

10. ZAAR-Kongress:

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



am Freitag, 3. Mai 2013

im Paulaner am Nockherberg in München

Anlass für die Auseinandersetzung mit diesem Thema war das Verhalten vieler Unternehmen in der letzten Arbeitsmarktkrise.

Anstatt ihre Beschäftigten, wie in den vorangegangenen Krisen, zu entlassen, konnten viele Unternehmen einen Großteil ihrer Beschäftigten durch die Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld halten.

Im Gegensatz zum „rein arbeitnehmernützigen“ Arbeitslosengeld, befreit das Kurzarbeitergeld die Unternehmen vom Betriebsrisiko und ermöglicht somit einen kostengünstigen Erhalt der Belegschaft.

Der hieraus resultierenden Frage, ob die Sozialversicherung damit auch die Rolle eines staatlichen, die Unternehmen unterstützenden Marktakteurs einnimmt, ging der Kongress nach:

## I. Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld



Eröffnet wurde der 10. ZAAR-Kongress durch den Vortrag von *Dr. Manfred Schnitzler* (Bundesagentur für Arbeit) zum Thema „Bezugsvoraussetzungen und Unternehmensnützigkeit von Kurzarbeitergeld“.

Dieser erläuterte zunächst die verschiedenen Ausprägungen des Kurzarbeitergeldes (Saison-, Transfer- und konjunkturelles Kurzarbeitergeld), um sich in den folgenden Ausführungen auf das konjunkturelle Kurzarbeitergeld zu beschränken. Dieses komme in nicht als krisenhaft charakterisierten Zeiten ca. 70.000 Kurzarbeitenden zu Gute, während es in Krisenzeiten von deutlich mehr Beschäftigten in Anspruch genommen werde (1991 z.B. von 2,16 Mio. und 2009 von 1,53 Mio.). Aktuell liege die Zahl der Kurzarbeitenden bei etwa 71.000. Der

Referent wies im Zusammenhang mit dieser Statistik darauf hin, dass vor allem der Süden und Südwesten Deutschlands betroffen sei, da hier der Großteil des verarbeitenden und damit krisenanfälligeren Gewerbes angesiedelt sei.

Nach einem Überblick über den Zweck des Kurzarbeitergeldes wand sich *Dr. Schnitzler* den Voraussetzungen für dessen Gewährung zu. Grundsätzlich werde Kurzarbeitergeld bei einem erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall gewährt, wenn die betrieblichen sowie die persönlichen Voraussetzungen vorliegen und der Arbeitsausfall in einem ordentlichen Verfahren angezeigt und abgerechnet wird. Der Rechtsbegriff des „erheblichen Arbeitsausfalls“ setze dabei voraus, dass der Ausfall nur vorübergehend ist und nach der Kurzarbeit wahrscheinlich wieder Vollbeschäftigung erlangt wird, was der Referent anhand eines Beispiels veranschaulichte: Fasst ein Unternehmen während der Kurzarbeit den Beschluss für die Schließung eines Werkes, liegen die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes nicht mehr vor, da definitiv keine Vollbeschäftigung mehr erreicht werden wird.

Hiernach ging *Dr. Schnitzler* auf die Modifikationen ein, welche während der letzten Krise hinsichtlich des Bezugs von Kurzarbeitergeld galten. Unter anderem wurden die Bezugsvoraussetzungen gelockert, die Bezugsdauer wurde verlängert und die Sozialversicherungsbeiträge wurden zum Teil komplett von der Bundesagentur für Arbeit erstattet. Damit habe das Kurzarbeitergeld einen großen Beitrag zur Bewältigung der Krise in Deutschland geleistet und sei deshalb unverzichtbar, auch wenn es ein sehr teures Instrument zur wirtschaftlichen Stabilisierung sei. Im Rahmen der sich anschließenden Diskussion wurde unter anderem die Frage des Missbrauchs durch die Beziehung von Kurzarbeitergeld trotz gleichzeitiger Arbeit der Mitarbeiter diskutiert.

## II. Legitimation des Funktionswandels



Im Folgenden befasste sich *Professor Dr. Friedhelm Hase* (Universität Bremen) mit der „Legitimation des Funktionswandels“.

Zu Beginn des Vortrags stellte er die grundsätzliche Bedeutung der Unterscheidung von förmlichen rechtlichen Regelungen einerseits und Aussagen über deren soziale Zwecke, Funktionen und Wirkungen andererseits heraus. Denn Aussagen über diese sozialen Angelegenheiten stünden grundsätzlich außerhalb des förmlichen juristischen Entscheidungsverfahrens. Sie seien uneindeutig, unbestimmt und könnten sich stets ändern. Dies gelte insbesondere im Bereich des Sozialversicherungsrechts, wo jeder förmlichen Regelung eine Vielzahl sozialer Zweckbestimmungen zukommt. So sei das Kurzarbeitergeld als vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Versicherungsleistung ausgestaltet. Der Anspruch sei der Verfügung des Berechtigten jedoch praktisch entzogen.

An diese für seinen Vortrag grundlegenden Ausführungen anknüpfend ging auch *Professor Hase* auf die Anspruchsvoraussetzung des „erheblichen Arbeitsausfalls“ ein, welche durch mehrere, auf äußerst komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge gerichtete Einzelelemente konkretisiert wird. Zum einen müsse der Arbeitsausfall auf betrieblichen Gründen, d.h. zumindest auch auf konjunkturellen Schwankungen, beruhen. Allein betriebsspezifische Gründe genügten nicht. Zum anderen seien die Kriterien der Vermeidbarkeit und des Vorübergehens des Arbeitsausfalls zu prüfen. Ob der Arbeitsausfall vermeidbar war, sei jedoch von außen nur schwerlich zu überprüfen. Ähnlich verhalte es sich mit der Frage, ob Kurzarbeiter nach einer überschaubaren Zeit wieder in vollem Umfang beschäftigt und entlohnt werden können. Denn dies werde zu einem maßgeblichen Teil von der Entscheidung des jeweiligen Arbeitgebers bestimmt, welche wiederum von komplexen Kosten-Nutzen-Abwägungen abhängt. Sodann gab der Referent einen Überblick über die von Kurzarbeitergeld profitierenden Akteure. Dass die leistungsberechtigten Arbeitnehmer hierzu gehören, ergebe sich schon aus der förmlich rechtlichen Regelung. Darüber hinaus erfasse die soziale Wirkung aber auch die Arbeitgeber, die auf diese Weise ihre Belegschaft halten können, die Bundesagentur für Arbeit durch das Ersparen von Aufwendungen für Qualifizierungsmaßnahmen sowie politische Instanzen, welche gerade bei Wahlen von einem robusten Arbeitsmarkt profitieren.

Abschließend wies *Professor Hase* daraufhin, dass Kurzarbeit seiner Meinung nach nicht in jeder Krise der richtige Lösungsweg sei, wenngleich es in der letzten Wirtschafts- und Finanzkrise das richtige Mittel war. Unter anderem diese Aussage wurde in der sich anschließenden Diskussion erneut aufgegriffen.

### III. Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Aspekte



Nach der Mittagspause folgte der Vortrag von *Professor Dr. Volker Rieble* (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht) zum Thema „Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Aspekte“.

Nach einigen einleitenden Worten zur tatbestandlichen Gestaltung diverser Arbeitsbedingungen, wandte sich der Referent der Bedürftigkeitsherbeiführung durch einen Tarifvertrag zu und veranschaulichte die Problematik anhand eines Falls aus der Rechtsprechung: Ein tarifgebundenes Metallunternehmen musste im Jahr 2001 Mitarbeiter entlassen und wollte diese Maßnahme mit Struktur-Kurzarbeitergeld für eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit flankieren. In dieser Einheit sollten vor allem ältere Arbeitnehmer beschäftigt sein. Allerdings waren Arbeitnehmer nach Vollendung des

53. Lebensjahres nach dem geltenden Tarifvertrag unkündbar, so dass sie nicht von Arbeitslosigkeit bedroht waren. Die Gewährung von Kurzarbeitergeld für diese Mitarbeiter war somit ausgeschlossen. Um dies zu ändern und die Berechtigung für Kurzarbeitergeld zu schaffen, wurde ein Haustarifvertrag geschlossen, welcher diesen Sonderkündigungsschutz für ältere Mitarbeiter für einige Monate aussetzte. Das BSG hielt diese Gestaltung für zulässig, und wies darauf hin, dass andernfalls zwar die älteren Arbeitnehmer im Betrieb blieben, jedoch die gleiche Anzahl jüngerer Arbeitnehmer gehen müsste, die ihrerseits dann Kurzarbeitergeld erhielten. Es komme nur darauf an, generell Entlassungen zu vermeiden.

Dieser Auffassung trat *Professor Rieble* entgegen, indem er darlegte, dass ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld stets auch an persönliche Merkmale des betroffenen Arbeitnehmers geknüpft und ein individueller Anspruch sei. Darüber hinaus zeigte er auf, dass ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten gewesen wäre. Denn solche Tarifverträge zwischen zwei Parteien bewirken durch die tatbestandliche Bedürftigkeit eine Lastwirkung für den Leistungsschuldner. Da die Beseitigung der Unkündbarkeit im vorliegenden Fall schon objektiv die Belastung der Arbeitslosenversicherung bezwecke, hätte das BSG den Haustarifvertrag unter diesem Gesichtspunkt beanstanden können. Richtig ist nach Ansicht des Referenten eine Mißbrauchskontrolle von Tarifverträgen. Eine solche sei entweder durch teleologische Reduktion der Leistungstatbestände des Sozialversicherungsrechts oder über den Zugriff auf § 138 BGB nach dem Vorbild der zivilrechtlichen Kontrolle von Unterhaltsverzichtvereinbarungen möglich.

Nach Ausführungen zum Verbot der Tarifzensur und zur Gemeinwohlbindung von Tarifverträgen wurde in der folgenden Diskussion das Problem der Bedürftigkeitsherbeiführung durch Tarifvertrag weiter thematisiert.

#### IV. Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle



Im Anschluss referierte *Rechtsanwalt Christoph von Donat* (Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte) zum Thema „Kurzarbeitergeld und Beihilfenkontrolle“.

Nach einer einleitenden Darstellung der grundsätzlichen Systematik der Beihilfenkontrolle unabhängig von der Thematik des Kurzarbeitergeldes, wandte er sich den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Beihilfe nach Art. 107 III AEUV zu. Eine Qualifizierung als Beihilfe erfordert hiernach zunächst eine begünstigende Wirkung für Unternehmen oder Produktionszweige. Im Rahmen des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes stehe dies durch Befreiung der Unternehmen von finanziellen Belastungen außer Frage. Im Gegensatz hierzu sei ein solch begünstigender Charakter im Fall des Saisonkurzarbeitergeldes aber regelmäßig zu verneinen, da die Unternehmen meist die Arbeitsverträge auch saisonal beschränken könnten. Auch bei der Gewährung von Transferkurzarbeitergeld könne nicht stets eine begünstigende Wirkung angenommen werden, da sich das jeweilige Unternehmen häufig mit den Mitteln beteilige, die es für einen Sozialplan bereitstellen würde.

Hiernach erläuterte der Referent ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Beihilfe: die Staatlichkeit der Mittel. Diese sei bei jeder Form des Kurzarbeitergeldes zu bejahen, da die Finanzierung durch die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung erfolge, so dass die Mittel als durch die innerstaatliche Rechtsordnung akquiriert gelten. Darüber hinaus werde eine selektive Wirkung der Maßnahme vorausgesetzt. Diese sei im Rahmen des Saison- und Transferkurzarbeitergeldes stets gegeben, da diese nur branchen- oder unternehmensspezifisch gewährt würden. Im Fall des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes könne diese Frage jedoch nicht eindeutig beantwortet werden. So könne man annehmen, dass hier aufgrund der Gewährung für einzelne Unternehmen oder Branchen eine selektive Wirkung vorliege. Nach Meinung des Referenten müsse die Selektivität jedoch abgelehnt werden, da das Kurzarbeitergeld dem Wesen der Sozialversicherung entspreche und damit keine Ausnahme vom System sei. Gerade diese Charakterisierung als Ausnahme sei jedoch ein vom EuGH vorausgesetztes Merkmal zur Feststellung der Selektivität. Die Charakterisierung als Beihilfe erfordere des Weiteren eine Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung. Beides sei im Regelfall anzunehmen, sofern bereits die Begünstigung des Unternehmens festgestellt wurde. Mit der durch das Kurzarbeitergeld erzielten Stärkung der Marktposition des Unternehmens gehe eine Verfälschung des Wettbewerbs und somit auch eine Handelsbeeinträchtigung einher. Anders liege der Fall nur dann, wenn zum Beispiel ein Schwimmbad in einer kleinen Stadt mitten in Deutschland Zuschüsse erhalte, da diese nur äußerst lokal wirken und keine Wettbewerbsgefährdung mit sich brächten.



Demzufolge könne eine Qualifizierung des Kurzarbeitergeldes als Beihilfe und damit auch das Risiko von Rückforderungen nicht ausgeschlossen werden. Dies wäre jedoch dann nicht der Fall, wenn das Kurzarbeitergeld als Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar wäre. Diese Vereinbarkeit könne sich für das Kurzarbeitergeld nur aus Art. 107 III AEUV ergeben. Im Zeitraum der eigentlichen Wirtschaftskrise sei das Kurzarbeitergeld zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens eingesetzt worden, so dass eine Legitimation über Art. 107 III b) AEUV möglich wäre. Zum jetzigen Zeitpunkt könne jedoch keine beträchtliche Störung mehr festgestellt werden, so dass sich die Vereinbarkeit heute nur aus Art. 107 III c) AEUV als Förderung gewisser Wirtschaftszweige ergeben könnte.

Zusammenfassend stellte der Referent klar, dass eine Qualifizierung des Kurzarbeitergeldes als Beihilfe aus seiner Sicht unwahrscheinlich, jedoch auch nicht auszuschließen ist. Rechtssicherheit könne erst dann bestehen, wenn die Europäische Kommission sich damit befasst habe, wenngleich eine Genehmigung zu erwarten sei. In der sich anschließenden wie auch nochmals in der den gesamten Kongress abschließenden Diskussion wurden vor allem die Fragen nach der Staatlichkeit und der Selektivität des Kurzarbeitergeldes erneut aufgegriffen.

## V. Systemfolgen der Funktionsverschiebung



Den Abschluss des Kongresses bildete der Vortrag von *Professor Dr. Richard Giesen* (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht) zum Thema „Systemfolgen der Funktionsverschiebung“.

Zunächst ging der Referent auf mögliche Änderungen der Leistungsvoraussetzungen sowie der Struktur der Leistungserbringung ein, um sodann den Zielkonflikt zwischen Arbeitsförderung einerseits und Wirtschaftsförderung andererseits anhand einzelner Beispiele darzustellen. So würden beispielsweise durch die sogenannten Ein-Euro-Jobs nach § 16 d SGB III auch die jeweiligen Unternehmen gefördert, die hierdurch auf günstige Arbeitskräfte zugreifen können. Zu nennen seien in diesem Zusammenhang auch insbesondere

die Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III, deren Leistungsumfänge und Verfahren erst kürzlich neu geregelt wurden. Den Hintergrund dieser Änderungen veranschaulichte der Referent am Beispiel des Internetversandhauses Amazon, welches an verschiedenen Standorten regelmäßig tausende Arbeitnehmer auf der Grundlage solcher Leistungen beschäftigte. Die Betroffenen arbeiteten im Zuge einer „Trainingsmaßnahme“, wobei Entgelte ausschließlich von der Arbeitsverwaltung geleistet wurden und zwar auch für diejenigen Arbeitnehmer, die schon vorher bei Amazon im gleichen Arbeitsbereich solche Maßnahmen absolviert hatten und zwischenzeitlich befristet beschäftigt waren.

Auch im Bereich der Förderung wirtschaftlich schwacher Unternehmen könne eine solche mittelbare Wirtschaftsförderung beobachtet werden. So komme auch die Gewährung von Kurzarbeitergeld den Arbeitgebern zu Gute, da sie von der Last des Annahmeverzugslohns befreit werden. In der Praxis komme häufig noch hinzu, dass sich die antragsstellenden Betriebsparteien und die Arbeitnehmer einigen, trotz des Bezugs von Kurzarbeitergeld weiter zu arbeiten. Einen Extremfall hatte hier eine Entscheidung des BSG dokumentiert. In einem Kaufhaus hatten die Arbeitnehmer trotz der gemeldeten „Kurzarbeit 0“ weitergearbeitet und dies sogar mit Wissen der Bundesagentur für Arbeit. Erst als dieser Rechtsverstoß rufbar wurde, habe die Bundesagentur für Arbeit die Auszahlung des Kurzarbeitergeldes verweigert. Im Rahmen der anschließenden Diskussion wurden sowohl einzelne Fragen dieses Vortrags als auch grundsätzliche, im Laufe des Kongresstages entstandene Fragestellungen diskutiert.

Zum Abschluss des diesjährigen ZAAR-Kongresses dankte *Professor Dr. Abbo Junker* (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht) den Referenten für ihre wertvollen Beiträge und den Teilnehmern für ihr reges Interesse.

Der Kongress hat einen großen Beitrag zur aktuellen Diskussion über den Funktionswandel der Sozialversicherung geleistet.

Insbesondere die Thematik des Kurzarbeitergeldes wurde durch eine wissenschaftliche wie auch an der Praxis orientierte Betrachtung näher beleuchtet.



Die Vorträge und Diskussionen werden im Rahmen der ZAAR-Schriftenreihe in einem Tagungsband des ZAAR-Verlages erscheinen.

Eine Übersicht der bisherigen Veröffentlichungen kann auf unserer Homepage unter der Rubrik „Verlag“ eingesehen werden.

Stephanie Amschler  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin