

» Geschichte der Beschäftigungsförderungsgesetze

Rudolf Buschmann, Kassel

Wenige arbeits- und sozialrechtliche Gesetze haben die Arbeitswelt so bewegt und verändert wie die sog. Beschäftigungsförderungsgesetze. 5 Gesetze tragen diesen Namen, 1982,¹ 1985, 1990, 1994, 1996, letzteres teilweise korrigiert durch das Korrekturgesetz 1998, dieses rückkorrigiert durch das Arbeitsmarktreformgesetz 2003. Was ist ihre politische Logik, was sind die rechtlichen und tatsächlichen Folgen?

I. Politische Vorbereitung: Lambsdorff-, George- und Albrecht-Papiere

Die sozialliberale Koalition hatte das Arbeitsrecht modernisiert (z.B. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz 69, BetrVG 72, Mitbestimmungsgesetz 76). Am 14.9.1982² leitete das Lambsdorff-Papier des FDP-Bundeswirtschaftsministers die »Wende« in Bonn ein. Als »Bekämpfung der Arbeitslosigkeit« forderte er u.a.: keine Belastung der UN im Kündigungs-, Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht; dagegen »Erweiterung der Arbeitszeitflexibilität«, Lockerung des Jugendarbeitsschutzes; Verringerung des Arbeitslosengeldes; Streichung des Mutterschaftsurlaus; Einschränkung der Lohnfortzahlung bei Krankheit (z.B. Karenztage, Abschlüsse, Teilarbeitsunfähigkeit, schärfere Überprüfung von Krankenschreibungen, Vertrauensärzte); Erschwerung der Anerkennung für Schwerbehinderte; Ausbau der Atomenergie.

In »persönlichen Denkanstößen« v. 13.7.1983³ forderte der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Arbeit und Soziales der CDU/CSU-BT-Fraktion Haimo George »Flexibilisierung beschäftigungshemmender Vorschriften« (Frauenarbeits-, Mutter-, Jugendarbeits-, Behinderten- sowie Kündigungsschutz). Arbeitsuchende sollten befristet auf best. Rechte und Ansprüche verzichten können. Garniert wurde dies mit Überlegungen zur untertariflichen Bezahlung von ABM-Kräften und zur Heranziehung von Arbeitslosen zu gemeinnützigen Arbeiten.

Am 27.8.1983 legte der nieders. Ministerpräsident Ernst Albrecht (CDU) im Auftrag von Bundeskanzler Kohl 10 Thesen vor:⁴ Arbeit sei zu teuer, vor allem die Lohnnebenkosten, etwa auf Grund von Urlaub, Krankheit, Fehlzeiten, sozialen betrieblichen Einrichtungen, Sozialplänen usw. Vorschriften seien zu ändern bzw. zu beseitigen, die zur »Verkrustung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems« beigetragen hätten; Kündigungs- und Jugendarbeitsschutz seien Einstellungshemmnisse; Mitbestimmung bürokratisiere Unternehmensentscheidungen.

II. Beschäftigungsförderungsgesetz 1985⁵

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung Kohl v. 11.10.1984⁶ übernahm einen Teil dieser Anregungen.⁷ Das in den Beratungen veränderte BeschFG trat am 1.5.1985 in Kraft. Schwerpunkte waren sachgrundlose Befristungen, Teilzeit, Begrenzung der Sozialplanpflicht neugegründeter

UN, Ausweitung der Kleinbetriebsklausel des §23 KSchG und weiterer Gesetze, Leiharbeit. Die Zusammenfassung an sich wenig zusammengehöriger Komplexe wie Befristung und Teilzeit hat hier ihren Ursprung und setzt sich im TzBfG 2001 fort.

1. Sachgrundlose Befristung

Sachgrundlose Befristung war zuvor unter dem Gesichtspunkt der Umgehung des Kündigungsschutzes nur bis zu 6 Monaten zulässig gewesen. Art. 1 § 1 erweiterte diesen Rahmen auf bis zu 18 Mon. bei einer »Neueinstellung« bzw. im unmittelbaren Anschluss an eine Berufsausbildung, wenn kein unbefr. Arbeitsplatz zur Verfügung stand. Bei einer Anhörung des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 28.3.1985 erklärten 3 der 5 eingeladenen Wissenschaftler den Entwurf für verfassungswidrig,⁸ 2 bescheinigten ihm Unbedenklichkeit.⁹ In der jur. Lit. wurden Bedenken erhoben.¹⁰ Wilhelm Herschel sah in ihm eine »Gefährdung der Rechtskultur.«¹¹

Die Überzeugungsstrategie des Ministers wie schon der Titel des Gesetzes erweckten den Eindruck, die Schaffung neuer Arbeitsplätze sei Bedingung dieser Befristung. Dem widersprach das BAG angesichts des Gesetzeswortlauts.¹² Der Begriff der Neueinstellung setze die Schaffung eines Arbeitsplatzes nicht voraus. Der Gesetzgeber wollte keinen neuen Sachgrund der Beschäftigungsförderung schaffen, sondern schlicht sachgrundlose Befristungen erlauben. Der journalistische »Verkauf« eines Gesetzes ist keine juristisch anerkannte Auslegungsmethode. Somit konnten sachgrundlos befr. Ersatzeinstellungen auf diese Norm gestützt werden, selbst wenn der Arbeitsplatz zuvor unbefristet besetzt war.

1 Gesetz über steuerliche und sonstige Maßnahmen für Arbeitsplätze, Wachstum und Stabilität, Beschäftigungsförderungsgesetz v. 8.6.1982 (BGBl. I S.641). Art. 4 enthielt Regelungen über eine Beteiligung der Rentner an den Kosten ihrer Krankenversicherung. Alle folgenden BeschFG wurden von CDU/CSU/FDP-Mehrheiten unter Bundeskanzler Helmut Kohl und Bundesarbeitsminister Norbert Blüm gegen den Widerstand der Opposition beschlossen.

2 Handelsblatt 14.9.1982; geschrieben hatte es der AL im BMWi u. spätere Bundesbankpräsident Tietmeyer, CDU; zum Papier Klees, Frankfurter Hefte 1982, 28; ders., Rote Robe 1983, 111; Zachert, KJ 1984, 186.

3 CDU/CSU-Pressedienst v. 13.7.1983; George, Handelsblatt 9.8.1983.

4 Albrecht, Handelsblatt 27./29.8.1983.

5 Beschäftigungsförderungsgesetz (BGBl. I S.710), dessen Art. 1: Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung v. 26.4.1985; geändert 25.9.1996 (BGBl. I S.1476); aufgehoben durch TzBfG v. 21. 12. 2000 (BGBl. IS. 1966).

6 BT-Drucks. 10/2102.

7 Vgl. GK-TzA-Lipke, Einl. BeschFG, Rn. 105 ff.

8 Däubler, AuR 2016, 325 ff., mit Verweis auf Mückenberger, NZA 1985, 518; Schanze, RdA 1986, 30, und M. Wolf (soweit ersichtlich n.v.).

9 Friauf, NZA 1985, 513, und Löwisch, NZA 1985, 478.

10 Kempen, AuR 1985, 374, Peiseler, NZA 1985, 242; Hanau, Hier hat der Chef selbst gekocht, NZA 1984, 345; weit. Nachw. bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, S.863 f. (15.1.4.4); ders., AuR 2016, 325 ff.

11 Herschel, Die Gefährdung der Rechtskultur, AuR 1985, 265.

12 BAG 27.4.1988, 7 AZR 593/87; 10.6.1988, 2 AZR 7/88; 8.12.1988, 2 AZR 308/88.

2. Teilzeitarbeit

a) Gleichbehandlung

Nach § 2 Abs. 1 »durfte der AG einen teilzeitbeschäftigten AN nicht wegen der Teilzeitarbeit gegenüber vollzeitbeschäftigten AN unterschiedlich behandeln, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.« Die Bundesregierung beanspruchte für sich, damit die Rechtsstellung der Teilzeitbeschäftigten wesentlich zu verbessern.¹³ Kritiker wiesen darauf hin, dass die Vorschrift nur die bisherige Rechtslage fortschreibe und sich das Gleichbehandlungsgebot schon aus Art. 3 GG, § 75 BetrVG, unter dem Gesichtspunkt der »mittelbaren Frauendiskriminierung« auch aus Art. 119 EWGV ergab,¹⁴ was zutraf, allerdings der Sinnhaftigkeit einer Spezialregelung nicht entgegensteht. Jedenfalls hatte die Rspr. zur Teilzeit wesentlich mit dem Benachteiligungsverbot zu tun. Dessen Auslegung hatte im Lichte des Art. 3 GG sowie des Europarechts zu erfolgen, was der Rspr. förderlich war. Allerdings blieb das Gesetz defizitär. § 2 erlaubte eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen. Zusätzlich erlaubte § 6 Abs. 1 Abweichungen »von den Vorschriften dieses Abschnittes auch zu Ungunsten des AN durch TV ...« Zu den »Vorschriften dieses Abschnittes« gehörte § 2. Wörtlich gelesen wäre das die Einladung an die Tarifparteien zur Festlegung sachlich nicht zu rechtfertigender Benachteiligungen, was weder mit Art. 3 GG noch mit Art. 119 EWGV (jetzt Art. 157 AEUV) kompatibel wäre. Bei der Beurteilung von TV, deren persönlicher Geltungsbereich auf Vollzeitbeschäftigte oder Teilzeitbeschäftigte oberhalb einer bestimmten Mindestarbeitszeit, z.B. 50 %, wie lange Zeit im ö.D. oder in Banken,¹⁵ beschränkt war, konnte sich die Rspr. damit behelfen, den Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten nicht als Negativregelung, sondern als Nicht-Regelung (der Teilzeit) zu verstehen,¹⁶ die selbst keine Benachteiligung enthielt. Diese Möglichkeit war dem BAG in seinem Urteil v. 29.8.1989¹⁷ aufgrund einer anderen tariflichen Formulierung versperrt. Gleichwohl billigte auch der 3. Senat nicht die tarifliche Ungleichbehandlung. Er hielt es »für nicht vorstellbar, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung der AN zulassen wollte, auch ohne dass es für diese unterschiedliche Behandlung sachliche Gründe gibt«, und bezog deshalb § 6 BeschFG wohlwollend nur auf §§ 3–5, nicht auf § 2. Im Ergebnis korrigierte die Rspr. mit wechselnden Begründungen eine legislative Fehlleistung. Diese Vorschriften blieben bis zu ihrer Ablösung durch § 4 TzBfG 2001 in Kraft.

b) Kapovaz

Kapovaz¹⁸ ist ein von Unternehmensberatern entwickeltes Personaleinsatzkonzept, das vor allem im Einzelhandel eingesetzt wurde, dort auf Widerstand der Gewerkschaften und BR stieß und rechtlich umstritten war, da es zentrale Elemente des Arbeitsverhältnisses in die einseitige Gestaltung einer Seite verlagerte. § 4 BeschFG erlaubte nun Vereinbarungen über Arbeitsleistungen entspr. dem Arbeitsanfall. »Entsprechung« bedeutete einseitige Arbeitszeitgestaltung des AG durch Abruf. Der Gesetzentwurf v. 11.10.1984¹⁹ sah noch einseitige Bestimmung von Lage und Dauer der Arbeitszeit durch den AG vor. Mitten in die Beratungen fielen 2 BAG-Urteile,²⁰ wonach arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den AG berechtigen, einseitig die Arbeitszeitdauer zu verändern, nach § 134 BGB nichtig sind. Beide Senate argumentierten wie folgt:

»Das allg. Weisungsrecht des AG hat hinsichtlich der im Arbeitsvertrag enthaltenen Rahmenarbeitsbedingungen nur eine Konkretisierungsfunktion und erstreckt sich demnach nicht auf die Bestimmung des Umfangs der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (Vergütungs- und Arbeitspflicht). Die Regelung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten gehört zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses mit der Folge, dass diese Arbeitsbedingungen lediglich durch Gesetz, Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag gestaltbar sind. Der Umfang der Arbeitspflicht bzw. die Dauer der Arbeitszeit kann daher im Wege des Direktionsrechts insbes. dann nicht geregelt werden, wenn hiervon die Höhe der Vergütung abhängt. Das Direktionsrecht erstreckt sich niemals auf die Vergütungsseite des Arbeitsvertrages.« Als Reaktion wurde § 4 BeschFG um Abs. 1 (Verpflichtung zur Festlegung einer bestimmten Dauer der Arbeitszeit) erweitert.

c) Geringfügige Beschäftigung und Kündigungsschutz

Art. 3 erweiterte die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG, indem AN mit einer regelmäßigen Arbeitszeit bis zu 10 Std./Wo oder 45 Std./Mo nicht zu berücksichtigen waren. Wurde die damals geltende Mindestbeschäftigtenzahl von 6 AN nicht erreicht, hatten auch die Vollbeschäftigten keinen Kündigungsschutz. 1998 lehnte das BVerfG²¹ die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur nach Maßgabe seiner Gründe, d.h. ausdrücklicher Auslegung gegen den Wortlaut, ab, weil der Gesetzgeber die Bestimmung 1996 geändert hatte. Gleiche Ausnahmeregelungen wurden aufgenommen in die Kleinbetriebsklauseln des AngKSchG, APiSchG, ArbSchG, ASiG und LFZG.

Noch bis 1994 schloss § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG bei Krankheit die Lohnfortzahlung für Arbeiter aus, deren regelmäßige Arbeitszeit 10 Std./Wo oder 45 Std./Mo nicht überstieg.²² Für einen ähnlich definierten Personenkreis erlaubte § 40a EStG eine Lohnsteuerpauschalierung, nahmen § 102 AFG kurzzeitige Beschäftigung aus der Arbeitslosenversicherung und § 8 SGB IV geringfügige Beschäftigung aus der Kranken- und Rentenversicherung aus.²³ Der Sonderstatus der »Geringfügigen« beruht

¹³ Vgl. »Maßarbeit«, neue Chancen durch das BeschFG, Broschüre des BMA, Bonn 1985, S. 15 ff.: »Teilzeitarbeit wird gleichberechtigt!«

¹⁴ Nachw. bei Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol, TZA, Das Recht der Teilzeitarbeit, 1. Aufl. 1997, § 2 BeschFG, Rn. 4 ff.

¹⁵ Dazu ArbG München 20.3.1990, 21 Ca 8749/89, rkr., DB 1990, 1469.

¹⁶ So BAG 25.1.1989, 5 AZR 161/88, AuR 1989, 216; 15.11.1990, 8 AZR 283/89, AuR 1991, 283 (Anm. Buschmann).

¹⁷ BAG 29.8.1989, 3 AZR 370/88, AuR 1989, 384 = AP Nr. 6 zu § 2 BeschFG 85 (krit. Anm. Schüren).

¹⁸ Kapovaz = kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit.

¹⁹ BT-Drucks. 10/2102; BR-Drucks. 393/84: § 4 Abs. 1 BeschFG-E: »Vereinbaren AG und AN, dass Dauer oder Lage der Arbeitszeit des AN an den Arbeitsanfall angepasst wird, ...

²⁰ BAG 12.12.1984, 7 AZR 509/83, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 69; 31.1.1985, 2 AZR 393/83, EZA § 8 BAT Direktionsrecht Nr. 3; zur Rspr. der Instanzgerichte vgl. Buschmann/Ulber, Flexibilisierung 1989, S. 165 f.

²¹ BVerfG 27.1.1998, 1 BvL 15/87, 1 BvL 22/93, AP Nrn. 17, 18 zu § 23 KSchG 1969 = AuR 1998, 207 (Anm. Buschmann).

²² Verstoß gegen Art. 119 EWGV wegen mittelbarer Frauendiskriminierung, so EuGH 13.7.1989, C-171/88; verfassungswidrig wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG: BAG 5.8.1987, 5 AZR 189/86, Vorlage an das BVerfG, nach EuGH-Entscheidung zurückgenommen. § 3 EFZG v. 26.5.1994 (BGBl. I S. 1476) enthält diese Einschränkung nicht mehr.

²³ Im Einzelnen Buschmann/Ulber, Flexibilisierung 1989, S. 175 f.

nicht allein auf dem BeschFG 85, wurde dadurch aber erheblich verstärkt. Zudem fallen Geringfügigkeit und Kapovaz häufig zusammen. Fortan stieg die Zahl der Geringfügigen stark an, zuletzt auf 7,5 Mio. AN.

3. Betriebsverfassung

Das Gesetz sorgte sich um die Kosten von Sozialplänen. Hierzu gab § 112 Abs. 5 BetrVG n.F. der Einigungsstelle kostensenkende Kriterien vor. § 112a BetrVG reduzierte die Sozialplanpflicht bei Entlassungen gegenüber den bisher von der Rspr. angenommenen, an § 17 KSchG orientierten Werten. Abs. 2 befreite neu gegründete UN in den ersten 4 Jahren völlig von der Sozialplanpflicht, selbst wenn die (ggf. übernommenen) Betriebe 100 Jahre alt waren. Fortan wurde es lukrativ, Betriebe vor der Schließung erst an neue UN zu übertragen.

4. Leiharbeit

Gem. Art. 8 Nr. 1 wurde § 1 AÜG derart geändert, dass Leiharbeiter nunmehr 6 statt bisher 3 Monate bei demselben Entleiher eingesetzt werden durften.

5. Gesetzesfolgen

Insg. förderte das BeschFG 85 ungeschützte Beschäftigung. Die Gewerkschaften GTB, HBV und CPK führten in ihren Organisationsbereichen empirische Erhebungen durch. Neben der Zunahme von Befristungen ergab sich daraus eine Ausweitung von Teilzeitarbeit nach Anfall bzw. nach Abruf. Job-sharing spielte damals wie heute praktisch keine Rolle.²⁴ § 1 zu sachgrundlosen Befristungen war zunächst auf 4 Jahre befristet, um die tatsächlichen Auswirkungen zu überprüfen. Die vom BMA in Auftrag gegebene Untersuchung des Wissenschaftszentrums Berlin ergab keinen nennenswerten Nettozuwachs an Arbeitsplätzen;²⁵ gleichwohl wurde die Geltung dieser Bestimmungen durch das BeschFG 90 bis Ende 1995 und zusammen mit der Verlängerung der Befristungshöchstdauer auf 2 Jahre durch das ArbBeschFG 96 bis Ende 2000 verlängert, schließlich zum 1.1.2001 durch § 14 TzBfG abgelöst.

III. Beschäftigungsförderungsgesetz 1990²⁶

Das Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften (BeschFG 90) entfristete bzw. verlängerte neben der Regelung zu sachgrundlosen Befristungen bis Ende 1995 auch Vorschriften des AFG, des SchwbG und des AÜG, hier die Verlängerung der Überlassungsdauer auf 6 Monate. Die Überlassung aus Kleinbetrieben mit weniger als 20 Beschäftigten an AG desselben Wirtschaftszweigs bis zu 3 Mon. wurde erlaubnisfrei gestellt.

IV. Beschäftigungsförderungsgesetz 1994²⁷

Kurz zuvor war durch Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPK)²⁸ u.a. die Höchstdauer der Überlassung eines AN an denselben Entleiher von 6 auf 9 Monate verlängert worden. Schwerpunkt des BeschFG 94 war Arbeitsmarktpolitik, so

die Verlängerung befr. geltender Vorschriften bis 2000, die partielle Zulassung privater Arbeitsvermittlung sowie die Anknüpfung von Zuschüssen für ABM an die Vereinbarung untertariflicher Entgelte (Lohnabstandsklauseln, § 242 s Abs. 3 AFG). Das *BVerfG* wies die von der IG Metall dagegen eingelegte VB zurück: Der Eingriff in die Tarifautonomie liege zwar vor, habe aber wegen seiner zeitlichen (bis 2002) und fachlichen (ABM) Beschränkung relativ geringe Eingriffsintensität und sei zum Schutz von Gemeinwohlbelangen (Schaffung von Arbeitsplätzen, Förderung schwer zu vermittelnder Langzeitarbeitsloser) gerechtfertigt.²⁹

V. Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz 1996³⁰

1. Sachgrundlose Befristung

In Art. 4 (Abänderung des § 1 BeschFG 85) wurden der max. zulässige Befristungszeitraum auf 2 Jahre erhöht, das Kriterium der Neueinstellung gestrichen und gleichzeitig eine Stückelung in 4 aneinander anschließende Teile zugelassen. In § 1 Abs. 2 wurde die sog. Altersbefristung eingeführt; ab Alter 60 sollten beliebige Befristungen möglich werden.³¹ § 1 Abs. 5 erstreckte die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG auf Entfristungsklagen.

2. Kündigungsschutz

Vor allem wurde der Kündigungsschutz »gelockert«: Der Kreis der nach § 23 KSchG vom Schutz ausgenommenen Kleinbetriebe wurde von »mehr als 5« auf »mehr als 10« regelmäßig Beschäftigte erweitert. Teilzeitbeschäftigte wurden nun abgestuft mit 0,25–0,5–0,75 angerechnet (ebenso im ArbSchG, ArbPISchG, ASiG, § 622 BGB), was rechnerisch Kleinbetriebe mit bis zu 40 Beschäftigten zuließ. Für Millionen AN, etwa in Bau-Betrieben, gibt es seitdem keinen Kündigungsschutz nach diesem Gesetz mehr. Fortan befassten sich Rspr. und Lit. mit dem Kündigungsschutz außerhalb des KSchG.³² Bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sollten nur Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten

²⁴ Zu den Umfragen vgl. AuR 1986, 210; BB 1986, 1355; GMH 1986, 687 ff., mit Zahlenangaben.

²⁵ IAB, Chronik der Arbeitsmarktpolitik; wiedergegeben auch bei *Büchtemann*, Die Mitbestimmung 1989, 548; *Buschmann/Schwegler*, Fördert das BeschFG die Beschäftigung?, BB 1986, 1355; so selbst Gabler Wirtschaftslexikon-*Henneberger*, Beschäftigungsförderungsgesetz.

²⁶ BeschFG 90 v. 22.12.1989, BGBl I S. 2406.

²⁷ BeschFG 94 v. 26.7.1994, BGBl. I S. 1786. Zuvor hatte der BRat erfolglos den Vermittlungsausschuss angerufen; im Einzelnen AuR 1994, 302, 339.

²⁸ 1.SKWPK v. 21.12.93, BGBl. I S. 2353.

²⁹ *BVerfG* 27.4.1999, 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, AuR 1999, 349.

³⁰ Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 25.9.1996, BGBl I S. 1476. Zuvor hatte der BRat erfolglos den Vermittlungsausschuss angerufen. Vgl. *Buschmann*, Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, 285 ff.; *ders.*, Bilanz eines gescheiterten Gesetzes, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rh.-Pf., 1999, S. 543.

³¹ Die beliebige Altersbefristung wurde 2001 in § 14 Abs. 3 TzBfG ab Alter 58 übernommen (BGBl I S. 1966), durch das 1. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, »Hartz I« (BGBl I S. 4607) sogar schon ab Alter 52, was der *EuGH* 22.11.2005, C-144/04, Mangold, wegen Altersdiskriminierung als Verstoß gegen primäres Unionsrecht und damit für unwirksam erklärte.

³² *Oetker*, AuR 1997, 41; *Buschmann*, FS Rh.-Pf. aaO. S. 558.

berücksichtigt, sog. »Leistungsträger« dagegen nicht einbezogen werden. Durch TV/BV und u.U. sogar durch AG-Richtlinie mit Zustimmung von 2/3 der AN sollten nach § 1 Abs. 4 KSchG soziale Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander bewertet werden, was die Gerichte nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen konnten. § 1 Abs. 5 KSchG (ähnlich § 125 InsO) führte bei Betriebsänderungen eine sog. Namensliste der zu kündigenden Personen im Interessenausgleich ein. Für dort aufgeführte AN wurden Kündigungsschutzklagen fast aussichtslos, da dringende betriebliche Erfordernisse vermutet wurden und die soziale Auswahl nur auf »grobe Fehlerhaftigkeit« überprüft werden konnte. Die darauf gestützten Interessenausgleiche, z.B. mit Altersgruppen in Namenslisten, werfen Diskriminierungsfragen auf und beschäftigen seitdem Gerichte bis hin zum *EuGH*.³³ Mittelbar zum Kündigungsschutz gehörte die Begrenzung von Interessenausgleichsverhandlungen auf 2, max. 3 Monate nach § 113 BetrVG. Dadurch wurden Massenentlassungen beschleunigt.

3. Entgeltfortzahlung für Kranke

In § 4 Abs. 1 S. 1 EFZG wurde der Entgeltfortzahlungsanspruch auf 80 % des Arbeitsentgelts begrenzt.³⁴ In weitergehende TV (idR. 100 %) wurde nicht eingegriffen.³⁵ Die ArbG bis zum 5. Senat des BAG mussten auslegen, ob TV konstitutiv Ansprüche geregelt oder deklaratorisch auf das Gesetz verwiesen hatten.³⁶ Die Klärung kam anders, als vom Gesetzgeber erwartet. Unbeeindruckt von Friedenspflichten legten Beschäftigte die Arbeit nieder, verweigerten Überstunden, ließen Schichten ausfallen. Das Ergebnis waren neue TV zur Klarstellung der 100%igen Entgeltfortzahlung bei Krankheit, was belegt, dass betriebliche AG oder ihre Fachverbände oft pragmatischer reagieren als ihre Spitzenorganisationen oder Parteien.³⁷ Die Praxis verblieb überwiegend bei 100 %. Weitere Einschränkungen: § 3 Abs. 3 EFZG ließ den Anspruch erst nach 4-wöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses entstehen; § 4a regelte eine teilweise Anrechnung auf den Erholungsurlaub, § 4b die Kürzung von Sondervergütungen (Anwesenheitsprämien), § 10 BUrlG die Anrechnung von Reha-Maßnahmen auf den Erholungsurlaub.

VI. Korrektur und Rückkorrektur

Die Einschränkung von Arbeitnehmerrechten, insbes. durch das BeschFG 96, spielte eine große Rolle im Wahlkampf 1998 und trug wesentlich zum Verlust der schwarz-gelben Mehrheit bei. Die neue rot-grüne Mehrheit beseitigte durch das sog. Korrekturgesetz v. Dezember 1998³⁸ die meisten Regelungen des ArbBeschFG 96, insbes. die Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG, und führte den Kleinbetrieb in § 23 KSchG auf mehr als 5 AN zurück; Teilzeitbeschäftigte wurden mit mind. 50 % angerechnet, mehr als 1996, weniger als vor 1985. Die Befristungsregeln wurden 2001 mit Einschränkungen in das TzBfG übernommen. Korrigiert wurden die Absenkung der Entgeltfortzahlung bei Krankheit auf 80 % und die Anrechnung von Urlaub. Beibehalten wurden § 3 Abs. 3 EFZG, wonach der Anspruch erst nach 4-wöchiger Dauer entsteht, die Kürzung von Sondervergütungen (§ 4a EFZG) und des Krankengeldes (§ 48 SGB V).³⁹ Die BeschFG 85-94 wurden nicht korrigiert. In 2 Aufsätzen in dieser Zeitschrift stellte Bundesarbeitsminister *Walter Riester* fest, dass die unsozialen Einschrän-

kungen des BeschFG 96 ihr Ziel verfehlt, insbes. den erwarteten Beschäftigungszuwachs nicht gebracht hätten. Durch das Gesetz sollte die Ordnung auf dem Arbeitsmarkt wiederhergestellt werden.

Gleichwohl wurden die Regelungen des ArbBeschFG 1996 mit dem Arbeitsmarktreformgesetz weitgehend wieder in Kraft gesetzt.⁴⁰ Dies betrifft insbes. Regelungen in § 1 KSchG zur sozialen Auswahl und zur Namensliste sowie die Ausweitung des Kleinbetriebs auf mehr als 10 AN in § 23 KSchG. Salopp formulierte es *U. Preis*: »Die Agenda 2010 ist bis auf wenige Ausnahmen der Kohl von 1996!«⁴¹

VII. Was bleibt?

Trotz vorübergehender Korrektur 1998 haben die wesentlichen Weichenstellungen diverser BeschFG bis heute Bestand. Das Korrekturgesetz 1998 hatte nur einen Teil des BeschFG 96 korrigiert. Das Arbeitsmarktreformgesetz 2003 hat dieses im Kündigungsschutz fast wortgleich wiederhergestellt. Übergangerscheinungen blieben die Absenkung der Entgeltfortzahlung auf 80 %, die Arbeitgeberrichtlinie sowie die Befristung von Interessenausgleichsverhandlungen. Die Vorschriften des BeschFG 85 wirken strukturell ebenso fort wie die daraus resultierenden Probleme. 2010 identifizierte der 68. DJT wie schon der Gutachter Befristungen, Geringfügige Beschäftigung und Leiharbeit als Hauptprobleme der Beschäftigungspolitik.⁴² Die Grundstrukturen dafür wurden 1985 gelegt.

Die Zeit der BeschFG war eine Zeit sprachlichen Niedergangs. Begriffe wie Beschäftigungs-, Wachstumsförderung und -dynamik, Hemmnisbeseitigung usw. stehen für postmoderne Semantik und Ersetzung von Realität durch den Schein, Psychologie = Investorenerwartungen. Die Arbeitsmarktversprechen waren nie real und juristisch ohne jeden Wert. Einfacher lässt sich die Frage des cui bono nach ökonomischen Interessen beantworten. Bei Sozialleistungen verlangt das *BVerfG* vom Gesetzgeber, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht zu erfassen.⁴³ Politisch gilt das auch im Arbeitsrecht.

33 Nachw. bei *Buschmann*, Altersdiskriminierung in der Namensliste, in *Moderne Arbeitswelt*, FS Wank, 2014, S. 63 ff.

34 Parallel dazu: Absenkung des Krankengeldes gem. § 47 SGB V auf 70 % durch das sog. BeitragsentlastungsG v. 1.11.1996, BGBl. I, S. 1631.

35 Zur Vorgeschichte, insbes. früheren Entwürfen zu Karenztagen und Kürzungen vgl. *Buschmann*, *Gemeine Marktwirtschaft*, AuR 1996, 289.

36 Beispielhaft BAG 16.6.1998, 5 AZR 638/97; 1.7.1998, 5 AZR 456/97, AuR 1998, 67 ff. (gem. Anm. *Rieble*).

37 Übersicht in AuR 1997, 436.

38 Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 19.12.1998, BGBl. I S. 3843; dazu *Riester*, AuR 1999, 1 ff.; AuR 2000, 1 ff.; *Däubler*, NJW 1999, 601; *Buschmann* u.a., *Die neuen Arbeitnehmerrechte*, Frankfurt, 1999.

39 Im einzelnen *Nielebock*, in *Die neuen Arbeitnehmerrechte*, aaO., S. 55 ff.

40 Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I S. 3002; vgl. *Buschmann*, *Vorwärts Kameraden*, es geht zurück, AuR 2004, 1 ff.; *ders.*, *Rot-Grünes Arbeitsrecht*, AuR 2005, 298 ff.

41 AuR 2003, 428.

42 Info in AuR 2010, 467 ff.

43 *BVerfG* 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132.