



10. ZAAR-Kongreß

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

Freitag, 3. Mai 2013
München, Paulaner am Nockherberg



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld	
<u>Dr. Manfred Schnitzler</u> Bereichsleiter Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung in der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg	5
<hr/>	
Legitimation des Funktionswandels	
<u>Professor Dr. Friedhelm Hase</u> Universität Bremen	11
<hr/>	
Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen	
<u>Professor Dr. Volker Rieble</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	15
<hr/>	
Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle	
<u>Rechtsanwalt Christoph von Donat</u> MWP Rechtsanwälte, Berlin	23
<hr/>	
Systemfolgen der Funktionsverschiebung	
<u>Professor Dr. Richard Giesen</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	27

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

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.

Richard Giesen
Abbo Junker
Volker Rieble

Programm

10.00 Uhr	Begrüßung
10.10 Uhr	Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld <i>Dr. Manfred Schnitzler</i> Bereichsleiter Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung in der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg
	Diskussion
11.10 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
11.30 Uhr	Legitimation des Funktionswandels <i>Professor Dr. Friedhelm Hase</i> Universität Bremen
	Diskussion
12.30 Uhr	<u>Mittagspause</u>
13.20 Uhr	Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen <i>Professor Dr. Volker Rieble</i> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
	Diskussion
14.20 Uhr	Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle <i>Rechtsanwalt Christoph von Donat</i> MWP Rechtsanwälte, Berlin
	Diskussion
15.20 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
15.40 Uhr	Systemfolgen der Funktionsverschiebung <i>Professor Dr. Richard Giesen</i> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
	Diskussion
16.40 Uhr	Verabschiedung

Dr. Manfred Schnitzler

Bereichsleiter Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung
in der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg

Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld¹

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-Kurzarbeitergeld, welches im Wesentlichen den Baubetrieben und angrenzenden Branchen zu Gute kommt. Mit diesem Geld sollen 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, z.B. durch Qualifizierung der Mitarbeiter-/

¹ In der gebotenen Kürze werden die Sachverhalte vereinfacht dargestellt und haben deshalb keinen rechtsverbindlichen Charakter. Dieser findet sich in den entsprechenden Gesetzesformulierungen des Sozialgesetzbuches III, §§ 95 ff., bzw. den zugehörigen Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit.

innen zu beseitigen. Den in die Transfergesellschaften überführten Personen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Transfer-Kug gezahlt.

3. das „normale“ Kug, welches bei konjunkturellen Schwankungen oder unabwendbaren Ereignissen (z.B. 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 Kurzarbeitergeldes 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 (Sozialgesetzbuch III). Während die Zahl der kurzarbeitenden Menschen in Zeiten, die nicht als krisenhaft charakterisiert werden, weit unter 100.000 liegt (normalerweise 60.000 bis 70.000), 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 Kurzarbeitergeldes

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 zugeschrieben wird dafür, 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. 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.

III.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 potentiellen Kurzarbeitergeldbezieher vorliegen - und
- wenn der Arbeitsausfall in einem ordentlichen Verfahren angezeigt und abgerechnet wird

a) Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall wird anerkannt, wenn er auf wirtschaftlichen Ursachen (Auftragsmangel) bzw. 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 6 Monate. Dieser Zeitraum kann aber durch Verordnung auf 24 Monate ausgedehnt werden; aktuell beträgt er 12 Monate.

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

Wirtschaftliche Gründe bzw. Unvermeidbarkeit können nicht geltend gemacht werden, wenn der Ausfall branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist. Das bedeutet z.B., dass Verleihbetriebe der Zeitarbeitsbranche keine Kurzarbeit genehmigt bekommen, da es branchenüblich ist bzw. zum normalen Betriebsrisiko gehört, dass Zeitarbeitnehmer nicht permanent eingesetzt werden können.²

Gleichermaßen werden wirtschaftliche Gründe nicht gesehen, wenn ausschließlich betriebsorganisatorische Gründe vorliegen, d.h. wenn organisatorische Änderungen den Arbeitsausfall herbeigeführt haben bzw. 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 Betriebes oder einer Betriebsabteilung erfüllen muss und mindestens eine sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerin 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. D.h. im Klartext, dass die Vermittlung in eine gleichbezahlte Stelle ohne Arbeitsausfall Vorrang vor dem Bezug von Kurzarbeitergeld hat. Gleiches gilt (zumindest theoretisch) bei einer Vermittlung in ein Zweitarbeitsverhältnis 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

² Zur modifizierten Gesetzeslage während der letzten Krise siehe weiter unten – und BSG-Entscheidung vom 21.7.2009 – B 7 AL 3/08 R

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 auf Leistungsanträgen von der Arbeitsagentur zu verlangen. Dabei können die Ausfallstunden - entsprechend dem Grad der Unterauslastung - durchaus schwanken - bis hin zur teilweisen Vollbeschäftigung. Somit ist die Kurzarbeit ein äußerst flexibles Instrument, um Unternehmen am Markt zu halten und die Produktion wieder auf Vollniveau zu steigern.

Das Kurzarbeitergeld beträgt 60% (für Arbeitnehmer/innen ohne Kind) oder 67% (für Arbeitnehmer/innen ohne 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 Arbeitsentgelt (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.

III.2. Modifikationen während der letzten Krise

Wegen der Wirtschafts- und Finanzkrise wurden vom **01.02.2009 bis 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 weiter zu beschäftigen.

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 2. Variante zielte insbesondere auf kleinere und mittlere Unternehmen, die damit auch einzelne Personen in Kurzarbeit beschäftigen konnten.

b) die mögliche Bezugsdauer wurde seinerzeit von 12 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 kurz gearbeitet werden musste, sollten die Arbeitnehmer/innen nicht schlechter gestellt werden als solche, die direkt in Kurzarbeit gingen. Deshalb blieben bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz die aufgrund solcher ab dem 01.01.2008 geltenden Beschäftigungssicherungsvereinbarungen durchgeführte Änderungen der Arbeitszeit außer Betracht.

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, die auf das entfallene Arbeitsentgelt entfallen, 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 6 Monaten Kurzarbeitergeld bezogen hatten.

IV. 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.

Professor Dr. Friedhelm Hase

Universität Bremen

Legitimation des Funktionswandels

Im Zentrum des Vortrags steht die Frage, inwieweit Einrichtungen der Sozialversicherung „unternehmensnützige“ Funktionen wahrnehmen können, wie und in welchem Sinne eine Begünstigung der Arbeitgeberseite durch die soziale Sicherung zu legitimieren ist. Methodisch ist bei einer solchen Frage zwischen förmlichen rechtlichen Regelungen und Aussagen über deren gesellschaftliche Aufgaben, Funktionen oder Zwecke zu unterscheiden.

I. Förmliche rechtliche Regelungen und soziale Zweck- und Funktionsbeschreibungen

1. Recht als Verhaltensordnung

Alles Recht ist letztlich auf die Ordnung des Verhaltens von Personen gerichtet, das „technische“ Mittel, mit dem es seine Regelungsaufgaben erfüllt, ist der Anspruch: das Recht einer Person, von einer anderen Person (oder mehreren Personen) ein bestimmtes Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) zu verlangen, und zwar in der Weise, dass dieses Verhalten erzwungen werden kann. Aussagen über die sozialen Aufgaben, Zwecke und Funktionen, die das Recht erfüllt (oder erfüllen soll), stehen grundsätzlich außerhalb des (förmlichen) juristischen Entscheidungsverfahrens, sie bleiben notwendigerweise uneindeutig, unbestimmt und veränderlich.

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

Für das Sozialversicherungsrecht ist die Unterscheidung zwischen der Ebene förmlicher Regelungen und derjenigen gesellschaftlicher Zwecke, Funktionen und Wirkungen von besondere Bedeutung, weil dieses Rechtsgebiet in ein äußerst dichtes Netz sozialer und rechtlicher Beziehungen vor allem zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern „eingebunden“ ist, in dem jeder förmlichen Regelung eine Vielzahl – zum Teil gegensätzlicher und immer veränderlicher – sozialer Zweckbestimmungen zugeordnet werden kann. Das Sozialversicherungsrecht ist – aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend – auf den Rechtsanspruch des „Versicherten“ zentriert, doch dies bedeutet nicht, dass sich der gesellschaftliche Zweck oder Nutzen der sozialen Vorsorge in einer Begünstigung der Versicherten erschöpft. Der soziale Schutz abhängig Arbeitender durch gesetzlich fixierte subjektive öffentliche Rechte liegt immer auch im Interesse des Arbeitgebers, weil er Vorbedingung und Grundlage der Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses ist, in dem grundsätzlich nur durch die positiv erbrachte Leistung Vergütungsansprüche zu

begründen sind.

II. Das Kurzarbeitergeld als Versicherungsleistung der BA

1. Sozialversicherungsrechtlicher Anspruch ohne Verfügungsbefugnis des Berechtigten

Eine klare Unterscheidung zwischen förmlichen rechtlichen Regelungen und diesen zuzuordnenden sozialen Zwecken, Funktionen oder Wirkungen ist auch für das Verständnis des Kurzarbeitergeldes unabdingbar, dieses weist aber im Spektrum der Leistungen der BA Besonderheiten auf. Kurzarbeitergeld ist als vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Versicherungsleistung ausgestaltet, der Anspruch selbst ist jedoch der Verfügung des Berechtigten praktisch vollständig entzogen.

2. Die Anspruchsvoraussetzung des „erheblichen Arbeitsausfalls“ (§ 96 SGB III)

a) Leistungsgewährung als strategische Entscheidung der Arbeitsverwaltung unter Ungewissheit

Die Einzelelemente, mit denen der zentrale Rechtsbegriff des „erheblichen Arbeitsausfalls“ konkretisiert wird, werden weithin wie „gewöhnliche“ Tatbestandsmerkmale behandelt. Tatsächlich enthält das Gesetz aber ganz außergewöhnlich offene, auf äußerst komplexe wirtschaftliche Sachverhalte und Zusammenhänge gerichtete Kategorien, mit denen die Fachverwaltung zu zukunftsgerichteten strategischen Entscheidungen unter Ungewissheit ermächtigt wird. Die Offenheit des administrativen Handelns ist deshalb besonders groß, weil sich jede behördliche Entscheidung auf strategische Entscheidungen der antragstellenden Unternehmen bezieht, die sich selbst mit begrenztem Wissen in sehr rasch wechselnden wirtschaftlichen Kontexten in eine ungewissen Zukunft „voranzutasten“ haben.

b) Die Einzelelemente des „erheblichen Arbeitsausfalls“ i.S.d. § 96 SGB III

Durch die Einzelelemente, mit denen im Gesetz der Begriff des „erheblichen Arbeitsausfalls“ umrissen wird, werden der Arbeitsverwaltung beträchtliche strategische Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume eröffnet. Dies gilt in besonderer Weise hinsichtlich des Kriteriums des „vorübergehenden“ Arbeitsausfalls. Ob Kurzarbeiter nach überschaubarer Zeit wieder in vollem Umfang beschäftigt und entlohnt werden können, hängt maßgeblich von der Entscheidung des jeweiligen Arbeitgebers ab, die wiederum von komplexen Kosten-Nutzen-Abwägungen bestimmt wird. Weil die Kapitalauslastung und damit die Rendite mit der Kurzarbeit sinkt, wird Letztere für das Unternehmen mit dem Ablauf der Zeit immer unattraktiver. Auch nach längerer Kurzarbeitergeldzahlung kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Unternehmensleitung schließlich doch zum Personalabbau – und zur Entlassung kurzarbeitender Beschäftigter – entschließt.

Rechtskonzepte, mit denen der strategischen Qualität der Entscheidungen der

Arbeitsverwaltung über das Kurzarbeitergeld angemessen Rechnung getragen würde, sind im Sozialrecht bislang nicht ausgearbeitet. Insoweit bietet sich die Anknüpfung an die verwaltungsrechtlichen Begriffe des „Beurteilungsspielraums“ und – vor allem – des „planerischen Ermessens“ an.

3. Wem nützt das Kurzarbeitergeld?

Soziale Nutzenbestimmungen, die, wie bereits erwähnt, immer uneindeutig, veränderlich und zum Teil widersprüchlich sind, können beim Kurzarbeitergeld vor allem aus der Perspektive

- des leistungsberechtigten Arbeitnehmers,
- des Arbeitgebers,
- der BA und
- politischer Instanzen

getroffen werden.



Professor Dr. Volker Rieble

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen

Inhalt

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

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“ wird. 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 inzwischen einen Riegel vorgeschoben: § 2 Abs. 2 Satz 9 BGG ordnet die **Unbeachtlichkeit jedes Einkünfteverzichts** an (dazu BFH 11.3.2003 – VIII R 16/02 – NJW 2003, 3151). Gegen individualvertragliche Vereinbarungen eines von vornherein optimierten Entgelts kann das Gesetz 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 fußt. 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 einerseits bekanntes Phänomen. Aus rechtlicher Perspektive steht sie zwischen der Herbeiführung des Versicherungsfalls (wenn man mit zivilrechtlicher Sicht das Versicherungselement der Sozialversicherung betont [Heinrich Rosin]) oder der Herbeiführung unterhaltsrechtlicher Bedürftigkeit.

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 gerne ihre Konzepte durch die umlagefinanzierten Sicherungssysteme bezahlen läßt.

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 mißbrauchen, tun sich Krankenkassen mit Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen schwer.

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

Um so erstaunlicher, daß doch ein Fall bis zum Bundessozialgericht gedrungen ist und uns Anschauungsmaterial für das zugrundeliegende 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 Einheit 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 Verbot des § 46 II SGB I sei nicht einschlägig. Das LSG Baden-Württemberg (13.7.2005 – L 5 AL 5233/03 – juris) sah das anders. 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 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 Leistungstatbestandes vor, um dessen zweckwidrige Manipulation zu verhindern.

Das Bundessozialgericht tritt dem entgegen und verweigert diese Auslegung zur Umgehungsvermeidung, weil es die tarifpolitische Absicht billigt (BSG 29.1.2008 – B 7/7a AL 20/06 R – SGB 2009, 375). 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 im heutigen §§ 95, 111 SGB III noch klarer ausgedrückt. Es handelt sich letztlich um eine präventive Vorverlagerung des Arbeitslosengeldes. Und dieses ist individueller Anspruch. Das Ausweichen auf § 17 KSchG ist methodisch nicht überzeugend. Damit ist eine kollektive Erheblichkeitsschwelle gemeint – die aber immer Tatbestandsmerkmal des individuellen Anspruches 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: Dem Tarifvertrag wird das Recht eingeräumt, den Älteren die Älteren, deren schlechtere Arbeitsmarktchancen ansonsten die Unkündbarkeit rechtfertigen, sollen gezielt in die Arbeitslosigkeit geschickt werden – um Jüngere zu retten. Und eben im Interesse dieser Jüngeren wird auf die Arbeitslosenversicherungsrechte der Älteren zugegriffen.

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 ist, 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 verneint. 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 Tarifenats 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 werden.

IV. Zivilrechtliche Schranken der Bedürftigkeit durch Rechtsverzicht

Während also die eine rechtliche Begrenzung über die „umgehungsabwehrende“ einschränkende Auslegung von Leistungstatbeständen erfolgen 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 gesehen (RG 10.5.1881 – III 419/81 – RGZ 4, 208). § 1614 schützt nicht den nahehelichen Unterhalt, weswegen Scheidungsfolgenabreden, also Eheverträge, in denen der naheheliche 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‹ (BVerfGE 17, 38, 56). Für das private Unterhaltsrecht ergibt sich hieraus die allgemeine Verpflichtung, daß ein Unterhaltsbedürftiger grundsätzlich, soweit nach den Umständen des Einzelfalles 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.“ (BGH 8.12.1982 – IVb ZR 333/81 – BGHZ 86, 82; eingehend zu dieser Rechtsprechung *Armbrüster* FS Sacker [2011] 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 Vertrages 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 zugrundeliegen, 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 aufstockende Grundsicherung erforderlich macht, 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 Tarifzensur

Eine solche Sozialbindung auch des Tarifvertrags entspricht Forderungen der Wissenschaft nach Gemeinwohlbindung des Tarifvertrags (*Thüsing* 2. FS BAG [2004] 889; *Rüfner* RdA 1985, 193). Eine solche Gemeinwohlkontrolle ließe aber, wie insbesondere die Beispiele von Thüsing zeigen, eine nahezu beliebige Tarifbeanstandung zu. Ob eine Arbeitszeitbeschränkung in Klinika 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 Gemeinwohlpapole 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 politisch (C. Engel, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 [2001] 23) 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.« (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 Höchsttarifbedingungen 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 Tarifzensur 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 hat mich eines besseren belehrt: Tarifzensur ist nur die Tarifregelungsanmaßung, wenn also der Richter unmittelbar den Tarifwillen bildet. Deshalb ist die ergänzende Tarifauflegung prinzipiell ausgeschlossen, ebenso die Anpassung des Tarifvertrages an eine veränderte Geschäftsgrundlage. Eine solche Tarifauflegung 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 Tarifvertrages 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.

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.

Die Tarifautonomie 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.

Rechtsanwalt Christoph von Donat

MWP Rechtsanwälte, Berlin

Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle

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 Wettbewerbschutzes der Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission unterliegt und ob die Gewährung des KuG von der Kommission mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt werden könnte.

II. System der Beihilfenkontrolle

- A. Beihilfenverbot „mit Genehmigungsvorbehalt“
- B. Die Europäische Kommission als „Genehmigungsbehörde“
- C. Formen der Genehmigung
 - 1. Freistellung
 - 2. Beihilferegulierung
 - 3. Einzelfallgenehmigung
- D. Eingeschränkter Vertrauensschutz des Begünstigten

III. Tatbestandsmerkmale der Beihilfe bei den verschiedenen Arten des KuG

- A. Begünstigung von Unternehmen oder Produktionszweigen
- B. Staatlichkeit der Mittel
- C. Selektivität
- D. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung
- E. Fazit

1. 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 die 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 ausgeschlossen werden.
2. Das **Saison-KuG** (§ 101 SGB III) wird nach Branchen und somit selektiv gewährt, stellt aber regelmäßig keine Begünstigung dar, soweit die Unternehmen die Arbeitsverträge grundsätzlich auch saisonal beschränken können.
3. Das **Transfer-KuG** (§ 111 SGB III) hat keine begünstigende Wirkung, wenn sich das Unternehmen mit den Mitteln beteiligt, die es für den erforderlichen Sozialplan bereitstellen würde und die Arbeitnehmer nicht oder nur gegen marktgerechtes Entgelt weiterhin im Unternehmen eingesetzt werden. Die Finanzierung von Qualifizierungsmaßnahmen (Quali-KuG) hat begünstigende Effekte, wenn die Qualifizierung auf den Bedarf des 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 VO 1998/2006 oder die Voraussetzungen für Ausbildungsbeihilfen gemäß Art. 38, 39 VO 800/2008 vorliegen.

Die Bestimmungen zum KuG wurden – soweit ersichtlich – der Europäischen Kommission nicht notifiziert, so dass diese deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nicht feststellen konnte.

V. Resümee

Die begünstigende und die selektive Wirkung des KuG sind, wenn überhaupt, nur schwach ausgeprägt. Rechtssicherheit besteht mangels Befassung der Europäischen Kommission jedoch nicht. Im Fall einer Befassung der Kommission wäre angesichts der positiven Effekte des KuG eine beihilferechtliche Genehmigung zu erwarten. Allerdings könnte die Kommission eine stärkere Missbrauchskontrolle zur Auflage einer Genehmigung machen.



Professor Dr. Richard Giesen

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

**Sozialversicherung im Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung
und Unternehmensstütze –
Systemfolgen der Funktionsverschiebung**

Übersicht

I. Arbeitsförderung und Grundsicherung als Wirtschaftsförderung

II. Änderungen von Leistungsvoraussetzungen und Leistungen?

1. Änderung der Leistungen im Einzelfall
2. Änderung der Leistungen - Abkehr von Leistungen zugunsten von Unternehmen zu Leistungen unmittelbar an Arbeitslose?
3. Änderung der Leistungsvoraussetzungen – Verstärkung gebundener Leistungen zulasten von Ermessenleistungen?
4. Schaffung finanzieller Anreize zur Vermeidung von Fehlsteuerungen?

III. Änderungen bei der Struktur der Leistungserbringung

1. Äußere Struktur - Abkehr von der monolithischen Verwaltungsstruktur der BA zugunsten eines reinen Wettbewerbssystems oder zugunsten eines wettbewerbsähnlichen Systems wie bei den Kassen?
2. Innere Struktur – Aufsicht und Selbstverwaltung

Beispiele zum Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung und Grundsicherung einerseits und Wirtschaftsförderung andererseits

I. Allgemeine Fördereffekte durch Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit

1. Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der Grundsicherung nach dem SGB II
 - a. Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II („Ein-Euro-Jobs“)
 - b. Einstiegsgeld nach § 16b SGB II
 - c. Zuschüsse zum Arbeitsentgelt nach § 16e SGB II
2. Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der allgemeinen Arbeitsförderung nach dem SGB III
 - a. Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III (ehemals § 46 SGB III)
 - b. Ausbildungs- und Eingliederungszuschüsse nach §§ 73 ff., §§ 88 ff. SGB III
 - c. Förderleistungen zugunsten selbständiger Tätigkeit, §§ 93 f. SGB III

II. Förderung wirtschaftlich schwacher Unternehmen

1. Kombination von Kug-Leistung und Weiterarbeit
2. Transferkurzarbeitergeld: Förderung beim Personalabbau
3. Insolvenzgeld
 - a. Insolvenzgeldfinanzierte Weiterarbeit während des Eröffnungsverfahrens
 - b. Mittelbare Auswirkungen des Insolvenzgeldanspruchs – höhere Akzeptanz gegenüber Arbeitgebern mit schwacher Zahlungsmoral

III. Förderung schlecht zahlender Arbeitgeber durch aufstockende Grundsicherung

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

I. Allgemeine Fördereffekte durch Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit

Unterstützung für Unternehmen ergibt sich aus sämtlichen Leistungen, durch welche Beschäftigung bei ihnen staatlich (ko-)finanziert wird. Auch wenn damit die Beschäftigung und die Beschäftigungschancen der betreffenden Leistungsberechtigten gefördert werden sollen, profitieren die „Beschäftigten“ jeweils mit.

1. Finanzierung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Bereich der Grundsicherung nach dem SGB II

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

Wichtigstes Beispiel aus dem Bereich der Grundsicherung (SGB II) sind die Arbeitsgelegenheiten, also die so genannten „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 S. 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 so genannten „ersten Arbeitsmarkt“. Arbeitsgelegenheiten können bereits aufgrund ihrer Funktion, zur (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsmarkt beizutragen, mehrere Monate dauern und Wochenarbeitszeit von 30 Stunden und mehr umfassen.¹ Durch die Förderung erhält das durchführende Unternehmen eine günstige Arbeitskraft. Zwar muss die Arbeit laut Gesetz außerhalb des ersten Arbeitsmarkts geleistet werden. Ist die Arbeitskraft jedoch einmal vor Ort, prüft der Grundsicherungsträger in aller Regel nicht mehr, welche Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird – das ist zu aufwendig. Auch dort, wo - wie gesetzlich angeordnet - kein Eingriff in den ersten Arbeitsmarkt gegeben ist, profitiert das betreffende Unternehmen.

b. Einstiegsgeld nach § 16b SGB II

Unmittelbaren Einfluss auf den ersten Arbeitsmarkt hat die Zahlung des Einstiegsgeldes 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-Verordnung² wird näher geregelt, dass es – je nach Dauer der vorangegangenen Arbeitslosigkeit, der Größe der betroffenen Bedarfsgemeinschaft und der besonderen

¹ S. insbesondere BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201 = SGB 2009, 744 = SozR 4-4200 § 16 Nr. 4.

² Verordnung zur Bemessung von Einstiegsgeld (Einstiegsgeld-Verordnung - ESGV) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2342), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.3.2011, BGBl. I S. 453.

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 liegt auf der Hand, dass das Einstiegsgeld mittelbar erheblichen Einfluss auf die Lohnhöhe während der ersten Beschäftigungsmonate hat.

c. 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.

2. 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.

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

Hier sind die so genannten 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 umgestellt.³

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 i.V.m. § 46 SGB III a.F. (laut BA allein vom 1.1.2011 bis Anfang 2012 ca. 2.900 Personen). Die Betroffenen arbeiteten im Zuge einer „Trainingsmaßnahme“, wobei Entgelte ausschließlich von der Arbeitsverwaltung geleistet wurden. In der Regel erfolgte bei Amazon nach dem Auslaufen der Förderung die Einstellung in ein befristetes Beschäftigungsverhältnis bis nach dem Weihnachtsgeschäft.⁴ Das nordrhein-westfälische Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales kam zu dem Ergebnis, „dass es in erheblichem Maße öffentliche Förderungen zu Gunsten von Amazon gegeben hat, ... obwohl eine Nachhaltigkeit der Arbeitsmarktintegration offensichtlich verfehlt wird.“. Laut „Spiegel“ soll es so zu Kettenförderungen gekommen sein. Demnach haben Erwerbslose trotz befristeter Beschäftigung in den Vorjahren bei Amazon erneut

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

4 Amazon hat in der Folgezeit im geographischen 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 S. 2 TzBfG fürchtete. Aufgrund dessen wurden Leiharbeitnehmer aus dem EU-Ausland eingesetzt, deren schlechte Behandlung später zum bekannteren „Amazon-Skandal“ führte.

kostenlose Maßnahmen im gleichen Arbeitsbereich absolviert. Laut Bundesregierung war dieser Effekt zumindest „nicht auszuschließen“.⁵

b. 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.

c. 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 S. 1 Nr. 2 SGB III als Selbständiger auf Antrag versicherungspflichtig zu werden. Die Voraussetzungen der vorangegangenen Versicherung bzw. des vorangegangenen Empfangs von Entgeltersatzleistungen nach § 28a Abs. 2 SGB III wird er in der Regel erfüllen. Da später – und durch die Versicherungsleistungen finanziert – wieder ein neuer Arbeitslosengeldanspruch entstehen kann, sind Perpetuierungseffekte nicht ausgeschlossen. In der Praxis kommt es deshalb häufig vor, dass mehrere aufeinander folgende Versuche des Starts in die Selbständigkeit von der Versichertengemeinschaft finanziert und wieder arbeitslosenversichert werden. 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 II SGB III) ablehnen.⁶ Die Begründung dafür ist, dass man die Ansicht vertritt, es seien heute (2012/2013) ausreichend Stellen vorhanden, in welche die Antragsteller anstelle einer Existenzgründung vermittelt werden können.

II. Förderung wirtschaftlich schwacher Unternehmen

1. 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 Arbeitnehmer. Mittelbar kommt die Leistung aber ebenso den Arbeitgebern zugute, da sie von der Last des Annahmeverzugslohns befreit werden. In der Praxis kommt sehr häufig noch hinzu, dass sich die antragstellenden Betriebsparteien und die Arbeitnehmer darauf

⁵ Vgl. Der Spiegel, 28.11.2011, S. 83, „Doppelter Vorteil“, später aufgearbeitet in Kleinen Anfragen von Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 17/8102 und BT-Drucks. 17/8407.

⁶ Gegen diese Praxis SG Mannheim 23.8.2012 – S 14 AL 2139/12, info also 2013, 56 (n. rkr.).

verständigen, trotzdem noch über das Maß der vereinbarten Kurzarbeit hinaus zu arbeiten. In diesem Fall finanziert die Arbeitsagentur (genauer: die Versicherten-gemeinschaft) die Entgelte. Teils scheint der Agentur dieses Vorgehen sogar bekannt zu sein, so dass kein Betrug vorliegt. Denkbar ist dabei nicht nur die Überschreitung eines festgesetzten Kurzarbeitsrahmens, sondern sogar die Arbeitsleistung trotz beantragter „Kurzarbeit 0“.

Einen extremen Fall, in dem trotz gemeldeter „Kurzarbeit 0“ mit Wissen der Agentur für Arbeit – zu deren Lasten und zugunsten des Arbeitgebers – bezahlte Arbeit geleistet wurde, dokumentiert das BSG in einer Entscheidung 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 nicht untätig bleiben. Vielmehr wurde vereinbart, dass sie „die Verkaufsbereitschaft der Betriebsstätten aufrecht erhalten“, also im Verkauf – wohl freiwillig - weiter tätig sein sollten. Es lag also kein Arbeitsausfall vor, zumindest kein Arbeitsausfall in vollem Maße. Dennoch erließ die Agentur einen Anerkennungsbescheid nach § 99 Abs. 3 SGB III. Nachdem der offensichtliche Rechtsverstoß rufbar geworden war, verweigerte die Agentur den betroffenen Arbeitnehmern (zumindest teilweise) die Kug-Leistung, worauf diese beim BSG Recht bekamen. Das Gericht sah natürlich den deutlichen Rechtsverstoß, nahm aber aufgrund der Bestandskraft des Anerkennungsbescheides dessen zwingende Bindungswirkung zugunsten der Arbeitnehmer an. Insbesondere verneinte es ein Erschleichen des Bescheides, da die Betriebsparteien der Agentur von vornherein wahrheitsgemäß mitgeteilt hatten, dass sie auf Grundlage der genannten Betriebsvereinbarung verfahren würden.⁷

In der Praxis noch bedeutender als dieser extreme 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 „geschoben“ werden.

2. Transferkurzarbeitergeld: Förderung beim Personalabbau

Im Gegensatz zum „gewöhnlichen“ KuG wird Transferkurzarbeitergeld (TransferKug) nach näherer Maßgabe des § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 SGB III nicht bei nur vorübergehendem Arbeitsausfall, sondern bei endgültigem Arbeitsausfall geleistet. Die Leistungen betragen gemäß § 105 SGB III 60% bzw. 67% der Nettoentgelt-differenz, wobei § 111 Abs. 2 S. 1 SGB III klarstellt, dass auch „Kurzarbeit Null“ vereinbart werden kann. Sie werden gemäß § 111 Abs. 1 S. 2 SGB III bis zu zwölf Monate lang erbracht. Das alles bringt existenzielle Entlastungseffekte 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

⁷ BSG 14.9.2010 - B 7 AL 21/09 R, SGB 2011, 231 = NZS 2011, 753.

der Agentur für Arbeit haben beraten lassen“ (§ 111 Abs. 1 S. 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 dem Betroffenen 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 erfüllt.⁸

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.

3. Insolvenzgeld

a. 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 anschließend die Agentur die betreffenden Geldbeträge an die vorfinanzierende Bank auszahlt.

Im Ergebnis folgt daraus, dass die Arbeitnehmer des Schuldnerunternehmens in der Zeit zwischen Verfahrensantrag 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

⁸ BSG 29.1.2008 – B 7/7a AL 20/06 R, SGB 2009, 375, zu § 175 SGB III a.F.; *Rolfs* in *ErfKomm*, 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.

gemäß § 170 Abs. 4 SGB III zustimmen. Die Zustimmung darf gemäß § 170 Abs. 4 S. 2 SGB III nur erteilt werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass durch die Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte ein erheblicher Teil der Arbeitsstellen erhalten bleibt“.

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 liegt.

b. 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 S. 2 Nr. 1 SGB III (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe) fällt. Im Ergebnis läuft diese Marktaustrittsverzögerung darauf hinaus, dass Arbeitgeber mit schwacher Zahlungsmoral – soweit sie ihr vertragswidriges Verhalten in diesem Rahmen halten – durch die Insolvenzgeldregelung mittelbar begünstigt werden.

III. Förderung schlecht zahlender Arbeitgeber durch aufstockende Grundsicherung

Eine weitere 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 finanziert.⁹ § 10 SGB II belastet den Arbeitsuchenden mit einer Arbeitsobliegenheit, die erst bei Erreichen der Sittenwidrigkeits- bzw. Wuchergrenze aufgehoben wird.¹⁰ 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.

⁹ Rhein, NZA 2009, Beilage S. 91 (94 f.).

¹⁰ Hänlein in Gagel, SGB II/SGB III, Bd. 1, Stand 1.4.2012, § 10 SGB II, Rn. 37.

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

Mit den oben I 2 c genannten Regelungen zur Existenzgründungshilfe ist naturgemäß die Förderung von Kleinunternehmen verbunden. Eine ausdrückliche Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen besteht außerdem im Bereich der Weiterbildung Geringqualifizierter und beschäftigter Älterer in Unternehmen (Programm WeGebAU) nach §§ 82, 131a SGB III. Die Leistungen bieten eine Anschubfinanzierung für die Weiterbildung von Arbeitnehmern, 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 man die Verbindlichkeit dieser unternehmensspezifischen Zwecksetzung kaum beurteilen kann.¹¹

¹¹ 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“.



ZAAR | Destouchesstraße 68 | 80796 München
Tel. 089 - 20 50 88 300 | Fax 089 - 20 50 88 304
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de