlt werden können.“ Oder umgekehrt könnten Sie natürlich auch sagen: „Schon geringe Ausga-

ben hätten das Unternehmen in die Knie gezwungen und wir haben viel mehr Arbeitslosigkeit verhindert.“ Beide Argumentationsmuster sind in meinen Augen schlüssig. Haben Sie dazu eine Einschätzung? Sie könnten durchaus behaupten, wir haben viel mehr Arbeitslosigkeit verhindert. Gibt es dazu Erkenntnisse?

Manfred Schnitzler:

Wir sind da etwas moderater und bleiben bei der Kurve, die ich hingzeichnet habe. Die simple Rechnung ist hier: Wenn 100 Leute arbeiten und alle machen irgendwie ein bisschen weniger oder einige von denen, dann haben wir zum Beispiel 70 % Arbeit, oder das Unternehmen entlässt 30 und behält die 70 als voll Arbeitende und ich habe dann 30 Arbeitslose. Vom Ausgabenansatz her ist das völlig egal, ob ich Kurzarbeitergeld zahle oder Arbeitslosengeld, das ist die gleiche Höhe, das macht nichts. Politisch ist es natürlich ein himmelweiter Unterschied, was dabei herauskommt.

Richard Giesen:

Auch, was den Schutz von Arbeitsplätzen betrifft.

Manfred Schnitzler:

Deshalb gilt für uns das Modell als Erfolg, und es gilt auch deshalb als Erfolg, weil man im Krisenmodus den Zugang – wenn ich das einmal so sagen darf – erleichtert hat und mehr Unternehmen diese Möglichkeit eröffnet hat. Zugegeben: Es gibt sicherlich auch Mitnahmeeffekte, ganz klar, aber diese hat man bewusst in Kauf genommen. Professor *Giesen*, was war Ihre erste Frage?

Richard Giesen:

Das war die Sache „vorübergehend“.

Manfred Schnitzler:

Wir gehen immer davon aus – vielleicht etwas optimistisch, euphemistisch –, dass Kurzarbeit für die Unternehmen an sich nicht umsonst ist. Sie haben Remanenzkosten, wie wir das nennen, also Urlaub, Krankheit usw., Feiertage, das zahlen wir alles nicht, das bleibt bei dem Unternehmen. Das Unternehmen wird aus unserer Sicht ein solches Instrument nur

einsetzen, wenn es wirklich Chancen auf Erfolg hat, wenn es dem Unternehmen etwas bringt. Deshalb glauben wir, dass ein Unternehmen wirklich nur „vorübergehend“ das machen will, weil auf lange Sicht die Kurzarbeit im Unternehmen nicht durchgehalten werden kann, es ist viel zu teuer. Deshalb sage ich immer, wenn jemand sagt: „24 Monate ist zu kurz, es müssen 36 Monate sein“, dann antworte ich: „Ein Unternehmen, das innerhalb eines Jahres nicht wieder auf die Füße kommt, hat ein ernsthaftes Problem.“ Für diese Unternehmen ist Kurzarbeit eigentlich nicht das richtige Instrument, davon sollten sie die Finger lassen. Von daher sage ich einmal andersherum, positiv betrachtet: „Unternehmen, die das machen, gehen wirklich nur auf den vorübergehenden Charakter“. Sonst macht es für diese keinen Sinn.

Richard Giesen:

Ich habe noch eine Frage, die den Branchenbezug des Kurzarbeitergelds betrifft. Wir haben in der Diskussion anklingen lassen, dass dieses vor allem dem verarbeitenden Gewerbe und weniger den Dienstleistern zufließt – hier haben wir zum Beispiel beim Saisonkurzarbeitergeld in Ihrem Handout den vor allem durch die Baubetriebe gezogenen Nutzen. Wir haben auch gehört, dass in den Hochzeiten der Krise die Prüfung „lockerer“ ausgefallen ist und dass natürlich die verwaltungstechnische Abwicklung der Antragstellung in größeren Betrieben eher gelingt als in mittleren und kleineren. Sehen Sie dort eine Kanalisierung von Mitteln zugunsten größerer verarbeitender Gewerbebetriebe, obwohl vielleicht der Dienstleistungssektor auch von der Krise belastet war?

Manfred Schnitzler:

Ich habe auf meinen schönen bunten Landkarten zwar gezeigt, wo die Schwerpunkte waren, aber es war bei weitem nicht nur das verarbeitende Gewerbe. Es gab auch Dienstleistungssektoren, wo das gang und gäbe war, wo auch in den Verwaltungen kurzgearbeitet wurde. Es ist nicht nur darauf beschränkt – obwohl das der Hauptschwerpunkt war, das gebe ich zu. Es gab merkwürdige Fälle – das haben Sie vielleicht in der Presse gelesen, daher kann ich das auch einmal zitieren –: Bei Praktiker, dem Baumarkt, wurde kurzgearbeitet, worauf der Herr *Hornbach*, ein anderer Baumarkt, an Herrn *Weise* einen Brief geschrieben und gesagt hatte, es wäre doch wohl unverschämt, er (Praktiker) hätte nur wegen seiner Billigpreispolitik Probleme und nicht grundsätzlich und dem sollte man keine Kurzarbeit gewähren.“ Aber wir haben die Voraussetzungen geprüft und solange sie vorliegen, ist das in Ordnung, da kann man nichts dran machen. Es gab auch viel im Dienstleistungsgewerbe. Worauf Sie vielleicht ansprechen,

sind die typischen Saisonbetriebe außerhalb des Baugewerbes. Dafür ist es nicht vorgesehen, auch unter dem Argument, das sei ein immer wiederkehrendes Problem bei denen. Bauarbeiter haben beziehungsweise das Baugewerbe hat einen gewissen historischen Sonderstatus. Wenn man das ausweiten würde, müsste man wahrscheinlich die Beiträge erhöhen, das führt dann auch wieder zu irgendwelchen Friktionen. Während man beim Baugewerbe noch dazusagen muss, dass aus den Beitragsmitteln zwar das Saison-Kurzarbeitergeld bezahlt wird, aber sie leisten auch noch einen Eigenbeitrag. Ein solches Modell könnte man sicherlich auch auf andere Branchen übertragen, aber unterm Strich kostet das Geld und dazu muss die Politik bereit sein. Um Ihre Frage präzise zu beantworten: Es war nicht nur das verarbeitende Gewerbe, es gab auch Dienstleistungsunternehmen, aber Schwerpunkt war eindeutig dort, wo Industrie war.

Christoph von Donat, MWP Rechtsanwälte, Berlin:

Ich wollte noch einmal nachfragen zu der möglicherweise selektiven Wirkung des Kurzarbeitergelds zuungunsten kleiner Unternehmen. Es klang eben schon an: Wird das Kurzarbeitergeld nicht eigentlich Richtung Großunternehmen geleitet, die mit dem Instrument besser umgehen und die auch eher einen Betriebsrat haben als kleine Unternehmen? Sie haben vorhin eine Folie projiziert, auf der es hieß, dass in dem Krisenmechanismus gerade für kleinere Unternehmen die Drittelregelung aufgehoben wurde. War diese Regelung auf kleine Unternehmen beschränkt oder galt sie generell? Zurück zu meiner Hauptfrage: Sind nicht doch die Großunternehmen bevorzugt?

Manfred Schnitzler:

Zu Ihrem ersten Aspekt: In dem normalen Modus, wie er jetzt ist, ist auch die typische Beobachtung, dass es eher größere Unternehmen sind. Insofern möchte ich Ihnen ungern aber fast zustimmen, dass es sich normalerweise eher an größere organisierte Unternehmen richtet. Dieser Krisenmodus war aber, was die Drittelerfordernis anbetrifft, eindeutig auf mittlere und kleinere Unternehmen gemünzt, damit diese auch in den Genuss kommen. Normalerweise prinzipiell haben sie natürlich auch die Möglichkeit, aber es ist schwerer. Dieser berühmte Handwerksbetrieb, den ich zitiere, mit zehn Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen müsste für ein Drittel – das heißt für mindestens drei oder vier Personen – Ausfall haben und dann bleiben bei ihm nur noch sechs, die voll arbeiten. Das ist für ein kleines Unternehmen schon schwierig darzustellen, das gebe ich durchaus zu. Außerdem – das war auch eine Erfahrung in der Krise – kannten viele Unternehmen – vor allem viele kleine und mittlere – dieses Instrument

gar nicht. Sie wussten gar nicht, wie es anzuwenden ist. Da gab es durchaus größere Unternehmen, die hatten damit mindestens so viel Erfahrung wie wir, aber die Masse der Unternehmen eigentlich nicht.

Richard Giesen:

Nun kann ich mir eine letzte Frage nicht verkneifen: Hornbach und Praktiker, das überrascht mich gar nicht. Ich habe in den letzten fünf Jahren häufig Baumärkte besuchen müssen – unfreiwillig. Für mich ist völlig klar, dass Praktiker schlecht läuft und Hornbach gut läuft. Das hat und hatte nichts mit der Krise zu tun. Wenn Sie sich eine Krise vorstellen, warum soll sich diese Krise so auswirken, dass in dem einen Baumarkt nicht mehr eingekauft wird und im anderen sehr wohl? Wie gesagt, ist es nicht überraschend gewesen, dass die Geschäfte bei Hornbach gut liefen und bei Praktiker schlecht. Das hatte, kurz gesagt, nichts mit der Krise zu tun. Hat irgendjemand darüber nachgedacht?

Manfred Schnitzler:

Ob jemand darüber nachgedacht hat, weiß ich nicht. Auf alle Fälle steht im Gesetz nicht drin, dass Kurzarbeitergeld nur für gut gemanagte Unternehmen zu zahlen ist. Das wäre noch ein weiterer Prüfungspunkt, der auch für unsere Kolleginnen und Kollegen draußen ganz schwierig zu beurteilen wäre. Letztendlich ist das nur eine Wertung.

Richard Giesen:

Es hat etwas mit „vorübergehend“ zu tun. Warten Sie einmal ab, wie es weitergeht auf dem Baumarktsektor.

Manfred Schnitzler:

Ich meine, ich habe auch Praktiker verfolgt. Ich weiß auch, mit welchen Themen sie unterwegs sind. Es ist gesetzlich nicht so fokussiert worden. Vor dem Gesetz sind alle gleich und daher mussten wir diese Überlegungen bei unseren Prüfungen einfach außen vor lassen. Ob jetzt Politiker daran gedacht haben, entzieht sich meiner Kenntnis, möchte ich auch gar nicht spekulieren.

Richard Giesen:

Herr Dr. *Schnitzler*, ich darf Ihnen noch einmal ganz herzlich für den ausgezeichneten Vortrag und die schöne Diskussion danken. Wir trinken 15 Minuten Kaffee und treffen uns um 11.30 Uhr pünktlich zum Vortrag von Herrn Kollegen *Hase*. Vielen Dank noch einmal.

Legitimation des Funktionswandels

Friedhelm Hase

Seite

Einleitung	38
I. Förmliche rechtliche Regelungen und soziale Funktionen und Zwecke	38
1. Recht als Verhaltensordnung.....	38
2. Sozialversicherung: Der Rechtsanspruch des Versicherten und dessen gesellschaftliche Funktionen	39
II. Das Kurzarbeitergeld als Versicherungsleistung der BA	41
1. Sozialversicherungsrechtlicher Anspruch ohne Verfügungsbefugnis des Berechtigten	41
2. Die Anspruchsvoraussetzung des „erheblichen Arbeitsausfalls“	42
a) Leistungsgewährung als strategische Entscheidung der Arbeitsverwaltung unter Ungewissheit	42
b) Die Einzelelemente des „erheblichen Arbeitsausfalls“ im Sinne des § 96 SGB III	43
3. Wem nützt das Kurzarbeitergeld?	45
III. Das Kurzarbeitergeld in der Krise 2008/2009	47
1. Zur Entwicklung der Kurzarbeit und der Kurzarbeitergeldleistungen	47
2. Zur Bewertung des strategischen Einsatzes der Kurzarbeit und des Kurzarbeitergelds	49
IV. Resümee	50
Diskussion	52

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur (München 2013), S. 37-51

Einleitung

Im Folgenden soll vor allem der Frage nachgegangen werden, ob und in welchem Sinne die Sozialversicherung mit ihren Leistungen „*unternehmensnützige*“ Funktionen wahrnehmen kann, inwieweit – unter welchen Gesichtspunkten, in welchem Maße – eine Begünstigung der *Arbeitgeberseite* durch Einrichtungen der sozialen Vorsorge zu legitimieren ist. Konkreter geht es dabei, dem Thema der Tagung entsprechend, um die Arbeitslosenversicherung, insbesondere um das Kurzarbeitergeld und dessen forcierten Einsatz in der einschneidenden Krise der deutschen Wirtschaft in den Jahren 2008 und 2009, die durch Turbulenzen im US-amerikanischen Immobilien- und Bankensektor ausgelöst worden war. Zu beginnen ist allerdings mit einer Bemerkung zu einer allgemeineren methodischen Frage, der bei der Auseinandersetzung mit dem hier erörterten Problem grundlegende Bedeutung zukommt. Sie betrifft die elementare Unterscheidung zwischen förmlichen rechtlichen *Regelungen* und *Verfahren* und Aussagen über die gesellschaftlichen *Aufgaben* oder *Zwecke*, die mit ihnen jeweils zu verfolgen sind.

I. Förmliche rechtliche Regelungen und soziale Funktionen und Zwecke

1. Recht als Verhaltensordnung

Alles Recht ist letztlich auf die Ordnung des *Verhaltens* von Personen gerichtet, das wichtigste „*technische*“ *Mittel*, mit dem es seine Regelungsaufgaben erfüllt, ist der *Anspruch*: das Recht einer Person, von einer anderen Person (oder von mehreren Personen) ein bestimmtes Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) zu verlangen, und zwar in der Weise, dass dieses Verhalten *erzwungen* werden kann¹. Die zahllosen, im Einzelnen sehr unterschiedlichen juristischen Verfahren sind allesamt auf diese „*technische*“ Regelungsebene zentriert, auf der – jedenfalls im Grundsatz – ein-

1 Vgl. etwa *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma, 1968, S. 52 ff., insbesondere S. 53: Der *Formaspekt* des Rechts betrifft das durch das jeweilige Rechtsverhältnis begründete Gebot eines bestimmten Verhaltens (als „das einzige technische Mittel des Rechts“), die *Funktionsanalyse* hingegen sucht Antworten auf die Frage, was durch diese technische Form im „sozialen Leben“ bewirkt werden soll. – Auch bei *Luhmann* steht der Gesichtspunkt der *Verhaltens-erwartung* im Vordergrund, das Spezifikum des Rechts wird allerdings vor allem darin gesehen, dass Erwartungen auch im Enttäuschungsfall durchgehalten werden, dass sie „kontrafaktisch gesichert“ sind, vgl. nur *Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 40 ff.; *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, S. 73 ff.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 131 ff.

deutige und verbindliche Entscheidungen zu treffen sind: Ein Anspruch besteht oder er ist nicht gegeben, ein bestimmtes Verhalten ist verboten oder es ist erlaubt, es ist rechtswidrig oder steht im Einklang mit dem Recht – und so fort. Jede förmliche rechtliche Regelung soll natürlich bestimmten gesellschaftlichen Aufgaben oder Zwecken dienen, im sozialen Gefüge können ihr die verschiedensten Funktionen zuzuschreiben sein, die aber niemals als solche Gegenstand des rechtlichen Entscheidungsverfahrens sind: Solche Zwecke werden erreicht, gesellschaftliche Wirkungen treten ein – oder auch nicht, sie stehen jedenfalls *außerhalb* der förmlichen juristischen Entscheidung und sind „ihrer Natur nach“ nicht normativ zu generalisieren oder zu erzwingen. Aussagen über den gesellschaftlichen Nutzen oder über Funktionen und Wirkungen rechtlicher Regelungen bleiben daher notwendigerweise *uneindeutig, unbestimmt und veränderlich*: Es kommt hier auf die Perspektive und auf den Zeitpunkt der Betrachtung an, die vermeintlich vorteilhaften Wirkungen einer Regelung oder Entscheidung für eine bestimmte Person können sich in der längerfristig ausgerichteten Bewertung als Nachteile erweisen, Zwecke oder Nutzen eines bestimmten Rechtsinstituts können sich für verschiedene Personen oder soziale Akteure sehr unterschiedlich darstellen.

2. Sozialversicherung: Der Rechtsanspruch des Versicherten und dessen gesellschaftliche Funktionen

Diese beiden Dimensionen des Rechts – die (primäre) Ebene förmlicher Regelungen, Verfahren und Entscheidungen und die (sekundäre) gesellschaftlicher Zwecke, Funktionen und Wirkungen – müssen jedenfalls sehr deutlich voneinander abgehoben werden. Für das gesamte Sozialversicherungsrecht gilt dies in besonderer Weise, weil die Bestimmungen und Institute dieses Rechtsgebiets seit jeher in ein außerordentlich dichtes Netz sozialer und rechtlicher Beziehungen vor allem zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern „eingebunden“ sind, in dem praktisch *jeder* Regelung des förmlichen Rechts eine *Vielzahl* – zum Teil gegensätzlicher – sozialer Zweckbestimmungen zugeordnet werden kann. Im Zentrum des Sozialversicherungsrechts steht seit *Bismarcks* Zeiten der *Rechtsanspruch des Versicherten*². Diese Ausrichtung auf den Anspruch der schutzbedürftigen

2 Sozialversicherte sind von Beginn an Träger *eigener Rechte* gewesen, nicht, wie Fürsorgeempfänger bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, Objekte einer Verantwortung des Staats, die primär an der Gewährleistung der öffentlichen Ordnung ausgerichtet war; näher *Rückert*, Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Ruland (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990, Abschnitt 1 Rn. 5, 54 ff.; *Hockerts*, Sicherung im Alter: Kontinuität und Wandel der gesetzlichen Rentenversicherung 1889-1979, in: Conze-Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte in der Bundesrepublik Deutschland: Beiträge zum Kontinuitätsproblem, 2. Aufl. 1985, S. 296 ff.; *Ritter*, So-

und deshalb (mit seinem Arbeitgeber) zur Vorsorge herangezogenen Person ist – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – auch heute für alles der „Sozialversicherung“ zuzurechnende Recht unverzichtbar³. Dies bedeutet aber keineswegs, dass sich der gesellschaftliche Zweck oder Nutzen der sozialen Vorsorge in einer Begünstigung *der Versicherten* erschöpft: Die Anlage des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung zeigt vielleicht am deutlichsten, dass ein durch den Rechtsanspruch des Versicherten geprägtes öffentlich-rechtliches System maßgeblich dem Interesse der Unternehmer dienen kann, deren zivilrechtliche Haftung für Arbeitsunfälle durch die Arbeitergesetzgebung „abgelöst“ worden ist⁴. Insgesamt liegt der soziale Schutz der Arbeitnehmer – durch ein Vorsorgesystem mit gesetzlich fixierten subjektiven öffentlichen Rechten – immer auch im Interesse der Arbeitgeber, weil erst dieser Schutz den Arbeitenden die Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses ermöglicht, in dem – im Einklang mit den Grundregeln des modernen Zivilrechts – grundsätzlich nur durch die positiv erbrachte Arbeitsleistung Vergütungsansprüche zu begründen sind, das also auf der Maxime beruht: „Ohne Arbeit kein Lohn“⁵.

zialversicherung in Deutschland und England: Entstehung und Grundzüge im Vergleich, 1983, S. 35 ff.; *Tennstedt*, Vorgeschichte und Entstehung der Kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881, ZSR 1981, 663, 703; *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich: Eine Studie zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 2000, S. 12 f.; *Ecker* zufolge (Patriarchalische Sozialpolitik und mehr als das, ZSR 1994, 394, 396) lief die Einführung der Sozialversicherung mit dem für diese charakteristischen „Rechtsanspruch gegenüber der Gesamtheit“ auf eine Umwandlung der Verfassung hinaus; im selben Sinne *Benöhr*, Verfassungsfragen der Sozialversicherung nach den Reichstagsverhandlungen von 1881 bis 1889, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 1980, 94, 132.

- 3 Den Beiträgen der Versicherten (und weiterer „Beteiligter“), die das Bundesverfassungsgericht zu den konstitutiven Elementen des Typusbegriffs „Sozialversicherung“ zählt (siehe nur BVerfG 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u.a., BVerfGE 11, 105, 113), müssen im Versicherungsverhältnis stets Leistungen gegenüberstehen, die der Versicherte nach dem Eintritt des versicherten Risikos in Anspruch nehmen kann, näher *Hase* (Fn. 2), S. 162 ff.; *ders.*, Das Versicherungsverhältnis: Überlegungen zu einem Grundbegriff des Öffentlichen Rechts, DV 38 (2005), 453, 466 ff.
- 4 Dazu etwa *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, I. Bd., 1965, S. 66 ff.; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht: Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts, 1969, S. 26 ff.; *Krasney*, Die gesetzliche Unfallversicherung: Bestand und Wandel in mehr als 100 Jahren, NZS 1993, 89 ff.; *Breuer*, Historische und sozialpolitische Grundlagen, in: Schuln (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2: Unfallversicherungsrecht, 1996, § 1 Rn. 28 ff.
- 5 Zum arbeitsvertraglichen Leistungsaustausch näher etwa *Otto*, Einführung in das Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 477 ff., 515; *Lieb*, Arbeitsrecht, 9. Aufl.

II. Das Kurzarbeitergeld als Versicherungsleistung der BA

1. Sozialversicherungsrechtlicher Anspruch ohne Verfügungsbefugnis des Berechtigten

Eine klare Unterscheidung zwischen förmlichen rechtlichen Regelungen und diesen zuzuordnenden oder zuzuschreibenden sozialen Zwecken, Funktionen oder Wirkungen ist auch für das Verständnis von Sozialleistungen wie dem *Kurzarbeitergeld* entscheidend; dieses weist aber in der *formalen* wie in der *inhaltlichen* Ausgestaltung so starke Besonderheiten auf, dass es im Spektrum der Leistungen der BA geradezu einen Ausnahmestatus einnimmt⁶. In formaler Hinsicht sticht hervor, dass das Kurz-

2006, insbesondere S. 57 ff.; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 200 ff., 270 ff.

6 Zum Kurzarbeitergeld aus *rechtswissenschaftlicher* Sicht *Caspers*, Kurzarbeit, Diss. jur. Köln 1965, S. 154 ff.; *Bartels*, Soziale Sicherung bei Kurzarbeit in der Marktwirtschaft, Diss. jur. Göttingen 1978, insbesondere S. 47 ff., 117 ff., 222 ff.; *Ehmann*, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit: Zur Verlagerung des Lohnrisikos im Arbeitskampf und Arbeitsfrieden, 1979, S. 42 ff., 52 ff.; *Flehsenhaar*, Kurzarbeit als Maßnahme der betrieblichen Anpassung, 1980, insbesondere S. 87 ff.; *Löwisch*, Arbeitsrechtliche Maßnahmen bei Kurzarbeit, Massenentlassungen, Betriebsänderungen und Betriebsveräußerungen, 2. Aufl. 1984, S. 10 ff.; *Barnhofer*, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, 1995, S. 76 ff.; *Schaub/Schindele*, Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan, 3. Aufl. 2011, S. 150 ff.; *Bauer/Günther*, Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit, BB 2009, 662, 664 ff.; *Cohnen/Röger*, Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen: Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Grundlagen, BB 2009, 46, 48 ff.; (zum Recht der Schweiz) *Brügger*, Die Kurzarbeitsentschädigung als arbeitslosenversicherungsrechtliche Präventionsmaßnahme, 1993, insbesondere S. 16 ff., 51 ff., 104 ff.; aus der *sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen* Literatur etwa *Schultz-Wild*, Betriebliche Beschäftigungspolitik in der Krise, 1978, S. 229 ff.; *Schmid/Semlinger*, Instrumente gezielter Arbeitsmarktpolitik: Kurzarbeit, Einarbeitungszuschüsse, Eingliederungsbeihilfen – Durchführung, Wirksamkeit und Reformvorschläge, 1980, insbesondere S. 11 ff., 47 ff., 99 ff., 131 ff.; *Mosley/Kruppe*, Kurzarbeit im Strukturwandel: Europäische Erfahrungen, WSI-Mitteilungen 7/1995, 451 ff.; *Deeke*, Kurzarbeit als Instrument betrieblicher Flexibilität: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2003, IAB-Forschungsbericht 12/2005; *ders.*, Konjunkturelle Kurzarbeit: Was kann bei vorübergehendem Arbeitsausfall bewirkt werden?, WSI-Mitteilungen 8/2009, 446 ff.; *Eichhorst/Marx*, Kurzarbeit: Sinnvoller Konjunkturpuffer oder verlängertes Arbeitslosengeld?, Wirtschaftsdienst 2009, 322 ff.; *Brenke/Rinne/Zimmermann*, Kurzarbeit: Nützlich in der Krise, aber nun den Ausstieg einleiten, DIW-Wochenbericht 16/2010 vom 21.4. 2010, 2 ff.; *Dietz/Dittrich/Stops/Walwei*, Beschäftigungssicherung durch Arbeitskräftehorten, Sozialer Fortschritt 2011, 221 ff.; *Bogedan*, Arbeitsmarktpolitik im Spiegel konjunktureller

arbeitergeld in den §§ 95 ff. SGB III als vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Versicherungsleistung normiert ist, dem Versicherten aber praktisch jeder Einfluss auf die Entstehung und das Schicksal des Anspruchs verwehrt bleibt: Der zugrundeliegende Arbeitsausfall kann nur vom Arbeitgeber oder von der Betriebsvertretung angezeigt werden; diese haben das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld glaubhaft zu machen (§ 99 Abs. 1 SGB II), nur sie können das Geld beantragen (§ 323 Abs. 2 SGB III), die Abrechnung der Leistung liegt beim Arbeitgeber; nur er – oder die Betriebsvertretung – kann mit Rechtsbehelfen gegen die Entscheidung der Arbeitsagentur vorgehen⁷: Der Anspruchsinhaber hat so gut wie keine Möglichkeit, sich des an ihn adressierten Kurzarbeitergelds zu erwehren, alles wird letztlich von den Kollektivakteuren und den Stellen der BA geregelt⁸.

2. Die Anspruchsvoraussetzung des „erheblichen Arbeitsausfalls“

a) Leistungsgewährung als strategische Entscheidung der Arbeitsverwaltung unter Ungewissheit

Ganz besonders aufschlussreich aber sind die in § 96 SGB III festgelegten *Kriterien*, nach denen die Dienststellen der BA über Kurzarbeitergeldansprüche der Arbeitnehmer entscheiden. Die Einzelelemente, mit denen der Schlüsselbegriff des „*erheblichen Arbeitsausfalls*“ im Gesetz konkretisiert wird, werden in der Rechtsprechung wie in der einschlägigen Litera-

Entwicklungen, in: Bothfeld/Sesselmeier/Bogedan (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik in der sozialen Marktwirtschaft, 2. Aufl. 2012, S. 126 ff.

7 BSG 20.4. 1977 – 7 RAr 55/75, SozR 4100 § 80 Nr. 1; *Schaub/Schindele* (Fn. 6) Rn. 987, 991. Aus dem Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber zur Erhebung von Widerspruch und Klage verpflichtet sein, BSG 25.5. 2005 – B 11a/11 AL 15/04 R, SozR 4-4300 § 323 Nr. 1 = NZS 2006, 378 = NZA-RR 2006, 102; teilweise anders BAG 19.3. 1992 – 8 AZR 301/91, BAGE 70, 71 = NZA 1992, 1031.

8 Die mit der Einführung von Kurzarbeit angestrebte vorübergehende Herabsetzung des Arbeitsentgelts muss zwar *arbeitsrechtlich* gerechtfertigt sein, aber selbst wenn eine entsprechende Tarifvertragsregelung oder Betriebsvereinbarung fehlt (auch durch Letztere sind nach vorherrschender Auffassung Entgeltreduzierungen bei Kurzarbeit zu legitimieren!), wird der Arbeitnehmer gegen die auf Unternehmensebene getroffene Entscheidung kaum etwas ausrichten können. Dass Entgeltminderungen bei Kurzarbeit durch Leistungen der BA – teilweise – ausgeglichen werden können, wird in der arbeitsrechtlichen Literatur als Rechtfertigung für eine Änderungskündigung gesehen, die sogar fristlos auszusprechen sein soll; in diesem Sinn *Bauer/Günther*, BB 2009, 662, 665 ff.; skeptisch insoweit *Cohnen/Röger*, BB 2009, 46, 47.

tur im Allgemeinen wie „gewöhnliche“ Tatbestandsmerkmale behandelt, unter die Juristen mit den üblichen Methoden Lebenssachverhalte subsumieren, doch tatsächlich enthält das Gesetz hier ganz außergewöhnlich *offene*, auf äußerst komplexe wirtschaftliche Sachverhalte und Zusammenhänge gerichtete *Kategorien*, mit denen es die Fachverwaltung zu zukunftsgerichteten *strategischen Entscheidungen* unter *Ungewissheit* ermächtigt. Dass die Verwaltung hier nur strategisch – ohne irgendeine Richtigkeits- oder Erfolgsgewähr – agieren kann, ergibt sich schon daraus, dass sich jede behördliche Entscheidung auf ebenso „offene“ – und durchaus veränderliche, gleichsam fließende – strategische Entscheidungen *der Unternehmen* bezieht, die sich in sehr rasch wechselnden wirtschaftlichen Kontexten mit begrenztem Wissen in eine ungewisse Zukunft „voranzutasten“ haben.

In der dezidiert strategischen Ausrichtung oder Öffnung des Sozialrechts dürfte die wichtigste übergreifende *Veränderung* zu sehen sein, die im Zusammenhang mit der Leistung von Kurzarbeitergeld in der Krise von 2008/2009 deutlich geworden ist. Die Arbeitsverwaltung war natürlich auch früher mit Unwägbarkeiten des Wirtschaftsablaufs konfrontiert, doch die strategische Dimension ihres Handelns, mit dem wiederum unternehmerische Strategien zur Überwindung der Krise eröffnet oder angestoßen, aufgegriffen und abgestützt werden sollen, ist jetzt, im Zuge einer fortschreitenden Globalisierung oder Internationalisierung wirtschaftlicher Prozesse, viel stärker als in der Vergangenheit hervorgetreten.

b) Die Einzelelemente des „erheblichen Arbeitsausfalls“ im Sinne des § 96 SGB III

Diese These ist im Folgenden anhand der Einzelelemente zu konkretisieren, mit denen im Gesetz der Begriff des „erheblichen Arbeitsausfalls“ umrissen wird⁹. Ein Kurzarbeitergeldanspruch kommt nur bei einem *Arbeitsausfall* in Betracht, der auf „*wirtschaftlichen Gründen*“ oder einem „unabwendbaren Ereignis“ beruht. Der Rechtsbegriff der „wirtschaftlichen Gründe“ ist außerordentlich unbestimmt, auch wenn den Regelungen in §§ 95 Nr. 1, 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III entnommen werden kann, dass die Bestimmung – primär – auf Folgen allgemeiner konjunktureller Schwankungen, also nicht auf längerfristig wirksame strukturelle wirtschaftliche Schwächen¹⁰ und vor allem auch nicht auf unternehmens- oder

9 Im Folgenden ist allein auf das „konjunkturelle“ Kurzarbeitergeld (§§ 95 ff. SGB III) einzugehen, Transferkurzarbeitergeld (§ 111 SGB III) und Saison-Kurzarbeitergeld (§ 101 SGB III) hingegen bleiben außer Betracht.

10 Nur ein „vorübergehender“ Arbeitsausfall ist „erheblich“ im Sinne des konjunkturellen Kurzarbeitergelds, bei strukturellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten kommt grundsätzlich nur die Leistung von Transferkurzarbeitergeld in Betracht.

betriebsspezifische wirtschaftliche Probleme zu beziehen ist¹¹. Dennoch werden durch die Regelung beträchtliche Entscheidungsspielräume eröffnet, weil es ausreicht, dass sich der Arbeitsausfall *auch* auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung zurückführen lässt (§ 96 Abs. 2 SGB III); außer oder neben dieser können also weitere Gründe maßgebend sein. Letztlich soll die Arbeitsverwaltung aufgrund einer Gesamtbewertung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden¹².

Ebenso deutlich wird die offene und strategische Ausrichtung der Kriterien des Kurzarbeitergeldanspruchs bei der Frage, ob der durch die Leistung auszugleichende Arbeitsausfall „*nicht vermeidbar*“ ist. Die Verwaltung kann zwar feststellen, ob es im konkreten Fall anderweitige Anstrengungen zur Bewältigung der Krise – wie den Abbau von Leiharbeit, das Abschmelzen von Arbeitszeitkonten – gegeben hat, inwieweit die Spielräume des Unternehmens damit ausgeschöpft sind, wird „von außen“ – jedoch zumeist nicht abschließend zu beurteilen sein¹³.

Vor allem aber ist es das Kriterium des „*vorübergehenden*“ *Arbeitsausfalls*, das den *strategischen* Charakter der – an die offene Strategie des Unternehmens „angelehnten“ – Entscheidung zum Ausdruck bringt, die von der Arbeitsverwaltung hinsichtlich der Gewährung des Kurzarbeitergelds zu treffen ist. Ob ein Arbeitsausfall vorübergehend ist (und die betroffenen Arbeitnehmer nach begrenzter Zeit wieder in vollem Umfang beschäftigt werden), hängt in erster Linie von der Entscheidung des den Kurzarbeitergeldantrag stellenden *Arbeitgebers* ab, die sich wiederum aus einer komplexen Kosten-Nutzen-Abwägung in einem turbulenten und in vieler Hinsicht kaum zu durchschauenden wirtschaftlichen Kontext ergeben wird¹⁴. Auch wenn die BA Kurzarbeitergeld zahlt, wird die Kurzarbeit, weil die Kapitalauslastung und damit die Rendite sinkt und die sogenannten Remanenzkosten (insbesondere aufgrund der Belastung mit Sozialbeiträgen für die Arbeitnehmer) weiterlaufen, für das Unternehmen mit längerer Dauer immer unattraktiver, und nach geltendem Recht kann niemand ausschließen oder verhindern, dass sich die Unternehmensleitung schließlich doch zum Personalabbau, das heißt zur Entlassung von – wegen „vorübergehenden Arbeitsausfalls“ – kurzarbeitenden Beschäftigten entschließt.

11 Betriebliche Gegebenheiten und Entwicklungen – wie Veränderungen der Betriebsstrukturen – sollen bei der Konkretisierung des Begriffs der „wirtschaftlichen Gründe“ nur insoweit zu berücksichtigen sein, als sie „durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt“ sind, § 96 Abs. 2 SGB III.

12 Vgl. Merkblatt der BA „Kurzarbeitergeld – Informationen für Arbeitgeber und Betriebsvertretungen“, Stand Januar 2013, Ziffer 2.2.1, 2.2.2, 2.2.4.

13 Vgl. nur Schmid/Semmlinger (Fn. 6), S. 58 ff., insbesondere S. 62 ff.

14 Eingehend Dietz/Dittrich/Stops/Wallwei, Beschäftigungssicherung durch Arbeitskräftehorten, Sozialer Fortschritt 2011, 221, 222 f.

Dieser prinzipiellen *Offenheit* unternehmerischer Strategien und Entscheidungen hat die Arbeitsverwaltung bei *ihrer* Entscheidung über den Anspruch auf Kurzarbeitergeld Rechnung zu tragen. Hier kann nur darauf hingewiesen werden, dass es im Sozialrecht bisher keine ausgearbeiteten Konzepte gibt, mit denen die skizzierte strategische Dimension oder Qualität des administrativen Handelns angemessen zu erfassen wäre, weithin scheint selbst ein entsprechendes Problembewusstsein zu fehlen: Man hat im Sozialrecht kaum bemerkt, welche *Art* von Entscheidungen hier von der BA und ihren Dienststellen zu treffen sind. Bei der Erarbeitung eines problemadäquaten rechtsdogmatischen Konzepts könnte etwa an das vertraute verwaltungsrechtliche Institut des *Beurteilungsspielraums* angeknüpft werden¹⁵, vor allem aber dürfte der – selbst ausgesprochen offene – Begriff des *planerischen Ermessens* bei weiterführenden Überlegungen zugrunde zu legen sein¹⁶.

3. Wem nützt das Kurzarbeitergeld?

Bei alledem bleibt zu fragen, wem das Kurzarbeitergeld *nützt*, in wessen *Interesse* die Festsetzung und Gewährung der Sozialleistung liegt. Auf der Ebene der förmlichen rechtlichen Regelungen kann natürlich nur in aller Eindeutigkeit festgestellt werden, dass das Kurzarbeitergeld eine Entgeltersatzleistung ist, mit der die BA den leistungsberechtigten kurzarbeitenden Arbeitnehmer begünstigt, und solange das Geld im Gesetz als *Versicherungsleistung* ausgestaltet ist, steht diese „technische“ Regelungsstruktur der Sozialleistung nicht zur Disposition¹⁷. Damit ist aber nicht im Geringsten geklärt, welche gesellschaftlichen Zwecke, Funktionen oder Wirkungen dem Kurzarbeitergeld zuzuschreiben sind. Es ist leicht zu zeigen, dass zahlreiche sehr unterschiedliche Funktionsbeschreibungen oder -bestimmungen möglich sind, und diese sind durchweg *uneindeutig* oder sogar *widersprüchlich*, sie bleiben stets unabgeschlossen und veränderlich:

- Kurzarbeitergeld liegt insofern im Interesse des Arbeitnehmers, als sein Entgeltausfall – teilweise – kompensiert und der Arbeitsplatz im Betrieb erhalten wird. Der Arbeitnehmer kann seine Interessen gleichwohl beeinträchtigt sehen, weil er im Ergebnis – auch mit dem Kurzarbeitergeld – geringere Einkünfte als bei voller Arbeitsleistung erzielen wird, und das Verbleiben in einem wirtschaftlich vielleicht

15 Dazu nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 26 ff., 31 ff., 55 ff.

16 Maurer (Fn. 15), § 7 Rn. 63; Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 51.

17 Es kann keine Sozialversicherungsleistungen geben, die *nicht* vom Versicherten (oder dessen mitgeschützten Angehörigen), sondern von *anderen* Personen (etwa vom Arbeitgeber des Versicherten) zu beanspruchen sind.

„angeschlagenen“ Unternehmen (oder einer nicht mehr zukunfts-fähigen Wirtschaftsbranche) kann im Nachhinein als nachteilig erscheinen: Vielleicht wäre es ja besser gewesen, gleich eine neue Arbeitsstelle zu suchen oder eine Qualifizierungsmaßnahme („Umschulung“) in Anspruch zu nehmen!

- Für das Unternehmen ist der Kurzarbeitergeldanspruch des Arbeitnehmers vorteilhaft, weil er die Herabsetzung der Vergütung und damit eine Reduzierung der Personalausgaben in der Krise ermöglicht¹⁸ und eingearbeitete – qualifizierte, spezialisierte – Arbeitnehmer im Betrieb gehalten werden können, das im Unternehmen aufgebaute Know-how also nicht verloren geht. Genau dies kann sich aber als Nachteil erweisen, wenn der Nachfrageausfall länger anhält und sich schließlich zeigt, dass eine grundlegende unternehmerische Umorientierung – die Anpassung an veränderte Marktbedingungen – unausweichlich ist: Hätte man diese nicht besser unverzüglich und entschlossen in Angriff genommen?
- Aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung selbst bietet die – durch die Sozialleistung stimulierte und geförderte – Nutzung der Kurzarbeit den Vorteil, dass höhere Aufwendungen vermieden werden können, die im Fall der Arbeitslosigkeit zu bewältigen wären: Zur Leistung von Arbeitslosengeld kämen Aufwendungen für Maßnahmen zur Vermittlung und zur Wiedereingliederung der entlassenen Arbeitnehmer hinzu. Soweit sich aber bei den mit Hilfe des Kurzarbeitergelds entlasteten Unternehmen die wirtschaftliche Lage nicht relativ rasch nachhaltig verbessert, wird man der Arbeitsverwaltung vorhalten, dass sie mit dem guten Geld der Beitragszahler ökonomische Fehlanreize gesetzt und zu einer Versteinerung nicht mehr wettbewerbsfähiger Strukturen oder Verhältnisse beigetragen habe.
- Entsprechend wird es der Bundesregierung und den sie tragenden Parteien – insbesondere bei anstehenden Wahlen – zugutekommen, wenn sich der Arbeitsmarkt auch in der Krise als „robust“ erweist und dies mit den „richtigen Signalen der Politik“ in Verbindung gebracht werden kann. Wenn die Stabilisierung von Arbeitsplätzen durch sozialrechtliche Stützungsmaßnahmen jedoch nicht gelingt, kann sich der politische Schaden als größer als bei einer raschen

¹⁸ Für die Entgeltminderung selbst bedarf es zwar, wie schon erwähnt, einer *arbeitsrechtlichen* Begründung, die Möglichkeiten, die das *sozialrechtliche* Institut eröffnet, schlagen aber gleichsam – über Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Individualabreden oder Änderungskündigungen – in das Arbeitsrecht durch.

Festlegung auf eine entschlossene wirtschaftliche Umstrukturierungsstrategie erweisen.

III. Das Kurzarbeitergeld in der Krise 2008/2009

1. Zur Entwicklung der Kurzarbeit und der Kurzarbeitergeldleistungen

Auf die Bedeutung der Kurzarbeit und des Kurzarbeitergelds in der Krise 2008/2009 ist hier nur mit einer kurzen Bemerkung einzugehen¹⁹. Kurzarbeit war bekanntlich in der Umstrukturierung der ostdeutschen Wirtschaft nach der Wiedervereinigung von enormer Bedeutung gewesen; 1991 wurden im Jahresdurchschnitt mehr als 1,6 Millionen Kurzarbeiter gezählt²⁰. In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre war die Kurzarbeit dann sehr stark zurückgegangen, nach 2002 war sie fast bedeutungslos geworden: Für 2007 wird noch eine Zahl von 68.000 kurzarbeitenden Personen genannt²¹. Mit dem Konjunkturéinbruch im letzten Quartal des Jahres 2008 sind die Zahlen jedoch geradezu explodiert: Im Dezember waren bereits 400.000 Arbeitnehmer in Kurzarbeit (davon rund drei Viertel in konjunktureller Kurzarbeit), die Zahl stieg bis zum Februar 2009 auf 720.000, bis zum April auf 1,4 Millionen²², bis zum Mai 2009 auf mehr als 1,5 Millionen Personen an²³.

19 Näher dazu *Eichhorst/Marx*, Kurzarbeit – Sinnvoller Konjunkturpuffer oder verlängertes Arbeitslosengeld?, Wirtschaftsdienst 2009, 322 ff.; *Brenke/Rinne/Zimmermann*, DIW-Wochenbericht 16/2010, 2 ff.; *Dietz/Stops/Walwei*, Safe-guarding jobs through labor hoarding in Germany, in: Zimmermann/Wey (Hrsg.), The economy crises, and the labor market. Can institutions serve as a protective shield for employment?, Applied Economics Quarterly Supplement 61, 2010, S. 125 ff.; *Dietz/Dittrich/Stops/Walwei*, Sozialer Fortschritt 2011, 221 ff.; *Deeke*, WSI-Mitteilungen 8/2009, 446 ff.; *Bogedan/Brehmer/Herzog-Stein*, Betriebliche Beschäftigungssicherung in der Krise: Eine Kurzauswertung der WSI-Betriebsrätebefragung 2009, WSI-Report 01/Dez. 2009, 1 ff.; *Bogedan*, in: Bothfeld/Sesselmeier/Bogedan (Fn. 6), S. 26 ff.; *dies.*, Arbeitsmarktpolitik aus der „Mottenkiste“? Kurzarbeitergeld im Lichte politischer Interessen, WSI-Mitteilungen 11/2010, 577 ff.; *Franz/Lehndorff*, Arbeitszeitentwicklung und Krise – eine Zwischenbilanz, Universität Duisburg-Essen, IAQ-Report 2010-07, 1 ff.; OECD Wirtschaftsausblick 2010/1 Nr. 87 (Mai 2010), 232 f.

20 Vgl. nur *Eichhorst/Marx*, Wirtschaftsdienst 2009, 324; *Brenke/Rinne/Zimmermann*, DIW-Wochenbericht 16/2010, 5.

21 *Eichhorst/Marx*, Wirtschaftsdienst 2009, 324.

22 *Eichhorst/Marx*, Wirtschaftsdienst 2009, 324 f.

23 *Brenke/Rinne/Zimmermann*, DIW-Wochenbericht 16/2010, 5 (die genannte Zahl bezieht sich auf Personen, die aus konjunkturellen Gründen Kurzarbeitergeld bezogen).

Entsprechend sind die Ausgaben der BA für das Kurzarbeitergeld gewachsen, von 2007 zum Jahr 2008 noch relativ moderat (von 239 auf 287 Millionen Euro), dann aber sprunghaft: Allein im März 2009 lagen die Ausgaben bei 173 Millionen Euro, die BA kündigte eine Korrektur des Haushaltsansatzes – von zunächst vorgesehenen 300 Millionen auf 2,1 Milliarden Euro – an, tatsächlich wurden 2009 aber insgesamt mehr als 5 Milliarden Euro für Kurzarbeitergeld aufgewandt²⁴.

Die Gesetzgebung hat die enorme Ausweitung der Kurzarbeit und der Leistung von Kurzarbeitergeld bekanntlich durch eine lange Reihe von Rechtsänderungen stark gefördert. Die maximale Bezugsdauer des Geldes wurde verlängert, zunächst auf 18²⁵, dann auf 24 Monate²⁶, seitens der SPD wurde dann sogar eine Verlängerung auf 36 Monate gefordert²⁷. Für eine begrenzte Zeit wurden die Arbeitgeber bei den Sozialbeiträgen für Kurzarbeiter entlastet: zunächst hälftig, bei Weiterbildung des Arbeitnehmers auch vollständig, später dann nach sechs Monaten Kurzarbeit auch ohne Qualifizierungsmaßnahmen in vollem Umfang²⁸. Leiharbeiter wurden erstmals in die Kurzarbeitergeldleistung einbezogen²⁹. Die Anspruchsvoraussetzungen wurden „abgesenkt“, insbesondere musste der Entgeltausfall um mehr als 10 % nicht mehr bei mindestens *einem Drittel* der Beschäftigten eingetreten sein (im geltenden Recht § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III)³⁰. Das Antrags- und Nachweisverfahren wurde „vereinfacht“, vor allem wurde die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls nur noch cursorisch geprüft.

24 *Eichhorst/Marx*, Wirtschaftsdienst 2009, 326.

25 Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 26.11. 2008, BGBl. 2008 I, S. 2332.

26 Art. 1 der Ersten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 29.5. 2009, BGBl. 2009 I, S. 1223. Nach geltendem Recht wird das Geld für längstens zwölf Monate geleistet, § 1 der Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld vom 7.12. 2012, BGBl. 2012 I, S. 2570.

27 Beschäftigte vor Arbeitslosigkeit schützen – Konditionen für Kurzarbeit verbessern, BT-Drucks. 17/523.

28 § 421t SGB III in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3. 2009, BGBl. 2009 I, S. 416 und des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze vom 15.7. 2009, BGBl. 2009 I, S. 1939.

29 § 11 Abs. 4 AÜG in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3. 2009, BGBl. 2009 I, S. 416. Die Rechtsprechung hatte bei Leiharbeitern einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld verneint, BSG 21.7. 2009 – B 7 AL 3/08 R, BSGE 104, 83 ff.

30 § 421t Abs. 2 Nr. 1 SGB III in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3. 2009, BGBl. 2009 I, S. 416.

Die Schleusen für die Bewilligung von Kurzarbeitergeld wurden also außerordentlich weit geöffnet, und die Unternehmen haben von den damit eingeräumten Möglichkeiten in weitem Umfang Gebrauch gemacht. Schon mit dem Ende des zweiten Quartals 2009 ging die Kurzarbeiterzahl jedoch wieder zurück, Ende 2009 lagen sie bei rund 800.000 Personen, danach hat sich die Situation relativ rasch weiter entspannt³¹. Gerade in den am stärksten von Kurzarbeit betroffenen Branchen – im verarbeitenden Gewerbe und zumal in der Automobilindustrie – „sprang“ die Konjunktur wieder kräftig „an“. In vielen Unternehmen wurde schon bald wieder eine volle Auslastung der Belegschaften erreicht. Es erwies sich jetzt als außerordentlich vorteilhaft, dass die Produktion ohne größere Personalmaßnahmen mit den eingearbeiteten Arbeitnehmern sofort wieder stark gesteigert werden konnte³².

2. Zur Bewertung des strategischen Einsatzes der Kurzarbeit und des Kurzarbeitergelds

Insofern ist die – man darf schon sagen – weltweite Anerkennung sehr leicht nachzuvollziehen, die der strategische Einsatz und die öffentliche Abstützung der Kurzarbeit zur Bewältigung der Krise 2008/2009 gefunden haben³³. Der Erfolg legitimiert sich gleichsam selbst; es hat aber auch kritische Stimmen gegeben. Die wichtigsten Einwände gegen die in Rede stehende Mobilisierung öffentlich-rechtlicher Ressourcen lauten, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Kurzarbeitergelds seien zu stark aufgeweicht und zu unscharf geworden³⁴, die Verlängerung der maximalen Bezugsdauer der Leistung habe ein wirtschaftlich sinnvolles Maß überschritten³⁵. Insgesamt seien die rechtlichen Anreize zur Inanspruchnahme der Sozialleistung mit dem Abflauen der Krise nicht rasch und entschlossen genug zurückgenommen worden. Insofern habe man mit der öffentlichen Förderung der Kurzarbeit nicht nur positive Effekte erzielt, sondern möglicherweise auch Fehlanreize – im Sinne einer Konservierung nicht mehr wettbewerbsfähiger betrieblicher Verhältnisse und Gegebenheiten – gesetzt. Schließlich habe die strategische Nutzung

31 Brenke/Rinne/Zimmermann, DIW-Wochenbericht 16/2010, 5 ff.; Dietz/Dittrich/Stops/Walwei, Sozialer Fortschritt 2011, 223 ff.; Bogedan, in: Bothfeld/Sesselmeier/Bogedan (Fn. 6), S. 129 ff.; dies., WSI-Mitteilungen 11/2010, 578 ff.

32 Vgl. nur Brenke/Rinne/Zimmermann, DIW-Wochenbericht 16/2010, 10 f.

33 Zur Würdigung des deutschen „Beschäftigungswunders“ in der internationalen Publizistik Bogedan, WSI-Mitteilungen 11/2010, 577.

34 Dietz/Dittrich/Stops/Walwei, Sozialer Fortschritt 2011, 221, 229 f.; Eichhorst/Marx, Wirtschaftsdienst 2009, 322, 327 f.; Brenke/Rinne/Zimmermann, DIW-Wochenbericht 16/2010, 2, 11 ff.

35 Eichhorst/Marx, Wirtschaftsdienst 2009, 322, 327 f.; Brenke/Rinne/Zimmermann, DIW-Wochenbericht 16/2010, 2, 11 ff.

des Gelds zu einer „Subventionierung“ des verarbeitenden Gewerbes und der dort beschäftigten – ohnehin eher privilegierten – Arbeitnehmer durch Beitragszahler insbesondere aus dem Dienstleistungssektor geführt³⁶.

IV. Resümee

Wie immer man solche Argumente im Einzelnen bewerten will: Die Strategie der massiven öffentlichen Förderung und Abstützung der Kurzarbeit muss vor allem in ihrer *Situationsgebundenheit*, in ihrem Bezug zu den konkreten Gegebenheiten gerade der Krise gesehen und verstanden werden, von der die deutsche Wirtschaft im letzten Quartal des Jahres 2008 erfasst worden ist. Mit Sicherheit ist nicht jede Einzelmaßnahme sinnvoll gewesen, doch aus heutiger Sicht haben sich die großen, grundlegenden Entscheidungen als „richtig“ und für die meisten Betroffenen als konstruktiv und nützlich erwiesen: Sie haben dazu beigetragen, dass die Wirtschaft der Bundesrepublik – die Unternehmen als solche wie die Belegschaften in den Betrieben – den situativen Nachfrageeinbruch und die daraus erwachsenden Schwierigkeiten relativ gut überstanden haben.

Aber alles hätte natürlich *ebenso gut ganz anders* kommen, alles hätte sehr wohl auch „*schiefgehen*“ können. Ende 2008 und Anfang 2009 konnte schließlich niemand *wissen*, dass sich die Konjunktur schon sehr bald erholen und in den von Kurzarbeit besonders stark betroffenen Branchen auch sehr kräftig beleben würde; niemand – das gilt für Unternehmensleitungen, die Zentrale der BA, die Bundesregierung oder das BMAS – konnte damals erkennen, dass der Konjunktureinbruch temporär und begrenzt bleiben würde und nicht der *Anfang* einer großen und lang anhaltenden Krise der deutschen Wirtschaft war. Verlässliche Prognosen waren damals aufgrund der enormen Komplexität, die heute die weltwirtschaftlichen Zusammenhänge charakterisiert, vollständig ausgeschlossen.

Deshalb können heute aus den positiven Erfahrungen mit der Kurzarbeit in der Krise 2008/2009 praktisch keine verallgemeinernden Schlüsse für die Zukunft gezogen werden. Dass der – auf eine Vielzahl gesetzlicher und untergesetzlicher Neuregelungen gestützte – Einsatz des Kurzarbeitergelds ein Erfolg gewesen ist, bedeutet keineswegs, dass auch die nächste Krise mit Kurzarbeit und der Ausweitung und „Entgrenzung“ von Sozialleistungen in vergleichbarer Weise zu bewältigen wäre. Gerade *weil* mit dem Kurzarbeitergeld zuletzt so *außergewöhnlich* positive Wirkungen erzielt werden konnten, muss beim nächsten wirtschaftlichen Einbruch *besonders* sorgfältig und sensibel geprüft werden, ob wirklich hinreichende Aussichten auf vergleichbare Effekte bestehen. Kurzarbeit ist durchaus kein Heilmittel für Krisen jedweder Art, sondern ein nicht ungefährliches

36 In diesem Sinn etwa *Eichhorst/Marx*, Wirtschaftsdienst 2009, 322, 328.

Medikament mit zahlreichen Nachteilen und Nebenwirkungen, über die im Grunde niemand genauere Aufklärung geben kann.

Wichtig ist vor allem, dass die *strategische* Dimension oder Qualität der einschlägigen Maßnahmen der BA und ihrer Dienststellen auch in der rechtlichen Perspektive *offengelegt* und als solche *anerkannt* wird. Administrative Entscheidungen über die Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldanspruchs folgen, wie gezeigt, nur zum Teil dem vertrauten Modell der „Anwendung“ normativer Programme auf konkrete Lebenssachverhalte, sie schließen wesentlich Elemente eines situativen und tastenden, ausgesprochen fehleranfälligen strategischen Vorgehens unter Ungewissheit ein. Komplexe Aufgaben dieser Art sind von der Arbeitsverwaltung nur zu erfüllen, wenn sich ihre Entscheidungsstäbe – ebenso wie diejenigen international ausgerichteter Unternehmen – auf ein entsprechendes Wissen stützen können und über ausgeprägte Managementfähigkeiten verfügen.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ganz herzlichen Dank, Herr *Hase*, für diesen Vortrag, mit dem Sie den Horizont erweitert haben, Fragen nach dem Regulieren, dem Steuern sozialer Leistungen stellen und auch teilweise beantworten konnten. Ich darf jetzt die Diskussion eröffnen. Wenn es keine Wortmeldung gibt, wäre die erste Frage von mir. Ich habe mir hier notiert: „offenes Entscheidungsprogramm der BA“, gleichzeitig „offene unternehmerische Situation sowohl auf mikro- als auch auf makroökonomischer Basis nicht absehbar“. Das, was wir schon vorher diskutiert haben, ist: War das die richtige Krise für diese Sozialleistung oder die richtige Sozialleistung für diese Krise? Meines Erachtens muss weiter überlegt werden: Wer sollte nach Ihrem Erachten die Regulierungshoheit in solchen Fragen haben? „Offenes Entscheidungsprogramm“ – Sie haben wenig Vertrauen in das Gesetz, wie mir scheint, oder das Gesetz liefert zumindest wenige Anhaltspunkte. Wir hatten eine Melange zwischen Bundestag, Bundesregierung und operativer Verantwortung in der Verwaltung. Wie sehen Sie das regulierungstechnisch? Welche Instanzen sind gefragt, wenn es darum geht, Krisen mittel- und langfristig abzuwenden und sich hierzu Auffanglösungen auszudenken?

Professor Dr. Friedhelm Hase, Universität Bremen:

Herr *Giesen*, Sie haben sich natürlich gleich die allerschwierigsten Fragen herausgepickt.

Richard Giesen:

Das ehrt mich.

Friedhelm Hase:

Gestatten Sie eine kurze allgemeine Vorbemerkung! Im Vertrauen in die Rationalität des Gesetzes möchte ich mich von niemanden übertreffen lassen, und ganz grundsätzlich ging es hier auch keineswegs darum, Kritik an der Gesetzgebung oder an einzelnen Vorschriften des Arbeitsförderungsrechts zu üben. Wichtig ist mir vielmehr, dass sich bei der enormen Komplexität, die im Sektor Wirtschaft – als einem der Schlüsselsektoren moderner Gesellschaften – erreicht ist, auch die Struktur normativer Programme grundlegend verändert, dass es zu einem Wandel des Rechts auch

keine Alternative gibt. Insofern sind die Schwierigkeiten, wie sie bei der Anwendung von Vorschriften, wie denen über das Kurzarbeitergeld auftreten, jedenfalls im Grundsatz unausweichlich.

Zu der ersten Frage, die Sie angesprochen haben: Ich denke, in den Jahren 2008/2009 haben in Deutschland, wenn man das im Fall eines Einbruchs gravierender wirtschaftlicher Probleme so sagen darf, in einer glücklichen Weise die „richtige“ Krise und das „richtige“ Instrument zusammengefunden. Das war vermutlich ein singulärer Vorgang. Im Nachhinein kann die Krise als ein temporärer wirtschaftlicher Einbruch erscheinen, der in einem grundsätzlich außerordentlich robusten wirtschaftlichen Umfeld nicht zuletzt mit Hilfe des Kurzarbeitergelds sehr schnell überwunden werden konnte. Man sollte dabei auch die psychologische Dimension nicht unterschätzen; der gezielte Einsatz der Sozialleistung hatte einen bedeutsamen Signaleffekt. An sich wäre bei dem plötzlichen Nachfrageeinbruch im Herbst 2008 ja eine Explosion der Arbeitslosenzahlen zu erwarten gewesen. Wenn dies nicht eingetreten ist, wenn die Belegschaften aufgrund eines strategischen Handelns von Politik, Arbeitsverwaltung und Unternehmen weitgehend in den Betrieben gehalten werden konnten, so hat dies die Zuversicht geweckt oder doch stabilisiert, dass die Schwierigkeiten sich als bloß vorübergehend erweisen und schon sehr rasch eine wirtschaftliche Wiederbelebung eintreten werde. Glücklicherweise ist dies dann ja auch geschehen, viel rascher, als dies seinerzeit irgendjemand erwarten konnte.

Die Frage nach dem „Regulierungsregime“ – das ist in diesem Zusammenhang ein sehr passender Begriff – ist natürlich ausgesprochen kompliziert. Die förmliche Entscheidung über die Leistung des Kurzarbeitergelds liegt bei der Bundesagentur, das Geld wird letztlich von der einzelnen Arbeitsagentur festgesetzt. Aber die Stellen entscheiden nicht gleichsam im luftleeren Raum, sie haben sich an der wirtschaftlichen Lage, an Änderungen des Kurses der Zentrale in Nürnberg, an politischen und gesetzgeberischen Festlegungen und nicht zuletzt an Veränderungen der Unternehmensstrategien zu orientieren. Die wichtigsten Entscheidungen sind in der Krise 2008/2009 offenbar von der Leitung der Bundesagentur und dem BMAS, also von der Bundesregierung, dann aber auch im Parlament getroffen worden. Natürlich wurden damals auch ausgesprochen komplizierte strategische Fragen aufgeworfen: Wie sind die Aussichten, mit Maßnahmen wie solchen, über die Herr *Schnitzler* heute berichtet hat, nachhaltige Erfolge zu erzielen, welche Effekte sind etwa von einer Verlängerung der Bezugszeiten des Kurzarbeitergelds oder von der Übernahme von Sozialbeiträgen durch die Bundesagentur zu erwarten? Letztlich wird entscheidend sein, ob und wie weit solche Fragen bei der Bundesagentur selbst adäquat aufgegriffen und bearbeitet werden können: Die Arbeitsverwaltung muss imstande sein, ihr eigenes Handeln in äußerst

komplexen und sehr rasch wandelbaren wirtschaftlichen Kontexten sinnvoll zu steuern. Auf der Leitungsebene bedarf es hier eines strategisch ausgerichteten Managements, das Entscheidungen letztlich auf demselben Niveau wie ein multinational operierendes Wirtschaftsunternehmen trifft. In der Pause habe ich Herrn *Schnitzler* schon gefragt, ob es bei der Bundesagentur inzwischen so eine Art Thinktank gibt.

Richard Giesen:

Was war denn die Antwort von Herrn *Schnitzler*?

Friedhelm Hase:

Er sagt es gleich selbst.

Dr. Manfred Schnitzler, Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg:

Lassen Sie mich in einer etwas anderen Weise vielleicht nicht so direkt antworten, sondern so, wie wir das gemacht haben. Sie kennen vielleicht unseren Vorstandsvorsitzenden Herrn *Weise* aus Funk und Fernsehen. Er ist ein Topmanager und führt unsere Institution auch wie ein Unternehmen in gewissen Weisen. Was wir noch gemacht haben an flankierenden Maßnahmen? Lassen Sie mich das auch noch einmal ergänzen. Wir hatten in einer relativ schlanken Sitzung – das waren drei, vier Stunden – mit den Gewerkschaften, mit der Industrie zum Beispiel unseren Antrag für die Anzeige von Kurzarbeit von einem vierseitigen Formular auf ein zweiseitiges heruntergebracht. Jetzt können Sie uns fragen: Warum haben wir das nicht vorher gemacht? Der Bundesrechnungshof zum Beispiel sagt, dieses Formular sei zu grob, wir würden nicht genau prüfen usw. Von der Regulierungsseite sieht man das etwas anders, aber wir haben das Ganze unternehmerisch-pragmatisch gesehen. Was wir für eine Managemententscheidung getroffen haben war, unseren Agenturen die Vorgaben zu geben, dass im Regelfall – also in 80 % der Fälle – die Leistung Kurzarbeitergeld innerhalb von 14 Tagen ausgezahlt werden sollte. Das war ein Muss! Insofern haben wir – ich sage noch einmal – als Unternehmen gehandelt, damit die Unternehmen draußen ordentlich arbeiten können. Um auf Ihr Thema zurückzukommen: Wir haben auch in der Zentrale Kollegen, die sich mit diesem Thema auseinandergesetzt haben und sie wurden strategisch auf den Pfad gesetzt, das Verfahren und die Vorgehensweise so einzusetzen, dass das überhaupt gangbar war in der Krise.

Bernd Pirpamer, Heisse Kursawe Eversheds, München:

Ein kurze Frage noch: Sie führten am Anfang aus, dass das Wesen des Kurzarbeitergelds einen Sonderstatus hat und kollektivrechtlich von der Arbeitsrechtsebene die Betriebsparteien und die Tarifvertragsparteien ein erhebliches Wort dort mitzureden hatten.

Friedhelm Hase:

Ich konnte das aus Zeitgründen nicht ausführen, insoweit haben wir hier auch kompetentere Kollegen.

Bernd Pirpamer:

Ich wollte da vielleicht nur einen Ansatz herausleiten, warum man nicht die Rahmenbedingungen grundsätzlich so lässt wie sie in der Ausnahmesituation waren und nicht die Betriebsparteien und die Tarifvertragsparteien im Grunde genommen in die Verantwortung einbindet und sagt: „Dort, wo ich die Kurzarbeit brauche“ – ich brauche eine Betriebsvereinbarung, ich brauche einen Tarifvertrag – und die Betriebsebene und die Unternehmensebene dort mehr einbindet und die Rahmenbedingungen weiter lässt, also das Ganze umdrehen, nicht die Sondersituation regeln für die Krise, sondern den Rahmen weiter lassen.

Friedhelm Hase:

Das ist eine schwierige Frage, ich bin auch nicht sicher, ob ich sie beantworten kann. Das Kurzarbeitergeld ist ein sehr ambivalentes Instrument: Es kann unter bestimmten Bedingungen, wie die Krise 2008/2009 zeigt, große Vorteile eröffnen, aber eben nur unter bestimmten Voraussetzungen; zugleich sind mit dem Einsatz des Geldes aber auch beträchtliche Gefahren verbunden. Dies spricht meines Erachtens dafür, den gesetzlichen Rahmen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld so eng zu belassen, wie er jetzt – wieder – geregelt ist. Abstrakt könnte man sich aber auch ein Modell vorstellen, wie Sie es gerade skizziert haben: ein weiterer gesetzlicher Rahmen mit einer noch deutlicheren Betonung der Rolle und der Verantwortung der Unternehmensleitungen und der Belegschaften, der Betriebsräte. Das wäre durchaus vorstellbar. Mir persönlich wäre dabei aber nicht ganz wohl; ich vermute, Herrn *Schnitzler* auch nicht, wenn ich sein Referat verstanden habe.

Richard Giesen:

Man kann vielleicht aus Sicht des Arbeitsrechtlers kurz ergänzen: Kurzarbeit bedeutet immer eine Reduzierung der Arbeitszeit, verbunden mit weniger Entgelt – entsprechend der Reduzierung der Arbeitszeit. Dafür brauchen wir eine vertragliche Grundlage, die kann im Individualarbeitsvertrag oder im – allerdings dann auch tatsächlich gelten müssenden – Tarifvertrag stehen. Vor grauer Vorzeit, vor über 50 Jahren, hat das Bundesarbeitsgericht einmal erlaubt, dass eine Betriebsvereinbarung das zulässt. Das wäre allerdings ein Zugriff der Betriebspartner auf die Arbeitsrechtsbeziehungen, die wohl von der Mehrheit der vernünftigen Menschen nicht für zulässig gehalten wird.

Friedhelm Hase:

Die meisten Sozialrechtler halten das für völlig unproblematisch.

Richard Giesen:

Mein akademischer Lehrer *Heinze* hat einmal tatsächlich die These entwickelt: Wenn das Sozialrecht es erlaube, müsse das Arbeitsrecht dem folgen. Aber dem *Heinze* ist niemand gefolgt.

Friedhelm Hase:

Wenn ich Sie unterbrechen darf: Es gibt in der arbeitsrechtlichen Literatur durchaus die Auffassung, dass die von Herrn *Schnitzler* im Einzelnen dargestellten Signale, wie sie von der Sozialgesetzgebung und von der Bundesagentur kamen, den Arbeitgeber dazu ermächtigen, Kurzarbeit auch gegen den Willen des betroffenen Arbeitnehmers mit Hilfe einer Änderungskündigung einzuführen. Sogar eine fristlose, außerordentliche Kündigung soll insoweit zulässig sein.

Richard Giesen:

Die machen alles passend.

Friedhelm Hase:

Das wäre eine induzierte Veränderung der Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis.

Richard Giesen:

Soweit ist man wohl noch nicht.

Friedhelm Hase:

Die Literatur schon.

Ulrich Pieper, vem.die arbeitgeber, Koblenz:

Herr Professor *Hase*, ich kaue gerade an Ihrer These: Es hätte auch alles schiefgehen können. Stellen wir uns doch für einen Moment einmal vor, es wäre Ende 2009, Anfang 2010, nicht wieder schwunghaft die Konjunktur angesprungen, sondern es hätte sich herausgestellt nach 24 Monaten, meinetwegen auch nach Lesart und nach dem Willen der SPD nach 36 Monaten, die Konjunktur wäre nicht wieder da gewesen, die Firmen wären umgestiegen von der Kurzarbeit und hätten Personal im großen Stil abgebaut. Was hätte man in diesem Fall aus der Retrospektive der Arbeitsverwaltung vorhalten können? Ich glaube nicht, dass für die Sozialversicherung in diesem Fall der sofortige Personalabbau billiger gewesen wäre. Im Gegenteil: Ich glaube, dann hätte uns die Krise nicht fünf Milliarden, sondern zehn oder zwölf Milliarden gekostet, denn Kurzarbeitergeld wird nur für den Anteil des ausgefallenen Arbeitszeitanteils gezahlt. Bei 100 % Kurzarbeit haben Sie sicher Recht. Das ist vielleicht ein Nullsummenspiel, aber das war bei den wenigsten Firmen der Fall, sondern wir reden immer nur von dem Anteil. Es wäre im Nachhinein viel teurer geworden, und wenn man das zu Ende denkt, kommt man dann nicht zu dem Ergebnis, dass, von den Fällen abgesehen, dass man in Unternehmen während des Bezugs von Kurzarbeitergeld sich entschließt, das Unternehmen zu schließen. Dass man dort sagt: „In Ordnung, das hat mit vorübergehend nichts mehr zu tun.“ Wir hängen immer nur bei dem Begriff, hat nicht nur beim AÜG offenbar so viel Bedeutung, sondern auch beim Kurzarbeitergeld. Kommt man dann nicht zu dem Ergebnis, dass es doch eigentlich selbstregulierend ist und von diesen Ausnahmefällen abgesehen man vielleicht sogar auf diese Voraussetzung verzichten könnte, zu sagen: „Es muss vorübergehend sein“, weil ein Unternehmen von sich aus Kurzarbeitergeld nicht beantragt, wenn es nicht die irgendwo begründete Hoffnung hat, dass es einen Sinn macht, das Personal zu halten, weil es auch für das Unternehmen relativ teuer ist, das ist hier bereits gesagt worden. Für die Solidargemeinschaft ist es doch immer noch die günstigere Variante als würde das Unternehmen sich entschließen, stattdessen Personal abzubauen.

Friedhelm Hase:

Bei abstrakter Betrachtung werden gewiss Argumente für eine Relativierung des Kriteriums des „vorübergehenden Arbeitsausfalls“ im Recht des Kurzarbeitergelds anzuführen sein. Dennoch sehe ich ganz grundsätzliche Probleme, wenn ein Instrument gleichsam über die Zwecke hinaus eingesetzt wird, für die es – auch seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach – bestimmt ist. Kurzarbeitergeld hat eine „Brückenfunktion“, es soll und kann nicht verhindern, dass auf längere Sicht erfolglose Unternehmen „zurückgefahren“ werden oder vom Markt verschwinden. In einer großen oder lang anhaltenden Krise wäre es zumindest im Grundsatz verfehlt, auf Kurzarbeitergeld zu setzen. Eben wurde gefragt, inwieweit deutsche Erfahrungen von 2008/2009 auf Spanien oder Griechenland übertragbar sind: Das kann man, glaube ich, vergessen. Kurzarbeitergeld hilft nichts oder doch nicht viel, wenn eine Krise so tief ist und so lang dauert, wie dies hier der Fall ist. Ich weiß nicht, was man mit den Mitteln einer Arbeitsverwaltung in diesen Ländern heute ausrichten kann, aber weil diese Mittel – auch die monetären – offenbar sehr begrenzt sind, dürfen sie nur gezielt und so eingesetzt werden, dass optimale Effekte zu erwarten sind. – Das sind natürlich recht abstrakte Erwägungen, über Ihren Einwand, Herr *Pieper*, wird gleichwohl weiter nachzudenken und zu diskutieren sein.

Christoph von Donat, MWP Rechtsanwälte, Berlin:

Wir haben gehört, dass das konjunkturelle Kurzarbeitergeld zu der letzten Krise passte.

Friedhelm Hase:

Meines Erachtens ja.

Christoph von Donat:

Da stimmt Ihnen wahrscheinlich auch jeder zu. Die Frage ist nur: Braucht man das konjunkturelle Kurzarbeitergeld außerhalb der Krise überhaupt? Dieses Grundrauschen, von dem wir hörten, dass es das auch außerhalb der Krise gibt. Das ist die erste Frage und meine zweite Frage: Um die Unternehmen möglichst gleich zu behandeln muss dann der Beurteilungsspielraum der Arbeitsverwaltung nicht möglichst gering sein und sollten auch die Antragsvoraussetzungen nicht möglichst gering sein, um einen verzerrenden Effekt zu verhindern?

Friedhelm Hase:

Zur Beantwortung der ersten Frage, bin ich, wie ich gestehen muss, zu wenig Ökonom. Ich denke aber, es gibt im wirtschaftlichen Bereich und auf dem Arbeitsmarktsektor nicht nur die ganz großen Krisen, die großen Einbrüche, es gibt auch kleinere, eher bestimmte Sektoren betreffende Schwankungen. Wahrscheinlich besteht deshalb auch jenseits von Katastrophen wie derjenigen, die durch den Fall *Lehman*-Brüder ausgelöst worden ist, ein gewisser Bedarf an konjunkturellem Kurzarbeitergeld. Herr *Schnitzler* wird das wesentlich besser als ich einschätzen können.

Die zweite Frage: Gleichheit der Rechtsanwendung, möglichst präzise Normierung der Anspruchsvoraussetzungen, Beurteilungsspielräume gering halten. Abstrakt leuchtet mir das durchaus ein. Ich vermute nur, dass wir es hier mit einer Leistung besonderer Art zu tun haben, bei der solche Postulate letztlich nicht sehr weit führen. Es ist natürlich wichtig, dass die Dienststellen der Bundesagentur nach gleichem Maß vorgehen, dass sie dieselben Kriterien zugrunde legen, aber dass man durch eine genauere gesetzliche Normierung entscheidend weiterkommt, scheint mir zweifelhaft zu sein. Man wird immer sehr unbestimmte Begriffe wie „wirtschaftliche Gründe“, „vorübergehend“, „nicht vermeidbar“ in das gesetzliche Programm aufnehmen müssen, weil über Leistungen wie das Kurzarbeitergeld sonst nicht angemessen zu entscheiden ist. Entsprechendes gilt heute aber in vielen Bereichen des Rechts, gerade im Verwaltungsrecht; dort werden häufig bestimmte öffentliche Maßnahmen, Leistungen oder Vorkehrungen an ausgesprochen allgemein gefasste fachliche Voraussetzungen geknüpft. Denken Sie beispielsweise an den Gesundheitssektor, in dem sich das Recht mit offenen Begriffen wie dem („jeweils aktuellen“ oder „anerkannten“) „Stand der medizinischen Erkenntnisse“ auf außerordentlich schwer zu durchschauende Realitäten einzustellen hat. Das Recht selbst wird komplexer, weil die Gesellschaft komplizierter wird, weil die Lebenszusammenhänge immer künstlicher und schwerer zu beurteilen sind. Das ist anders als in früheren Zeiten, wo wir etwa mit den unbestimmten Begriffen des Polizeirechts relativ gut arbeiten konnten, weil wir wussten, wie „die Welt“ ist. Heute weiß man in vielen Bereichen nicht mehr so genau, was „der Fall“ ist.

Manfred Schnitzler:

Darf ich fragen, worauf ich Ihnen antworten sollte?

Friedhelm Hase:

Das Grundrauschen.

Manfred Schnitzler:

Es waren hier aus meinem Dafürhalten zwei Thesen im Raum, von Herrn Pieper: Kurzarbeit generell in voller Schönheit, in voller Bandbreite immer erlauben, die Unternehmen entscheiden schon weise, und Sie wollen sie abschaffen, um das einmal so zu formulieren. Ich sage einmal: Beides ist im Moment aus meiner Sicht im politischen Raum schwer durchsetzbar und deshalb halte ich mich als relativ weiser Verwaltungsmensch auch jetzt in jeder dieser Beziehungen zurück. Das eine kann ich philosophisch-theoretisch oder rechtsjuristisch nachvollziehen, das andere aber auch. Das hat beides etwas. Was man bedenken sollte: Es gibt viele Instrumente in der Arbeitspolitik, von denen Sie sich auch fragen können, warum es diese überhaupt gibt und wie viele Menschen erreichen sie damit? Hier erreichen Sie im Durchschnitt 70.000 pro Jahr, wenn das Grundrauschen da ist. Es gibt ein anderes Instrument – Transfer-Kurzarbeitergeld oder Transfergesellschaften – mit denen erreichen Sie unter 10.000 im Jahr. Da können Sie sich auch fragen: Braucht man ein solches Instrument überhaupt? Ohne das jetzt werten zu wollen: Wenn Sie versuchen würden, zum Beispiel das Transferinstrument abzuschaffen, sowohl von den Metallarbeitgebern – falls ich Sie da einmal direkt anschauen darf – als auch von anderen, bekommen Sie sofort einen gigantischen Widerstand. Daher sage ich einmal am besten gar nichts.

Jochen Hartmannshenn, Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung, Kassel und Gießen:

Sie hatten vorhin gesagt, es war die richtige Krise beziehungsweise das richtige Mittel in der Krise. Ich würde mich zu der These versteifen, dass es bei jeder Krise das richtige Mittel ist, die Kurzarbeit zu wählen und zwar aus dem Grund: Vom Kostenfaktor her gesehen hatten wir gehört, das es entweder kostenneutral oder sogar noch positiv für die Versicherungsgemeinschaft ist. Es bleibt positiv für den Arbeitgeber, weil er die Arbeitnehmer behält. Wenn wir jetzt wirklich eine strukturelle Krise hätten, die über mehrere Jahre andauert, würde ich mich auch dahin versteifen, dass man im Rahmen des Kurzarbeitergelds die Möglichkeit hat, sich zu qualifizieren in diesem Rahmen – das hatten wir auch gehört – und damit vielleicht die strukturelle Krise ein Stück weit abmildern kann. Zum anderen aber auch, dass man Maßnahmen vonseiten der Arbeitsagentur langfristiger planen kann und nicht direkt auf die hohen Arbeitslosenzahlen und die damit verbundenen Entgeltersatzleistungen in Form von Arbeitslosengeld angewiesen ist. Das heißt, das Kurzarbeitergeld gibt in jeder Form der Krise in meinen Augen einen gewissen Spielraum zu reagieren und einen gewissen Überlegenszeitraum für die Bundesagentur

für Arbeit, der aus meiner Erfahrung teilweise sehr wichtig ist, um strategische Entscheidungen für die Zukunft treffen zu können.

Friedhelm Hase:

Irgendwo haben Sie natürlich Recht, wenn die Krise beginnt, weiß man nicht genau, wie es weitergehen wird. Niemand kann dies wirklich vorher-sagen, von extremen Situationen einmal abgesehen. Andererseits denke ich aber doch, dass mit dem Kurzarbeitergeld immer eine gewisse Per-spektive verknüpft sein muss. Die zugrunde liegende Botschaft lautet: Unternehmen, deren Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhalten, sind an sich Erfolg versprechend, wir haben alles zu tun, um sie zu erhalten. Es gibt aber auch Strukturen und Einrichtungen, die nicht mit öffentlichen Mitteln erhalten werden sollten, wir reden hier ja von einer marktwirt-schaftlichen Ordnung. Man muss nicht betonen, welche Regeln hier gel-ten, die schöpferische Zerstörung ist bekanntlich ein Grundelement dieser Ordnung. Eine Sozialleistung, mit deren Gewährung die Botschaft ver-bunden ist, das entsprechende Unternehmen habe nur zeitlich begrenzte Probleme und sei in jedem Fall zu halten, kann deshalb in bestimmten Si-tuationen nicht das richtige Instrument sein. Ich wollte mich gerade dafür aussprechen, sehr sensibel, intelligent und differenziert über den Einsatz eines solchen Mittels zu entscheiden. Wenn man absehen kann, dass ein Unternehmen mit höchster Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg mehr haben wird, sollten andere Instrumente als das Kurzarbeitergeld zum Zuge kommen.

Richard Giesen:

Vielen Dank. Damit darf ich die Diskussion abschließen. Wir sind ein klei-nes bisschen hinter der Zeit. Ich möchte, dass wir uns pünktlich um 13.30 Uhr, also zehn Minuten hinter dem Zeitplan, hier wieder treffen, wünsche einen guten Appetit zum Mittagessen und danke noch einmal ganz herz-lich dem Kollegen *Hase* für seinen wunderbaren Vortrag.

Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen

Volker Rieble

Seite

I. Tatbestandliche Gestaltung von Arbeitslosigkeit oder Arbeitsbedingungen.....	64
II. Tarifvertrag als Problemfall.....	65
III. Der BSG-Fall: Tarifliche Aufhebung der Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer.....	66
IV. Zivilrechtliche Schranken der Bedürftigkeit durch Rechtsverzicht.....	68
V. Gemeinwohlbindung, Sozialstaatsprinzip und Tarifizensur.....	71
VI. Fazit	73

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur (München 2013), S. 63-73

I. Tatbestandliche Gestaltung von Arbeitslosigkeit oder Arbeitsbedingungen

Sozialrechtliche Leistungen reagieren auf eine aktuelle oder potentielle Bedürftigkeit des Arbeitnehmers – sei es die Arbeitslosigkeit, sei es ein geringes Entgelt. Diese Bedürftigkeit kann mehr oder minder gezielt durch vertragliche Vereinbarungen ausgelöst werden. Jeder kennt die Diskussion um den Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag, der zielgerichtet so ausgestaltet wird, daß eine Sperrzeit zum Arbeitslosengeldbezug vermieden wird – also das Arbeitslosengeld „optimiert“ wird¹. Der zwischenzeitliche Abgesang auf den *homo oeconomicus* erscheint verfrüht: Menschen gestalten ihr rechtliches Umfeld gar nicht selten so, daß Belastungen wie Steuern oder Unterhalt minimiert und Bezüge wie Sozialleistungen maximiert werden.

Klassiker ist der Verzicht auf geringfügige Einkommensspitzen – um so die Kindergeldberechtigung zu erhalten. Diesem Klassiker hat der Gesetzgeber sodann einen Riegel vorgeschoben: § 2 Abs. 2 Satz 9 BKGG ordnete die *Unbeachtlichkeit jedes Einkünfteverzichts* an². Seit 2012 ist die Einkommensanrechnung für das Kindergeld gestrichen, das Problem hat sich erübrigt. Gegen individualvertragliche Vereinbarungen eines von vornherein optimierten Entgelts konnte das Gesetz allerdings nichts ausrichten.

Die Rechtsfolgen der belastenden oder begünstigenden Normen stehen nicht zur Disposition. Doch können Rechtsgeschäfte wie Realakte deren Tatbestand „gestalten“, also nachteilsvermeidend oder vorteilsbegründend wirken. Der Volksmund ruft schnell: „Umgehung“, doch so einfach ist es nicht. Jeder Rechtsmethodiker weiß, daß der Umgehungsschutz einer Norm letztlich nur auf deren erweiternder Auslegung fußt³. Selbst das Steuerrecht, das mit § 42 Abgabenordnung einen eigenständigen weiten wirtschaftlichen Umgehungstatbestand vorweist, kann nicht beliebig jede ausweichende Gestaltung besteuern.

Für die Sozialversicherung ist die Leistungsbezugsoptimierung ein bekanntes Phänomen. Aus rechtlicher Perspektive steht sie zwischen der Herbeiführung des Versicherungsfalls (wenn man mit zivilrechtlicher Sicht das Versicherungselement der Sozialversicherung betont [*Heinrich Rosin*]) und der Herbeiführung unterhaltsrechtlicher Bedürftigkeit.

1 *Bauer*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 8. Aufl. 2007, S. 516 ff.; *Hümmerich*, Acht aktuelle Vorteile beim Abwicklungsvertrag, BB 1999, 1868.

2 Dazu BFH 11.3. 2003 – VIII R 16/02, NJW 2003, 3151.

3 Grundlegend *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962; aktuell *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 11 ff.

II. Tarifvertrag als Problemfall

Bedürftigkeitsherbeiführung ist kein Spezialproblem nur des Tarifvertrags – sondern kann ebenso durch Arbeitsvertrag und gelegentlich auch durch Betriebsvereinbarung erfolgen. Rechtlich ist indes vor allem der Tarifvertrag interessant. Einmal weil er besonders legitimiert ist, in Krisensituationen Arbeitsbedingungen zu verschlechtern und weil Tarifparteien selbstredend ihre Konzepte gern durch die umlagefinanzierten Sicherungssysteme bezahlen lassen.

Beschäftigungsmodelle setzen mitunter die Solidarfinanzierung voraus. So ist die entfristete tarifliche Unkündbarkeit von Bauarbeitern nur möglich, weil diese von der Arbeitslosenversicherung aufgefangen werden – finanziert von allen Beitragszahlern. Und so sind tarifliche Befristungserlaubnisse für Saisonbetriebe ebenfalls nur möglich, weil das Arbeitslosengeld die Existenzsicherung ermöglicht.

Die zentrale Frage, ob die Rechtsordnung einen solchen Zugriff auf die Sozialkassen als „Vertrag mit Drittlastwirkung“ billigt oder beanstandet, stellt sich für Tarifverträge in besonderer Weise. Hier kann eine Tarifkontrolle recht schnell als „Tarifzensur“ gebrandmarkt werden. Ist der Tarifvertrag also „kontrollfest“? Steht damit den Tarifparteien von Verfassung wegen ein Zugriff auf die Sozialversicherungssysteme offen? Die gesetzliche Erweiterung der Kurzarbeitsberechtigung in der Wirtschaftskrise 2009 hat in eben diesem Sinn den Tarifparteien eine Beschäftigungsdämpfung ohne Entlassungen mit besonderen Beschäftigungssicherungstarifen ermöglicht – auf Kosten der Versichertengemeinschaft.

In der Rechtsprechung werden die Fälle kaum praktisch. Woran liegt das? Streitig stellen müßte sich die Bundesagentur für Arbeit. In deren Verwaltungsrat sitzen sich aber gerade die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände gegenüber, mäßig kontrolliert durch die dritte Gruppe der öffentlichen Körperschaften. So gesehen ist die Bundesagentur von den Sozialpartnern derart durchwirkt, daß eine tarifkritische Grundhaltung zum Schutz der Beitragszahler kaum erwartet werden kann. Ich will nun nicht in Governance- oder gar Compliance-Fragen abtauchen. Selbst bei harten Mißbrauchsfällen, wie etwa der massenhaften Krankschreibung während des AEG-Electrolux-Streiks 2006, um so das Krankengeld als Kampfkasse zu mißbrauchen⁴, tun sich Krankenkassen mit Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen schwer.

4 Dazu Redaktion „Druckwächter“, „Wir bleiben hier. Dafür kämpfen wir!“, 2009 S. 284; www.netzwerkit.de/projekte/electrolux/aeg/chronik/nachdemstreik7maerz06 (13.5. 2013).

III. Der BSG-Fall: Tarifliche Aufhebung der Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer

Umso erstaunlicher, daß doch ein Fall bis zum Bundessozialgericht gedrungen ist und uns Anschauungsmaterial für das zugrunde liegende Rechtsproblem „liefert“:

Ein schwäbisches tarifgebundenes Metallunternehmen im Bezirk des Arbeitsamts Balingen mußte im Jahr 2001 Mitarbeiter entlassen und wollte diese Maßnahme mit Struktur-Kurzarbeitergeld für eine sogenannte „beE“, also eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit⁵ flankieren. Arbeitgeber und Betriebsrat wollten vor allem ältere Arbeitnehmer mit geringer „Restlaufzeit“ in diese unternehmensinterne Beschäftigungseinheit transportieren. Das Problem: Jene sind nach dem Manteltarifvertrag Metall Südwest unkündbar, wenn sie das 53. Lebensjahr vollendet haben und mindestens drei Beschäftigungsjahre vorweisen. Das betraf jedenfalls neun vom Personalabbau betroffene Arbeitnehmer.

Das wiederum hätte die Gewährung von Kurzarbeitergeld ausgeschlossen, weil die Sonderkündigungsgeschützten eben nicht von Arbeitslosigkeit bedroht waren oder genauer: keinen „dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall“ gewärtigen mußten.

Die IG Metall hat nun im September 2001 mit dem Arbeitgeber einen Haustarifvertrag geschlossen und dieses Hindernis beseitigt. Er beschränkte sich darauf, den Sonderkündigungsschutz für einige Monate auszusetzen, so den Weg zur Kündigung der Älteren freizumachen und ihnen das Struktur-KuG zu verschaffen.

Der Tarifvertrag verzichtet gezielt auf den Sonderkündigungsschutz, um Arbeitslosigkeit, wenigstens die drohende, zu ermöglichen und um hieraus die Kurzarbeitergeld-Leistungsberechtigung abzuleiten.

Drei Instanzen urteilten nach dem Muster: Hüh-Hott-Hüh. Das Sozialgericht Reutlingen hielt die Gestaltung für zulässig, betonte insbesondere daß die Gestaltung zivilrechtlicher Verhältnisse im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Leistungen zulässig sei. Das sozialrechtliche Verzichtsverbot des § 46 Abs. 2 SGB I sei nicht einschlägig. Das LSG Baden-Württemberg sah das anders⁶. Zwar sei der Gewährungstatbestand formal erfüllt, doch sei dies erkennbar zweckwidrig. Der Gesetzgeber wolle mit dem Struktur-KuG doch nicht eine Quasi-Frühverrentung an sich kündigungsgeschützter Arbeitnehmer finanzieren: „Die mögliche Entlassungsbedrohung ist

5 Dazu *Peters-Lange*, Strukturkurzarbeitergeld, SGB 2009, 378; *Duchetsmann*, „Interne Beschäftigungsgesellschaften“, 2008; *Sieg*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Beschäftigungsgesellschaften, NZA 2005, Beilage Nr. 1, S. 9.

6 LSG Baden-Württemberg 13.7. 2005 – L 5 AL 5233/03, juris.

erst durch den Haustarifvertrag und die Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer geschaffen worden. Ursache aber für das jetzt auch bezüglich dieser Arbeitnehmer bestehende Entlassungsrisiko ist damit nicht die Strukturanpassungsmaßnahme im eigentlichen Sinne, sondern der Verzicht der Betroffenen auf eine ihnen zustehende Rechtsposition. Diese Gruppe sollte aber offenkundig nach dem gesetzgeberischen Willen nicht geschützt werden.“ Methodisch nimmt das LSG also eine Reduktion des Leistungstatbestands vor, um dessen zweckwidrige Manipulation zu verhindern.

Das Bundessozialgericht tritt dem entgegen und verweigert diese Auslegung zur Umgehungsvermeidung, weil es die tarifpolitische Absicht billigt⁷. Das Gericht „kollektiviert“ den Transfer-KuG-Tatbestand und weist darauf hin, daß ja aus Sicht des Beitragszahlers nichts gewonnen wäre, wenn jene älteren kündigungsgeschützten Arbeitnehmer im Betrieb blieben – dafür aber jüngere Arbeitnehmer gehen müßten, die ihrerseits Kurzarbeitergeld bezögen. In den Worten des Gerichts: „Struktur-KuG kann dabei auch dazu dienen, die im Betrieb verbliebenen Arbeitsplätze abzusichern, die nicht durch Struktur-KuG gefördert werden, also generell Entlassungen zu vermeiden. Nicht anders ist der Bezug auf § 17 KSchG zu verstehen. Deshalb ist nicht maßgeblich darauf abzustellen, ob die in einer beE zusammengefassten Arbeitnehmer selbst von einer Entlassung bedroht sind, sondern ob überhaupt Entlassungen – auch der im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer – in der von § 17 KSchG vorgegebenen Größenordnung durch die Zusammenfassung der von dem Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer in einer beE vermieden werden können.“

Naja: Sozialrechtlich ist der Kurzarbeitergeldanspruch nicht nur an betriebliche Tatbestandsmerkmale, sondern gerade auch an die individuelle Versichertenstellung des betroffenen Arbeitnehmers geknüpft. Das war auch schon für den damaligen § 175 SGB III so und ist in den heutigen §§ 95, 111 SGB III noch klarer ausgedrückt. Es handelt sich letztlich um eine präventive Vorverlagerung des Arbeitslosengelds. Und dieses ist ein individueller Anspruch. Das Ausweichen auf § 17 KSchG ist methodisch nicht überzeugend. Damit ist eine kollektive Erheblichkeitsschwelle gemeint – die aber immer Tatbestandsmerkmal des individuellen Anspruchs bleibt. Spiegelbild ist der individuelle Anspruch auf Altersteilzeit oder Vorruhestand mit kollektiver Überforderungsgrenze. Letztlich betreibt das BSG Kollektiv-Kosmetik an individuellen Rechten. Ihm geht es um eine Umverteilung der Leistungsrechte: Der Tarifvertrag darf die Älteren, deren schlechtere Arbeitsmarktchancen die Unkündbarkeit rechtfertigen, gezielt in die Arbeitslosigkeit schicken – um Jüngere zu retten. Und eben

7 BSG 29.1. 2008 – B 7/7a AL 20/06 R, SGB 2009, 375.

im Interesse dieser Jüngerer wird auf die Arbeitslosenversicherungsrechte der Älteren zugegriffen.

Auf der anderen Seite: Daß die vorübergehende Arbeitszeitverkürzung selbst durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ausgelöst wird⁸ und dadurch erst derjenige Entgeltentfall entsteht, der das KuG auslöst, wird sozialrechtlich nicht als beanstandenswert angesehen: Offenbar weil dies erlaubt ist, also eine zulässige Haupt- oder Nebenwirkung des Kollektivvertrages. Dabei wird auch nicht verlangt, daß sich die Kurzarbeit wirtschaftlich im Rahmen eines irgendwie nachkontrollierbaren Arbeitsüberhangs bewege.

Auf tarifrechtliche Vorfragen, die den Streit hätten erübrigen können, will ich hier nicht vertieft eingehen. Damals mußte zwar noch nicht gefragt werden, ob eine solch scharfe Unkündbarkeit nach Alter und Betriebszugehörigkeit als Altersdiskriminierung zu beanstanden ist⁹, weil der Streitfall vor dem AGG lag. Die weitere Frage, ob sie gegen das Sozialauswahlgebot des KSchG verstößt, weil Unterhaltslasten ausgeblendet werden, wurde auch damals schon gestellt, aber überwiegend verneint¹⁰. Immerhin hätten die Sozialgerichte problematisieren müssen, ob den konkret betroffenen Arbeitnehmern der einmal erlangte Status der Unkündbarkeit entzogen werden konnte – oder ob Vertrauensschutz dagegen steht. Das ist jedenfalls umstritten und ungeklärt.

Heutzutage müßte man mit Blick auf die jüngste irritierende Rechtsprechung des Tarifsensats zusätzlich prüfen, ob nicht die üblichen Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverträgen verhindern, daß der Haustarif – was er tarifrechtlich durchaus kann – die Arbeitsbedingungen verschlechtert. Ist nämlich die Bezugnahmeklausel eng auf den Verbandstarif fixiert, so ist dessen Unkündbarkeit in den Arbeitsverhältnissen der Älteren auch vertraglich versprochen und kann wegen des Günstigkeitsprinzips nicht durch Haustarif beseitigt werden¹¹.

IV. Zivilrechtliche Schranken der Bedürftigkeit durch Rechtsverzicht

Während also die eine rechtliche Begrenzung über die „umgehungsabwehrende“ einschränkende Auslegung von Leistungstatbeständen erfolgen

8 *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 47 Rn. 3 ff.; *Bieback*, in: *Gagel*, SGB II/SGB III, Stand: April 2012, § 95 SGB III Rn. 152 ff.

9 Dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 794 ff.

10 LAG Brandenburg 29.10. 1998 – 3 Sa 229/98, NZA-RR 1999, 360 mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht *Rieble*, Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit, NZA 2003, 1243 mit weiteren Nachweisen.

11 BAG 6.7. 2011 – 4 AZR 706/09, NZA 2012, 100; kritisch *Löwisch/Rieble* (Fn. 9), § 3 Rn. 613 ff.

kann, ist den Sozialgerichten eine zweite zivilrechtliche Prüfperspektive nicht in den Sinn gekommen. Daß nämlich ein zwischen zwei Personen vereinbarter Verzicht die Leistungspflicht eines Dritten begründen können soll, leuchtet nicht unmittelbar ein. Zwar geht es insoweit nicht um einen von vornherein unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter – der daran scheitert, daß der Dritte seiner Belastung nicht zugestimmt und zu ihr auch nicht ermächtigt hat. Vielmehr geht es um solche Verträge, die eine tatbestandliche Bedürftigkeit bewirken und dadurch für den Leistungsschuldner Lastwirkung haben.

§ 1614 Abs. 1 BGB verbietet an sich jeden Unterhaltsverzicht für die Zukunft. Dahinter steht gerade der Schutz der öffentlichen Armenpflege. Niemand soll sich selbst bedürftig machen können. Eben dies hatte das Reichsgericht auch schon vor dem BGB 1881 so gesehen¹². § 1614 BGB schützt nicht den nachehelichen Unterhalt, weswegen Scheidungsfolgenabreden, also Eheverträge, in denen der nacheheliche Unterhalt ausgeschlossen ist, nicht an § 134 BGB scheitern. Den Grundgedanken verwirklicht der Bundesgerichtshof über eine intensive Prüfung der Sittenwidrigkeit wegen Drittbelastung. Die Leitentscheidung aus 1982 vermerkt: „Für den hier betroffenen Bereich des Eingreifens der Sozialhilfe ist dabei zu beachten, daß diese grundsätzlich subsidiär ist und ... Nachrang gegenüber allen privaten Unterhaltsquellen genießt ... Dies findet als Ausfluß des Prinzips der Sozialstaatlichkeit seinen Ausdruck in dem Grundsatz, daß derjenige, der sich aus eigener Kraft zu helfen in der Lage ist, mit seinem Wunsch nach staatlicher Hilfe zurücktreten muß“ (BVerfG 24.7. 1963 – 1 BvL 101/58, BVerfGE 17, 38, 56). Für das private Unterhaltsrecht ergibt sich hieraus die allgemeine Verpflichtung, daß ein Unterhaltsbedürftiger grundsätzlich, soweit nach den Umständen des Einzelfalls zumutbar, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden privaten Erwerbsquellen und Unterhaltungsmöglichkeiten – auch durch Geltendmachung der ihm gesetzlich zustehenden Unterhaltsansprüche – ausschöpfen muß, bevor er auf dem Weg über eine Inanspruchnahme der Sozialhilfe die Allgemeinheit belastet. Ein Vertrag, durch den unter Mißachtung dieser Grundsätze bewußt die Unterstützungsbedürftigkeit eines geschiedenen Ehegatten zu Lasten der Sozialhilfe herbeigeführt wird, kann demnach den guten Sitten zuwiderlaufen und damit nach § 138 BGB nichtig sein, auch wenn er nicht auf einer Schädigungsabsicht der Ehegatten gegenüber dem Träger der Sozialhilfe beruht. Entscheidend kommt es vielmehr auf den „aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter“ der Verzichtsvereinbarung an“¹³.

¹² RG 10.5. 1881 – III 419/81, RGZ 4, 208.

¹³ BGH 8.12. 1982 – IVb ZR 333/81, BGHZ 86, 82; eingehend zu dieser Rechtsprechung *Armbrüster*, Die Nachrangigkeit der Sozialhilfe und die guten Sitten, Festschrift Säcker, 2011, S. 13.

Bezeichnenderweise steht die vom SG Reutlingen herangezogene Vorschrift des § 46 Abs. 2 SGB I in eben demselben Kontext: Der Verzicht auf Sozialleistungen ist ohne jeden Wertungs- und Abwägungsspielraum unwirksam, soweit durch ihn andere Personen oder Leistungsträger belastet werden.

Dahinter steht also ein fundamentales Rechtsprinzip: *Aus Solidarität und der konnexen Subsidiarität kann man sich durch Vertrag nicht verabschieden*. Vertragsfreiheit und Vertrag unterliegen einer Sozialbindung. Diese Sozialbindung des Vertrags läßt sich auch dem „verzichtenden“ Tarifvertrag entgegenhalten. Tarifautonomie ist kollektive Privatautonomie; der Tarifvertrag ist kollektiver Arbeitsvertrag. Daß § 138 BGB auch dem Tarifvertrag Grenzen ziehen kann, ist anerkannt.

Unter diesen Vorgaben hätten die Sozialgerichte im beschriebenen Fall den Haustarifvertrag beanstanden können: Denn die Beseitigung der Unkündbarkeit bezweckt schon objektiv die Belastung der Arbeitslosenversicherung. Der Tarifvertrag korrigiert nicht etwa eine als unzweckmäßig erkannte tarifliche Arbeitsbedingung – dann müßte die Korrektur im Verbandstarif und unbefristet geschehen. Der vom BSG betonte Aspekt, daß so die Arbeitsplätze der Jungen gerettet würden, läßt sich in der von § 138 BGB geforderten und vom BGH praktizierten Gesamtabwägung berücksichtigen. Ob er den Ausschlag geben darf – darüber wird man streiten können. Immerhin ist zu bedenken, daß eine solche wirkungsbezogene Kontrolle des Tarifvertrags nicht auf das individuelle Sozialversicherungsverhältnis abstellt – sondern den Tarifvertrag in seiner „Gesamtplünderungswirkung“ bewerten muß.

Sehr weit reicht das Schwert des § 138 BGB nicht. Schon aus zivilrechtlicher Sicht kann mit der Sittenwidrigkeit nur eine konkrete belastende Drittwirkung beanstandet werden. Und so wie der BGH fragt, ob der Scheidungsfolgenregelung objektiv vernünftige Gründe zugrunde liegen, so kann auch ein Tarifvertrag eine Begünstigung vernünftigerweise korrigierend zurücknehmen – aber er muß dies erkennbar um seiner selbst willen tun und darf nicht auf die Belastung der Sozialversicherung zielen.

In gar keinem Fall ist es denkbar, über § 138 BGB ein Optimierungsgebot zu entwickeln und etwa einen Tariflohn, der so niedrig ist, daß er aufstossende Grundsicherung erforderlich macht, zu beanstanden. Der Arbeitgeber ist nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers und der Tariflohn ist keine Unterhaltsleistung, sondern ein Preis für die Arbeitsleistung. Daß der Gesetzgeber mit einem allgemeinen Mindestlohn solche Arbeitsbedingungen untersagen kann, steht außer Frage. Der Richter aber darf eine solche rechtspolitische Entscheidung nicht mit Hilfe der Generalklausel des § 138 BGB usurpieren.

Der wesentliche Unterschied besteht in der Ausgangssituation: Die Kontrolle, ob ein Rechtsverzicht zur sozialrechtlich relevanten Bedürftigkeit führt, ist nur gegenüber verschlechternden Tarifverträgen möglich – und kann vom Tarifvertrag keine sozial sinnreiche Steigerung der Bedingungen verlangen.

V. Gemeinwohlbindung, Sozialstaatsprinzip und Tarifizensur

Eine solche Sozialbindung auch des Tarifvertrags entspricht Forderungen der Wissenschaft nach Gemeinwohlbindung des Tarifvertrags¹⁴. Eine solche Gemeinwohlkontrolle ließe aber, wie insbesondere die Beispiele von *Thüsing* zeigen, eine nahezu beliebige Tarifbeanstandung zu. Ob eine Arbeitszeitbeschränkung in Kliniken die ärztliche Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigt oder ob „übermäßige“ Lohnsteigerungen den öffentlichen Dienst besonders belasten – das läßt sich doch nicht unter Berufung auf das Gemeinwohl sagen. Die Wirkungszusammenhänge sind viel zu diffus (nichtlinear), um dem Tarifvertrag jedwede Folge zuzurechnen: Wird etwa die Ärztarbeitszeit verkürzt, kann das die Qualität der Versorgung verbessern – und wie bei jeder Arbeitszeitverkürzung ist es Sache der Arbeitgeber, durch Rationalisierung oder Neueinstellungen entgegenzuwirken. Die Gemeinwohlparole fordert es nachgerade heraus, daß die Arbeitgeber möglichst dramatische Tarifwirkungen eintreten lassen (Karren vor die Wand fahren) – um sodann die Unwirksamkeit des Tarifvertrags wegen einer von ihm bewirkten Gemeinwohlstörung zu behaupten. Überdies: Wer definiert, welche durch den Tarifvertrag bewirkten Drittbeeinträchtigungen denn als „sozialschädlich“ gewertet werden und welche als bloße Belastung hinzunehmen sind? Diese Wertung ist eminent politisch¹⁵ und kann nicht von Richtern auf der Grundlage einer Gemeinwohl-Generalklausel verfügt werden.

Unmittelbar deutlich wird das bei Tarifverträgen über die betriebliche Altersversorgung, die den Arbeitnehmern vielfach Änderungen und auch Verschlechterungen zumuten. Daß eine hinreichende Altersversorgung sozialstaatliche Ziele verwirklicht, das ist nicht zu bestreiten. Und dennoch betont der BGH in kluger richterlicher Selbstbeschränkung: „Die Gerichte haben die Regelung nicht daran zu messen, ob auch andere, für die Pflichtversicherten günstigere oder als gerechter empfundene Lösungen in Betracht zu ziehen gewesen wären.“¹⁶

14 *Thüsing*, Tarifautonomie und Gemeinwohl, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 889; *Rüfner*, Zur Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien, RdA 1985, 193.

15 *C. Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtslehre 32 (2001), 23.

16 BGH 14.11. 2007 – IV ZR 74/06, BGHZ 174, 127 unter B III 1 d, dd.

Will der Staat aus Gemeinwohlgründen Tarifverträgen Grenzen setzen, so muß der Gesetzgeber grundsätzlich selbst jene tariffesten Mindest- oder Höchsttarbeitsbedingungen definieren, von denen er glaubt, daß sie dem Tarifvertrag eine Grenze ziehen müßten. Auf der anderen Seite sind Generalklauseln nicht schlechthin ausgeschlossen. Schon die Grundrechtsbindung des Tarifvertrags, die etwa Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten nach Maßgabe einer offenen Abwägung begrenzen kann, ist eine solche Generalklausel.

Bislang wurde – auch von mir – das Verbot der Tarifizensur gegen jede „zu intensive“ Tarifkontrolle angeführt. Gerade die Gemeinwohlbindung berge die Gefahr, daß der Kontrollrichter den Tarifwillen ersetze. Eine gerade abgeschlossene Dissertation meines Schülers *Vielmeier*¹⁷ hat mich eines besseren belehrt: Tarifizensur ist nur die Tarifregelungsanmaßung, wenn also der Richter unmittelbar den Tarifwillen bildet. Deshalb ist die ergänzende Tarifauslegung prinzipiell ausgeschlossen, ebenso die Anpassung des Tarifvertrags an eine veränderte Geschäftsgrundlage. Eine solche Tarifaanmaßung ist nicht rechtfertigungsfähig; sie ist notwendig verfassungswidrig. Will der Staat anstelle der Tarifparteien Regeln setzen, muß er das mit staatlichen Regelungsinstrumenten tun.

Die Gemeinwohlbindung ist indes kein Werkzeug zur Tarifersetzung „von innen heraus“. Der beanstandende Richter tritt dem Tarifvertrag nicht als Ersatztarifpartei entgegen, sondern als staatliche Kontrollinstanz. Er bildet keinen Tarifwillen, sondern einen staatlichen Beanstandungswillen. Auch das belastet die Tarifautonomie – und zudem den Parlamentsvorbehalt der Wesentlichkeitslehre.

Doch ist eine intensive Kontrolle des Tarifvertrags rechtfertigungsfähig: Das hängt vom geschützten Rechtsgut ab. Die Arbeitsplatzwahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist ein hohes Gut, das eine abwägungsoffene Kontrolle zuläßt. Nun ist auch das Sozialstaatsprinzip von hohem Rang und erst recht die Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme, weswegen das BVerfG immer wieder gesetzliche Tarifbeschränkungen gebilligt hat. Einen Freibrief für die Tarifkontrolle bedeutet das dennoch nicht. Der Kontrollmechanismus muß so konkret sein wie möglich und darf den richterlichen Abwägungsspielraum nicht beliebig halten.

Hieran gemessen wirkt eine punktuelle Kontrolle auf eine vom Tarifvertrag bewirkte und objektiv bezweckte Leistungsbedürftigkeit noch verhältnismäßig. Hier kann der Gesetzgeber angesichts der Vielfalt der Konstellationen keine konkretere Grenze ziehen. Der Richter bleibt eng auf Kassation beschränkt.

17 *Vielmeier*, Tarifizensur, Dissertation München 2013.

Der virulente Gegenfall, daß nämlich Tariflöhne von vornherein zu niedrig erscheinen, läßt sich indes nicht mit Sozialstaatlichkeit beheben. Schon das kassatorische Verdikt, der Tariflohn sei sittenwidrig niedrig, führt nicht weiter – weil die Arbeitnehmer dadurch noch keinen besseren Lohn erhalten. Den quasi-tariflichen Ersatzlohn kann der Richter nicht festlegen. Den Mindestlohn muß der Gesetzgeber schaffen; er kann dessen konkrete Festsetzung einem Ausschuß übertragen, Gerichte aber kann er mit solchen exekutiven Befugnissen nicht betrauen.

VI. Fazit

Daß Tarifverträge nach Belieben Leistungstatbestände der Sozialversicherung auslösen und so Solidarleistungen für ihre Zwecke umleiten dürften, läßt sich nicht sagen. Meines Erachtens hat im Fall der Aufhebung tariflicher Unkündbarkeit nur das Landessozialgericht richtig entschieden. Eine solche „Mißbrauchskontrolle“ ist auf zwei Wegen möglich: Einmal können die Leistungstatbestände des Sozialversicherungsrechts teleologisch reduziert werden – weil der Tarifwille kein Versicherungsfall ist. Zum anderen ist nach dem Vorbild der zivilrechtlichen Kontrolle von Unterhaltsverzichtsvereinbarungen ein Zugriff auf § 138 BGB möglich.

Der Unterschied zwischen beiden „Methoden“ liegt in folgendem: Die sozialrechtliche Restriktion beläßt den Tarifvertrag wie er ist – und verweigert ihm nur die sozialrechtliche Anerkennung im Tatbestand des Leistungsanspruchs, weil der tariflich gestaltete Lebenssachverhalt vom Leistungszweck nicht gedeckt ist.

Die zivilrechtliche Tarifkontrolle hingegen beanstandet den Tarifvertrag und vernichtet ihn, weil die Regelung, deren unmittelbarer Gehalt (hier: Aufhebung der Unkündbarkeit), sozialrechtsschädliche Folgewirkungen hat.

Das heißt nicht, daß die erste Variante als tarifschonendere stets den Vorzug genösse: Denn sie mutet den Arbeitnehmern die tarifrechtlich herbeigeführten Nachteile zu (Verlust des Arbeitsplatzes), versagt ihnen aber die sozialrechtliche Kompensation (KuG).

Die Tarifaufautonomie wird durch eine solch eng geführte Mißbrauchskontrolle nicht unverhältnismäßig belastet. Der Kontrollmaßstab ist programmiert und hinreichend präzise; der Richter ist nicht zu einer diffusen politischen Tarifaufsicht berufen. Damit ist aber zugleich die Grenze erreicht. Gerichte können Tarifverträge nicht daraufhin kontrollieren, ob sie insgesamt ein die Sozialversicherung schonendes Lohnniveau hervorbringen. Das wäre zwar keine Tarifizensur, wohl aber eine unverhältnismäßige Beschränkung der tariflichen Regelungsbefugnis.

Diskussion

Professor Dr. Herbert Buchner, Universität Augsburg:

Nur zur Einleitung eine unbedeutende Anmerkung: Wenn der einzelne Arbeitnehmer Kündigungsschutz hat aufgrund individueller Vereinbarung – so etwas gibt es auch, die arbeitsvertragliche Unkündbarkeit – und er würde darauf verzichten, um die Sozialleistung zu bekommen, wäre dies unwirksam, das ist althergebrachter Grundsatz, früher § 119 AFG. Wenn nun der Kündigungsschutz von den Tarifparteien installiert wird, liegt es nahe, dass der Verzicht der Tarifparteien auf diesen Kündigungsschutz genauso behandelt wird. Ist das kein Argument?

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Das habe ich versucht mit dem Gleichlauf von Arbeitsvertrags- und Tarifautonomie genauso zu sehen, wie Sie das tun. Ich bin mit Herrn *Buchner* vollkommen einer Meinung.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich meine, bedarf es denn überhaupt dieser großen dogmatischen Anstrengungen über die Regulierung und die Gemeinwohlkontrolle des Tarifvertrags? Das zeigt natürlich, dass auch die Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge niemals gelingen wird. Aber um auf Dein Thema zurückzukommen: Hätte man nicht tatsächlich exakt hier die Kriterien des Bundesgerichtshofs aus dem Unterhaltsrecht anwenden müssen und wäre man dort nicht auch exakt zu diesen Ergebnissen gekommen? Dritte Variante noch von den zwei Möglichkeiten, die Du am Ende genannt hast: Man hätte auch sagen können: Unterhalt leisten, also Kurzarbeitergeld zahlen, aber mit der Folge des Regresses. Dann lässt man nicht den einzelnen Arbeitnehmer unter der Rechtswidrigkeit der Leistung leiden, sondern den Arbeitgeber, der sich auf diese Regelung eingelassen hat. Bedarf es einer Sonderdogmatik unter Berücksichtigung des Tarifvertragssystems? Oder müssen wir nicht exakt nach diesen Kriterien – Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck – den Gesamtcharakter der Verichtsvereinbarung beurteilen, aus dem wir dann entnehmen können, ob diese gültig ist oder nicht gültig?

Volker Rieble:

Das ist genau meine Auffassung, dass man das darf und zwar auch gegenüber dem Tarifvertrag. Dagegen gibt es eine starke Meinungsströmung, die sagt, der Tarifvertrag ist letztlich kritikimmun. Der Tarifvertrag hat ein Schädigungsrecht gegenüber der Allgemeinheit. Dazu gibt es ein paar Entscheidungen, die aber auf anderen Gründen fußen. Der Bundesgerichtshof hatte es einmal zu tun mit einer Klage eines Kaufmanns, der die IG Metall bis zum Bundesgerichtshof verklagt hat, weil die IG Metall durch hohe Tarifabschlüsse Inflation verursacht und damit sein Vermögen aufgezehrt hatte. Dafür wollte er Ersatz haben. Der Bundesgerichtshof hat gesagt: Die IG Metall muss bei ihrem Tarifgebahren keine Rücksicht auf die Inflation nehmen. Dem stimme ich zu: Wie viel Inflation gemeinwohlverträglich ist, das kann kein Richter anhand eines justiziablen vernünftigen Maßstabs sagen. Der Vorwurf ist zu diffus. Worum es aber geht: Dass man bei allem Schutz der Tarifautonomie eine Grenze findet, bis zu der die punktuelle Missbrauchskontrolle zulässig ist und ab der sie in eine diffuse Gemeinwohlbindung umschlägt, die ich auch verfassungsrechtlich ablehnen möchte. Der Kern ist: keine Kontrollimmunität des Tarifvertrags, aber enge Führung dieser Missbrauchskontrolle auf klare Maßstäbe, wie sie der Bundesgerichtshof bereits entwickelt hat. Interessanterweise aber schützen Zivilgerichte die Sozialversicherung vor Ausbeutung und die Sozialgerichte tun es nicht.

Gabriel Berger, Südwestmetall, Stuttgart:

Der von Ihnen geschilderte Fall vom Bundessozialgericht scheint mir darauf gezielt zu haben beziehungsweise darauf war der Tarifvertrag vom Zweck her wohl sehr stark ausgerichtet, die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld oder Struktur-Kurzarbeitergeld für die Älteren zu ermöglichen. Wäre Ihrer Ansicht nach eine andere Wertung geboten, wenn der Tarifvertrag nicht genau auf diese Zielrichtung ausgerichtet gewesen wäre, sondern beispielsweise darauf, die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur zu ermöglichen, weil ansonsten nur ein „Bodensatz“ älterer Arbeitnehmer im Betrieb verblieben wäre?

Volker Rieble:

Das würde man anders zu gewichten haben, weil eine Korrektur eines Flächentarifvertrags mit Blick auf betriebliche Umstände durchaus sachgerechte Tarifpolitik sein kann. Das hat ja eine genuine arbeitsrechtliche Vernunft für sich. Dann ist der primäre Beweggrund nicht mehr das Plündern der Sozialkassen, sondern die Korrektur eines Tarifvertrags, wobei

man dann aber eine Ernsthaftigkeitskontrolle machen kann. *Storytelling*, um Missbrauchsgestaltung zu übertünchen, praktizieren viele, aber damit darf man nicht durchkommen. Man müsste fragen: „Korrigiert der Tarifvertrag so etwas denn auch sonst einmal anderswo? Oder ist das ein ganz punktueller Ereignis?“ Und wenn es nur ganz punktuell ist, würde man vielleicht sagen: „Dann glauben wir es nicht.“ Allein, dass man eine schöne Präambel in den Tariftext hineinschreibt, kann keine Kontrollimmunität besorgen.

Michael Mostert, IG Bergbau Chemie Energie, Hannover:

Herr *Rieble*, zunächst einmal eine Vorbemerkung: Tarifverträge mit einem derartigen Kündigungsschutz hat meine Gewerkschaft nicht abgeschlossen. Von daher haben wir ein solches Problem auch nicht. Möglicherweise ist das ein Reflex, weil ich selber von einer Tarifvertragspartei komme, dass ich zunächst einmal denke: „Was Herr *Rieble* da sagt, kann das wirklich richtig sein?“ Das schränkt im Ergebnis doch die Fähigkeit, Tarifverträge nach unserem Gusto abzuschließen, ein wenig ein, wenn man Ihrer Auffassung folgt. Deshalb stellt sich für mich eine relativ simple Frage. Es ist im Arbeitsrecht allgemein anerkannt, jedenfalls durch die höchststrichterliche Rechtsprechung vielfach bestätigt, dass bei kollektiven Regelungen, Betriebsvereinbarungen aber eben auch Tarifverträge, kein Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass diese Regelungen auch in Zukunft zu seinen Gunsten bestehen bleiben. Das heißt, jeder Arbeitnehmer muss grundsätzlich damit rechnen, dass eine zu seinen Gunsten abgeschlossene Betriebsvereinbarung oder auch ein Tarifvertrag letztlich jederzeit von denen, die diese Kollektivregelung abgeschlossen haben, auch zu seinem Nachteil verändert wird. Mir scheint dies genau so ein Fall zu sein, wenn man es zunächst einmal auf die individuelle Rechtsposition des Einzelnen bezieht. Die Frage, die sich mir stellt, ist: Kann die Sozialversicherung ein höheres Vertrauen in den Bestand von Tarifverträgen für sich geltend machen, als der Einzelne das konnte?

Die zweite Frage, die sich mir stellt ist: Ist wirklich durch einen solchen Kündigungsschutz, wenn die dafür maßgeblichen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind – in Ihrem Fall das 53. Lebensjahr und drei Jahre Betriebszugehörigkeit – damit ein Status erreicht, der in alle Zukunft fortwirkt oder ist es nicht mehr ein Kündigungshemmnis für den Fall, dass eine Kündigung ausgesprochen wird, das aber auch wieder beseitigt werden kann, ohne dass damit in die Rechtsposition des Arbeitnehmers ungerechtfertigt eingegriffen würde?

Eine dritte Frage, die Sie selber aufgeworfen haben: Wenn man einmal unterstellt, dass einerseits eine solche Rechtsposition tatsächlich für die Zukunft auch unabhängig von einer späteren Tarifänderung bestünde, ha-

ben wir dann nicht den gleichen Fall, den Sie eben an anderer Stelle bereits geschildert haben? Sie sprachen davon, dass der einzelne Arbeitnehmer eine Einwilligungserklärung – wie auch immer ausgestaltet – abgegeben und unterschrieben hat, dass dann der einzelne Arbeitnehmer derjenige ist, der den Sachverhalt begründet hat, der zur – wie Sie es bewerten, ich sehe es persönlich ein wenig anders – Schädigung der Sozialversicherung führt.

Volker Rieble:

Fangen wir einmal von vorn an: Natürlich ist es eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie, weil die Tarifparteien nicht mehr alles machen können, was sie wollen. Aber das wird ihnen verboten, weil sie zielgerichtet die Plünderung von Sozialkassen ermöglichen, die ihnen nicht gehören. Das ist, glaube ich, ein allgemeines Prinzip, das ich fruchtbar machen kann.

Mit dem Prinzip, dass es grundsätzlich keinen Vertrauensschutz vor Tarifänderungen in der Zukunft gibt, hat das wenig zu tun: Das ist eine andere Frage. Selbstverständlich könnte Südwestmetall mit der IG Metall zur Einsicht kommen, dass das eine dumme Regelung ist und sie für die Zukunft ganz aufgeben. Das könnte ohne weiteres geschehen und dann müsste die Sozialversicherung auch die daraus resultierende Kündbarkeit der Älteren, die höhere Vergütungsansprüche haben, verstärkt von Arbeitslosigkeit betroffen sind und damit auch teureres Kurzarbeitergeld beanspruchen können, hinnehmen. Dann habe ich keine finale Verknüpfung, sondern eine tarifpolitische Korrektur. Wenn also Tarifparteien etwas aus tarifpolitischen Gründen tun, sind sie im grünen Bereich und man kann ihnen das nicht verbieten, bloß, weil ich irgendeine negative Folgewirkung für Arbeitslosengeldkassen habe. Wenn aber Tarifparteien etwas nach einer objektiven Bewertung tun, um die Kassen zu plündern, wenn ich also einen Nexus habe, werde ich das beeinträchtigen können und ich kann mit dem Bundesgerichtshof vielleicht sogar noch ein bisschen weiter gehen und kann sagen: „Es gibt einen Kern an Rücksichtnahmegebot, was die Korrektur oder den Verzicht auf bestehenden Positionen betrifft.“ Wobei man dann wieder sagen muss: „Es gibt einen wesentlichen Unterschied.“ In den Unterhaltsvereinbarungen für Scheidungsfolgen wird auf einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch verzichtet. Das heißt, dort definiert das Gesetz die Normallage und die Unterhaltsvereinbarung beseitigt einen gesetzlichen Standard und führt dadurch die Bedürftigkeit herbei. Hier gibt es keine gesetzliche Unkündbarkeit, die tarifdispositiv wäre, sondern die Tarifparteien nehmen weg, was sie selbst gegeben haben. Dort würde ich trotzdem sagen: Dieses „um zu“ lasse ich nicht zu. Ich gebe auch zu, dass gerissene Tarifpolitiker, wie es sie in allen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden gibt, ein schlankes Tarifdesign schaffen können,

das der erforderlichen Kontrolle durch die Lappen geht. Deswegen wird auch die Tarifautonomie nicht unzumutbar beschränkt. Ich verlange von den Tarifparteien nichts anderes als diese eine punktuelle Rücksichtnahme: Macht es nicht ausschließlich aus dem Grund, um die Sozialkasse in Anspruch zu nehmen und euch von der Sozialkasse eure Tarifpolitik finanzieren zu lassen. Wenn ihr als Tarifparteien eine Sozialpolitik finanzieren wollt, müsst ihr eine schöne gemeinsame Einrichtung schaffen – nehmen Sie nur im Chemietarif den Demografietarifvertrag mit dem Fonds, den es dort gibt – und dann kann man aus eigenen Mitteln soziale Wohltaten verteilen an Menschen, die im Alter nicht mehr arbeiten können, weil sie den belasteten Berufsgruppen angehören. Aber man kann das, glaube ich, nicht auf Kosten der Beitragszahlerallgemeinheit machen.

Professor Dr. Friedhelm Hase, Universität Bremen:

Eine kurze Bemerkung: Ich finde es wirklich sehr gut, dass Sie diese Thematik aufgegriffen haben. Ich glaube, es geht hier um eine sehr grundlegende Problematik. Man kann ganz allgemein sagen: Es geht um Rückwirkungen, auch um unbeabsichtigte Rückwirkungen der Einrichtung öffentlicher Systeme im privaten Sektor. Wir haben einen Sozialstaat, der über ein breites Angebot an Institutionen, an Einzelleistungen verfügt, mit all diesen aber natürlich die private Sphäre und deren Strukturen, vor allem auch das der Privatpersonen prägt und verändert. Das Zusammenspiel zwischen öffentlicher und privater Sphäre funktioniert meines Erachtens in vielen Bereichen nicht, es fehlt insoweit zum Teil auch noch an ausgearbeiteten, angemessenen rechtlichen Konzepten. Ich hatte die Idee – vielleicht auch die Schnapsidee –, dass man hier so etwas wie ein Kollisionsrecht entwickeln müsste. Um bei Beispielen aus dem sozialen Sektor zu bleiben: Wir installieren ein Sozialhilfesystem, ein Hartz IV-System oder auch ein System, das ein öffentliches Kurzarbeitergeld leistet, verändern damit aber die Bedingungen, unter denen die privaten Akteure oder auch die Tarifparteien ihre Interessen verfolgen. Die Rechtsbegriffe, die wir zugrunde legen – etwa wenn wir Sozialhilfe oder ein Kurzarbeitergeld bieten –, sind offen gefasst und eröffnen damit auch Spielräume, die durch privatautonome Gestaltung oder durch tarifliche Regelungen ausgefüllt werden können – auch manipulativ, wie Sie in Ihrem Vortrag dargestellt haben. Ich könnte mir vorstellen, dass man hier so etwas wie ein Kollisionsrecht bräuchte, etwa nach dem Motto: Wir, das heißt auch der Staat und die öffentlichen Systeme, akzeptieren es, dass in Bezug auf öffentliche Leistungen private Gestaltungsspielräume bestehen, dass tarifautonome Regelungen möglich sind, aber eben nur bis zu einem bestimmten Punkt. Missbrauch wäre so ein Punkt, bei dem man sagen würde, dass eine Grenze überschritten ist. Wahrscheinlich gibt es noch eine Reihe von weiteren Gründen, bei denen wir – ähnlich wie im IPR – sagen müssten:

Wir akzeptieren bestimmte Dinge, aber eben nur bis zu einer bestimmten Grenze.

Volker Rieble:

Grundsätzlich kann ich zustimmen, wobei mir das Wort „Kollisionsrecht“ ein bisschen zu IPR-mäßig besetzt ist. Es geht nicht darum, soll die eine oder die andere Regel gelten, sondern ich möchte letztlich eine Verzahnung erreichen. Da liegt aber schnell das Problem darin, dass sie entweder zugunsten des Gemeinwohls auf Kosten privater Freiheit geht und dann zu Fehlsteuerungen im privaten Sektor führt. Denken Sie nur an die frühere Regelung, wonach der Arbeitgeber, wenn er einmal ältere Arbeitnehmer entlässt, das volle Arbeitslosengeld erstatten muss. Das hat zu Verwerfungen geführt, das war blödsinnig, weil die Betriebe letztlich überalterten. Da hat die sozialrechtliche Regelung im privatautonomen Gestaltungsbe- reich erheblichen Schaden angerichtet, deswegen hat man die Regelung aufgehoben. Wenn ich umgekehrt den privaten Akteuren viel Freiheit ein- räume, öffentliche Leistungen auszulösen oder – überspitzt formuliert – die Kassen zu plündern, habe ich eine Sozialisierung, die uns schon bei der Bankenkrise nicht so gefallen hat, dass letztlich die Fehlentscheidun- gen auf dem Rücken der Steuerzahler ausgetragen werden. Im Kern ge- schieht genau dieses in der sozialen Sicherung: Die Freigabe der Kurz- arbeit erlaubt Unternehmen, ihren Misserfolg auf der Gemeinwohlfasse abzuladen, so etwa Opel. Das heißt aber: Der Arbeiter bei der BASF zahlt Arbeitslosenversicherung dafür, dass in Rüsselsheim schlecht gewirtschaf- tet werden kann. Das finde ich im Kern nicht gerecht, das leuchtet mir nicht ein. Deswegen weiß ich nicht: Man müsste viel wissen, um genau diese Grenze zu finden, die Sie vor Augen haben. Da bin ich klassisch- freiheitlich gestimmt: Solange ich nicht genug weiß, kann ich nur dasjeni- ge verbieten, was eindeutig schädlich erscheint. Deshalb würde ich bei der Missbrauchskontrolle bleiben und erst, wenn ich viel tiefes Wissen habe über die Verkettung und Wechselwirkung von Sozialsystem und autono- mem System würde ich mir zutrauen, im autonomen System noch mehr Rücksichtnahme zu verlangen und solange ich dieses Wissen nicht habe, würde ich der Tarifautonomie den Vorrang geben.

Abbo Junker:

Vielen Dank Ihnen, vielen Dank für die sehr anregende Diskussion. Dir, *Volker*, noch einmal vielen Dank für den anregenden Vortrag und viele einprägsame Formulierungen und die überaus klare Sprache.

Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle

Christoph von Donat

	Seite
I. Problemaufriss	82
II. System der Beihilfenkontrolle	82
1. Allgemeines Beihilfenverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV	82
2. Beihilfengenehmigung	82
3. Durchführungsverbot in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV	83
a) Notifizierungspflicht	83
b) Durchführungsverbot	83
c) Aufgabenteilung zwischen nationalen Gerichten und der Europäischen Kommission	84
d) Beihilfenrückforderung	84
e) Eingeschränkter Vertrauensschutz begünstigter Unter- nehmen	84
III. Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bei den verschiede- nen Arten des Kug	85
1. Begünstigung von Unternehmen oder Produktionszweigen	85
a) Konjunkturelles Kug (§ 96 SGB III)	85
b) Saison-Kug (§ 101 SGB III)	86
c) Transfer-Kug (§ 111 SGB III)	86
2. Staatlichkeit der Mittel	86
3. Selektivität	86
a) Konjunkturelles Kug	86
b) Saison-Kug und Transfer-Kug	87
4. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	88
5. Fazit zur tatbestandlichen Beihilfe	88
a) Konjunkturelles Kug	88
b) Saison-Kug	88
c) Transfer-Kug	88
IV. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	89
V. Resümee	90
Diskussion	91

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur (München 2013), S. 81-90

I. Problemaufriss

Das Kurzarbeitergeld (Kug) wird gemeinhin gelobt, die Auswirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise auf dem Arbeitsmarkt in Deutschland verhältnismäßig gering gehalten zu haben. Seine Wirkung im Wettbewerb scheint dagegen weitgehend unerforscht. In dem Beitrag soll den Fragen nachgegangen werden, ob das Kug im Interesse eines effektiven Wettbewerbsschutzes der Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission unterliegt und ob dann die Gewährung des Kug von der Kommission mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt werden könnte.

II. System der Beihilfenkontrolle

Das System der Europäischen Beihilfenkontrolle ist durch ein allgemeines Beihilfenverbot mit Genehmigungsvorbehalt geprägt, ferner durch ein vorläufiges Durchführungsverbot mit unmittelbarer und drittschützender Wirkung. Durch Beihilfen begünstigte Unternehmen können sich regelmäßig nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen.

1. Allgemeines Beihilfenverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV

Das allgemeine Beihilfenverbot ergibt sich aus Art. 107 Abs. 1 AEUV. Es erfasst nach seinem Wortlaut staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und dabei den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Beihilfebegriff wird weit ausgelegt. Die weite Auslegung dürfte in erster Linie darauf zurückzuführen sein, dass die Rechtsprechung des EuGH der Kommission einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten zubilligt¹. Der Beurteilungsspielraum unterliegt nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit. Das Gericht setzt grundsätzlich seine Beurteilung nicht an die Stelle der Beurteilung der Kommission. Bei der anwaltlichen Beratung führt dies zwangsläufig zu einer gewissen Unschärfe der Prognose.

2. Beihilfengenehmigung

Die Europäische Kommission ist unionsweit die einzige „Genehmigungsbehörde“. Verfahrensrechtlich kann die „Beihilfengenehmigung“ in Freistellungen, Beihilferegelungen und Einzelfallgenehmigungen unterteilt werden. Auch für das Kug, wenn es tatbestandlich eine Beihilfe wäre, müsste nicht in jedem Einzelfall eine Genehmigung der Europäischen

¹ EuGH 29.11.1996 – C-56/93, Slg. 1996, I-723 Rn. 11 (Belgien/Kommission); Heidenhain, in: Heidenhain (Hrsg.), *European State Aid Law*, 2010, § 3 Rn. 13.

Kommission eingeholt werden. Wie bei den meisten Förderprogrammen würde sich in der Praxis vornehmlich die Frage stellen, ob die Maßnahme von einer Gruppenfreistellungsverordnung gedeckt wäre oder ob eine Beihilferegulierung zum Tragen kommen könnte.

Materiellrechtlich ist zwischen den wenigen Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 AEUV und den in der Praxis weit wichtigeren Genehmigungstatbeständen in Art. 107 Abs. 3 AEUV (sowie weiteren Ausnahmebestimmungen) zu unterscheiden. Die Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV unterliegt wiederum einem nur beschränkt überprüfbaren Ermessen der Europäischen Kommission². Dieser Beurteilungs- und Ermessensspielraum auf zwei Ebenen der Beihilfenprüfung stärkt die Machtposition der Europäischen Kommission in der Beihilfenkontrolle erheblich.

3. Durchführungsverbot in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

a) Notifizierungspflicht

Dem Mitgliedstaat bleibt die Pflicht, Beihilfen zu notifizieren. In Deutschland werden Notifizierungen grundsätzlich vom Bundeswirtschaftsministerium vorgenommen. Diese Aufgabe verlangt Fingerspitzengefühl, da zwar nur Beihilfen notifizierungspflichtig sind, die Entscheidung, was eine Beihilfe ist, aber letztlich von der Europäischen Kommission getroffen wird.

b) Durchführungsverbot

Der Mitgliedstaat und sämtliche seiner Institutionen haben darauf zu achten, dass eine Beihilfe nicht durchgeführt wird bis die Kommission entschieden hat. Dieses Durchführungsverbot (oder „*stand still clause*“) in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar und hat drittschützende Wirkung. Zu diesem Ergebnis ist nach einigen Irrungen und Wirrungen auch die zivilrechtliche Rechtsprechung in Deutschland gekommen³. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat bereits früher die einschlägige EuGH-Rechtsprechung übernommen⁴.

2 EuGH 17.9.1980 – 730/79, Slg. 1980, 2671 (Philipp Morris Holland/Kommission).

3 BGH 10.2.2011 – I ZR 213/08, juris (Flughafen Lübeck); BGH 11.2.2011 – I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 (Flughafen Frankfurt-Hahn); das OLG Koblenz 25.2.2009 – 4 U 759/07, OLGR Koblenz 2009, 491 (Flughafen Frankfurt-Hahn) hatte noch in der Instanz zuvor angenommen, dass Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sei.

4 OVG Koblenz 24.11.2009 – 6 A 10113/09, EuZW 2010, 274 (Tierkörperbeseitigung); BVerwG 16.12.2010 – 3 C 44/09, EuZW 2011, 269 mit Anmerkung von Donat (Tierkörperbeseitigung).

c) Aufgabenteilung zwischen nationalen Gerichten und der Europäischen Kommission

Im Hinblick auf die Einhaltung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots besteht eine Aufgabenteilung zwischen nationalen Gerichten und Europäischer Kommission. Es obliegt dem nationalen Richter, bis zu einer abschließenden Entscheidung der Europäischen Kommission die Rechte eines Wettbewerbers zu sichern⁵. Die Europäische Kommission kann dagegen im Regelfall nicht einstweilig tätig werden. Die Europäische Kommission muss auch bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot grundsätzlich über die materielle Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt entscheiden⁶.

d) Beihilfenrückforderung

Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot hat grundsätzlich die Rückforderung der Beihilfen inklusive Zinsen und Zinseszinsen zur Folge. Im Falle einer nachträglichen Genehmigung durch die Europäische Kommission wäre gegebenenfalls nur der Zinsvorteil für den Zeitraum zwischen Beihilfengewährung und Kommissionsentscheidung zurückzufordern. Hinsichtlich der Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe, die nicht nur unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt worden ist, sondern die auch materiell mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar ist, steht der Kommission kein Ermessen zu (Art. 14 Abs. 2 Verordnung 659/1999). Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar sind, sind zurückzufordern, es sei denn, dass mit dieser Rückforderung gegen die Grundsätze des Unionsrechts verstoßen würde.

e) Eingeschränkter Vertrauensschutz begünstigter Unternehmen

Das Problembewusstsein der Unternehmen als Begünstigte ist regelmäßig gering, da sie sich auf das Verwaltungshandeln verlassen. Auf Vertrauensschutz können sich begünstigte Unternehmen allerdings nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen berufen. Da der Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot zwangsläufig durch nationale Behörden oder Einrichtungen begangen wird, können Äußerungen und Handlungen derselben keinen Vertrauensschutz erzeugen. Der Rechtsprechung zufolge ist es dem sorgfältigen Gewerbetreibenden regelmäßig möglich

5 EuGH 21.11.1991 – C-354/90, Slg. 1991, I-5505 Rn. 10 ff. (FNCEPA); EuGH 8.12.2011 – C-275/10, EuZW 2012, 106 Rn. 26 ff. (Residex Capital IV).

6 EuGH 14.2.1990 – C-301/87, Slg. 1990, I-307 Rn. 11 ff. (Frankreich/Kommission).

und zumutbar, sich zu vergewissern, dass das Notifizierungsverfahren eingehalten wurde⁷.

III. Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bei den verschiedenen Arten des Kug

1. Begünstigung von Unternehmen oder Produktionszweigen

a) Konjunkturelles Kug (§ 96 SGB III)

Zahlungen an Arbeitnehmer erscheinen für sich genommen nicht als Begünstigung eines Unternehmens oder Produktionszweigs. Diese simple Betrachtungsweise findet sich in einigen wenigen Kommissionsentscheidungen.

Beispielsweise heißt es zum Kurzarbeitergeld:

„Diese Entgeltersatzleistung wird unmittelbar einzelnen Personen gewährt und dient nicht der Begünstigung des Unternehmens.“⁸

Diese Begründung erscheint nicht überzeugend, da auch die Freistellung eines Unternehmens von den finanziellen Lasten, die es normalerweise zu tragen hätte, eine Begünstigung darstellt⁹. Der entlastende Effekt des Kug für die betreffenden Unternehmen kann meines Erachtens nicht negiert werden. Ohne Kug hätten die Unternehmen nur die Wahl zwischen Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder einer gegebenenfalls sozialplanpflichtigen Entlassung der Arbeitnehmer. Nach Überwindung der konjunkturellen Krise müssten sie im Fall der Entlassung, Neueinstellungen und die erforderlichen Schulungen vornehmen. Diese Kosten werden den betreffenden Unternehmen erspart. Die Begünstigung – so *Nieland* – liegt auf der Hand¹⁰.

Die Begünstigung entspricht aber nicht der Höhe des ausgezahlten Kurzarbeitergelds. Die Höhe der Begünstigung errechnet sich vielmehr aus der finanziellen Entlastung des Unternehmens. Bei einer Prüfung wäre mit kontrafaktischen Szenarien zu rechnen, bei denen dann auch zu berücksichtigen wäre, was das Unternehmen an Sozialversicherungsabgaben in der Zeit der Kurzarbeit zahlt.

7 EuG 14.1. 2004 – T-109/01, Slg. 2004, II-127 Rn. 143 (Fleuren Compost/Kommission); BGH 6.11. 2008 – III ZR 279/07, BGHZ 178, 243.

8 Entscheidung der Kommission 18.7. 2001 – C 35/2000 (ex NN 81/98) Saalfelder Hebezeugbau GmbH (Amtsblatt EU 2003 L 40/1 Rn. 14).

9 EuGH 2.7. 1974 – 173/73, Slg. 1974, 709 Rn. 33/35 (Italien/Kommission).

10 *Nieland*, SGB III als Konfliktfeld von Sozial- und Wettbewerbsrecht, 2006, S. 101.

b) Saison-Kug (§ 101 SGB III)

Die Frage der Begünstigung durch das Saison-Kug ist danach zu beurteilen, ob die betreffenden Unternehmen ihre Arbeitsverträge saisonal beschränken können. Besteht die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, saisonale Arbeitsverträge abzuschließen, die nicht mit aufwendigen Schulungsmaßnahmen verbunden sind, werden die Unternehmen nicht von finanziellen Lasten freigestellt, die sie normalerweise zu tragen hätten.

c) Transfer-Kug (§ 111 SGB III)

Im Rahmen von Einzelfallprüfungen war das Transfer-Kug schon häufiger Prüfungsgegenstand als das konjunkturelle Kug. Regelmäßig geht es dabei um die Frage, ob sich das betreffende Unternehmen im gleichen Maße finanziell beteiligt, wie es bei einem Sozialplan der Fall wäre. Außerdem ergab sich gelegentlich das Problem, dass die betroffenen Arbeitnehmer im Unternehmen ohne adäquate Gegenleistung des Unternehmens weiterbeschäftigt wurden.

2. Staatlichkeit der Mittel

Das Tatbestandsmerkmal „Staatlichkeit der Mittel“ kann auch dann verwirklicht sein, wenn die Mittel aus Beiträgen von Wirtschaftsteilnehmern stammen. Zur Finanzierung aus Arbeitslosenversicherungsbeiträgen wie dem Kug hat der Gerichtshof bereits sehr früh entschieden:

„Da die Fonds nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden und ... gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, sind sie als staatliche Mittel ... zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nicht staatlichen Organen anvertraut wäre“¹¹

Das Kug wird aus Zwangsbeiträgen finanziert (notfalls auch unmittelbar aus dem Bundeshaushalt), deren Verwendung im Detail staatlich reglementiert ist. Die Arbeitsverwaltung ist trotz gewisser Selbstständigkeits der staatlichen Verwaltung zuzuordnen. Das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel erscheint mir zweifelsfrei erfüllt.

3. Selektivität

Bei der beihilferechtlichen Einordnung des Kug steht die Frage der Selektivität im Zentrum der Diskussion.

a) Konjunkturelles Kug

Beim konjunkturellen Kug stellt sich die Frage, ob dieses selektiv wirkt oder ob es sich um eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme han-

¹¹ EuGH 2.7. 1974 – 173/73, Rn. 33/35 (Fn. 9) (Italien/Kommission).

delt. Der Umstand, dass vorrangig wirtschaftspolitische Ziele verfolgt werden, reicht nicht aus, um von fehlender Selektivität ausgehen zu können. Der Beihilfegriff ist nach ständiger Rechtsprechung objektiv, das heißt, es wird nicht auf die Ziele, sondern nur auf die Wirkung einer Maßnahme abgestellt¹². Der Gerichtshof hat in seiner Auseinandersetzung mit Sozialversicherungssystemen darauf abgestellt, ob die betreffende Maßnahme der Natur und dem inneren Aufbau des Sozialversicherungssystems beziehungsweise dem Wesen und der Struktur der Sozialversicherungssysteme entspricht oder ob es sich eher um eine Ausnahmemäßnahme handelt. Sozialversicherungssysteme sind nach der Rechtsprechung durch das Versicherungsprinzip, durch das Prinzip des Sozialschutzes und das Prinzip der Solidarität geprägt¹³. Es kann dem Kug meines Erachtens nicht abgesprochen werden, diesen Prinzipien zu entsprechen, so dass es als eine Art Versicherungsleistung für Teilarbeitslosigkeit und somit als systemimmanente Maßnahme des Sozialversicherungssystems angesehen werden kann.

Die Selektivität könnte sich jedoch auch aus der praktischen Anwendung ergeben. Die Entscheidung der Arbeitsverwaltung über das Kug ist als gebundene Entscheidung ausgestaltet, nicht als Ermessensentscheidung. Sie dürfte daher keine Selektivität begründen. Allerdings könnte sich die Frage stellen, ob die Antragsvoraussetzungen so gefasst sind, dass sie der Arbeitsverwaltung in der Praxis einen Handlungsspielraum eröffnen, der zu einer selektiven Handhabung führt.

Zu klären wäre noch, ob das Kug faktisch selektiv wirkt. Aus dem Blick in die Statistiken erschließt sich mir keine selektive Begünstigung bestimmter Branchen oder Größenklassen bestimmter Unternehmen über einen längeren Zeitraum. Fraglich bleibt, ob das Kug nicht faktisch zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten wirkt, wobei es schwierig aber grundsätzlich eben doch möglich ist, strukturelle und konjunkturelle Ursachen für Schwierigkeiten zu unterscheiden¹⁴.

b) Saison-Kug und Transfer-Kug

Das Saison-Kug ist branchenspezifisch ausgerichtet und damit zwangsläufig selektiv. Das Transfer-Kug zielt auf Unternehmen, die die Definition

¹² EuGH 2.7.1974 – 173/73 (Fn. 9), Rn. 26/28 (Italien/Kommission).

¹³ *Nieland* (Fn. 10), S. 125 f.

¹⁴ Vgl. die Differenzierung zwischen Unternehmen in Schwierigkeiten und Unternehmen die sich am 1.7. 2008 nicht in Schwierigkeiten befanden, aber aufgrund der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise danach in Schwierigkeiten geraten sind, in dem vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise (Amtsblatt EU 2009 C 83/1).

als Unternehmen in Schwierigkeiten nach den Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen erfüllen¹⁵. Damit könnte argumentiert werden, dass das Transfer-Kug nur auf bestimmte Unternehmen abzielt und somit eine selektive Wirkung aufweist.

4. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Die Begünstigung eines Unternehmens stärkt seine Position am Markt und droht deswegen, den Wettbewerb zu verfälschen. Die potenzielle Wettbewerbsverfälschung beeinträchtigt im Regelfall den Handel im Binnenmarkt¹⁶. Dieser weite Ansatz des Gerichtshofs führt dazu, dass bei den drei genannten Arten des Kugs die Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals Wettbewerbsverfälschungen und Handelsbeeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.

5. Fazit zur tatbestandlichen Beihilfe

a) Konjunkturelles Kug

Das konjunkturelle Kug (§ 96 SGB III) gilt konzeptionell als allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme und nicht als staatliche Beihilfe. Eine selektive Wirkung kann aber durch die Anwendungspraxis insbesondere zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten und/oder zugunsten von Branchen im Strukturwandel sowie durch Bevorzugung größerer Unternehmen mit Betriebsrat eintreten. Da das konjunkturelle Kug die Unternehmen von finanziellen Belastungen befreit, steht sein begünstigender Charakter außer Frage. Die Begünstigung impliziert eine Stärkung der Marktposition des betreffenden Unternehmens und ist somit geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Die Wettbewerbsverfälschung droht wiederum den Handel zu beeinträchtigen. Bei einer selektiven Anwendungspraxis kann das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

b) Saison-Kug

Das Saison-Kug (§ 101 SGB III) wird nach Branchen und somit selektiv gewährt, stellt aber regelmäßig keine Begünstigung dar, soweit die Unternehmen die Arbeitsverträge auch saisonal beschränken könnten.

c) Transfer-Kug

Das Transfer-Kug (§ 111 SGB III) hat keine begünstigende Wirkung, wenn sich das Unternehmen mit den Mitteln beteiligt, die es für den erforderli-

15 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (Amtsblatt EU 2004 C 244/2).

16 EuGH 17.9.1980 – 730/79 (Fn. 2) (Philipp Morris Holland/Kommission).

chen Sozialplan bereitstellen würde und die Arbeitnehmer nicht oder nur gegen marktgerechtes Entgelt weiterhin im Unternehmen eingesetzt werden. Die Finanzierung von Qualifizierungsmaßnahmen (Quali-Kug) kann begünstigende Effekte aufweisen, wenn die Qualifizierung auf den Bedarf des betreffenden Unternehmens ausgerichtet ist.

IV. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Beihilfeneffekte bei der Gewährung des Kug sind von der Notifizierungspflicht nur freigestellt und somit *per se* mit dem Binnenmarkt vereinbar, soweit die Voraussetzungen für De-minimis-Beihilfen nach der Verordnung 1998/2006¹⁷ oder die Voraussetzungen für Ausbildungsbeihilfen gemäß Artikel 38, 39 der Verordnung 800/2008¹⁸ vorliegen.

Als Genehmigungstatbestand neben dem als Auffangtatbestand herangezogenen Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV bietet der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union noch Art. 107 Abs. 2 lit. b für Beihilfen aufgrund sonstiger außergewöhnlicher Ereignisse sowie Art. 107 Abs. 3 lit. b für Beihilfen im Zusammenhang mit einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats. Der Europäischen Kommission stünden daher Rechtsgrundlagen für eine Genehmigung des Kug im Falle einer Notifizierung zur Verfügung. Unter Inanspruchnahme des Leitgedankens von Präsident *Barroso*, „Wettbewerb ist ein wichtiger Grundsatz, ein Prinzip, aber nicht Selbstzweck und nicht Ziel“¹⁹, kann meines Erachtens erwartet werden, dass das Kug aufgrund seiner positiven Wirkung auch genehmigt werden würde. Ausgeschlossen werden kann allerdings nicht, dass die Kommission in einem Genehmigungsverfahren auf eine stärkere Missbrauchskontrolle drängen würde.

Die Bestimmungen zum Kug wurden – soweit ersichtlich – der Europäischen Kommission nicht notifiziert, so dass sich diese nicht äußern musste²⁰. Da die Einrichtung des Kug auf die Zeit vor den Römischen Verträgen zurückgeht, bliebe einer Prüfung vorbehalten, ob es sich bei den Kug-

17 Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15.12. 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen (Amtsblatt EU 2006 L 379/5).

18 Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6.8. 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) (Amtsblatt EU 2008 L 214/3).

19 FAZ-Interview vom 23.7. 2007, „Versuchen, die Globalisierung mitzugestalten“.

20 Die Kommission hat sich in dem Verfahren SA.36861 (2013/NN) nur mit der Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen beim Kug beschäftigt, das Kug selbst jedoch nicht näher untersucht, Beschluss der Kommission 29.7. 2013 – C(2013) 5015 final.

Varianten um bestehende Beihilfen handeln könnte oder ob Umgestaltungen dazu führten, dass es sich um neue Beihilfen handelt (Art. 1 lit. c Verordnung 659/1999).

V. Resümee

Die begünstigende und selektive Wirkung des Kugs ist, wenn überhaupt, nur schwach ausgeprägt. Rechtssicherheit besteht mangels der Notifizierung jedoch nicht. Im Falle einer Befassung der Kommission könnte angesichts der positiven Effekte des Kugs eine beihilferechtliche Genehmigung erwartet werden. Allerdings könnte die Kommission eine stärkere Missbrauchskontrolle zur Auflage ihrer Genehmigung machen.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr *von Donat*, vielen Dank für diesen Vortrag, der für die meisten von uns wahrscheinlich etwas Neues gebracht hat. Ich habe jedenfalls gelernt, Herr *von Donat*, dass Beihilfenrecht ein *Lawyers Paradise* ist. Wenn man bei keiner wie auch immer gearteten quasi-staatlichen oder halbstaatlichen Begünstigung den Beihilfencharakter ausschließen kann, werden Sie praktisch immer gebraucht. Das haben die Unternehmer und die Verbände hier mitgenommen. Ich möchte aber jetzt nicht von meinen Erkenntnissen sprechen. Wir haben noch ein wenig Zeit zur Diskussion, so dass Fragen an Herrn *von Donat* willkommen sind.

Ulrich Pieper, vem.die arbeitgeber, Koblenz:

Eine Frage hätte ich, Herr *von Donat*. Wenn ich es recht verstanden habe, müssten Sie als Anwalt Unternehmen, die Kurzarbeitergeld beziehen, empfehlen, Rückstellungen zu bilden. Tun Sie das?

Christoph von Donat, MWP Rechtsanwälte, Berlin:

Das stimmt. Wenn ich danach gefragt würde. Man muss sich hinsichtlich der Beihilfenrückforderung jedoch, wie bei jeder Rückstellungsbildung, auch die Eintrittswahrscheinlichkeit vor Augen führen. Diese dürfte hier gering sein. Die Kommission ist nach der Beihilfenverfahrensverordnung verpflichtet, wenn sie von einer Beihilfe weiß, auch tätig zu werden. Es kann mir aber keiner erzählen, dass die Kommission das mit dem Kurzarbeitergeld nicht mitbekommen hat. Soweit ist Brüssel auch nicht entfernt. Es gibt offensichtlich keinen politischen Willen, das Thema an sich zu ziehen, um es zu entscheiden. Wahrscheinlich müsste es sowieso genehmigt werden müssen. Die Kommission wird sich vermutlich auch nicht mit der Frage beschäftigen wollen, ob das Ganze eine Beihilfe darstellt, weil sie sich in diesem Fall schon überlegen müsste, wie sie die Auseinandersetzung mit der Bundesregierung führt, die natürlich auf dem Standpunkt stehen würde, es sei gar keine Beihilfe. Das Problem ist, wie kommen diese Fälle tatsächlich zur Kommission? Sie kommen dann zur Kommission, wenn im Einzelfall etwas schiefgegangen ist, beispielsweise weil das Unternehmen weitere Beihilfen außerhalb des Kurzarbeitergelds bekommen hat oder das Unternehmen insolvenzbedroht oder schon insolvent ist und Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen erhalten soll. Die Kommission prüft in diesem Zusammenhang alle staatlichen Maßnahmen

zehn Jahre rückwirkend, die dem Unternehmen zugute gekommen sind. In ihrer Entscheidung steht dann – das ist bei einem Fall des § 249h AFG passiert – weil es auf politischer Ebene nicht ausreichend thematisiert wurde, „Und das ist übrigens auch eine rechtswidrige Beihilfe gewesen.“ Dann hat man das Problem, Jahre später, nur anhand eines Einzelfalls entschieden, aber was macht man dann?

Um damit auf Ihre Frage zurückzukommen: Rückstellungen bilden? Ich würde einmal den Zinsvorteil durchrechnen lassen. Man muss natürlich auch sagen, dass die Zinsen im Augenblick niedrig sind, das heißt also auch der Referenzzinssatz, zu dem Beihilfen zurückgezahlt werden müssen, ist derzeit extrem niedrig. Es kann sich also lohnen, die beihilferechtliche Unsicherheit in Kauf zu nehmen, selbst wenn man von der Position ausgeht, dass es gar nicht sicher ist, ob man das Kurzarbeitergeld behalten kann.

Prof. Dr. Friedhelm Hase, Universität Bremen:

Ich habe keine Frage, Herr *von Donat*, ich wollte nur sagen, dass ich mit dem, was Sie vorgetragen haben, nicht einverstanden bin, und zwar in einem ganz grundsätzlichen Sinn. Das betrifft eine Reihe von Punkten. Vor allem den der Begünstigung von Unternehmen durch das Kurzarbeitergeld. Ich meine, dass es bei dieser Leistung – von der Selektivität, vielleicht auch von der Frage der Staatlichkeit abgesehen – schon an der Begünstigung von Unternehmen fehlt. Ich hatte in meinem eigenen Vortrag zu zeigen versucht, dass beim Kurzarbeitergeld sehr deutlich zwischen förmlichen rechtlichen Regelungen oder Begünstigungen und deren sozialen Wirkungen unterschieden werden muss. Ich meine, dass man schon aufgrund dieser Unterscheidung zu dem Ergebnis kommen muss, dass hier keine Begünstigung von Unternehmen – in einem rechtlich relevanten Sinn – gegeben ist. Kurzarbeitergeld ist eine Sozialversicherungsleistung, die dem einzelnen Arbeitnehmer zusteht, die er erhält, weil er zusammen mit dem Arbeitgeber Monat für Monat Beiträge gezahlt hat und auch weiter zahlt.

Sie haben gesagt, das Unternehmen werde durch das Kurzarbeitergeld von Belastungen freigestellt, durch diese Leistung spare das Unternehmen Aufwendungen in bestimmter Höhe ein. Juristisch ist das meines Erachtens nicht richtig, die entscheidenden Zusammenhänge werden mit einer solchen Beschreibung nicht hinreichend erfasst. Die Belastung des Arbeitgebers besteht hier ja darin, dass er, wenn die Aufträge ausgehen und er den Arbeitnehmer nicht mehr voll beschäftigen kann, in Annahmeverzug gerät und nach Maßgabe des BGB das Entgelt weiterzahlen muss, die volle Arbeitsleistung aber nicht erhält. Von dieser „Last“ wird der Arbeitgeber aber durch das Kurzarbeitergeld nicht freigestellt, eine Entlastung kann

für ihn nur in der Absenkung des zu zahlenden Entgelts bestehen. Über die Berechtigung dazu wird jedoch im Arbeitsrecht, nicht im Sozialrecht – und vor allem auch nicht von der Bundesagentur – entschieden. Sie kann sich aus tariflichen Regelungen und individuellen Abreden oder Maßnahmen, möglicherweise auch aus Betriebsvereinbarungen ergeben, obwohl Herr *Giesen* dem hier bereits widersprochen hat. Natürlich haben diejenigen, die individuelle oder kollektivvertragliche Vereinbarungen über die Absenkung des Entgelts im Kurzarbeitsfall treffen, die Begünstigung des Arbeitnehmers durch das Kurzarbeitergeld im Blick, die aber jeweils im Hintergrund der arbeitsrechtlichen Regelungen zu sehen ist: Das Kurzarbeitergeld wird durch solche Zusammenhänge nicht in eine unternehmensbegünstigende Maßnahme der Bundesagentur verwandelt, beim rechtlichen Beihilfenbegriff ist auf die jeweiligen förmlichen Regelungsstrukturen, nicht auf wirtschaftliche Verweisungszusammenhänge oder faktische Wirkungen abzustellen.

Meines Erachtens ist auch eindeutig, dass es beim Kurzarbeitergeld darüber hinaus an der „Selektivität“ fehlt, die Beihilfen im Sinne der Wettbewerbsregeln des europäischen Rechts charakterisiert. Das Kurzarbeitergeld ist, auch wenn es tatsächlich in den einzelnen Branchen unterschiedlich stark in Anspruch genommen wird, in den §§ 95 ff. SGB III offenbar als ein allgemeines Angebot für alle versicherten Arbeitnehmer ausgestaltet, unabhängig davon, ob sie in einem multinationalen Konzern oder einem kleinen Handwerksbetrieb beschäftigt sind.

Christoph von Donat:

Ich glaube, es ist ziemlich eindeutig, dass der Beihilfenbegriff eben gerade nicht auf Formalien des nationalen Rechts abstellt, sondern auf die ökonomische Wirkung. Diese Vereinbarungen der Tarifpartner würden nicht getroffen werden, wenn der Staat das Geld nicht zur Verfügung stellt. Dass es nicht so einfach abrufbar ist, dass der Unternehmer nicht sagen kann: „Gib das Geld“, das spielt meines Erachtens keine Rolle, auch nicht, dass die Tarifparteien dazu erforderlich sind.

Auch die Anforderungen an die Selektivität sind nach meinen Erfahrungen nicht so fürchterlich hoch. Der Umstand, dass das Kurzarbeitergeld theoretisch alle in Anspruch nehmen können, führt noch nicht zum Ausschluss der Selektivität. Es würde meiner Ansicht nach ausreichen – aber insoweit reicht mein Wissen über das Kurzarbeitergeld nicht –, dass es praktisch nicht branchenübergreifend genutzt wird. An dieser Stelle habe ich ein großes Fragezeichen: Ist die faktische Wirkung so, dass doch nur bestimmte Produktionszweige zum Zuge kommen?

Abbo Junker:

Ich denke, wie oft im juristischen Geschäft, muss man einen Meinungsstreit auch hier stehen lassen. Abschließend klären können wir ihn sowieso nicht. Damit können wir wie geplant in die Pause gehen, nicht ohne Ihnen, Herr *von Donat*, ganz herzlich für diesen sehr anregenden Vortrag zu danken.

Sozialversicherung im Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung und Unternehmensstütze – Systemfolgen der Funktionsverschiebung

Richard Giesen

Seite

I. Arbeitsförderung und Grundsicherung als Wirtschaftsförderung.....	97
II. Zum Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung und Grundsicherung einerseits und Wirtschaftsförderung andererseits.....	97
1. Allgemeine Fördereffekte durch Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit.....	98
a) Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der Grundsicherung nach dem SGB II.....	98
aa) Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II („Euro-Jobs“).....	98
bb) Einstiegsgeld nach § 16b SGB II.....	98
cc) Zuschüsse zum Arbeitsentgelt nach § 16e SGB II.....	99
b) Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der allgemeinen Arbeitsförderung nach dem SGB III.....	99
aa) Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III (ehemals § 46 SGB III).....	99
bb) Ausbildungs- und Eingliederungszuschüsse nach §§ 73 ff., §§ 88 ff. SGB III.....	100
cc) Förderleistungen zugunsten selbständiger Tätigkeit, §§ 93 f. SGB III.....	100
2. Förderung wirtschaftlich schwacher Unternehmen.....	100
a) Kombination von Kug-Leistung und Weiterarbeit.....	100
b) Transferkurzarbeitergeld: Förderung beim Personalabbau.....	101
c) Insolvenzgeld.....	102
aa) Insolvenzgeldfinanzierte Weiterarbeit während des Eröffnungsverfahrens.....	102
bb) Mittelbare Auswirkungen des Insolvenzgeldanspruchs – höhere Akzeptanz gegenüber Arbeitgebern mit schwacher Zahlungsmoral.....	104

3.	Förderung schlecht zahlender Arbeitgeber durch aufstockende Grundsicherung	104
4.	Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen nach §§ 82, 131a SGB III.....	104
5.	Ausblick auf die Leistungserbringung in der Arbeitsförderung.....	105
III.	Befund und Konsequenzen	106
1.	Befund – Fehlsteuerungen bei der Unternehmensunterstützung.....	106
2.	Rechtspolitische Konsequenzen	107
a)	Änderungen von Leistungsvoraussetzungen und Leistungen?	108
b)	Änderungen bei der Leistungsorganisation.....	108
	Diskussion	111

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur (München 2013), S. 95-110

I. Arbeitsförderung und Grundsicherung als Wirtschaftsförderung

Das Arbeitsförderungsrecht des SGB III soll nach dessen § 1 Abs. 1 Satz 1 „dem Entstehen von Arbeitslosigkeit entgegenwirken, die Dauer der Arbeitslosigkeit verkürzen und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt unterstützen“. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 4 SGB III geht es darum, dass „ein hoher Beschäftigungsstand erreicht und die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert“ wird. Es ist klar, dass jede individuelle Vorsorgeleistung zugunsten von Arbeitsuchenden, Arbeitnehmern und Arbeitgebern nicht nur bei den jeweiligen Adressaten „ankommt“ und ihnen möglichst von Nutzen sein wird. Mit ihr wird stets auch ein – mehr oder weniger – starker Einfluss auf bestehende Marktstrukturen genommen. Das Sozialgesetzbuch erkennt dies selbst an, wenn es in § 1 Abs. 1 Satz 5 SGB III anordnet, Arbeitsförderung sei „so auszurichten, dass sie der beschäftigungspolitischen Zielsetzung der Sozial-, Wirtschafts- und Finanzpolitik der Bundesregierung entspricht“.

Im Arbeitsförderungsrecht existieren Leistungen, welche unmittelbar an Unternehmen gehen. Hier liegen schon aufgrund dieser direkten Vermögensmehrung wirtschaftssteuernde Effekte nahe. Finanziell bedeutender sind dem Arbeitnehmer gewährte Leistungen, aber auch sie kommen mittelbar dem ihn beschäftigenden Arbeitgeber zugute und stellen ihn im Wettbewerb besser. Wer beispielsweise dafür sorgen kann, dass die eigene Belegschaft Kurzarbeitergeld erhält, dem sind die Sorgen um Entgeltverpflichtungen zunächst einmal größtenteils genommen. Arbeitsförderung ist demnach stets auch Wirtschaftsförderung, und mitunter ist es nicht leicht, im Einzelfall die eigentliche Fördermotivation des Gesetzgebers oder der leistenden Verwaltung zu erkennen. Auf den ersten Blick werden Leistungen um des einzelnen Arbeitnehmers beziehungsweise Arbeitsuchenden willen erbracht, aber zuweilen macht es den Eindruck, als gehe es eher um die Unterstützung des ihn beschäftigenden Arbeitgebers.

II. Zum Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung und Grundsicherung einerseits und Wirtschaftsförderung andererseits

Im Folgenden werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Konstellationen dokumentiert, in denen sich die Frage stellt, inwieweit die jeweils betroffene Leistung einzelnen Arbeitnehmern beziehungsweise Arbeitsuchenden zugute kommt und in welcher Weise sie steuernden Fördercharakter für die beteiligten Unternehmen hat.

1. Allgemeine Fördereffekte durch Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit

a) Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der Grundsicherung nach dem SGB II

aa) Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II („Ein-Euro-Jobs“)

Wichtigstes Beispiel aus dem Bereich der Grundsicherung (SGB II) sind die Arbeitsgelegenheiten, also die sogenannten „Ein-Euro-Jobs“, welche mittlerweile häufig mit etwas mehr als einem Euro stündlich entschädigt werden. Diese sind keine Arbeitsverhältnisse, und zudem ist Voraussetzung für ihre Zulässigkeit nach § 16d Abs. 1 Satz 2 SGB II, dass es sich um „im öffentlichen Interesse liegende, zusätzliche Arbeiten“ handelt. Der Sinn dieser Einschränkung liegt darin, dass man mit den Arbeitsgelegenheiten nicht in Wettbewerb treten will mit dem sogenannten „ersten Arbeitsmarkt“. Arbeitsgelegenheiten können bereits aufgrund ihrer Funktion, zur (Wieder-) Eingliederung in den Arbeitsmarkt beizutragen, mehrere Monate dauern und eine Wochenarbeitszeit von 30 Stunden und mehr umfassen¹. Durch die Förderung erhält das durchführende Unternehmen eine günstige Arbeitskraft. Auch dort, wo – wie gesetzlich angeordnet – kein Eingriff in den ersten Arbeitsmarkt gegeben ist, profitiert das betreffende Unternehmen².

bb) Einstiegsgeld nach § 16b SGB II

Unmittelbaren Einfluss auf den ersten Arbeitsmarkt hat die Zahlung des Einstiegsgelds nach § 16b SGB II. Einstiegsgeld wird als zusätzliche Geldleistung zur Flankierung des Beschäftigungsbeginns Arbeitsloser bis zu einer Dauer von 24 Monaten geleistet. In der gemäß § 16b Abs. 3 SGB II erlassenen Einstiegsgeld-Verordnung³ wird näher geregelt, dass es – je nach Dauer der vorangegangenen Arbeitslosigkeit, der Größe der betroffenen Bedarfsgemeinschaft und der besonderen Förderungsbedürftigkeit des Berechtigten – bis zu 75 % des Regelbedarfssatzes nach § 20 Abs. 2 SGB II betragen kann. Wer Einstiegsgeld erhält, ist eher bereit, wenig Arbeitsentgelt hinzunehmen. Es bleibt nicht aus, dass das Einstiegsgeld

¹ Siehe insbesondere BSG 16.12. 2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201 = SGB 2009, 744 = SozR 4-4200 § 16 Nr. 4.

² Siehe im Einzelnen zu den Einsatzbereichen und den Substitutionseffekten der Arbeitsgelegenheiten *Gehrken*, Die Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung gemäß § 16d Satz 2 SGB II („1-Euro-Jobs“), 2010, S. 152 ff., 169 ff.

³ Verordnung zur Bemessung von Einstiegsgeld (Einstiegsgeld-Verordnung – ESGV) vom 29.7. 2009, BGBl. 2009 I, S. 2342), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.3. 2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

mittelbaren Einfluss auf die Lohnhöhe während der ersten Beschäftigungsmonate hat.

cc) Zuschüsse zum Arbeitsentgelt nach § 16e SGB II

Entsprechend wirken beispielsweise Förderleistungen gemäß § 16e SGB II. Hiernach werden Zuschüsse zum Arbeitsentgelt für solche Beschäftigten geleistet, die dem Arbeitgeber gemäß § 16e Abs. 3 SGB II zugewiesen werden und die in ihrer Leistungsfähigkeit beeinträchtigt sind. Die Höhe des Zuschusses kann dabei, abhängig von der Beeinträchtigung, gemäß § 16e Abs. 2 SGB II, bis zu 75 % des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts betragen.

b) Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der allgemeinen Arbeitsförderung nach dem SGB III

Ähnliche Finanzierungssysteme bestehen – wenn auch in geringerem Umfang als nach dem SGB II – im Bereich des SGB III.

aa) Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III (ehemals § 46 SGB III)

Hier sind die sogenannten Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III zu nennen. Die betreffenden Leistungsumfänge, die bis zum 1.4. 2012 in § 46 SGB III a.F. geregelt waren, wurden gesetzlich reduziert, und das Verfahren wurde im neu gefassten § 45 SGB III gänzlich umgestellt⁴.

Den Hintergrund illustriert der Beispielsfall Amazon. Das Internetversandhaus beschäftigte an verschiedenen Logistikstandorten regelmäßig tausende von Arbeitnehmern auf der Grundlage von BA-Geldleistungen nach § 46 SGB III a.F. und § 16 Abs. 1 SGB II in Verbindung mit § 46 SGB III a.F. (laut BA allein vom 1.1. 2011 bis Anfang 2012 ca. 2.900 Personen). Die Betroffenen arbeiteten im Zuge von „Trainingsmaßnahmen“, wobei Entgelte ausschließlich von der Arbeitsverwaltung geleistet wurden. In der Regel wurden sie nach dem Auslaufen der Förderung in ein befristetes Beschäftigungsverhältnis bis nach dem Weihnachtsgeschäft übernommen⁵. Laut „Spiegel“ soll es so zu Kettenförderungen gekommen sein. Demnach haben Erwerbslose trotz befristeter Beschäftigung in den Vorjahren bei Amazon erneut kostenlose Maßnahmen im glei-

4 Dazu BT-Drucks. 17/6277, 17/7065, S. 17 ff.

5 Amazon hat in der Folgezeit im geografischen Umfeld der betreffenden Standorte immer weniger Arbeitnehmer gefunden, mit denen befristete Arbeitsverhältnisse vereinbart werden konnten, da das Unternehmen die Unwirksamkeit von Befristungsvereinbarungen aufgrund Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG fürchtete. Aufgrund dessen wurden Leiharbeiternehmer aus dem EU-Ausland eingesetzt, deren schlechte Behandlung später zum bekannteren „Amazon-Skandal“ führte.

chen Arbeitsbereich absolviert. Laut Bundesregierung war dieser Effekt zumindest „nicht auszuschließen“⁶.

bb) Ausbildungs- und Eingliederungszuschüsse nach §§ 73 ff., §§ 88 ff. SGB III

Entsprechende Fördereffekte für Unternehmen haben Eingliederungszuschüsse nach §§ 88 ff. SGB III. Diese können gemäß § 90 SGB III für Behinderte bis zu 70 % des Entgelts betragen und bis zu 24 Monate geleistet werden. Vergleichbare Auswirkungen haben Ausbildungszuschüsse nach §§ 73 ff. SGB III.

cc) Förderleistungen zugunsten selbständiger Tätigkeit, §§ 93 f. SGB III

Gründungszuschüsse nach §§ 93 f. SGB III werden als Ermessensleistungen erbracht, wenn der Versicherte einen Arbeitslosengeldanspruch hat, die Tragfähigkeit seiner Existenzgründung belegt und zudem nachweist, dass er in der Lage ist, die betreffende Tätigkeit aufzunehmen (vgl. früher Überbrückungsgeld nach §§ 54 f. SGB III a.F.). Der Versicherte entscheidet sich häufig dafür, gemäß § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III als Selbständiger auf Antrag versicherungspflichtig zu werden; die Voraussetzungen der vorangegangenen Versicherung beziehungsweise des vorangegangenen Empfangs von Entgeltersatzleistungen nach § 28a Abs. 2 SGB III wird er in der Regel erfüllen. Da später wieder ein neuer Arbeitslosengeldanspruch entstehen kann, sind Perpetuierungseffekte nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat durch Einführung von § 148 Abs. 1 Nr. 8 SGB III gegengesteuert, indem er Zeiten des Bezugs von Gründungszuschüssen auf das Arbeitslosengeld anrechnet. Zur Zeit werden diese Effekte zudem dadurch vermieden, dass die Agenturen Anträge auf Gründungszuschuss wegen Vorrangs der Vermittlung vor Leistungen der aktiven Arbeitsförderung (§ 4 Abs. 2 SGB III) ablehnen⁷. Die Begründung dafür ist, es seien heute (2012/2013) ausreichend Stellen vorhanden, in welche die Antragsteller anstelle einer Existenzgründung vermittelt werden könnten.

2. Förderung wirtschaftlich schwacher Unternehmen

a) Kombination von Kug-Leistung und Weiterarbeit

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) erfolgt nach den §§ 95 ff. SGB III zwar zugunsten der jeweils von der Kurzarbeit betroffenen Arbeit-

6 Vgl. „Doppelter Vorteil“, Der Spiegel vom 28.11. 2011, S. 83, später aufgearbeitet in Kleinen Anfragen von Abgeordneten der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 17/8102 und BT-Drucks. 17/8407.

7 Gegen diese Praxis SG Mannheim 23.8. 2012 – S 14 AL 2139/12, info also 2013, 56 (nicht rechtskräftig).

nehmer. Mittelbar kommt die Leistung aber ebenso den Arbeitgebern zugute, da sie von der Last des Annahmeverzugslohns (§ 615 BGB) befreit werden. In der Praxis kommt sehr häufig noch hinzu, dass sich die antragstellenden Betriebsparteien und die Arbeitnehmer darauf verständigen, trotzdem noch über das Maß der vereinbarten Kurzarbeit hinaus zu arbeiten. In diesem Fall finanziert die Arbeitsagentur (genauer: die Versicherungsgemeinschaft) die Entgelte. Teils scheint der Agentur dieses Vorgehen sogar bekannt zu sein, so dass kein Betrug vorliegt.

Einen Fall, in dem trotz gemeldeter „Kurzarbeit Null“ mit Wissen der Agentur für Arbeit – zu deren Lasten und zugunsten des Arbeitgebers – bezahlte Arbeit geleistet wurde, dokumentiert das BSG in einer Entscheidung vom 14.9. 2010: In einem Kaufhaus, das unter wirtschaftlichen Schwierigkeiten litt, hatten Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung getroffen, nach welcher für drei Monate „Kurzarbeit Null“ festgelegt wurde. Gleichzeitig sollten die Arbeitnehmer aber „die Verkaufsbereitschaft der Betriebsstätten aufrecht erhalten“, also im Verkauf (freiwillig?) weiter tätig sein. Obwohl somit kein Arbeitsausfall bestand, erließ die Agentur einen Anerkennungsbescheid nach § 99 Abs. 3 SGB III. Nachdem der offensichtliche Rechtsverstoß ruchbar geworden war, verweigerte die Agentur den betroffenen Arbeitnehmern (zumindest teilweise) die Kug-Leistung, wogegen diese beim BSG Recht bekamen. Das Gericht sah natürlich den deutlichen Rechtsverstoß, nahm aber aufgrund der Bestandskraft des Anerkennungsbescheids dessen zwingende Bindungswirkung zugunsten der Arbeitnehmer an. Insbesondere verneinte es ein Erschleichen des Bescheids, da die Betriebsparteien der Agentur ihr Vorhaben von vornherein wahrheitsgemäß mitgeteilt hatten⁸. In der Praxis noch bedeutender als dieser Fall der „Kurzarbeit Null“ sind Konstellationen, bei denen Kurzarbeit zu einem bestimmten Prozentsatz beantragt und bewilligt wird, im begünstigten Unternehmen dann aber doch nicht nur volle Arbeit geleistet wird. Es gibt nach Aussage von Mitarbeitern der BA Fälle, in denen dann wegen voller Auftragsbücher sogar Überstunden geleistet werden.

b) Transferkurzarbeitergeld: Förderung beim Personalabbau

Im Gegensatz zum „gewöhnlichen“ KuG wird Transferkurzarbeitergeld (TransferKug) nach näherer Maßgabe des § 111 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 SGB III nicht bei nur vorübergehendem Arbeitsausfall, sondern bei endgültigem Arbeitsausfall geleistet. Die Leistungen betragen gemäß § 105 SGB III 60 % beziehungsweise 67 % der Nettoentgeltdifferenz, wobei § 111 Abs. 2 Satz 1 SGB III klarstellt, dass auch „Kurzarbeit Null“ vereinbart werden kann. Sie werden gemäß § 111 Abs. 1 Satz 2 SGB III bis zu zwölf Monate lang erbracht. Das alles bringt Entlastung insbesondere für Arbeitgeber in der Krise. Die Leistung wird gesetzlich unter anderem daran geknüpft, dass sich „die Betriebsparteien im Vorfeld ..., insbesondere im Rahmen ihrer Verhandlungen über einen die Integration der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fördernden Interessenausgleich oder Sozialplan nach § 112 des Betriebsverfassungsgesetzes, von der Agentur für

8 BSG 14.9. 2010 – B 7 AL 21/09 R, SGB 2011, 231 = NZS 2011, 753.

Arbeit haben beraten lassen“ (§ 111 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III). Außerdem müssen die berechtigten Arbeitnehmer gemäß § 111 Abs. 4 Nr. 1 SGB III „von Arbeitslosigkeit bedroht“ sein. Das erfordert nach der Rechtsprechung nicht, dass ihnen eine (rechtmäßige) Kündigung droht. Entscheidend ist lediglich, dass eine „durch konkrete objektive Anhaltspunkte gerechtfertigte Annahme“ greift, nach welcher die Beschäftigung in absehbarer Zeit beendet sein wird. Eine solche Absicht ist laut BSG „durch die in der Anzeige über den Arbeitsausfall beigefügte Übersicht über die zu kündigenden Arbeitnehmer jedenfalls dokumentiert“.

Im vom BSG entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber mit der Gewerkschaft einen Haustarifvertrag geschlossen, nach welchem tarifliche Unkündbarkeitsregelungen aufgehoben wurden, was offensichtlich den Zweck hatte, für alle betroffenen Arbeitnehmer Transferkurzarbeitergeld zu erhalten. Das BSG erklärte die Frage, ob diese Aufhebungsvorschriften wirksam waren, für unerheblich, und meinte, wegen der faktisch drohenden Beendigung der Arbeitsverhältnisse seien die Leistungsvoraussetzungen erfüllt⁹.

Die Förderung durch TransferKuG hängt für das Unternehmen also faktisch davon ab, dass es sich mit dem Betriebsrat und der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft über die in Rede stehende Betriebsänderung einigt. Schon die Anrufung der Einigungsstelle wird von den – meist unter erheblichem Zeitdruck stehenden – Unternehmen vermieden, um die Aussicht auf zügige Leistungen nicht zu gefährden. Auf diese Weise verschafft das Arbeitsförderungsrecht Gewerkschaft und Betriebsrat ein mittelbares Bestimmungsinstrument über die unternehmerischen Entscheidungen in der Krise.

c) Insolvenzgeld

aa) Insolvenzgeldfinanzierte Weiterarbeit während des Eröffnungsverfahrens

Soweit bei Einsetzung des vorläufigen Insolvenzverwalters die Lohnrückstände noch nicht drei Monatsentgelte erreicht haben, bietet sich ihm die Möglichkeit, mit Hilfe von Insolvenzgeldansprüchen den Betrieb vorübergehend fortzuführen. Das geschieht meist in der Weise, dass die Arbeitnehmer ihre Entgelt- und Insolvenzgeldansprüche an eine vorfinanzierende Bank abtreten. Diese zahlt ihnen die entsprechenden Summen aus, während aus der Schuldnerkasse keine Entgeltzahlungen erfolgen. Mit der anschließenden Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden die Anspruchsvoraussetzungen für das Insolvenzgeld ausgelöst, so dass an-

9 BSG 29.1. 2008 – B 7/7a AL 20/06 R, SGB 2009, 375 zu § 175 SGB III a.F.; *Rolfs*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 110 SGB III Rn. 8 ff., § 111 SGB III Rn. 17; ebenso – mit ausdrücklicher Tendenz zur Begünstigung dreiseitiger Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft SG Mannheim 1.5. 2011 – 14 AL 1523/09, NZS 2011, 398.

schließend die Agentur die betreffenden Geldbeträge an die vorfinanzierende Bank auszahlt. Im Ergebnis folgt daraus, dass die Arbeitnehmer des Schuldnerunternehmens in der Zeit zwischen Verfahrens Antrag und Verfahrenseröffnung bis zu drei Monate auf Kosten der Agentur beschäftigt werden können. Um zu verhindern, dass das Geld in nicht rettbarer Arbeitsplätze fehlinvestiert wird, muss die Agentur diesem Vorgehen gemäß § 170 Abs. 4 SGB III zustimmen. Die Zustimmung darf gemäß § 170 Abs. 4 Satz 2 SGB III nur erteilt werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass durch die Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte ein erheblicher Teil der Arbeitsstellen erhalten bleibt“¹⁰. Aufgrund des erheblichen Zeitdrucks, unter dem die Beteiligten stehen, ist es der Agentur häufig kaum möglich, die Frage näher zu klären, ob und in welchem Umfang durch ihre Hilfe Arbeitsplätze erhalten bleiben. Sie ist in großem Maße auf die – naturgemäß sehr provisorische – Einschätzung des vorläufigen Insolvenzverwalters angewiesen. Dieser agiert seinerseits mit Informationen, die er aus dem schuldnerischen Betrieb und vom Schuldner selbst erhalten hat. Fehlanreize ergeben sich bei alledem daraus, dass die Zustimmung im persönlichen Interesse des Verwalters liegt¹¹.

-
- 10 Siehe zu alledem die Insolvenzgeld-DA der BA Nr. 3; *Obermüller/Kuder*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 8. Aufl 2011, Rn. 5.400 ff.; *Peters-Lange*, in: *Gagel*, SGB II/SGB III, Loseblattsammlung, Stand 2013, § 170 Rn. 70 ff.; *Klüter*, Die kollektive Vorfinanzierung von Arbeitsentgeltansprüchen in der Insolvenz des Arbeitgebers (Insolvenzvorfinanzierung), WM 2010, 1483 ff.
- 11 Die Begünstigungswirkung greift allerdings nicht branchenabhängig. Die EU-Kommission sieht im Insolvenzgeld keine unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV, vgl. das Schreiben vom 19.11. 2009 K(2009) 8707 endg. unter dem Betreff „Staatliche Beihilfe NN 55/2009 – Deutschland Angebliche staatliche Beihilfe durch Insolvenzgeld und seine Finanzierung“, dazu *Obermüller/Kuder* (Fn. 10), Rn. 5.426; ebenso BAG 3.4. 2001 – 9 AZR 301/00, NZA 2002, 90 = ZIP 2001, 1964; *P. Hase*, Vorfinanzierung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt, Gewährung von Insolvenzgeld an den Vorfinanzierenden und materielle Reichweite der Insolvenzausfallversicherung, WM 2000, 2231; *Zwanziger*, Durch Zahlung von Insolvenzgeld auf die BfA übergegangene Ansprüche als Insolvenzforderung, ZIP 2000, 595; ähnlich BSG 29.5. 2008 – B 11a AL 61/06 R, NZS 2009, 401 = NZA-RR 2008, 661 (betreffend die Rechtmäßigkeit der Insolvenzgeldumlage); vgl. zur Entscheidung des BSG den Nichtannahmebeschluss BVerfG 2.2. 2009 – 1 BvR 2553/08, ZIP 2009, 680. Siehe generell zur Frage, in welchen Fällen sozialpolitisch motivierte sozialrechtliche oder steuerrechtliche Vergünstigungen Beihilfen darstellen können, EuGH 17.6. 1999 – C-75/97, Slg. 1999, I-3671 (Belgien/Kommission); *Streinz*, Begriff der Beihilfe – Nachlaß bei Sozialversicherungsbeiträgen, JuS 2000, 390.

bb) Mittelbare Auswirkungen des Insolvenzgeldanspruchs – höhere Akzeptanz gegenüber Arbeitgebern mit schwacher Zahlungsmoral

Der Insolvenzgeldanspruch hat bereits im Vorfeld von Krisen und Insolvenzen mittelbare Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben. Die Aussicht auf die betreffende Absicherung veranlasst Arbeitnehmer, bei Zahlungsverzögerungen von bis zu drei Monaten nicht zu kündigen oder ihre Arbeitskraft zurückzuhalten. Seitens der Agenturen für Arbeit wird dieser Dreimonatswert auch zugrunde gelegt, wenn darüber entschieden werden soll, ob ein Arbeitsloser wegen Eigenkündigung unter die Sperrzeitregelung des § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe) fällt. Im Ergebnis läuft diese Marktaustrittsverzögerung darauf hinaus, dass neben insolventen Unternehmen auch sonstige Arbeitgeber mit schwacher Zahlungsmoral – soweit sie ihr vertragswidriges Verhalten in diesem Rahmen halten – durch die Insolvenzgeldregelung mittelbar begünstigt werden.

3. Förderung schlecht zahlender Arbeitgeber durch aufstockende Grundsicherung

Eine mittelbare Förderung von Unternehmen bietet die steuerfinanzierte Grundsicherung nach §§ 19 ff. SGB II. Durch die Hilfeleistungen an die mehr als eine Million „Aufstocker“ wird mittelbar billige Arbeit zugunsten schlecht zahlender Arbeitgeber finanziert¹². § 10 SGB II belastet den Arbeitsuchenden mit einer Arbeitsobliegenheit, die erst bei Erreichen der Sittenwidrigkeits- beziehungsweise Wuchergrenze aufgehoben wird¹³. Ein Arbeitgeber, der sein Arbeitsangebot oberhalb dieser Grenze hält, kann sich nicht nur darauf verlassen, dass der Arbeitnehmer das zum Leben Notwendige vom Grundsicherungsträger erhält. Er weiß auch, dass der Grundsicherungsträger dieses dem Arbeitsuchenden entzieht, wenn er sich nicht auf das (schlechte) Entgeltangebot einlässt. Auf diese Weise kommt es dazu, dass billige Arbeit zugunsten des Arbeitgebers subventioniert und gleichzeitig Druck auf den Leistungsempfänger ausgeübt wird, dieser subventionierten Arbeitstätigkeit nachzugehen.

4. Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen nach §§ 82, 131a SGB III

Mit den oben unter II 1 b cc genannten Regelungen zur Existenzgründungshilfe ist naturgemäß die Förderung von Kleinunternehmen verbun-

¹² Rhein, Mindestlohn, Mindestsicherung und Mindesteinkommen in wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, NZA Beilage Heft 3/2009, S. 91, 94 f.

¹³ Hänlein, in: Gagel, SGB II/SGB III, Loseblattsammlung, Bd. 1, Stand 1.4. 2012, § 10 SGB II Rn. 37.

den. Eine ausdrückliche Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen besteht außerdem im Bereich der Weiterbildung Geringqualifizierter und beschäftigter Älterer in Unternehmen nach §§ 82, 131a SGB III (Programm WeGebAU). Hier wird eine Anschubfinanzierung für die Weiterbildung von Arbeitnehmern geleistet, die während der Qualifizierung unter Fortzahlung des Entgelts freigestellt werden. Die Agentur für Arbeit übernimmt die Weiterbildungskosten ganz oder teilweise. Gemäß § 131a SGB III werden auch jüngere Beschäftigte unterstützt, soweit sie in kleinen und mittleren Unternehmen tätig sind. Schwierigkeiten in der Bewertung ergeben sich freilich daraus, dass der Begriff „kleine und mittlere Unternehmen“ lediglich in der Überschrift von § 131a SGB III auftaucht, so dass sich Verbindlichkeit und Wirksamkeit dieser unternehmensspezifischen Zwecksetzung kaum beurteilen lassen¹⁴.

5. Ausblick auf die Leistungserbringung in der Arbeitsförderung

Unabhängig von den bisher diskutierten Fragestellungen ergeben sich in der Arbeitsförderung – ähnlich wie in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung – ordnungspolitische Fragen im Bereich der Erbringung von Sachleistungen. Von den Förderleistungen zugunsten Beschäftigter profitieren deren (künftige) Arbeitgeber. Wo also ein Arbeitnehmer beispielsweise nach §§ 81 ff. SGB III beruflich weitergebildet wird, nützt dies meist auch dem beschäftigenden Unternehmen. Zudem wird aber auch dem jeweiligen ausbildenden Unternehmen ein „Auftrag“ erteilt, so dass es mit dem Zuschlag für die betreffende Leistung auch gleichzeitig im Wettbewerb mit anderen begünstigt wird.

Dabei ergeben sich mehrere Optionen.

- Dies ist erstens die freihändige Vergabe, welche zügig und ohne bürokratischen Aufwand erfolgen kann, aber intransparent und missbrauchsanfällig ist. Ein besonderes Beispiel hierfür ist die frühere Vergabe von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung. Die Zuweisung der Teilnehmer und die Planung der Maßnahmen durch die BA erfolgte häufig zugunsten von Institutionen, die eng mit den Sozialpartnern in der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung verbunden waren. In der Praxis kam es dazu, dass Anbieter oft unentgeltliche Leistungen (Verpflegung etc.) zugunsten von Mitarbeitern der Arbeitsförderung erbrachten, um bei der Vergabe der betreffenden Leistungen eher Zuschläge zu erhalten. Es ergaben sich somit teils kollusive Struk-

14 In den Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit hierzu (Stand April 2012) heißt es lediglich unter V 12 Abs. 2: „Der Vordruck ‚Selbsterklärung zur Unternehmensgröße‘ kann genutzt werden.“

turen, welche weder dem Leistungsprinzip noch der Sparsamkeit verpflichtet waren.

- Zweitens kommt die Vergabe in Betracht, welche anhand objektiver Kriterien und nachvollziehbar Zuschläge ermöglicht; sie wird mittlerweile – abhängig von den jeweiligen Tatbeständen und Leistungsvolumina – durch europäisches Recht geprägt.
- Und drittens sind, wo beide Wege nicht für zielführend gehalten wurden, im Arbeitsförderungsrecht dezentrale Gutscheinsysteme entwickelt worden. So werden nach § 81 Abs. 4 SGB III an Versicherte sogenannte Bildungsgutscheine verteilt, also Bescheinigungen über das Vorliegen der Fördervoraussetzungen. Mit diesen Gutscheinen können sie Anbieter ihrer Wahl aufsuchen und bei ihnen eine Weiterbildung antreten. Dadurch konnte zwar die eben dargestellte Kollusionsproblematik angegangen werden. Andererseits werden hiermit wiederum Fehlanreize gesetzt. Erfolgreich sind heute mitunter Weiterbildungsträger, welche wirksam die Aufmerksamkeit von Berechtigten auf sich ziehen und gegebenenfalls deren Interessen etwa im Hinblick auf die zeitliche Lage und Beanspruchung entgegenkommen. Da kann das eigentliche Weiterbildungsanliegen schon einmal ins Hintertreffen geraten.

Bei alledem spielt auch die allgemeine Zulassung zur Leistungserbringung eine erhebliche Rolle. So müssen beispielsweise Transfergesellschaften, die nicht von den betreffenden Arbeitgebern selbst betrieben werden, gemäß § 111 Abs. 3 Satz 2, § 178 SGB III zugelassen sein. An dieser Stelle greift unter anderem die Regelungskompetenz des Beirats nach § 182 SGB III ein, der Empfehlungen für die Zulassung aussprechen kann. Der Beirat wird durch interessierte Verbände erheblich mitgeprägt.

III. Befund und Konsequenzen

1. Befund – Fehlsteuerungen bei der Unternehmensunterstützung

Nach alledem ergibt sich folgender Befund. Unterstützung für Unternehmen ergibt sich aus sämtlichen Leistungen, durch welche Beschäftigung bei ihnen (ko-) finanziert wird. Auch wenn Beschäftigung und Beschäftigungschancen der betreffenden Leistungsberechtigten gefördert werden sollen, profitieren die „Beschäftigten“ jeweils mit. Arbeitsförderung und Grundsicherung sind somit auf vielen Feldern auch Wirtschaftsförderung. Die Förderung folgt nicht dem „Gießkannenprinzip“, sondern betrifft spezifische Situationen, welche sich aber nicht eindeutig nach Branche, Unternehmensgröße oder etwa besonderer wirtschaftlicher Situation des Unternehmens einordnen lassen. Das zeigen etwa die Beispiele der

Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II, des Einstiegsgelds nach § 16b SGB II, der Arbeitsentgeltzuschüsse nach § 16e SGB II oder der Ausbildungs- und Eingliederungszuschüsse (oben II 1 a, b bb). Andererseits hat sich für die – vermeintliche – Förderung selbständiger Tätigkeit nach §§ 93 f. SGB III erwiesen, dass diese derzeit praktisch nicht stattfindet (oben II 1 b cc). Spezifische Begünstigungseffekte ergaben sich aber etwa nach § 46 SGB II a.F. für Unternehmen mit der Neigung zur vorübergehenden Beschäftigung (oben II 1 b aa). Deutliche Fördereffekte zugunsten wirtschaftlich schwacher Unternehmen haben Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III, Transferkurzarbeitergeld nach § 111 SGB III sowie Insolvenzgeld nach §§ 165 ff. SGB III. Sie begünstigen mittelbar auch unzuverlässige Unternehmen (oben II 2). Die aufstockende Grundsicherung nach §§ 19 ff. SGB II fördert Arbeitgeber, die niedrige Entgelte zahlen (oben II 3). Kleine und mittlere Unternehmen werden – wohl – nach §§ 82, 131a SGB III gefördert (oben II 4). Zudem ergeben sich zwangsläufig stets gewisse Steuer- und Fördereffekte im Leistungserbringungsrecht des SGB III (oben II 5).

Insgesamt sind damit vor allem zwei Bereiche problematisch. Der erste sind die Hilfen für Unternehmen mit Solvenzproblemen und für umstrukturierende Unternehmen, welche teils zugunsten unzuverlässiger Arbeitgeber wirken. Ihr Marktaustritt wird verzögert beziehungsweise verhindert; teils erhalten sie aber auch Leistungen, ohne dass tatsächlich Gefahren für Arbeitsplätze bestehen. Auffällig ist hier, dass die Förderung teils faktisch von der Herstellung eines innerbetrieblichen Konsenses mit der Arbeitnehmervertretung abhängt. Der zweite Bereich ist die Subvention des Niedriglohnsektors durch Grundsicherungsleistungen.

Unabhängig von diesen beiden Bereichen gilt für jede Subvention von Beschäftigung, dass sich nicht feststellen lässt, welche Fördereffekte sie wirklich hat. Es ist fast nie auszuschließen, dass die betreffenden Arbeitsplätze auch ohne die steuer- beziehungsweise beitragsfinanzierten Unterstützungsleistungen erhalten blieben oder geschaffen würden. Man kann deshalb bei all diesen Transfers jeweils von einem (nicht bestimmbaren) Ausmaß an Leistungen ausgehen, die letztendlich nicht wirksam sind und somit unabhängig vom Förderungszweck dem Unternehmen zugute kommen. Dies gilt unabhängig von den oben geschilderten, teils krassen Missbrauchsfällen. Das – bei allen Sozialleistungen existierende und teils zwangsläufig auch hinzunehmende – Maß an Fehlsteuerung ist hier sicherlich hoch.

2. Rechtspolitische Konsequenzen

Aber so leicht sich dieser Befund festhalten lässt, so schwierig ist die Suche nach effizienten Mitteln zur Gegensteuerung. Prinzipiell sind hier zwei Wege zu prüfen, zum einen die Änderung des materiellen Sozialrechts

(dazu sogleich unter a) und zum anderen die Änderung der organisatorischen Struktur der Leistungserbringung (dazu unten b).

a) Änderungen von Leistungsvoraussetzungen und Leistungen?

Natürlich liegt es zunächst nahe, die einzelnen Leistungstatbestände jeweils genauer auf ihre Fehlsteuerungs- und Missbrauchsempfindlichkeit hin zu prüfen, was sicherlich kein leichtes Unterfangen ist, aber beispielsweise bei der Neuordnung der Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung erfolgreich war (oben II 1 b aa). Eine generelle Abkehr von Leistungen, welche auch Unternehmen zugute kommen, zugunsten von Leistungen unmittelbar für Arbeitslose ist dabei problematisch. Sie liefere dem Anliegen der Prävention zuwider. Wer nur an bereits Arbeitslose leistet und nicht von Arbeitslosigkeit gefährdeten Arbeitnehmern hilft (und damit zwangsläufig deren Arbeitgebern gleich mit), der setzt Kompensation vor Prävention – statt umgekehrt. Auch die Verstärkung etwa gebundener Leistungen zulasten von Ermessensleistungen dürfte nicht immer zielführend sein. Sie grenzt zwar auf den ersten Blick die Gefahren kollusiven Zusammenwirkens zwischen Arbeitsverwaltung und Berechtigten ein, hindert aber die so wichtige Flexibilität gerade bei arbeitsmarktbezogenen Leistungen. Die Beurteilung von Förderungswürdigkeit im Einzelfall sowie des Arbeitsmarktumfelds ist derart komplex, dass sie sich häufig nicht in zwingend formulierte Anspruchstatbestände kleiden lässt.

Dennoch bleibt im Bereich des materiellen Arbeitsförderungs- und Grundversicherungsrechts die allgemeine Erkenntnis zu beachten, dass viele Fördermaßnahmen, weil eben nicht sicher ist, ob und inwieweit sie wirklich Arbeitnehmern zugute kommen, eher beim beschäftigenden Unternehmen „hängen bleiben“. Es gilt also ein tendenzielles Gebot zur Zurückhaltung bei der Einschätzung von Transfereffizienz. Schließlich kostet die Steuerbeziehungsweise Beitragsfinanzierung der betreffenden Maßnahmen selbst ebenfalls tendenziell Arbeitsplätze.

b) Änderungen bei der Leistungsorganisation

Neben möglichen Änderungen im Bereich des materiellen Sozialrechts sind auch organisatorische Änderungen in Betracht zu ziehen.

Das betrifft zunächst die äußere Struktur der Leistungsorganisation. So könnte man an eine Abkehr von der monolithischen Verwaltungsstruktur insbesondere der Bundesagentur für Arbeit denken, etwa zugunsten eines reinen Wettbewerbssystems oder zugunsten eines wettbewerbsähnlichen Systems wie bei den Krankenkassen. Freilich dürfte ein solches Umstellen auf ein Wettbewerbssystem prinzipiell nicht möglich sein. Risiken wie Arbeitslosigkeit, wirtschaftliche Schwäche von Unternehmen und Ähnli-

ches (zum Beispiel Insolvenz; Zuschussbedürftigkeit von Sozialplänen etc.) sind nicht versicherbar und lassen sich insbesondere nicht im Wettbewerb versichern¹⁵. Dasselbe gilt erst recht für die steuerfinanzierten Hilfeleistungen zugunsten (potenziell) Arbeitsuchender.

Somit bleibt die innere Struktur der Leistungsorganisation zu prüfen. Hier ist zunächst die besondere Bedeutung der Aufsicht hervorzuheben. Sowohl bei Ermessensleistungen als auch bei zwingenden Leistungen der Arbeitsförderung und der Grundsicherung gilt, dass rechtswidrige Begünstigung in der Regel nicht gerichtlich geahndet wird – wenn es nicht zwischenzeitlich die Behörde reut, wie im Fall der offensichtlich unzulässigen Kurzarbeitergeldbewilligung für den unverändert aufrechterhaltenen Kaufhausbetrieb, oben II 2 a. Wo auch die Öffentlichkeit nicht mit dem Missbrauchsvorwurf auftritt (wie im Fall der Verkettung vieler Aktivierungsmaßnahmen, oben II 1 b aa), stehen die Chancen der behördlichen Selbstkorrektur schlecht. Da der Begünstigte kein Interesse hat, den mit einer unzulässigen Förderung verbundenen Rechtsverstoß zu ahnden und andere meist keine Handhabe dagegen haben beziehungsweise ohnehin oft nicht von ihr erfahren, gilt das Prinzip „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Umso wichtiger ist also die aufsichtsrechtliche Kontrolle, da sie praktisch allein überzogene Unternehmensförderung verhindert.

Zudem stellt sich im Bereich der Unternehmensförderung durch Arbeitsförderungs- und Grundsicherungsleistungen die Frage nach der Effizienz der sozialrechtlichen Selbstverwaltung. Aufgrund der paritätischen Beitragsleistung nach dem SGB III ist die Selbstverwaltung für die Bundesagentur für Arbeit das gesetzliche Mittel der Wahl, um eine gewisse Autonomie bei der Durchführung der vielfältigen Agenturaufgaben sicherzustellen. Man erwartet sich hiervon Vorteile aus der Regelungsnähe zu den Beitragszahlern und auch zu den jeweils Betroffenen. Trotzdem folgt gerade aus der Selbstverwaltung ein struktureller Anreiz zur Nutzung von Beitrags- beziehungsweise Zuschussmitteln zugunsten der Vertretenen und zulasten der Beitragszahler. Die Selbstverwaltung unterliegt einer *principal-agent*-Problematik, die sich gerade bei denjenigen Leistungen niederschlägt, welche gleichzeitig Arbeitnehmern und Unternehmen zugute kommen. Ob man sich deshalb ganz von der Selbstverwaltung verabschieden sollte, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Festzuhalten ist, dass sowohl die soeben geschilderten Schwierigkeiten bei der Rechtskontrolle in der Leistungsverwaltung als auch die besondere Melange von Interessen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite bei (auch) unternehmensnützigen Leistungen zu Defiziten bei der Sicherstel-

15 Kamitz, Versicherbarkeit des Arbeitslosigkeitsrisikos in der Sozialversicherung? 1989, S. 18 ff, 61 ff.; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, S. 125.

lung ordnungsgemäßer Leistungen führen können. Hier ist zumindest die soeben geforderte Rechtskontrolle gefragt.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, lieber *Richard*, für diesen Vortrag, der die ganze Sache – zumal noch weitere Sozialversicherungsleistungen als das Kurzarbeitergeld in den Blick genommen wurden – wunderbar abgerundet hat, und vielen Dank auch für Dein Zeitmanagement. Wir haben damit mehr Zeit für Diskussion als geplant.

Julian Nebel, Heisse Kursawe Eversheds, München:

Der Titel dieser Veranstaltung heute suggeriert eine Verschiebung von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe, Sie haben vorhin Unternehmensnützigkeit gesagt. Kann man davon in dieser Gesamtsicht überhaupt so sprechen? Das soll heißen: Ist es denn überhaupt so klar trennbar? Was ist Arbeitnehmer-, was ist Unternehmenshilfe? Muss man nicht vielmehr – jetzt fällt mir spontan § 84 Abs. 3 SGB IX ein – sagen, es ist Strukturkonservatismus, der hier betrieben wird? Also möglichst die Strukturen so aufrechtzuerhalten wie sie sind? Und daran anschließend die Frage: Angenommen, wir bejahen diese erste Frage, müssen wir uns dann nicht sehr sicher sein, dass wir gerade das perfekte System haben?

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Strukturkonservativ ist das System definitiv und wir können insbesondere das Kurzarbeitergeld nicht denken ohne das Betriebsrisiko, welches der Arbeitgeber trägt. Wenn wir nicht lange Kündigungsfristen, starken Kündigungsschutz hätten und, damit verbunden, die Tragung des Annahmeverzugsrisikos des Arbeitgebers nach § 615 BGB, könnten wir überhaupt nicht über das Kurzarbeitergeld nachdenken. Dort, wo Sie „*hire and fire*“ haben, gibt es auch kein Kurzarbeitergeld, weil der Arbeitgeber gar keine Bedürfnisse entwickelt, Kurzarbeitergeld selbst zu beantragen oder durch den Betriebsrat beantragen zu lassen. Das ganze System ist strukturkonservativ und damit bin ich wieder bei der Diskussion von heute Vormittag. Dort, wo Sie kurzfristig Konjunkturschwankungen haben, ist unser System stärker. Die Krise von 2009 war für Deutschland prima, weil es eine kurze Krise war. Deutschland ist nicht in der Lage, lange Anpassungsvorgänge durchzuführen. Die Industrie reagiert in den USA auf Konjunkturwellen ganz anders als in Europa: Der Flugzeughersteller Boeing hat immer wieder einmal 20.000 Leute gleichzeitig entlassen, später wieder eingestellt.

Mitteleuropa funktioniert anders, hält die Arbeitnehmer und versucht sie über die Zeit zu retten. Eine kurze Krise können wir gut überwinden, eine lange Krise viel schlechter als die Amerikaner. Das, denke ich, ist alles strukturkonservativ. Beim Insolvenzgeld ist das genauso. Der Betrieb der Bremer Vulkanwerft war völlig am Ende, er war auch nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr rettbar. Es ist noch viel Geld versenkt worden. Ich behaupte, die Agentur für Arbeit wusste sogar, dass die Voraussetzungen des heutigen § 170 SGB III nicht erfüllt waren. Der Insolvenzverwalter hätte keine Arbeitsplätze mehr retten können. Er hätte sofort entlassen müssen. Das ist reiner Strukturkonservatismus. Wir können uns freuen über das Kurzarbeitergeld, weil es später, in der Krise von 2008/2009, funktioniert hat, aber es war die richtige Krise für die Sozialleistungen.

Dr. Stephan Vielmeier, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Professor *Giesen*, gestatten Sie mir eine Nachfrage. Um in Ihren Worten zu bleiben: Der vierte Punkt, kann man nicht davon sprechen, dass man zumindest vermeiden sollte, finanzielle Fehlanreize in der Sozialversicherung zu setzen? Wir haben heute gelernt, es ging eigentlich sehr gut mit dem konjunkturellen Kurzarbeitergeld, weil zufällig – warum auch immer – Geld vorhanden war, weil die gewöhnlichen Arbeitslosengeldzahlungen vielleicht zu gering waren für die hohen Beitragssätze, die damals noch bestanden haben. Das Gleiche sieht man jetzt vielleicht im Krankenkassensystem, wo man auch nicht genau weiß, wohin mit den vielen Überschüssen. Ist es nicht so, dass womöglich gerade weil in den Krisen zu viel Geld da ist in den Sozialversicherungssystemen, man dann zu einem letztlich lässigen Umgang kommt, den man dann kritisiert. Das System als solches kritisiert womöglich niemand, sondern die Exzesse und die würde man am einfachsten dadurch korrigieren können, dass es doch einen ökonomischen Anreiz gibt, das Geld nicht nur mit der vollen Hand auszugeben.

Richard Giesen:

Prinzipiell glaube ich, dass das nicht der Fall ist. Unser Sozialsystem ist konjunkturabhängig und gerade nicht antizyklisch aufgestellt, das heißt die Arbeitslosenversicherungsbeiträge und auch die Rentenversicherungsbeiträge steigen in der Krise gerade besonders an, und sinken außerhalb der Krise. Das, was wir beim Kurzarbeitergeld hatten – die vollen Kassen – war eine reine Phasenverschiebung. Es war in der Zeit vorher durch einen noch relativ hohen Arbeitslosenversicherungsbeitrag – er lag bei

vier Komma irgendetwas – Geld angesammelt worden und das war jetzt zufällig noch in der Kasse. In Wirklichkeit oder in den meisten Fällen sieht die Situation gerade anders aus: Sozialversicherungsleistungen sind konjunkturabhängig, sind abhängig von hohen Beitragsvolumina und diese fehlen in der Krise. Das Antizyklische existiert nicht – darauf wir können noch lange warten.

Abbo Junker:

Bitte denken Sie daran, dass von den fünf Referenten von heute noch vier anwesend sind. Wir können gern ein Thema aus anderen Vorträgen aufgreifen, einen übergreifenden Aspekt, ohne dass wir an den projektierten Schluss kommen würden. Überziehungsgefahr besteht nicht.

Ich möchte noch einen Punkt ansprechen. Mein persönliches Fazit wäre, dass die Fehlsteuerungen im Bereich der monetären Leistungen der Bundesagentur nicht so groß sind wie heute Morgen noch gedacht. Was wir aber ausgeblendet haben, sind die ganzen Fortbildungs-, Qualifizierungs- und anderen Maßnahmen, an denen eine ganze Industrie dranhängt. Da bin ich unter dem Eindruck eines Fernsehbeitrags der zeigte, dass in Hamburg ein „Mock Supermarket“ betrieben wurde, in dem Personen, die in langer Arbeitslosigkeit sind, therapeutisch beschäftigt werden. Ich will das nicht bewerten, aber stelle mir vor, dass dort – wenn man ökonomisch und nicht sozial herangehen würde – Milliarden verbrannt werden, anders als vielleicht bei der Kurzarbeit. Täuscht dieser Eindruck?

Richard Giesen:

Das ist ein Gliederungspunkt, den ich nicht vorgetragen habe. Da sind wir im Prinzip im Bereich Leistungserbringung, also bei demjenigen, was in den Krankenversicherungen die Krankenhäuser sind usw. Es geht um Sachleistungen, und das sind im Fall der Arbeitslosenversicherung die Fortbildungseinrichtungen. Bei den Fortbildungseinrichtungen hat es in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten Missbrauch gegeben, insbesondere bei Einrichtungen, die durch Gewerkschaften und arbeitgebernahe Einrichtungen getragen werden. Hier haben wir ein *Agent*-Problem: Selbstverwaltung auf der einen Seite, Fortbildungsträger, die durch selbstverwaltungsnahe Einheiten unterhalten werden, auf der anderen Seite – mit dem Ergebnis selbstversorgungsähnlicher Strukturen. Der Gesetzgeber hat ein wenig versucht, dagegen anzusteuern, indem er ein Zulassungssystem für Leistungserbringer und ein Bewertungssystem für diese Leistungserbringer eingeführt hat vor ca. zwei Jahren. Man versucht heute, eine Objektivierung hereinzubringen, aber ich weiß selber, dass mir Mitarbeiter von Agenturen gesagt haben: Die Vertreter von Fortbildungs-

einrichtungen haben freitags ordentlich Essen in die Agenturen gebracht, dann mussten deren Mitarbeiter ihre Stullen nicht selber bezahlen, und dafür gab es dann Aufträge für Fortbildung und Weiterbildung. Auch dort zieht meines Erachtens wieder mein letztes Bedenken leider gegen diese Selbstverwaltung mit entsprechenden Auswüchsen. Wie weit diese Auswüchse jetzt bekämpft werden, wird die nahe Zukunft zeigen.

Abbo Junker:

Vielen Dank. Ich finde es wichtig, dass dieser letzte Aspekt in der schriftlichen Fassung noch aufscheinen wird.

Professor Dr. Herbert Buchner, Universität Augsburg:

Ich möchte nur eine Frage noch einmal ansprechen, die ich in der Pause schon mit Herrn *von Donat* erörtert habe, aber vielleicht ist es doch wert, dass er das insgesamt noch einmal plausibel macht: Es ist das Kurzarbeitergeld als staatliche Beihilfe. Ich weiß, dass es in gewissen Fällen staatliche Zuschüsse gibt, aber im Prinzip wird es finanziert aus Beiträgen. Kann ich nun so ein beitragsfinanziertes System – nur weil es staatlich organisiert ist – als staatliche Beihilfe bezeichnen? Ich habe als Beispiel nur den Pensionssicherungsverein gebracht. Dort ist es ähnlich, da müssen auch alle Unternehmen bezahlen, wenn ein Unternehmen seine Versorgungslasten nicht tragen kann. Die Altersversorgung durch den Pensionssicherungsverein greift auch ein, wenn ein Unternehmen nur im Moment illiquide ist. Da hätte ich gedacht, dass man dies vielleicht einmal ansprechen könnte.

Christoph von Donat, MWP Rechtsanwälte, Berlin:

Eine Beihilfe ist es natürlich nur, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Ich glaube, speziell der Punkt, dass es sich um Leistungen der Beitragszahler handelt, führt nicht dazu, dass das Kurzarbeitergeld aus dem Tatbestandsmerkmal Staatlichkeit der Mittel herausfällt, weil die Verwendung dieser Mittel staatlich reglementiert ist. Wir haben zwar eben von Selbstverwaltung gesprochen, aber es ist letztlich eine staatliche Verwaltung die bestimmt, wofür die Mittel verwendet werden.

Anders das Thema Selektivität: Das ist, glaube ich, der kritische Punkt. Wenn Sie auf den Pensionssicherungsfonds abstellen und man sagt: „Jedes Unternehmen nimmt daran teil“, kann es auch in die Lage kommen, diese Leistungen in Anspruch nehmen zu müssen, so dass man diese Situation sehr wohl mit dem Kurzarbeitergeld vergleichen kann, wobei man

dann natürlich immer noch etwas genauer nachsehen muss, ob es dort nicht faktisch etwas anders liegt und es doch einige Branchen gibt, die vornehmlich davon betroffen sind, zum Beispiel durch die konjunkturellen Krisen, während andere – beispielsweise im Dienstleistungsbereich – davon nicht betroffen sind. Das ist, glaube ich, der Punkt, an dem es letztlich entschieden wird, ob es sich um eine Beihilfe handelt.

Richard Giesen:

Da gab es noch eine Wortmeldung von Herrn *Müller* und ich wollte nicht das Schlusswort sprechen, sondern eine Frage an Herrn *von Donat* stellen, ich meine zu Ihrem Beitrag: Ich denke, Sie kommen zum Beihilfenbegriff auf jeden Fall, auch weil die Beiträge, mit denen das Kurzarbeitergeld finanziert wird, zwangsweise erhoben werden. Beihilfen müssen nicht steuerfinanziert sein, auch eine Insolvenzvorsorge – das zeigt der Fall West LB – kann Beihilfencharakter haben. Ich denke, dass der wahre Punkt derjenige der Selektivität ist. Meine Frage, die ich noch einmal an Sie stellen wollte, war: Vielleicht kommen wir zur Selektivität im Fall von Rechtsverstößen gegen das SGB III. Wenn gegen das SGB III verstoßen wird und dann die Bundesagentur für Arbeit einen Impetus entwickelt und sagt: „Wir wollen besondere Industriezweige oder besondere Unternehmen – der Praktiker liegt uns am Herzen – helfen“ – wenn sie einen solchen Impetus entwickeln, sind wir vielleicht bei der Selektivität. Unser Problem aus nationaler Sicht ist aber dann: Was macht die EU-Kommission? Entscheidet sie dann darüber, ob wir das SGB III richtig anwenden? Das heißt, kommen wir dann zu einer Vollstreckung des SGB III durch eine nicht deutsche Verwaltungseinheit? Das, denke ich, ist eine Frage, die sich im Beihilferecht schlussendlich vielleicht stellt.

Christoph von Donat:

Ich finde es eine sehr interessante Frage, ob man durch den Missbrauch einer Regelung, die man als nicht selektiv einschätzt, zu einer selektiven kommen würde. Selektiv wäre es, wenn die Arbeitsverwaltung die Regeln in der Praxis einseitig auslegen würde. Selbst Auslegungen von Gerichten können zu Beihilfen führen. Missbrauchsfälle, die vielleicht durch zuge-drückte Augen der Arbeitsverwaltung begünstigt werden, gehen aber eigentlich von den Unternehmen aus. Diese Missbrauchsfälle führen meiner Ansicht nach nicht zur Selektivität einer Maßnahme.

Manfred Müller, Arbeitsgericht München:

Einer muss sich unbeliebt machen mit der letzten Frage, darum gleich zwei. Eine Frage an Sie, Herr *Giesen*: Sie haben gesagt, das Transfer-Kurzarbeitergeld könnte man mit einem doppelten Fragezeichen versehen. Glauben Sie nicht, dass auch gerade das Transfer-Kurzarbeitergeld doch einen gewissen Klebeeffekt auch bewirkt, gerade in Sozialplänen, ob jetzt Tarifsozial- oder Betriebssozialplänen? Dass hier auch der Arbeitgeber noch eher gewillt ist, die Dauer des Transferzeitraums zu verlängern über die Kurzarbeitergeld-Förderung hinaus, zum Beispiel hier in München noch ein weiteres Jahr draufzulegen, und das natürlich auch den Arbeitsmarkt entlastet? Das ist die eine Frage an Sie.

An Herrn *von Donat*: Könnte sich das Problem der Beihilfe verschärfen, wenn neue Krisen auftreten und nichts in der Kasse ist und hier steuerfinanziert Mittel zugeschossen werden müssen?

Richard Giesen:

Ich denke, Herr *Müller*, der spezifisch unternehmensfördernde Charakter des Transferkurzarbeitergelds tritt natürlich insofern nicht ein, als Kündigungsfristen überschritten werden. Wenn ich als Arbeitgeber zum Ende September kündigen kann, das Arbeitsverhältnis aber darüber hinaus noch bestehen bleibt und im Rahmen einer Weiterbildung der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis bleibt, ist es natürlich rein arbeitnehmernützig, das bringt mir als Unternehmer erst einmal nichts, außer sozialen Frieden. Das heißt nur für diese spezielle Frage des Überschreitens der Kündigungsfrist ist es eine rein arbeitnehmernützige Sache, die dann den Arbeitnehmer natürlich aus der Arbeitslosigkeit herausnimmt und insofern entlastenden Charakter hat und rein arbeitnehmerfördernd ist. Aber auch dort, wo das nicht der Fall ist, auch dort, wo innerhalb der Kündigungsfrist noch Förderleistungen erbracht werden, besteht natürlich ein gemeinsamer Fördereffekt: Wir haben einen Fördereffekt zugunsten des Arbeitnehmers, wir leisten Prävention gegen Arbeitslosigkeit, aber wir helfen auch dem Unternehmen. Und in dem Moment, in dem wir ihm auch helfen, dürfen wir darüber nachdenken, ob es das Opfer wert ist. Mehr wollte ich gar nicht sagen. Wir müssen dann prüfen, wie sinnvoll diese Aufwendung ist, und es kann sein, dass der Kollateralschaden zu groß oder die Verhältnismäßigkeit der aufgewendeten Mittel nicht mehr gewahrt ist. Mehr kann man dort auch nicht leisten. Es wäre dumm, wenn ich jetzt sagte, das ist vom Bösen oder das ist vom Guten. Aber wir sind in Graubereichen, die einer näheren Prüfung lohnen. Das ist alles.

Christoph von Donat:

Ich finde es eine sehr interessante Frage, ob man durch den Missbrauch einer Regelung, die man als nicht selektiv einschätzt, zu einer selektiven kommen würde. Selektiv wäre es, wenn die Arbeitsverwaltung die Regeln in der Praxis einseitig auslegen würde. Selbst Auslegungen von Gerichten können zu Beihilfen führen. Missbrauchsfälle, die vielleicht durch zuge-drückte Augen der Arbeitsverwaltung begünstigt werden, gehen aber eigentlich von den Unternehmen aus. Diese Missbrauchsfälle führen meiner Ansicht nach nicht zur Selektivität einer Maßnahme.

Professor Dr. Friedhelm Hase, Universität Bremen:

Keine Frage, sondern ein ganz kurzes Statement zu dem Vortrag von Herrn *Giesen*: Ich glaube, man hat in dem Panorama der verschiedenen Leistungen und Leistungselemente insbesondere aus dem SGB II und dem SGB III noch einmal sehr deutlich gesehen, dass es bei eigentlich allen Leistungen nicht damit getan ist, die unmittelbaren oder förmlichen rechtlichen Regelungselemente zu verstehen, sondern dass auch die Gestaltungsspielräume und sozialen Begünstigungseffekte einbezogen werden sollten, die sich jeweils aus dem förmlichen Recht ergeben. Insoweit ist bislang viel zu wenig bekannt, wir sind unzureichend informiert und verfügen in mancher Hinsicht auch noch nicht über theoretische Modelle, die ein tieferes Verständnis der einzelnen Leistungen eröffnen können. Für mich ist das einer der wichtigsten Erträge des heutigen Tages gewesen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Richard, eine Frage habe ich: Wenn wir die zumindest auch unternehmensnützigen Leistungen anschauen und uns bei der einen oder anderen Leistung fragen müssen, wie viel Nutzen ist für den Arbeitnehmer noch dabei? Mündet das nicht irgendwann in das Legitimationsproblem, dass das alles finanziert wird von Zwangsbeiträgen in einem staatlichen Zwangssozialversicherungssystem? Dass wir auch eine Rechtfertigung brauchen für diese Zwangsumlage? Also dieses Jonglieren mit Rücklagen, wir haben das heute Morgen gehört: Man baut mal eben einen zweistelligen Milliardenbetrag auf, senkt die Beiträge nicht – das könnte man auch tun –, belastet also die Unternehmen und die Arbeitnehmer, um dann richtig viel Geld in der Kasse zu haben, um auch ein bisschen strukturelle Industriepolitik betreiben zu können. Muss dann nicht auch irgendwann einmal einer den Gang nach Karlsruhe gehen, um zu fragen, ob das noch

gedeckt ist, diese Zwangsfinanzierung von unternehmensnützigen Leistungen?

Richard Giesen:

Im Prinzip haben wir es immer mit Transferleistungen zu tun: Den Beitragszahlern wird etwas weggenommen, was sie sich in der Regel in ehrlicher Arbeit verdient haben, und es wird anderen gegeben, und dieser Nutzen, der anderen zufließen muss, muss diesen Mangel, den die Wegnahme hat, aufwiegen. Der Zwang, der angewendet wurde, um jemand anderem sein Geld wegzunehmen, muss die Maßnahme wert sein. Wir haben meines Erachtens in allen Bereichen Reibungsverluste. Wir können immer sagen: „Der gesetzgeberische Zweck, der hier verfolgt wird, wird zu einem gewissen Anteil nicht erreicht.“ Das habe ich übrigens auch bei dem Grundrauschen: Es gibt grausame Fälle des Bundessozialgerichts von fehlgeleiteten Kurzarbeitergeldleistungen. Vielleicht schildere ich doch kurz noch einen Fall.

Ein Kleinunternehmen, das Katzenfelle produziert hat, hat immer wieder Kurzarbeitergeld beantragt. Merkwürdigerweise hat die Nachfrage nach Katzenfellen über die Jahre nicht zugenommen, sondern abgenommen. Irgendwann ist der Bundesagentur für Arbeit der Kragen geplatzt und sie hat beim fünften Mal die Leistung von Kurzarbeitergeld abgelehnt, weil wirklich niemand mehr Katzenfelle braucht. Früher war das als Grippeprävention ganz interessant gewesen, aber die Menschen mögen Katzen und wollen keine Katzenfelle. Es war vier oder fünf Mal dem Katzenfellproduzenten Kurzarbeitergeld gezahlt worden, bis das selbst der Bundesagentur zu viel war. Wir haben erhebliche Reibungsverluste und die zwingen uns dazu, die Leistung jedes Mal streng zu prüfen. Mehr kann ich dazu auch nicht sagen.

Abbo Junker:

Der letzte Punkt auf unserer Agenda heißt vorsorglich „Verabschiedung“, um daran zu hindern, nicht den Gang der Diskussion und der Vorträge zusammenzufassen, während Sie auf den Sitzen herumrutschen und an das Ende denken. Ich will aber nicht nur „Tschüss“ sagen, sondern drei Punkte ansprechen: Zum einen bekommen all diejenigen, die sich als Diskussionsrednerinnen und -redner beteiligt haben, die Mitschriften und können eine „*toilettage du texte*“ vornehmen. Bei den Referenten hoffe ich auf baldige Einreichung der Manuskripte für den Tagungsband, und damit bin ich auch schon beim zweiten Punkt: Ganz herzlichen Dank an Frau Sieg, jetzt Frau Pinter, und ihr Team für die Organisation dieser Veranstaltung, die wie immer reibungslos geklappt hat. Drittens schließlich kommt der

herzliche Dank an die hier noch anwesenden vier Referenten, sowohl für die Referate als auch für die Diskussion. Haben Sie ein schönes Wochenende und vielen Dank für Ihre Teilnahme.

Diskussionsteilnehmer

Berger, Gabriel – Seite 75

Buchner, Herbert – Seite 74, 114

von Donat, Christoph – Seite 34, 58, 91, 93, 114, 115, 117

Giesen, Richard – Seite 26, 31, 32, 33, 35, 36, 52, 54, 56, 57, 61, 74, 111,
112, 113, 115, 116, 118

Hartmannshenn, Jochen – Seite 60

Hase, Friedhelm – Seite 28, 29, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 78, 92, 117

Junker, Abbo – Seite 26, 79, 91, 94, 111, 113, 114, 118

Mostert, Michael – Seite 76

Müller, Manfred – Seite 116

Nebel, Julian – Seite 111

Pieper, Ulrich – Seite 27, 28, 57, 91

Pirpamer, Bernd – Seite 29, 55

Rieble, Volker – Seite 30, 74, 75, 77, 79, 117

Schnitzler, Manfred – Seite 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 54, 59,
60

Vielmeier, Stephan – Seite 112

Sachregister

Allgemeine Arbeitsförderung 99

Arbeitsförderung 99, 105

Arbeitslosigkeit 64

Ausbildungs- und Eingliederungszuschüsse 100

Bedürftigkeit 65, 68

Beihilfenkontrolle 81

- konjunkturelles Kurzarbeitergeld 85
- Kurzarbeitergeld 81
- Saisonkurzarbeitergeld 86
- Transferkurzarbeitergeld 86

Ein-Euro-Job 98

Einstiegs geld 98

Europäische Beihilfenkontrolle 81

- konjunkturelles Kurzarbeitergeld 85
- Kurzarbeitergeld 81
- Saisonkurzarbeitergeld 86
- Transferkurzarbeitergeld 86

Grundsicherung 98, 104

Gründungszuschuss 100

Insolvenz geld 102

Konjunkturelles Kurzarbeitergeld 15, 41, 85

- Anspruchsvoraussetzungen 19
- Beihilfencharakter 85
- erheblicher Arbeitsausfall 19, 42
- Missbrauch 30
- Modifikationen während der Wirtschafts- und Finanzkrise 22, 27, 47
- vorübergehender Arbeitsausfall 20, 27, 29, 31, 44
- Wirkung und Zweck 18, 45

Kurzarbeitergeld 100

- Beihilfenkontrolle 81
- konjunkturelles 15, 41, 85
- Saisonkurzarbeitergeld 16, 86
- Transferkurzarbeitergeld 66, 86, 101
- Weiterarbeit 100

Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung 99

Saisonkurzarbeitergeld 16, 86

- Beihilfencharakter 86

Sozialrechtliche Anspruchsvoraussetzungen 63

- tarifliche Gestaltung 63

Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen 63

Transferkurzarbeitergeld 66, 86, 101

- Beihilfencharakter 86

Vertrauensschutz 76**Zuschuss zum Arbeitsentgelt 99**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8