

**Die Entwicklung des Sozialrechts
zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz
dargestellt am sozialrechtlichen
„Beschäftigtenbegriff“**

**Dissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg**

vorgelegt von

Henning Rehmsmeier

München 2006

Erstgutachterin:	Prof. Dr. Dagmar Felix
Zweitgutachter:	Prof. Dr. Klaus Moritz
Tag der mündlichen Prüfung:	28.06.2006

Meiner Frau Sandra

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst Frau Prof. Dr. Dagmar Felix für die unkomplizierte Betreuung der Arbeit, die gewährte Freiheit sowie die Übernahme der Erstberichterstattung.

Des weiteren bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Klaus Moritz für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich möchte an dieser Stelle auch meinen Eltern von ganzem Herzen danken, die mich bei allen meinen Schritten immer und umfassend unterstützt haben.

Meiner Ehefrau Sandra, der diese Arbeit gewidmet ist, gilt mein innigster Dank für die liebevolle Unterstützung, ihr Verständnis, die äußerst hilfreichen fachlichen Diskussionen sowie ihren unermüdlichen Einsatz beim Korrekturlesen.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	18
1 Problemstellung	18
2 Gang der Untersuchung	19
Teil I: Die Entstehung und Entwicklung von Sozialrecht	21
Kapitel 1: Abgrenzung von Sozialrecht und Sozialpolitik	21
1 Sozialpolitik	23
1.1 Das System der Arbeits- und Sozialpolitik	24
1.2 Praktische Sozialpolitik	26
1.3 Wissenschaftliche Sozialpolitik	26
1.3.1 Die Feststellung der Notwendigkeit sozialpolitischen Handelns	26
1.3.2 Zielanalyse	27
1.3.3 Instrumentenentwicklung und -analyse	27
1.3.4 Analyse von Trägersystemen	27
1.3.5 Systemanalysen	28
1.3.6 Analyse der Geschichte der Sozialpolitik	28
1.3.7 Darstellung und Erforschung der praktischen Sozialpolitik	28
1.3.8 Definition der Sozialpolitik als Wissenschaft	29
2 Sozialrecht	29
2.1 Der mikrokosmische Ansatz des Sozialrechts	29
2.2 Sozialrechtsbegriffe	31
2.2.1 Der pragmatische Sozialrechtsbegriff	31
2.2.2 Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff	32
2.2.3 Der positive Sozialrechtsbegriff	32

2.2.4 Der verstehende Sozialrechtsbegriff	33
3 Zwischenergebnis	33
Kapitel 2: Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik	34
1 Politische Entstehungsbedingungen	35
1.1 Der „Liberalismus“	36
1.1.1 Die Bauernbefreiung	37
1.1.2 Die Gewerbefreiheit	38
1.2 Die „Arbeiterbewegung“ (Revolutionen von 1848/1849)	38
1.3 Das „Sozialistengesetz“	40
2 Rechtliche Entstehungsbedingungen	41
2.1 Die klassische Grundrechtstheorie	41
2.2 Auswirkungen der klassischen Grundrechtstheorie	42
2.2.1 Änderung der Bedingungen der klassischen Grundrechtstheorie	42
2.2.2 Auswirkungen auf die Einrichtungen sozialer Sicherheit	43
2.3 Reaktionen	43
3 Wirtschaftliche Entstehungsbedingungen	45
3.1 Grundbedingung: Strukturwandel der Wirtschaft	45
3.2 Entstehungsbedingung: Wachstumskrise	46
3.3 Wirtschaftliche Einzelbedingungen	46
4 Soziale Entstehungsbedingungen	48
4.1 Die neue Arbeiterklasse	48
4.1.1 Lohnarbeit	48
4.1.2 Desintegration der neuen Arbeiterklasse	49
4.2 Bevölkerungsexpansion	49
4.3 Mobilität	50
5 Institutionelle Entstehungsbedingungen	51
5.1 Vorläuferinstitutionen der Sozialversicherung	51
5.2 Administrative Infrastruktur und Gesetzgebungstechnik	52
6 Versuch einer Systematisierung der Entstehungsbedingungen	53
7 Zwischenergebnis	57

Kapitel 3: Entwicklungsbedingungen von Sozialpolitik - Das Sozialrecht zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz 58

1 Anpassungszwänge – Triebkräfte für die Entwicklung des Sozialrechts	59
1.1 Tatsächliche Anpassungszwänge	59
1.1.1 Endogene Anpassungszwänge	59
1.1.1.1 Verlagerung der Maßstäbe	61
1.1.1.2 Veränderung der Vergleichszusammenhänge	61
1.1.1.3 Die Typisierung von Problemlösungen und die dynamischen Potentiale des Atypischen	62
1.1.2 Exogene Anpassungszwänge	63
1.1.2.1 Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft	63
1.1.2.2 Wirtschaftliche Rahmenbedingungen	64
1.1.2.3 Die gesellschaftliche Entwicklung	65
1.2 Rechtliche Anpassungszwänge	65
1.2.1 Verfassungsrecht	66
1.2.1.1 Anpassungszwänge aus der Offenheit des Grundgesetzes	66
1.2.1.2 Anpassungszwänge aus den Einzelgrundrechten	70
1.2.1.2.1 Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG	70
1.2.1.2.2 Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	71
1.2.1.2.3 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	72
1.2.1.2.4 Spezielle Gleichheitssätze, Art. 3 Abs. 2 GG	73
1.2.1.2.5 Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG	74
1.2.2 Europarecht	74
1.2.2.1 Eigene, aktive Sozialpolitik der EU	74
1.2.2.2 Indirekte Sozialpolitik der EU	76
1.2.2.3 De facto-Druckkonstellationen	76
2 Bestandsschutz - Schranken für die Entwicklung des Sozialrechts	77
2.1 Tatsächliche Umstände	77
2.1.1 Das „geschichtlich Gewachsene“	77
2.1.2 Politisches System	78
2.2 Rechtliche Umstände	79
2.2.1 Verfassungsrecht	79
2.2.1.1 Gesetzgebungskompetenz	79

2.2.1.2 Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.....	81
2.2.1.3 Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.....	82
2.2.1.4 Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	84
2.2.1.5 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	84
2.2.1.6 Berufsfreiheit, Art. 12 GG	85
2.2.1.7 Eigentumsgarantie, Art. 14 GG	86
3 Zwischenergebnis	89

Kapitel 4: Die Umsetzung in Recht – Sozialrecht als umgesetzte

 Sozialpolitik.....	91
1 Aufgabe der Sozialrechtswissenschaft.....	91
1.1 Dogmatik und Sozialrecht.....	93
1.2 Die juristische Begriffsbildung	94
1.2.1 Die teleologische Begriffsbildung	96
1.2.2 Arten juristischer Begriffe.....	97
1.2.2.1 Statusbegriffe.....	98
1.2.2.2 Typusbegriffe	99
1.2.2.2.1 Ziele der Typisierung	99
1.2.2.2.2 Abgrenzung zum Klassenbegriff	100
1.2.2.3 Ober- und Unterbegriffe	101
1.2.3 Begriffsveränderungen.....	102
1.3 Rechtstatsachenforschung.....	102
1.3.1 Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für die Gesetzgebung	104
1.3.2 Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für die Rechtsprechung.....	105
2 Aufgabe der Sozialgesetzgebung.....	106
2.1 Die Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber	106
2.2 Entwicklung der deutschen Sozialgesetzgebung.....	108
2.2.1 Die Anfänge der Sozialgesetzgebung bis zur Entlassung Bismarcks (1839 – 1890)	108
2.2.2 Die Sozialgesetzgebung unter Wilhelm II (1890 – 1918).....	110
2.2.3 Die Sozialgesetzgebung der Weimarer Republik.....	112
2.2.4 Die Sozialgesetzgebung im Dritten Reich (1933 - 1945)	113
2.2.5 Die Sozialgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland (ab 1949)	115

3 Aufgabe der Sozialrechtsprechung	117
3.1 Das Verhältnis zur Sozialgesetzgebung	118
3.2 Die richterliche Rechtsfortbildung	120
3.2.1 Normkorrektur.....	120
3.2.2 Normergänzung	120
3.3 Entwicklung der Sozialrechtsprechung	121
4 Zwischenergebnis	122

Teil II: Die Entstehung und Entwicklung des sozialrechtlichen „Beschäftigtenbegriffs“

124

Kapitel 1: Die Entstehung des „Beschäftigtenbegriffs“

125

1 Das „Normalarbeitsverhältnis“ als Grundlage des „Beschäftigtenbegriffs“	125
1.1 Der normative Begriff des Normalarbeitsverhältnisses	126
1.2 Die Ausfüllung des Normalarbeitsverhältnisses	127
1.2.1 Sinnelemente und Arten der Erwerbsarbeit.....	127
1.2.2 Das Sozialmodell „abhängige Arbeit“	128
1.2.3 Das „Senioritätsprinzip“	130
2 Der „Beschäftigtenbegriff“ in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur	131
2.1 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Gesetzgebung	131
2.1.1 Beschäftigte	131
2.1.2 Arbeitnehmerähnliche	133
2.1.3 Selbständige	134
2.2 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Rechtsprechung.....	135
2.2.1 Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes.....	135
2.2.2 Rechtsprechung des Bundessozialgerichts.....	136
2.2.3 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes	139
2.3 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Literatur	139
3 Zwischenergebnis	143

Kapitel 2: Die Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ –	
 Anpassungszwang	144
1 Veränderungen der Arbeitswelt	144
1.1 Schlüsseltechnologien.....	145
1.2 Globalisierung	146
1.3 Strukturwandel	147
1.4 Wandel der Beschäftigungsstruktur	148
1.5 Wandel der Beschäftigungsformen	149
1.5.1 Die „Neue Selbständigkeit“	150
1.5.2 „Flexible Arbeitszeitregelungen“	151
1.6 Der Zerfall des Normalarbeitsverhältnisses	154
2 Sozialpolitische Anpassungszwänge.....	155
2.1 Mangelnde Einbeziehung der „Neuen Selbständigen“ in den sozialen Schutz.....	156
2.1.1 Darstellung der mangelnden Einbeziehung anhand der „Lehre der	
juristischen Begriffsbildung“	157
2.1.2 Darstellung der mangelnden Einbeziehung anhand der durchgeführten	
Rechtstatsachenforschung	158
2.1.2.1 Grauzone	158
2.1.2.2 Das BAG-Modell.....	158
2.1.2.3 Das Alternativmodell.....	159
2.1.2.4 Das Verbandsmodell	159
2.1.2.5 Schlussfolgerungen aus der Studie	160
2.2 Mangelnde Einbeziehung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ in den sozialen	
Schutz.....	160
2.2.1 Das „klassische“ Modell der kontinuierlichen Beschäftigung	162
2.2.2 Gleitzeitmodelle	162
2.2.3 Arbeit auf Abruf.....	162
2.2.4 Vertrauensarbeitszeit	163
2.2.5 Ansparmodelle	163
2.3 Schlussfolgerungen der mangelnden Einbeziehung.....	164
3 Arbeitsmarktpolitische Anpassungszwänge	165
3.1 Beschäftigungsförderung durch „Selbständigen-Kultur“	166
3.2 Beschäftigungsförderung durch Arbeitszeitflexibilisierung	168
4 Zwischenergebnis	168

Kapitel 3: Die Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ – Um-	
setzung in Recht	170
1 Konkrete Ansätze zur Rechtsanpassung	170
1.1 „Angelsächsisches Modell“ und „Flexicurity“	170
1.2 Ansätze zur Anpassung des Versichertenkreises	172
1.3 Ansätze zur Änderung des Einbeziehungssystems	176
2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung	
der „Neuen Selbständigkeit“	179
2.1 Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der	
Arbeitnehmerrechte	180
2.1.1 § 7 Abs. 4 SGB IV	180
2.1.1.1 Keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV ...	181
2.1.1.2 Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, § 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV	182
2.1.1.3 Für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen, § 7 Abs. 4 Nr. 3 SGB IV	183
2.1.1.4 Fehlende unternehmerische Tätigkeit am Markt, § 7 Abs. 4	
Nr. 4 SGB IV	183
2.1.2 § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI	184
2.2 Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit	185
2.2.1 § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 SGB IV	186
2.2.1.1 Keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV ...	187
2.2.1.2 Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, § 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV	187
2.2.1.3 Gleiche Tätigkeit wird regelmäßig von Arbeitnehmern ausgeübt, § 7	
Abs. 4 Nr. 3 SGB IV	188
2.2.1.4 Typische Merkmale unternehmerischen Handelns, § 7 Abs. 4	
Nr. 4 SGB IV	188
2.2.1.5 Unveränderte Tätigkeit	188
2.2.2 §§ 7 a und b SGB IV	189
2.2.3 § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI	189
2.3 Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt	190
2.3.1 § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 SGB IV	190
2.3.2 § 2 S. 1 Nr. 10 SGB VI	192
2.4 Entwicklung der Rechtsprechung	192

3 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „flexiblen Arbeitszeitregelungen“	195
3.1 Das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen	195
3.1.1 Fiktion des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses, § 7 Abs. 1 a SGB IV	196
3.1.2 Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten, § 7 d SGB IV	198
3.1.3 Beitragsstundung, § 23 b Abs. 1 SGB IV	199
3.1.4 Störfälle, § 23 b Abs. 2 SGB IV	200
3.1.5 Leistungsrechtliche Folgeänderungen	201
3.1.5.1 Arbeitslosenversicherung, § 134 SGB III	201
3.1.5.2 Krankenversicherung	202
3.1.5.3 Rentenversicherung	203
3.2 Das Gesetz zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (4. Euro-Einführungsgesetz)	203
3.2.1 Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten, § 7 d SGB IV	203
3.2.2 Störfälle, § 23 b Abs. 2 SGB IV	204
3.2.3 Einstellung in Altersversorgung, § 23 III a SGB IV	205
4 Zwischenergebnis	206

Kapitel 4: Die Entwicklung des Beschäftigtenbegriffs - Wirkungs- grad der Neuregelungen.....207

1 Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“	208
1.1 Sozialpolitische Ziele	208
1.2 Umsetzung in Recht	209
1.2.1 Verfahrenserleichterung.....	209
1.2.1.1 Vermutungsregelung, § 7 Abs. 4 SGB IV – Amtsermittlungsgrundsatz	209
1.2.1.2 Anfrageverfahren	212
1.2.2 Erfassung des „richtigen“ Versichertenkreises.....	213
1.2.2.1 Typusbegriff, § 7 Abs. 1 SGB IV.....	213
1.2.2.2 Neudefinition des Beschäftigtenbegriffs - Vorstellung des Gesetzgebers.	213
1.2.2.3 Abgestuftes Einbeziehungssystem	216
1.2.3 Beschäftigungsförderung	217

2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen	
Erfassung der Arbeitszeitflexibilisierungen	217
2.1 Sozialpolitische Ziele	217
2.2 Umsetzung in Recht	218
3 Zwischenergebnis	219

Kapitel 5: Die Entwicklung des Beschäftigtenbegriffs - Bestandsschutz 220

1 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen	
Erfassung der "Neuen Selbständigkeit"	221
1.1 Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 1 und Abs. 4 SGB IV im Einzelnen	222
1.1.1 Verfassungsmäßigkeit des Typusbegriffs, § 7 Abs. 1 SGB IV	222
1.1.1.1 Eingriff in den Bestimmtheitsgrundsatz	222
1.1.1.2 Eingriff in den Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	223
1.1.2 Verfassungsmäßigkeit der Vermutungsregelung, § 7 Abs. 4 SGB IV a.F.	225
1.1.3 Verfassungsmäßigkeit der Sonderregelung für Familienangehörige, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV a.F.	228
1.1.4 Verfassungsmäßigkeit der Sonderregelung für Handelsvertreter, § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV a.F.	230
1.1.5 Verfassungsmäßigkeit der Regelung zur Beschäftigung eigener Mitarbeiter, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV	231
1.2 Verfassungsmäßigkeit der personellen Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht.....	232
1.2.1 Eingriff in den Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.....	234
1.2.1.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen	235
1.2.1.1.1 Eigennützige Beitragsbestandteile	235
1.2.1.1.2 Fremdnützige Beitragsbestandteile.....	236
1.2.1.1.2.1 Generelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung – "Ob" des sozialen Ausgleichs	236
1.2.1.1.2.2 Parteien des sozialen Ausgleichs	237
1.2.1.1.2.3 Individuelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung – „Wie“ des sozialen Ausgleichs.....	242
1.2.1.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber.....	244
1.2.2 Eingriff in Freiheitsrechte	246
1.2.2.1 Negative Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG.....	247

1.2.2.2 Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	250
1.2.2.2.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen	250
1.2.2.2.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber	253
1.2.2.2.3 Legitimation gegenüber privaten Versicherungsunternehmen	255
1.2.2.3 Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG	256
1.2.2.3.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen	256
1.2.2.3.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber	257
1.2.2.3.3 Legitimation gegenüber privaten Versicherungsunternehmen	258
2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen	
Erfassung der flexiblen Arbeitszeitregelungen	259
3 Zwischenergebnis	260
Kapitel 6: Würdigung und Ausblick	262
Zusammenfassende Thesen	265
Literaturverzeichnis	270

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
a.F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AN	Amtliche Nachrichten für die Reichsversicherung (bis 1927 des Reichsversicherungsamtes)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Österreich)
AuR	Zeitschrift „Arbeit und Recht“
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVmG	Altersvermögensgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bavaz	Bedarfsorientierte variable Arbeitszeit
BB	Zeitschrift „Der Betriebsberater“
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BurlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Zeitschrift „Der Betrieb“
dems.	demselben
dens.	denselben

ders.	derselbe
d.h.	das heißt
EGV	EG-Vertrag
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GSiG	Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
IAVG	Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im eigentlichen Sinn
i.S.d.	im Sinne des / der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinne von
Jg.	Jahrgang
Kapovaz	kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KVG	Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter
lat	lateinisch
Ls.	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
RdA	Zeitschrift „Recht der Arbeit“
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RKnG	Reichsknappschaftsgesetz
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RVA	Reichsversicherungsamt
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
s.	siehe
SGb	Zeitschrift „Die Sozialgerichtsbarkeit“
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	so genannten
SozR	Sozialrecht (Entscheidungssammlung) – bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
usw.	und so weiter
UVG	Gesetz betreffend die Unfallversicherung

vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WZS	Zeitschrift „Wege zur Sozialversicherung“
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
z.B.	zum Beispiel
ZFSH/SGB	Sozialrecht in Deutschland und Europa
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Einleitung

1 Problemstellung

„Kodifikation des Sozialrechts heißt (...), Gestrüpp von der Vitalität eines Urwaldes in einen Garten verwandeln wollen. Oder um das Bild zu wechseln: es ist der Versuch, die fließende Welle zu fassen“¹. Auf anschauliche Weise wird mit diesen Vergleichen das Besondere am Sozialrecht verdeutlicht: das Sozialrecht ist ein Recht, das immer „unterwegs“ ist, „ein law in action“². Es befindet sich in einem permanenten Prozess. Einer sich schnell verändernden Gesellschaft müssen auch ihre Rechtsvorschriften angepasst werden. Aufgrund seines ausgeprägten Realitätsbezugs unterliegt insbesondere das Sozialrecht einer ständigen Entwicklung und Anpassung.

Das heutige Sozialrecht hat seinen Ursprung in der Bismarckschen Sozialgesetzgebung als Antwort auf die entstandene Industriegesellschaft. Leitbild war der Vollzeit tätige Arbeiter. Im Laufe des letzten Jahrhunderts hat sich die Gesellschaft jedoch zur industriellen Dienstleistungsgesellschaft entwickelt. Zugleich änderten sich auch ihre Erwerbsformen: sie wurden flexibler. Das Sozialrecht musste an diese Veränderungen angepasst werden.

Es stellt sich angesichts dieser Notwendigkeit zur Anpassung die Frage, welche einzelnen Anpassungszwänge grundsätzlich im Zusammenwirken mit dem sozialstaatlichen Auftrag der Verfassung auf die Fortentwicklung des Sozialrechts wirken, welcher Bestandschutz dem gegenübersteht und wie die Umsetzung in Recht tatsächlich erfolgt.

Das Wechselspiel dieser verschiedenen Aspekte wird in besonderer Weise am „Beschäftigtenbegriff“ i.S.d. § 7 SGB IV und dessen Wandel im Laufe der Zeit deutlich. Der „Beschäftigtenbegriff“ ist als zentraler Begriff das Einfallstor für das gesamte Sozialversicherungsrecht; an die Beschäftigteneigenschaft knüpfen die einzelnen Sozialversicherungszweige die Einbeziehung in die Versicherungspflicht. Durch den Ursprung der Sozialversicherung als Arbeiterversicherung wurde der Beschäftigtenbegriff inhaltlich zunächst durch persönliche Abhängigkeit der Erwerbstätigen bestimmt. Die im Zuge des gesellschaftlichen Wandels von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft entstandenen Erwerbsformen sind jetzt zunehmend von wirtschaftlicher statt persönlicher Abhängigkeit geprägt. Da nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen – wirtschaftliche Abhängigkeit allein nicht zur Begründung der Beschäftigteneigenschaft ausreicht, bereitet die Einbeziehung der neuen Erwerbsformen in die Sozialver-

¹ Zacher (1979 A), S. 145.

² Wannagat (1973), S. 21.

sicherung Probleme. Lücken im Sozialversicherungsrecht zeigten sich jedoch auch durch die immer größer werdende Flexibilisierung der Arbeitszeiten.

Aufgrund dieser Entwicklungen kam es letztlich dazu, dass die Schutzbedürftigkeit der Erwerbstätigen auf der einen Seite und deren Sicherung im Netz der Sozialversicherung auf der anderen Seite auseinander fielen. Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die soziale Absicherung der Bevölkerung, sondern auch auf die Finanzierung der Sozialversicherung insgesamt.

Zahlreiche Reformvorschläge wurden entwickelt, um dem gesellschaftlichen Wandel gerecht zu werden. Eine Reihe von Gesetzesnovellen brachten in rascher Folge immer wieder Neuregelungen. Das Problem wurde dadurch jedoch nicht gelöst; die Reformdiskussionen bis hin zur Ablösung des durch die Arbeiterversicherung geprägten Sozialversicherungssystems haben bis heute kein Ende gefunden. Die Frage der Einbeziehung neuer Erwerbsformen in die Sozialversicherungspflicht ist nach wie vor aktuell.

Dieses Beispiel zeigt, wie schwierig es tatsächlich ist, Sozialrecht weiter zu entwickeln: Einerseits bringt eine sich stetig verändernde Umwelt die faktische Notwendigkeit mit sich, angemessene sozialrechtliche Regelungen zu finden, so dass ein Anpassungszwang vorliegt. Andererseits können die erforderlichen (Neu-)Regelungen nicht beliebig getroffen werden, da verfassungsrechtliche und tatsächliche Schranken – sprich Bestandsschutz – entgegenstehen.

2 Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit beschreibt den dynamischen Entwicklungsprozess des Sozialrechts von der Entstehung einer sozialpolitischen Notwendigkeit über die Entwicklung der Sozialpolitik zwischen Anpassungszwängen und Bestandsschutz sowie das Verhältnis von Sozialrecht zur Sozialpolitik, analysiert die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen von Sozialpolitik, zeigt Grenzen der Entwicklung auf und legt die sozialrechtlichen Besonderheiten bei der Umsetzung in Recht dar. Vertieft werden diese Aspekte am sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV und den damit verbundenen Problemen der Einbeziehung neuer Erwerbsformen in die Sozialversicherung.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist das Verhältnis zwischen Sozialpolitik und Sozialrecht. Die Arbeit beginnt daher mit einer Abgrenzung durch Darstellung von Definitionsansätzen (Sozialpolitik) und Begriffsbildungen (Sozialrecht).

Sodann werden die Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik, die politischen, rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und institutionellen Bedingungsbeziehungen, herausgearbeitet.

Die Sozialpolitik hat die Aufgabe, den Anpassungsbedarf zu erfassen und entsprechende (Neu-)Regelungen zu initiieren. Die Einzelfaktoren, die Anpassungszwänge auf der einen und Bestandsschutz auf der anderen Seite bedingen, werden im Weiteren jeweils bezüglich ihrer Wirkrichtungen untersucht.

In einem nächsten Schritt wird die Aufgabe des Rechts bei der Umsetzung des sozialpolitisch Gewollten (Sozialrecht als umgesetzte Sozialpolitik) aufgezeigt. Eine rechtswissenschaftliche Betrachtung legt besonderes Augenmerk auf die sozialrechtliche Dogmatik und Rechtstatsachenforschung sowie die juristische Begriffsbildung. Es schließt sich die Darstellung der Aufgaben der (Sozial-)Gesetzgebung sowie der sozialrechtlichen Rechtsprechung und ihr Verhältnis zueinander an.

Ausgehend von diesen allgemeinen Grundlagen der Entwicklung von Sozialpolitik bzw. Sozialrecht bildet die Beschreibung der Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ in Teil II den Kern der Arbeit.

Das Kapitel „Die Entstehung des Beschäftigtenbegriffs“ betrachtet dessen Prägung durch das Normalarbeitsverhältnis und inhaltliche Ausfüllung durch die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes, des Bundessozialgerichtes und des Europäischen Gerichtshofes sowie durch die Literatur.

Es schließt sich eine ausführliche Darstellung der Anpassungszwänge unter besonderer Würdigung der Entstehung „Neuer Selbständigkeit“ sowie zunehmender „Flexibler Arbeitszeitregelungen“ und dem Problem der sozialversicherungsrechtlichen Erfassung an. Unter den Anpassungszwängen dieser Veränderungen in der Arbeitswelt entstanden das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, abgelöst durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit und schließlich das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Zweites Hartz-Gesetz). Eine Rechtsanpassung zur Flankierung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ erfolgte durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und das Gesetz zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (4. Euro-Einführungsgesetz).

In einem nächsten Schritt schließt sich eine Bewertung des Wirkungsgrades der Neuregelungen in einem Abgleich der sozialpolitischen Ziele und dem Ergebnis der tatsächlichen Umsetzung in Recht an.

Anhand der Neuregelungen wird sodann auf die bestandsschützende Funktion des Verfassungsrechts eingegangen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der verfassungsrechtlichen Würdigung einer Ausweitung der Sozialversicherungspflicht bzw. einer Verschiebung des sozialversicherungspflichtigen Personenkreises, um auch im Hinblick auf mögliche Neuregelungen der Sozialversicherungspflicht die verfassungsrechtlichen Grenzen aufzuzeigen.

Im Ergebnis ermöglichen die gewonnenen Erkenntnisse einen Ausblick auf weitere Sozialrechtsentwicklungen und ihre Grenzen, insbesondere hinsichtlich einer zukünftigen Einbeziehung neuer Erwerbsformen in die Sozialversicherungspflicht.

Teil I: Die Entstehung und Entwicklung von Sozialrecht

Kapitel 1: Abgrenzung von Sozialrecht und Sozialpolitik

Sozialrecht und Sozialpolitik haben zahlreiche Berührungspunkte. Durch die vielschichtigen Wechselbeziehungen ist es jedoch schwierig, das Verhältnis von Sozialrecht und Sozialpolitik klar zu definieren. Stattdessen verdeutlichen die folgenden Abgrenzungen das Spannungsverhältnis, aber auch die Reibungen, zwischen beiden Bereichen.

Sozialpolitik orientiert sich mit großer Unmittelbarkeit an der Wirklichkeit. Sie will Wirklichkeiten korrigieren und durch andere Wirklichkeiten ersetzen. Sie wandelt sich nicht nur mit den Realitäten, sondern auch mit ihren eigenen Maximen.

Sozialrecht teilt – wie das gesamte öffentliche Recht – den Realitätsbezug. Es ist Recht, das durch seine sozialpolitische Aufgabe geprägt ist³. Sozialrecht ist also ein Medium der Sozialpolitik. In einem Rechtsstaat ist das Recht sogar das zentrale Medium der Sozialpolitik. Verfassung und Gesellschaft verlangen, dass jedenfalls die Sozialpolitik, die den einzelnen betrifft, rechtlich formuliert und gewährleistet ist. Es hat im verfassungsrechtlichen Auftrag nach den Vorgaben der Sozialpolitik gegen eine Fülle defizitärer Wirklichkeiten, wie Krankheit, Arbeitslosigkeit, Armut im Alter usw., vorzukehren.

Im Vergleich dazu⁴: Das Strafrecht setzt eine unbegrenzte Zahl individueller Handlungsmöglichkeiten voraus und steckt den ungewollten Grenzen. Hinter dem Strafrecht steht keine Politik, die positiv und umfassend Wirklichkeiten erzeugen will, es will nur ganz bestimmte Wirklichkeiten verhindern. Strafrecht kann sich daher auf Weniges, Grundsätzliches

³ vgl. zum Verhältnis von Sozialrecht und Sozialpolitik insbesondere Zacher (1979 A), S. 148 ff.; ders. (1993 D), S. 178 ff.; v. Maydell (1988), S. 113 ff.

⁴ zum Vergleich zum Straf- und Zivilrecht siehe auch Zacher (1979 B), S. 208 f.

und Dauerndes beschränken. Das Privatrecht ist im Vergleich dazu da, Handlungsspielräume zu eröffnen und zu regulieren. Die Wirklichkeiten, zu denen privatrechtliche Gestaltungen führen, werden grundsätzlich von den Privaten gewollt und bewirkt, nicht von der Politik. Privatrechtspolitik ist die Politik einer zweckmäßigen Ordnung dieser Gestaltungen und der Kontrolle ihres Missbrauchs, nur ausnahmsweise die Negation von Wirklichkeiten, die es nicht geben soll (den unlauteren Wettbewerb etwa), oder die Postulation einer Wirklichkeit, auf welche die Privaten verpflichtet sein sollen (wie etwa die Sorge der Eltern für ihr Kind). So herrscht auch im Privatrecht das Prinzip und nicht das Detail. Schon dadurch ist es eher auf Dauer angelegt, weil die Prinzipien auch auf sich ändernde Lebensumstände angewendet werden können. Die Variation vollzieht sich primär in den Spielräumen der Privaten.

Sozialrecht aber kann sich nicht damit begnügen, Handeln zu begrenzen – wie das Strafrecht – oder Handeln zu ermöglichen und zu kontrollieren – wie das Privatrecht⁵. Sozialrecht muss selbst handeln. Es muss auf Wirklichkeiten zielen und deren Veränderung oder Bestand selbst anordnen und bewirken.

Sozialpolitik zielt, indem sie Existenzsicherung und Gleichheit erstrebt, auf die Ausbreitung und Gewährleistung von Freiheit. Indem sie Einkommen, Ausbildungschancen, Berufschancen usw. zuteilt und einen erworbenen Lebensstandard sichert, vermittelt sie dem Empfänger Realfaktoren seiner Freiheit. Insgesamt aber ist in einer Gesellschaft die Summe dieser Realfaktoren immer begrenzt. Die Zuteilung von Gütern, die als Realfaktoren der Freiheit wirken, muss daher die Freiheitschance, die sie auf der einen Seite gibt, auf einer anderen Seite nehmen. Diese Zuteilung und Verkürzung von Freiheit kann nur mit Hilfe des Rechts geregelt werden, so dass Sozialrecht zum notwendigen Element einer auf Freiheit zielenden Sozialpolitik wird. Sozialrecht bedeutet somit institutionelle Differenzierung der Sozialpolitik⁶.

„Reine“ Sozialpolitik kann von politischen Kräften definiert und durch eine von ihnen beherrschte Administration vollzogen werden. Sozialrecht dagegen bedeutet, dass die Definition und der Vollzug von Sozialpolitik im Rahmen der Gewaltenteilung erfolgen. Das Recht bringt damit die Werte des Rechtsstaats in die Sozialpolitik ein, die diese für sich nicht darstellen kann. Das gilt zunächst im Sinne der Entwicklung von individuellen Rechtspositionen. Die subjektiven Rechte, die dem Einzelnen erlauben, die ihm zugesagten Verhältnisse einzufordern, sind nur im Sozialrecht, nicht in bloß sozialpolitischen Programmen denkbar. Das Recht ist eine wichtige Hilfe bei der Unterscheidung zwischen sozialen Erwartungen, auf deren Einlösung vertraut werden kann und sozialen Erwartungen, auf die nicht vertraut werden kann. Damit ist das Recht das wirkungsvollste Medium gewollter sozialer Stabilität. Sozialrecht erlaubt dem Einzelnen, das, was Sozialpolitik in Aussicht stellt, in seine individuel-

⁵ siehe dazu auch Wannagat (1985), S. 39.

⁶ Vgl. dazu Zacher (1993 D), S. 180 ff.

len Pläne einzubeziehen. Es ist auch Konfliktordnung, die auf die Gegensätze von Wertungen und Interessen Bedacht nimmt und die Austragung von Auseinandersetzungen ermöglicht. Das bedeutet auch, dass Meinungsverschiedenheiten darüber, was eine sozialpolitische Regelung bedeutet, – wie immer im Recht – in einem geregelten Verfahren ausgetragen werden können.

Letztendlich kann Sozialrecht Auslöser und Anlass für sozialpolitische Aktivitäten, aber auch Hemmnis für die Sozialpolitik werden⁷. Primär werden sozialpolitische Aktivitäten des Gesetzgebers durch gesellschaftliche Bedürfnisse und Notlagen ausgelöst. Daneben können aber auch sozialrechtliche Fehlentwicklungen festzustellen sein. Das geltende Sozialrecht kann den bestehenden Verhältnissen nicht mehr entsprechen und eine Anpassung auslösen. Hemmend wirkt es, da es – wie jedes Recht – auf Dauer angelegt sein sollte und daher durch eine gewisse Statik gekennzeichnet ist. Das Element der Beharrung und der Statik gerät in Konflikt mit sozialpolitischen Erfordernissen. Für die Sozialpolitik dagegen ist Flexibilität und Dynamik kennzeichnend und notwendig. Die Sozialpolitik muss auf neue gesellschaftliche Herausforderungen, auf Bedarfs- und Notlagen möglichst schnell reagieren. Für diese flexible und dynamische Sozialpolitik kann das vorhandene Sozialrecht ein Hindernis sein.

1 Sozialpolitik

Sozialpolitik lässt sich zunächst als politisches Handeln beschreiben, das in Gesellschaften nötig ist, in denen es eine „Soziale Frage“ gibt. Die „Soziale Frage“ lässt sich definieren als die Existenz von Unterschieden in den politischen, persönlichen und/oder wirtschaftlichen Rechten sowie in den Verfügungsmöglichkeiten über wirtschaftliche Güter (Einkommen und Vermögen) zwischen sozialen Gruppen (Schichten, Ständen, Klassen), die als so groß empfunden werden, dass sie entweder den inneren Frieden und damit die Existenz der Gesellschaft bzw. des Staates bedrohen oder von den Trägern politischer Macht als nicht vertretbar angesehen werden⁸.

Die inhaltliche Bestimmung von Sozialpolitik ist hingegen schwierig, was sich in den folgenden Definitionsbemühungen der praktischen Sozialpolitik und der Sozialpolitik als wissenschaftlicher Disziplin widerspiegelt⁹. Das liegt unter anderem daran, dass die Sozialpolitik in Abhängigkeit vom Wandel sozialer Zustände, der nicht zuletzt durch die Sozialpolitik selbst mitbewirkt wird, geschichtlicher Veränderung unterliegt. Entsprechend diesem Wandel der Gruppen, auf die sich Sozialpolitik richtet, der Ziele, der Instrumente und der Träger der

⁷ Vgl. v. Maydell (1988), S. 115 f.

⁸ Lampert/Althammer (2001), S. 13 m.w.N.

Sozialpolitik ändert sich der Inhalt des Begriffs¹⁰. Wegen des ständigen historischen Wandels haben Definitionen der Sozialpolitik, die aus der Sozialpolitik vergangener oder gegenwärtiger Gesellschaften abgeleitet sind und auf bestimmte soziale Gruppen, auf bestimmte Ziele, bestimmte Instrumente und bestimmte Träger abstellen, nur eine räumlich und zeitlich begrenzte Gültigkeit.

Als Grundlage für die weiteren Ausführungen zur Entwicklung der Sozialpolitik, die den Rahmen der Sozialrechtsentwicklung mitbestimmen, ist die Verortung der Sozialpolitik im politischen System, insbesondere ihre Abgrenzung zur Arbeitspolitik, erforderlich. Hieran schließen sich die Definitionsansätze der praktischen und wissenschaftlichen Sozialpolitik an.

1.1 Das System der Arbeits- und Sozialpolitik

Im Zuge der Industrialisierung entstanden zwei Grundmuster gesellschaftlichen und politischen Denkens, an denen sich die konkrete Verwirklichung des Sozialstaats seither orientiert:

Zum einen entwickelte sich die Grundformel, dass jeder Erwachsene die Möglichkeit haben soll, aber auch die Verantwortung dafür trägt, durch (abhängige oder selbständige) Arbeit Einkommen zu verdienen und davon seine Bedarfe und die seines Unterhaltsverbandes (des Ehegatten und seiner Kinder) zu decken¹¹. Dieser Satz beschreibt eine Regel, die durch eine Fülle von Ausnahmen relativiert wird. Beim Vollzug jener Regel ist der Einzelne Gefährdungen ausgesetzt – wie etwa ein Arbeitnehmer den gesundheitlichen Gefahren der Arbeit. Und die Verwirklichung der Regel stößt an Grenzen, so dass Defizite entstehen – wie etwa mit dem Tod eines Familienvaters seine Fähigkeit endet, zu arbeiten, zu verdienen und damit Unterhalt zu leisten. Diese Gefährdungen und Defizite forderten die Intervention des Staates und der Gesellschaft heraus¹².

Zum anderen entstand das Denkmuster der Einheit von Kapital und Arbeit, der betrieblichen, unternehmerischen, gesellschaftlichen und politischen Partnerschaft von Kapital und Arbeit¹³. Danach ist Kapital ein Wertedepot, das durch Arbeit erzeugt wird. Ein Teil des Kapitals dient dem Lebensunterhalt der Arbeiter, die die Güter für den zukünftigen Konsum herstellen. Ein weiterer Teil fließt der zukünftigen Produktion zu, in Erwartung späterer Erträge. Dies erhöht die Arbeitsproduktivität; dadurch wird es möglich, mehr zu erzeugen, als für die Erhaltung der Arbeitskraft erforderlich ist. Dieser Überschuss bildet den Zins oder Gewinn,

⁹ Vgl. dazu Lampert/Althammer (2001), S. 3; vgl. Frerich (1996), S. 3 ff.

¹⁰ Lampert/Althammer (2001), S. 3.

¹¹ Zacher (1993 F), S. 257 ff, ders. (1983 B), S. 948.

¹² Zacher (1999), S. 6.

¹³ Zacher (2000), S. 188.

der auf das Kapital gezahlt wird. Zinsen und Gewinne erhöhen das Kapital, wenn sie wieder in die Produktion fließen.

Daraus hat sich ein System der Arbeits- und Sozialpolitik entwickelt, an dessen Spitze die Arbeitspolitik steht¹⁴. Die normalisierenden Interventionen der Arbeitspolitik zentrieren sich um den Arbeitsmarkt. Der gesamten Arbeitspolitik liegt die Logik des Warentauschs nach Marktgesetzen zugrunde. Sie stellt überhaupt erst einen „Arbeitsmarkt“ her, der nicht mit der bloßen Existenz einer mittellosen und daher auf Arbeitskraftverkauf angewiesenen Bevölkerung gegeben ist, sondern der erst funktioniert, wenn gewisse Austauschbedingungen vereinheitlicht, standardisiert, „normalisiert“ sind, etwa der Lohn oder die Arbeitszeit. Sie stellt individuelle und kollektive Aushandlungs- und Vertragsformen zur Verfügung (Arbeitsvertrag, Betriebs-/Dienstvereinbarung, Tarifvertrag), ohne die die marktförmige Vergesellschaftung der Arbeitskraft nicht gelingen könnte. Sie installiert ein Minimum sozialen Schutzes (Arbeitsschutz im weitesten Sinne).

Die Sozialpolitik greift dort ein, wo der Markt versagt. Sie versucht nicht wie die Arbeitspolitik, die Austauschbedingungen für einen funktionierenden Arbeitsmarkt zu schaffen, sondern Bedürfnissen und Bedürftigkeiten zur Geltung zu verhelfen. Über sie wird nicht marktförmig, sondern staatsförmig, „politisch“, entschieden. Das System der Sozialpolitik unterteilt sich weiter in Sozialversicherung und Sozialhilfe, d.h. in eine Armutsbewältigung, die dem Versicherungsprinzip, und eine Armutsbewältigung, die dem Bedürftigkeitsprinzip folgt. Die Sozialversicherung ist eng an das System der Arbeitspolitik gekoppelt. Sie verlängert sozusagen dessen reproduktionssichernde Wirkung in einen Zeitraum hinein, wo sich diese Wirkung nicht mehr „von selbst“ marktförmig herstellt¹⁵. Bei einer versicherungsförmigen Absicherung richten sich Vergabe und Höhe der Sozialleistungen nicht nach Bedarfskriterien, sondern nach den Grundsätzen der Lohn- und Beitragsäquivalenz sowie der Kausalität. Der soziale Schutz wird auch nicht bedingungslos gewährt, sondern bleibt an bestimmte Bedingungen geknüpft. Werden diese Voraussetzungen beim Auftreten sozialer Risiken bzw. Tatbestände wie Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität/Alter nicht oder nur teilweise erfüllt, „greift“ die versicherungsförmige Risikovorsorge nicht oder nur unzureichend. Liegt „Bedürftigkeit“ vor, dann kann Sozialhilfe beantragt werden, um fehlende Sozialversicherungsansprüche zu ersetzen bzw. unzureichende aufzustocken¹⁶. Wirklich entkoppelt vom System der Arbeitspolitik ist allein das System der Sozialhilfe¹⁷.

¹⁴ Vgl. Zacher (2000), S. 190; ders. (1999), S. 21.

¹⁵ Mückenberger (1985), S. 416 f.

¹⁶ Bäcker (1988), S. 597.

¹⁷ Mückenberger (1985), S. 417.

1.2 Praktische Sozialpolitik

Die Definition der „Praktischen Sozialpolitik“ beschreibt das sozialpolitische Handeln vom Ausgangspunkt seiner praktischen Bedeutung für die Sozialrechtsentwicklung. Um allgemeingültig zu sein, geht sie von den raum- und zeitunabhängigen Zielrichtungen praktischer Sozialpolitik aus¹⁸. Entsprechend ihrer Zielrichtung lässt sich die praktische Sozialpolitik als jenes politische Handeln definieren, das darauf abzielt

1. im Sinne der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle das Existenzminimum für jedermann, die Negation materieller Not und elementare personale Dienste (Erziehung, Betreuung, Pflege) zu gewährleisten;
2. im Sinne von mehr Gleichheit Wohlstandsunterschiede aufzuheben, Abhängigkeiten aufzuheben, zu mindern und zu kontrollieren;
3. mehr Sicherheit gegenüber den Wechselfällen des Lebens zu geben;
4. im engeren Sinne von sozialer Sicherheit gegen schicksalhafte wesentliche Verschlechterung der ökonomischen Lebensbedingungen zu schützen, sprich den Wohlstand zu heben und die Teilhabe daran auszubreiten¹⁹.

Diese Definition kann – geht es um die Sozialpolitik einer bestimmten Epoche oder einer bestimmten Gesellschaftsordnung – durch Konkretisierung der Ziele, der Grundsätze, der Objekte, der Träger und der Mittel der jeweiligen Sozialpolitik inhaltlich gefüllt werden.

1.3 Wissenschaftliche Sozialpolitik

Um das politische Handeln, das Sozialrechtsentwicklung bewirkt, wissenschaftlich zu ergründen und zu erklären, bedarf es einer Definition wissenschaftlicher Sozialpolitik. Dazu sind zunächst die Aufgaben der Wissenschaft von der (Sozial-) Politik festzustellen, die sich wie folgt untergliedern²⁰:

1.3.1 Die Feststellung der Notwendigkeit sozialpolitischen Handelns

Im Vordergrund steht zunächst einmal die Notwendigkeit, sozialpolitisches Handeln zu erklären bzw. zu begründen²¹. Dazu gehören eine Lehre über die Ursachen staatlicher Sozialpolitik und über die Entstehung bzw. die Existenz sozialpolitischen Bedarfs, die Diagnose und Beurteilung von Zuständen, die im Lichte eines Zielsystems änderungsbedürftig erscheinen oder als änderungsbedürftig vermutet werden und eine Entwicklungsprognose. Letztere ist erforderlich, da sich eine gewünschte Situation von selbst einstellen oder in der

¹⁸ Vgl. ausführlicher dazu Lampert/Althammer (2001), S. 4 m.w.N.

¹⁹ m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerfG Zacher (1993 A), S. 18 f.; ders. (1993 D), S. 178; ders. (1993 H), S. 311.

²⁰ vgl. dazu ausführlich Lampert/Althammer (2001), S. 6 ff.; Lampert (1990), S. 12 ff.

²¹ Lampert (1990), S. 12.

Zeit bis zum Einsatz und Wirksamwerden eines Instrumentes die Situation verändert haben kann.

1.3.2 Zielanalyse

Da sich die Änderungsbedürftigkeit von Zuständen nur aufgrund von Zielen feststellen lässt, ist die Erfassung und Kenntnis der Ziele der Sozialpolitik besonders bedeutsam²². In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie sozialpolitische Zielsetzungen überhaupt entstehen. Ihre Inhalte müssen interpretiert und operationalisiert werden. Die Zielbeziehungen innerhalb sozialpolitischer Ziele und zwischen sozialpolitischen und anderen, z. B. wirtschaftspolitischen, Zielen sind zu analysieren. Ziele können in einer Konflikt-, in einer Komplementaritäts-, aber auch in einer Neutralitätsbeziehung stehen. Schließlich sind die in einer bestimmten Gesellschaft verfolgten Zielsysteme herauszuarbeiten und auf Konsistenz und Vollständigkeit zu überprüfen.

1.3.3 Instrumentenentwicklung und -analyse

Die Zielerreichung setzt voraus, dass geeignete Instrumente verfügbar sind²³. Wichtig dabei ist, im Sinne des Rationalprinzips Mittel einzusetzen, die es erlauben, das erstrebte Ziel soweit wie möglich, mit möglichst geringem Aufwand und unter Vermeidung negativer Nebenwirkungen zu erreichen. Daraus ergibt sich die Aufgabe, neue sozialpolitische Instrumente zu entwickeln und bekannte zu verbessern. In diesem Zusammenhang sind die Instrumente auf ihre Eignung zur Zielerreichung zu überprüfen. Diese Überprüfung erstreckt sich auf die Mitteleignung unter den Aspekten der Zielkonformität und Nebenwirkungen, der Wirkungslage zwischen Mitteleinsatz und Wirksamwerden, der Dosierbarkeit und Veränderbarkeit des Instruments, der Verträglichkeit mit dem Gesellschafts- und Wirtschaftssystem. Die Kosten des Mitteleinsatzes sind zu untersuchen. Schließlich ist es ein Gebot der Rationalität, zu kontrollieren, in welchem Umfang, mit welchem Aufwand und mit welchen Nebenwirkungen der Einsatz von Instrumenten zum erstrebten Ziel geführt hat; nur dadurch lässt sich feststellen, ob ein Ziel erreicht worden ist, aber auch, ob das eingesetzte Instrument bei künftigem Einsatz verbessert werden könnte.

1.3.4 Analyse von Trägersystemen

Sozialpolitisches Handeln muss nicht notwendigerweise nur einem, z.B. einem staatlichen Träger, obliegen. Es kann auch einem privaten Träger übertragen sein. Daher besteht

²² Lampert/Althammer (2001), S. 6 f.; vgl. dazu Streit (2000), S. 287 ff.

²³ vgl. dazu Lampert/Althammer (2001), S. 8 m.w.N.

die Aufgabe der Wissenschaft von der Sozialpolitik, sozialpolitische Trägersysteme zu analysieren²⁴. Die Verteilung sozialpolitischer Entscheidungsbefugnisse auf die Träger politischer Verantwortung ist unter dem Aspekt der Beteiligung der Gesellschaftsmitglieder am Prozess der sozialpolitischen Willensbildung zu untersuchen.

1.3.5 Systemanalysen

Die bisher herausgestellten Aufgaben der Sozialpolitik als Wissenschaft beziehen sich auf einzelne Phasen der Politik (Vorbereitungs-, Entscheidungs-, Durchführungs-, Kontrollphase) bzw. auf einzelne Elemente sozialpolitischer Systeme (Träger-Ziele-Mittel). Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen können aber auch sozialpolitische Systeme als ganzer zusammenhängender Träger-Ziele-Mittel-Komplex sein. In diesem Zusammenhang stellt sich die Aufgabe der Darstellung und Analyse realer Systeme staatlicher Sozialpolitik, gedachter Systeme von Sozialpolitik, der Vergleich von realen Systemen, der Vergleich von gedachten Systemen und der Vergleich von gedachten Systemen und ihren Leitbildern²⁵.

1.3.6 Analyse der Geschichte der Sozialpolitik

Unter Berücksichtigung der Zeitdimension praktischen Handelns und wissenschaftlichen Arbeitens ergibt sich schließlich ein weiterer Aufgabenbereich, nämlich die Darstellung und Analyse der Geschichte der Sozialpolitik als wissenschaftliche Disziplin²⁶.

1.3.7 Darstellung und Erforschung der praktischen Sozialpolitik

Ebenso ergibt sich die Aufgabe der Darstellung und Erforschung der praktischen Sozialpolitik²⁷. Dabei spielt aus der Sicht der Entwicklung einer umfassenden Theorie der Sozialpolitik die Herausarbeitung der Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen staatlicher Sozialpolitik eine zentrale Rolle. Die Analyse von Systemen staatlicher Sozialpolitik in verschiedenen Gesellschafts- und Wirtschaftssystemen kann nicht nur Erkenntnisse über den Grad an Systemgebundenheit der Entstehung und Entwicklung von Sozialpolitik zutage fördern, sondern auch zur Formulierung von Hypothesen über Entwicklungsdeterminanten und Entwicklungsgesetzmäßigkeiten der Sozialpolitik führen.

²⁴ Lampert/Althammer (2001), S. 7; vgl. zur Trägervielfalt Streit (2000), S. 335 ff.

²⁵ Lampert/Althammer (2001), S. 8 f.

²⁶ vgl. Lampert (1990), S. 14.

²⁷ Lampert (1990), S. 13.

1.3.8 Definition der Sozialpolitik als Wissenschaft

Nach dem bisher Ausgeführten lässt sich die Sozialpolitik als Wissenschaft definieren als die grundsätzlich wissenschaftsautonome, systematische, d. h. möglichst vollständige und nach sachlogischen Gesichtspunkten geordnete Darstellung und Analyse realer und gedachter Systeme, Systemelemente und Probleme der Sozialpolitik mit dem Ziel, mit Hilfe frei wählbarer, geeignet erscheinender wissenschaftlicher Methoden objektive, d.h. intersubjektiver Überprüfung standhaltende Erkenntnisse über praktiziertes sozialpolitisches Handeln und über mögliche Handlungsalternativen zu gewinnen. Sozialpolitik muss damit die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse aufgreifen, analysieren und entsprechend dem gewünschten Ergebnis in Regelungen umsetzen.

2 Sozialrecht

Das Ergebnis der Umsetzung von Sozialpolitik ist das Sozialrecht.

Die Frage jedoch, was unter Sozialrecht zu verstehen ist, ist angesichts dessen, dass Sozialrecht wiederum die Wissenschaft eines permanent sich wandelnden Rechts ist²⁸, nur in diesem Kontext zu beantworten. Daher wird im Folgenden zunächst der mikrokosmische Ansatz des Sozialrechts sowie seine Struktur dargestellt und anschließend auf die verschiedenen Sozialrechtsbegriffe, die das Sozialrecht jeweils aus einer anderen Perspektive beleuchten, eingegangen.

2.1 Der mikrokosmische Ansatz des Sozialrechts

Im Vollzug der Grundregel²⁹ – dass Arbeit Einkommen erbringt und dieses der Befriedigung der Bedarfe auch im Unterhaltsverband dient – kann es zu Gefährdungen (aus Abhängigkeit oder aus der Natur der Sache, z.B. bei gefahrgeneigter Arbeit) kommen. Arbeits- bzw. Sozialpolitik wird notwendig.

Diese Gefährdungen entstehen in drei zentralen Problembereichen, die sich aus der Grundregel ergeben³⁰:

Der erste Problembereich betrifft die gesellschaftliche Organisation von Arbeit und die Vermittlung von Einkommen durch Arbeit. Hier entstehen Gefährdungen, wenn Kranke, Invalide oder Alte nicht oder nicht ausreichende Arbeitskraft anbieten können. Die Nachfrage nach Arbeitskraft kann auch kleiner sein als das Angebot (Arbeitslosigkeit).

²⁸ Zacher (1976), S. 5.

²⁹ Siehe Teil I, Kapitel 1, 2.1.

³⁰ siehe dazu und zum Folgenden Zacher (1993 F), S. 257 ff, ders. (1983 B), S. 948.

Der zweite Problembereich umfasst die gesellschaftliche Organisation privatwirtschaftlicher oder administrativer Bereitstellung von Gütern zur Deckung der Bedarfe. Hier ist es möglich, dass die Gesellschaft vielleicht gewisse Güter (wie etwa die medizinische Versorgung und schulische Bildung) überhaupt nicht vorhält.

Der dritte Bereich umfasst den Unterhaltsverband, in dem nicht nur Einkommen als Unterhalt weitergegeben wird. In ihm wird vielmehr tätiger Unterhalt – wie etwa Erziehung, Pflege usw. – geleistet. Im Unterhaltsverband können die Kinder (etwa durch Gewalt oder Vernachlässigung) bedroht werden. Es können aber auch die tätigen Versorger oder Verdienner fehlen oder ihre Pflicht unerfüllt lassen. Außerdem ist der Unterhaltsverband immer davon gefährdet, dass die Bedarfe seiner Mitglieder wegen deren Zahl oder ihrer besonderen Situation (Ausbildungsbedarf, Pflegebedarf usw.) außer Verhältnis geraten zu den Arbeits- und Einkommensmöglichkeiten des Verdieners bzw. der Verdienner.

Die Masse der sozialen Probleme erwächst aus der Interdependenz der Bereiche. Verminderte Arbeitskraft und daraus folgend vermindertes Einkommen bedeutet Minderung der Fähigkeit, Bedarf zu befriedigen und Unterhalt zu leisten.

Das Recht bietet Problemlösungen in allen drei Bereichen. Zunächst gibt es Problemlösungen in den „natürlichen“ Problembereichen. Diese auch internalisierend genannten Lösungen schaffen Sachordnungen der Arbeit (z.B. Arbeitsrecht), des Erwerbs und des Vermögens (z.B. Urheberrecht, Bodenrecht, Recht der Kapitalgesellschaften, Recht des Sparens und der Vermögensbildung usw.), der Produktion und Verteilung der Bedarfsgüter (z.B. öffentliches und privates Recht, welches der privatwirtschaftlichen Versorgung mit Nahrungsmitteln, Kleidung, Dienstleistungen, Wohnungen usw. den Rahmen geben) und der Unterhaltsverbände (Familien-, Erbrecht)³¹. Daneben treten die Lösungen, die aus dem Zusammenhang der „natürlichen“ Problembereiche heraustreten – dorthin, wo es primär um den Ausgleich von sozialen Defiziten – um Sozialleistungen – geht. Neben die internalisierenden treten die externalisierenden Problemlösungen³². Die externalisierenden Lösungen sind das Recht der Sozialleistungen, das genuine Sozialrecht. Werden Funktionsausfälle in den Grundeinheiten Arbeit, Einkommen und Unterhalt sowie Missverhältnisse zwischen Bedarfen, Einkommen und Unterhalt, nur in der Weise zulänglich kompensiert und korrigiert, dass Einkommen und Unterhalt vom Gemeinwesen ersetzt oder bedarfsgerecht ergänzt oder dass Bedarfe durch öffentliche Leistungen billig oder unentgeltlich befriedigt werden, betreten wir den Raum der Sozialleistungssysteme, der Transfers, das Sozialrecht.

Externalisierende Lösungen sind mit der Erfindung neuerer Rechtsinstitute und Solidargemeinschaften verbunden. Ist die Externalisierungsschwelle überschritten, so entstehen

³¹ Vgl. Zacher (1983 B), S. 954 f.

³² Vgl. aber zur Schwierigkeit der Trennbarkeit von „innen und außen“ Stolleis (1984 B), S. 382.

intensive Wechselwirkungen zwischen den „originären“ Regelungsfeldern und den externalisierenden Lösungen. Das Recht wird durch die Externalisierung sozialer Problemlösungen zu einer doppelten Ordnung der Lebensverhältnisse³³.

Sozialrecht ist somit der Anteil, den das Recht daran nimmt, dass die Ausnahmen der beschriebenen Regel (wie sie etwa als Krankheit, Tod eines Familienvaters oder ähnliches auftreten) als soziale Defizite definiert - und mehr oder weniger, auf die eine oder andere Weise - ausgeglichen werden³⁴.

2.2 Sozialrechtsbegriffe

Eine differenziertere Betrachtung erlaubt die Bildung eines Sozialrechtsbegriffs, der die Komplexität des Sozialrechts und die Anforderungen, die an seine Weiterentwicklung gestellt werden, widerspiegelt. Nach *Zacher*³⁵ sind vier Ebenen der Bildung eines Sozialrechtsbegriffes zu unterscheiden:

2.2.1 Der pragmatische Sozialrechtsbegriff

Der pragmatische Sozialrechtsbegriff addiert alle Rechtsbereiche, die im positiven Recht je für sich wahrnehmbar ausgesondert sind und nach Namen oder Sache als „sozial“ erkennbar sind³⁶. Dieser Sozialrechtsbegriff umschreibt eine Summe sozialpolitischer Schwerpunkte, die von Konstellationen der gesetzgeberischen, administrativen und gerichtlichen Zuständigkeiten, von aktuellen gesetzestechnischen Gegebenheiten, von Bedürfnissen der politischen Artikulation oder auch von Bedürfnissen der akademischen Lehre oder der literarischen Darstellung oder ähnlichen sekundären Determinanten abhängt³⁷.

*Gitter*³⁸ konkretisiert diesen Ansatz dahingehend, dass eine Abgrenzung des Sozialrechts von anderen Rechtsgebieten nur erreicht werden kann, wenn man von einem formellen oder pragmatischen Sozialrechtsbegriff ausgeht, der versucht, eine gegenständliche Festschreibung vorzunehmen. Bei dieser formellen Betrachtungsweise könne man den Begriff des Sozialrechts in der Weise definieren, dass man unter Sozialrecht jene Materien versteht, die in das Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil (SGB I) aufgenommen worden sind.

³³ Vgl. Zacher (1983 A), S. 72.

³⁴ Zacher (1983 B), S. 948; Bley (1979), S. 363 ff.

³⁵ Zacher (1993 E), S. 249 ff.; ders. (1976), S. 1 ff.

³⁶ Zacher (1993 E), S. 250; ders. (1976), S. 6.

³⁷ Zacher (1976), S. 6 f.

³⁸ Gitter (1996 B), S. 3; siehe dazu auch Zacher (1993 D), S. 177.

2.2.2 Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff

Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff versucht die ratio der pragmatischen Sozialrechtsbegriffe zu isolieren³⁹. Abstrahiert benennt „Sozialrecht“ somit die Rechtsgebiete, die sich durch eine gesteigerte Intensität ihres sozialpolitischen Gehalts auszeichnen⁴⁰. „Sozialrecht im sozialpolitischen Sinn“ ist demnach alles Recht, das von einer sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt ist. Der Grad der Dichte sozialpolitischer Prägung, an dem die Grenze zwischen „Sozialrecht“ und „Nicht-Sozialrecht“ verläuft, entzieht sich jedoch operativer Definition⁴¹. Sozialpolitisch geprägte Rechtsbereiche können im pragmatischen Sinne aber auch kein „Sozialrecht“ sein. Beispiel dafür ist das Arbeitsrecht. Im sozialpolitischen Sinn ist Arbeitsrecht sicher „Sozialrecht“. Bei der Bildung pragmatischer Sozialrechtsbegriffe dagegen findet sich das Arbeitsrecht häufig vom „Sozialrecht“ ausgeklammert und ihm gegenübergestellt.

2.2.3 Der positive Sozialrechtsbegriff

Der positive Sozialrechtsbegriff macht eine eher an der Sache orientierte Aussage darüber, was Sozialrecht ist. Als „positiv“ wird dieser Begriff benannt, weil er auf eine Aussage über den positiven Stand der Rechtsentwicklung zielt. Aus der sozialpolitischen Perspektive stellt er die Frage: Wie sieht sozialpolitisch geprägtes Recht aus? Pragmatisch fragt er: Welches Recht wird als „Sozialrecht“ bezeichnet? Weiter abstrahiert ist Sozialrecht also zu verstehen als „jener Teilbereich des Rechts, dem im Interesse eines Ausgleichs sozialer Gegensätze in besonderer Weise die Beseitigung von Defiziten einzelner oder bestimmter Bevölkerungsgruppen an materieller Absicherung, Chancengleichheit und Entfaltungsmöglichkeit obliegt“⁴². Andere verstehen unter Sozialrecht „das Recht der Verhinderung und Beseitigung individueller Güterdifferenzen“ durch transitive Leistungen eines Trägers öffentlicher Verwaltung,⁴³ „das der sozialen Gerechtigkeit und der sozialen Sicherung dienende Recht“,⁴⁴ das spezifische Aufgaben der Daseinsfür- und -vorsorge erfüllt oder „die umfassende Ordnung der Erwartungen, die in der Gesellschaft hinsichtlich der wirtschaftlichen und dienstleistenden Sicherung und der annähernd egalitären Entfaltung der physischen oder ökonomischen Existenz der einzelnen durch das Gemeinwesen bestehen, und der Erfüllung dieser Erwartungen“⁴⁵.

³⁹ Zacher (1993 E), S. 251 f.

⁴⁰ Zacher (1976), S. 7.

⁴¹ Vgl. Gitter (1996 B), S. 2, der sozialpolitische Sozialrechtsbegriffe als wenig geeignet ansieht, das Sozialrecht eindeutig von anderen Rechtsgebieten abzugrenzen.

⁴² Gitter (2001), S. 1 f. m.w.N.

⁴³ Gitter (2001), S. 2 m.w.N.

⁴⁴ Gitter (2001), S. 2 m.w.N.

⁴⁵ Gitter (1996 B), S. 2; Zacher (1976), S. 7.

2.2.4 Der verstehende Sozialrechtsbegriff

Setzt man nun aber historisch und kontemporär vergleichend mit der Frage an, wofür das Wort Sozialrecht nicht nur hier und jetzt, sondern seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in verschiedenen Zeiten und Ländern gebraucht wird, so kommt man zu einem „verstehenden Sozialrechtsbegriff“⁴⁶, der auf eine neu aufgetretene Herausforderung an das Recht reagiert und Rechtsprinzipien oder Regelungsbereiche gesellschaftlichen Ausgleiches oder Zusammenwirkens benennt, die der Bewältigung dieser Herausforderung dienen.

Um das Sozialrecht im Sinne des verstehenden Sozialrechtsbegriffs zu beleuchten: Sozialrecht ist ein Recht der punktuellen Ansätze, ein Recht der Einzelheiten mehr als der Prinzipien, ein Recht permanenter Veränderung, ein Recht mittels dessen die Politik ganz konkret Wirklichkeiten zu verändern sucht, also ein Recht, durch das die Politik immer auch auf Veränderungen der Wirklichkeiten reagieren muss⁴⁷. Die Notwendigkeit der Veränderung ergibt sich aus dem Wirklichkeitsbezug des Sozialrechts. Internalisierende Lösungen zielen in der Regel auf die distanzierte Steuerung realer Prozesse. Externalisierende Lösungen dagegen zielen direkt auf die Veränderung von Wirklichkeiten. Sie jedenfalls müssen daher auch auf eine Veränderung der Wirklichkeiten reagieren – auch auf die Veränderung der faktischen Möglichkeiten, Wirklichkeiten zu verändern⁴⁸. Die Erfassung dieser Entwicklung ist Ansatz des verstehenden Sozialrechtsbegriffs. Wann und wo dieser Begriff einsetzt, lässt viele Rückschlüsse zu auf Abhängigkeiten zwischen der Rechtsentwicklung, den sozialen Veränderungen, den eigentümlichen Weisen einer Gesellschaft, eines politischen Systems und einer Rechtsordnung.

3 Zwischenergebnis

Sozialrecht zielt auf Wirklichkeiten und ordnet deren Veränderung oder Bestand an. Sozialpolitik gibt das Programm dafür vor.

Sozialpolitik wird in allen Gesellschaften nötig, in denen es zu große politische, persönliche oder wirtschaftliche Unterschiede zwischen sozialen Gruppen gibt, also eine „soziale Frage“ existiert. Die Aufgabe der praktischen Sozialpolitik ist dabei, Lösungen zur Beseitigung sozialer Unterschiede zur Verfügung zu stellen. Die wissenschaftliche Sozialpolitik beschäftigt sich mit der Aufstellung einer Theorie der Sozialpolitik, die neben Lageerfassung, Diagnose, Ziel- sowie Systemanalyse die Erfassung von Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen praktischer Sozialpolitik beinhaltet.

⁴⁶ Zacher (1976), S. 7 f.; ders. (1993 E), S. 253 f.

⁴⁷ Zacher (1983 B), S. 963.

⁴⁸ Zacher (1983 A), S. 77.

Sozialrecht ist das Resultat umgesetzter Sozialpolitik. Sozialrecht institutionalisiert die Sozialpolitik und gewährleistet, dass sie im Rahmen der Gewaltenteilung erfolgt. Das Sozialrecht bietet externalisierende Problemlösungen, wenn in den originären Regelungsfeldern Einkommen durch Arbeit, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband internalisierende Problemlösungen nicht mehr möglich sind und die Schwelle zum Ausgleich von sozialen Defiziten, zu den Sozialleistungen, überschritten wurde.

Der Sozialrechtsbegriff beschreibt je nach zugrunde gelegtem Aspekt das Sozialrecht. Neben dem sozialpolitischen Begriff (Wie sieht sozialpolitisch geprägtes Recht aus?) und dem pragmatischen (Welches Recht wird als „Sozialrecht“ bezeichnet?) zielt der positive auf den aktuellen Stand der Sozialrechtsentwicklung, den status quo des Sozialrechts als das Ergebnis sozialpolitischer Aktion. Der verstehende Sozialrechtsbegriff beschreibt den permanenten Anpassungsprozess des Sozialrechts und versucht die Zusammenhänge der Einflussfaktoren auf die Rechtsentwicklung zu erfassen – befasst sich damit also genau mit den Fragen, die auch die vorliegende Arbeit beleuchten will: die Rechtsentwicklung und ihre Einflussfaktoren.

Kapitel 2: Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik

Bevor die Entwicklungsbedingungen von Sozialpolitik herausgearbeitet werden, werden im Folgenden zunächst die einzelnen Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik im Zusammenhang mit der Entstehung von Sozialversicherung zusammengefasst und ein Versuch der Systematisierung unternommen.

Die soziale Gesetzgebung aller Länder ist auf das engste mit ihrer wirtschaftlichen und politischen Entwicklung verknüpft. So alt fast wie die Geschichte der Menschheit ist auch die Geschichte ihrer sozialen Auseinandersetzungen, die mit zunehmender wirtschaftlicher Fortentwicklung immer mehr zum bestimmenden Faktor für das Schicksal der Völker geworden ist.

Die eigentliche Geschichte des (normierten) Sozialrechts beginnt jedoch erst mit der zunehmenden Industrialisierung Deutschlands um die Mitte des 19. Jahrhunderts⁴⁹. Die Entwicklung der Technik ermöglichte die Schaffung von Großbetrieben in immer größerer Zahl; das Industriezeitalter begann. Die Bevölkerung in den Städten nahm durch die stetige Zuwanderung vom Lande sprunghaft zu. Damit einhergehend lockerten sich die Familienban-

de, das Zunft- und Gildewesen verfiel immer mehr. Die kapitalistische Wirtschaftsform, die in England bereits im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts, auf dem Kontinent und insbesondere in Deutschland dagegen erst in dessen zweitem Drittel einsetzte, hatte mit der völligen Änderung der Verkehrsverhältnisse und den zunehmenden Fortschritten der Technik Veränderungen in der Struktur der Gesellschaft zur Folge, die weit über den Rahmen bloßer technischer oder wirtschaftlicher Umstellungen hinausgingen. Denn diese neue Wirtschaftsepoche fiel zugleich in das Zeitalter der neuen internationalen Ideologie der Freiheit, die - wie auf dem Gebiet der Politik so auch auf dem der Volkswirtschaft und der Sozialpolitik - ihre Anerkennung und ihr Recht verlangte. Der sich immer mächtiger entwickelnde Großbetrieb und die mit ihm verbundene neue kapitalistische Wirtschaftsform machten notwendigerweise dem bisherigen patriarchalischen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Ende und schufen für die Beziehungen der Unternehmer zu den Arbeitnehmern ebenso aber auch für die Beziehungen der Arbeitnehmer untereinander und ihr Verhältnis zum Staat und zur Gesellschaft eine völlig neue Lage. Eine neue soziale Frage, die „Arbeiterfrage“, entstand. Die Schaffung von Sozialversicherung war die Antwort.

Wirtschaftliche, soziale und politische Bedingungen und Faktoren der Entstehung von Sozialversicherung lassen sich nur theoretisch voneinander trennen. Tatsächlich jedoch wirken sie stets zusammen und gehen dabei sehr unterschiedliche Kombinationen ein⁵⁰. Einzelne Erklärungsmodelle können für sich genommen die Einführung sozialer Sicherungssysteme nicht verständlich machen; monokausale Ansätze sind von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es kommt vielmehr darauf an, die einzelnen Faktoren in ihrer wechselseitigen Abhängigkeit zu sehen und in ein stimmiges Verhältnis zu bringen⁵¹.

Im Folgenden sollen daher zunächst Hypothesen für die Entstehung von Sozialversicherung aufgezeigt werden. Die Einzelhypothesen unterteilen sich in politische, rechtliche, wirtschaftliche, soziale sowie institutionelle Entstehungsbedingungen.

1 Politische Entstehungsbedingungen

Zu den politischen Entstehungsbedingungen zählen in chronologischer Reihenfolge der „Liberalismus“, die „Arbeiterbewegung“ sowie das „Sozialistengesetz“.

⁴⁹ Erdmann (1957), S. 1 f.

⁵⁰ Fischer (1979), S. 91.

⁵¹ Alber (1979), S. 212.

1.1 Der „Liberalismus“

Mit der Aufklärung, der geistesgeschichtlichen Epoche des 18. Jahrhunderts in Europa, insbesondere in Frankreich, England und Deutschland, gingen unter der Maßgabe einer Herrschaft der Vernunft weitreichende philosophische, soziale und politische Veränderungen vor sich. Im Zentrum der so genannten Aufklärungsphilosophie standen eine Abkehr von einer mystisch-spekulativen Tradition und der Glaube an die Kraft der menschlichen Ratio. Überlieferte Werte, Institutionen, Konventionen und Normen wurden bewusst in Frage gestellt, um ihre rationale Legitimation zu überprüfen. In Frankreich mündeten die gesellschaftlichen und politischen Umwälzungen sowie ein damit verbundenes erstarktes Selbstvertrauen des „Dritten Standes“⁵² in die Französische Revolution von 1789. Die Aufklärung bewirkte bleibende geschichtliche Veränderungen. Sie führte zur Säkularisation weiterer Bereiche der Gesellschaft und prägte die Idee vom politischen und wirtschaftlichen Liberalismus. Ihr Ideal der Menschenrechte wurde in viele Verfassungen übernommen.

Der politische Liberalismus führte zur Einführung von Freiheitsrechten und – gemäß der Lehre von *Locke* (1632 bis 1704) und *Montesquieu* (1689 bis 1755) – zur Durchsetzung der Gewaltenteilung. Der Grundrechtskatalog des Liberalismus wurde, mit Ausnahme der Reichsverfassung Bismarcks, die auf einen Grundrechtskatalog verzichtete, Vorlage für alle rechtsstaatlichen Verfassungen. Er umfasste die Freiheit und Unverletzlichkeit der Person, Schutz vor willkürlicher Verhaftung, Sicherheit des Eigentums, Religions-, Vereins-, Versammlungs-, Rede- und Pressefreiheit, Gleichheit der Staatsbürger vor dem Gesetz, Zugang zu allen Ämtern nach Maßgabe der Befähigung, Petitionsrecht, Wahl- und Stimmrecht und Recht auf Widerstand gegen „ungerechte Bedrückung“. Ausgehend von dem autonomen Individuum beseitigten die Grundrechte alle statusbedingten Abhängigkeiten und intermediären Gewalten und begründeten die allgemeine Staatsbürgerschaft⁵³.

Der wirtschaftliche Liberalismus führte auch in Deutschland zur Durchsetzung von Freiheitsrechten. In Preußen wurde 1807 die Bauernbefreiung eingeleitet, 1808 erstmals ein fast allgemeines, gleiches, direktes und geheimes Männerwahlrecht und 1810 die Gewerbefreiheit eingeführt. 1842 erhielten preußische Staatsbürger die nahezu uneingeschränkte Niederlassungsfreiheit. 1869 wurde das Koalitionsverbot aufgehoben⁵⁴.

⁵² Bezeichnung für die nicht privilegierte Schicht der Bürger, Bauern, Handwerker etc. in Abgrenzung zu den beiden anderen, mit Privilegien ausgestatteten Ständen des Adels und der Geistlichkeit in der Ständeordnung des Mittelalters und der frühen Neuzeit. Im Zuge der Industrialisierung verengte sich der Begriff „dritter Stand“ auf das Bürgertum; das Industrieproletariat wurde zum „vierten Stand“.

⁵³ Grimm (1983), S. 43.

⁵⁴ Lampert/Althammer (2001), S. 29.

1.1.1 Die Bauernbefreiung

Bis zur Bauernbefreiung, die in den deutschen Ländern zwischen 1765 und 1850 schrittweise vollzogen wurde, bestand eine rechtliche Bindung der Bauern in persönlicher Unfreiheit, in Beschränkungen der Verfügungsgewalt über den Boden und in Hoheitsrechten, die - wie die Polizeigewalt und die Patrimonialgerichtsbarkeit - oft nicht vom Landesherrn, sondern von Inhabern grund- und leibherrlicher Rechte ausgeübt wurden. Wirtschaftliche Verpflichtungen bestanden darin, Naturalleistungen und Hand-, Spann- und Baudienste zu erbringen sowie Gesindezwangsdienste zu leisten, aufgrund derer die Bauernkinder im herrschaftlichen Betrieb oder Haushalt zu arbeiten hatten. Konsequenz dieses Feudalsystems war die gesellschaftliche Immobilität der Bauern.

Die Bauernbefreiung hob die strengen wirtschaftlichen, sozialen und persönlichen Abhängigkeiten unfreier und leibeigener Bauern auf⁵⁵. Sie definiert sich als die Summe derjenigen Maßnahmen, „die die Absicht verfolgten, alle überkommenen grund-, guts-, leib-, gericht- und schutzherrlichen Bindungen sowie alle Beschränkungen der wirtschaftlichen und rechtlichen Verfügungsfreiheit herrschaftlicher Instanzen (...) zu beseitigen“⁵⁶.

Ursachen der Bauernbefreiung waren jedoch nicht lediglich die Ideen von der Freiheit der Person und der Rechtsgleichheit, sondern auch Gründe politischer Rationalität. So hegte man die Erwartung, durch die Ablösungszahlungen der Bauern kurzfristig eine zusätzliche Einnahmequelle zur Beseitigung der hohen, im Zusammenhang mit den napoleonischen Kriegen entstandene Verschuldung erschließen zu können und durch die von dem Befreiungswerk erwartete Zunahme des allgemeinen Wohlstandes die Staatseinnahmen langfristig anheben zu können⁵⁷.

Die Umwandlung des beschränkten in freies Bauerneigentum war jedoch unzureichend geregelt. Viele der aus dem Herrschaftsverhältnis entlassenen Bauern mussten die gewonnene persönliche Freiheit mit wirtschaftlicher und sozialer Verelendung erkaufen. Viele Gutsbesitzer konnten die nicht konkurrenzfähigen, an selbständiges Wirtschaften nicht gewöhnten, verschuldeten Bauern zum Verkauf ihres Grundes veranlassen, zumal die Agrarkrise der zwanziger Jahre viele Bauern in Bedrängnis brachte. Die aus ihren traditionellen Bindungen und Ordnungen geworfene Bevölkerung war mit der Entlassung aus dem Herrschaftsverhältnis, aus dem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis, aber auch aus der Sorgspflicht des Dienstherrn entlassen worden. Die Sorgpflicht war auf sie selbst übergegangen und sie konnten sie nur mit ihrer für industrielle Zwecke ungeübten Arbeitskraft erfüllen.

⁵⁵ Vgl. Lampert/Althammer (2001), S. 29.

⁵⁶ Lampert/Althammer (2001), S. 30.

⁵⁷ Lampert/Althammer (2001), S. 30; Henning (1995), S. 41 f.

Durch die unvollkommene Durchführung, die zu einer Proletarisierung befreiter Bauern in großer Zahl führte, wurde die Bauernbefreiung zu einer der Ursachen der sozialen Frage als Arbeiterfrage⁵⁸.

1.1.2 Die Gewerbefreiheit

Wie die Bauernbefreiung war auch die Einführung der Gewerbefreiheit sowohl ein Ergebnis der Durchsetzung des Freiheitsgedankens als auch ein Produkt wirtschaftlicher Zweckmäßigkeitserwägungen. Die Gewerbefreiheit ist das jedermann gegebene Recht, bei Erfüllung bestimmter sachlicher Voraussetzungen jeden Produktionszweig in jedem Umfang mit jeder Produktionstechnik eröffnen und betreiben zu können. Die Einführung dieser Freiheit hatte die Sprengung des Zunftwesens, das die wirtschaftliche Entwicklung vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert beherrscht hatte, zur Folge. Produktionsbeschränkungen wie die Beschränkung der Zahl der Handwerksbetriebe, der Gesellen und der Lehrlinge wurden aufgehoben, ebenso die Beschränkungen der von der Zunft genehmigten Produktionsmethoden und -techniken sowie des Rohstoffbezuges, der Absatzwege und -methoden. Gleiche formale wirtschaftliche Rechte für alle wurden hergestellt. Insgesamt war der Wandel durch mehr Rationalität, Wirtschaftlichkeit, weiterentwickelte und verbesserte Technik und neue Ideen geprägt. Mit dem Abbau zünftlerischer Beschränkungen war auch eine Mobilisierung wirtschaftlicher Fähigkeiten, Talente und Begabungen möglich. Zahlreiche Gesellen nutzten die Chance, sich wirtschaftlich zu verselbständigen.

1.2 Die „Arbeiterbewegung“ (Revolutionen von 1848/1849)

War es im Jahr 1789 dem vermögenden Dritten Stand um eine Begrenzung der Staatsaufgaben zugunsten individueller Freiheit gegangen, so ging es 1848 dem besitzlosen „Vierten Stand“ um eine soziale Reaktivierung des Staates zu Lasten bürgerlicher Freiheit⁵⁹. Der März 1848 bildete den großen Einschnitt im Leben und auch in der sozialen Denkweise des deutschen Volkes im 19. Jahrhundert. Neben die freiheitliche Bewegung in der Politik trat die sozialistische⁶⁰. Die ersten sozialistischen und kommunistischen Ideen waren zwar schon in den dreißiger Jahren von Frankreich nach Deutschland herübergekommen, hatten aber noch in der Bewegung des Jahres 1848 keine wesentliche Rolle gespielt. Im Februar 1848 veröffentlichte Karl Marx gemeinsam mit Friedrich Engels das „Kommunistische Manifest“, die Grundlage des marxistischen Sozialismus, das – international und revolutionär zugleich – vornehmlich die Begründung des Klassenkampfgedankens enthält und die Ziel-

⁵⁸ mehr dazu in Teil I, Kapitel 2, 4.1.

⁵⁹ Grimm (1983), S. 49.

⁶⁰ Vgl. insgesamt dazu Erdmann (1957), S. 6 f.

setzung der sozialen Bewegung in einer Vergesellschaftung der Produktionsmittel sieht. Im Zuge der großen volkswirtschaftlichen und sozialen Umbildung, die sich nach 1848 vollzog, trat zunächst *Ferdinand Lassalle* als die markanteste Persönlichkeit der neuen Arbeiterbewegung und Verkünder ihrer politischen und sozialen Forderung in Erscheinung. Sein Ziel war die Einführung des allgemeinen, gleichen, direkten und geheimen Wahlrechtes zur Hebung des Einflusses und der Stellung des „Vierten Standes“, die Gründung von Produktionsgenossenschaften, in denen die Arbeiter durch Teilnahme am Gewinn entlohnt werden sollten, die Änderung des bisherigen Systems der Lohnarbeit („ehernes Lohngesetz“), sowie die Beseitigung aller sozialen und politischen Ungleichheit der arbeitenden Stände.

1866 nahm Bismarck das allgemeine direkte und geheime Wahlrecht in die Verfassung des Norddeutschen Bundes und später in die des Deutschen Reiches auf⁶¹. Hierin lag zugleich auch ein sozialpolitisches Ereignis von größter Bedeutung. In dem neuen Wahlrecht lag nicht nur die Anerkennung der in der Welt fortschreitenden demokratischen Prinzipien auch in Deutschland, sondern das neue Wahlrecht eröffnete auch den sozialistischen Parteien die Möglichkeit, ihre sozialpolitischen Ziele auf parlamentarischem Wege zu verfolgen und sie durch die soziale Gesetzgebung schrittweise zu verwirklichen. Nach Gründung der sozialdemokratischen Partei im Jahre 1868 erfolgte schließlich in Gotha im Mai 1875 die Vereinigung der marxistischen und Lassalleschen Arbeiterbewegung auf der Grundlage eines überwiegend marxistischen Programms. Die Arbeiterbewegung übte einen zunehmenden Druck auf Staat und Gesellschaft aus. In ihren Programmen – Eisenach 1869 und Gotha 1875 – proklamierte sie ihren Anspruch auf Verbesserung und Stabilisierung ihrer Situation. Die Arbeiter wurden sich gerade damals ihrer besonderen Lage bewusst. Sie erkannten die neuen, von der Industrialisierung verursachten Unfall- und Krankheitsgefahren. Mit der Gemeinsamkeit der Not, der zunehmenden Konzentration von Menschen in Fabriken und Großstädten, bald auch durch die Sozialistenverfolgungen wuchs die Solidarität. Diese Solidarität stand im Gegensatz zu der Isolierung, welche die Armen im „Ancien Régime“⁶² erfahren hatten. Sie nahm den Platz der alten Verbindungen ein, in denen früher Familie und Zunft die Zusammengehörigkeit konstituiert hatten. Sie führte am Ende zu den verschiedenen Organisationen der Arbeiterbewegung. Militärdienst, Volksschule und Steuerzahlung verstärkten das Zusammengehörigkeitsgefühl. Der Massenproduktion und in deren Folge der Demokratisierung des Konsums entsprach die „Vermassung“ der Politik⁶³.

⁶¹ Vgl. Erdmann (1957), S. 7.

⁶² Französisch: alte Regierungsform, Bezeichnung für das Staats- und Gesellschaftssystem des absolutistischen Frankreich vor 1789. Während der Französischen Revolution, der „neuen Regierungsform“, war Ancien régime die abwertende Bezeichnung für die vorangegangene Ära, in der die Regierung allein dem König verantwortlich war und nicht den gewählten Volksvertretern. In einem weiteren Sinne bezeichnet Ancien Régime die europäische Staats- und Gesellschaftsordnung von etwa der Mitte des 17. Jahrhunderts bis zum Ende des 18. Jahrhunderts.

⁶³ Benöhr (1979), S. 299.

1.3 Das „Sozialistengesetz“

Der auf die so genannten „Gründerjahre“ mit ihrer ungesunden Überproduktion und Spekulation folgende wirtschaftliche Rückschlag des Jahres 1873 brachte mit Massenentlassungen und Lohnminderungen eine schwere soziale Krise mit sich, führte zu einer erheblichen Verschärfung der sozialen und politischen Spannungen und hatte ein starkes Anwachsen der sozialdemokratischen Stimmenzahl bei den Reichstagswahlen zur Folge. Nachdem zwei Attentate auf Kaiser Wilhelm I. im Sommer 1878 als Folge sozialdemokratischer Agitation angesehen wurden, stimmte der Reichstag dem von der Regierung vorgelegten Ausnahmegesetz gegen die Sozialdemokratie, dem so genannten „Sozialistengesetz“ zu. Dieses Gesetz, das Vereine, die den Umsturz von Staat und Gesellschaft durch sozialdemokratische und kommunistische Bestrebungen herbeiführen wollten, verbot und von Bismarck als wirksames Mittel zur Schwächung und Spaltung der sozialdemokratischen Partei gedacht war, bewirkte in der Praxis das Gegenteil⁶⁴. In der Erkenntnis, dass das soziale Problem nicht durch die Unterdrückung der sozialdemokratischen Partei zu lösen sei, sondern dass es hierzu positiver sozialreformatoryischer Maßnahmen bedürfe, fasste Bismarck den Entschluss zu einer großen, umfassenden Arbeiterversicherung, mit der er gleichzeitig hoffte, die Arbeiterschaft für den Staat gewinnen und mit den Besitzenden versöhnen zu können. Eines der verfolgten Ziele war also die Versöhnung mit der Arbeiterschaft. Dies wird auch in der Kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881⁶⁵ deutlich, in der es einleitend heißt: „Schon im Februar dieses Jahres haben wir unsere Überzeugung aussprechen lassen, dass die Heilung der sozialen Schäden nicht ausschließlich im Wege der Repression sozialdemokratischer Ausschreitungen, sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter zu suchen sein werde“. Diese Botschaft ist der Ausgangspunkt der deutschen Sozialversicherungsgesetzgebung. Die Besonderheit des Bismarckschen Systems bestand in der bewussten Koppelung von Unterdrückung und Fürsorge, um das System zu erhalten. Die Sozialversicherung diene weitgehend, wenn nicht ausschließlich, als eine „Entschädigungspolitik zur Loyalitätssicherung“. Dabei glaubte Bismarck weniger, er könne auf diese Weise die Arbeiter der SPD abspenstig machen, die Arbeiterbewegung spalten und ein neues Wählerpotential zur Unterstützung der „reichstreuen“ Parteien gewinnen. Sondern es ging ihm, wie er nicht müde wurde zu betonen, darum, die negativen Voraussetzungen zu beseitigen, welche das Aufkommen und Wachsen der SPD begünstigten. Die Sozialversicherung diene vor allem der Flankierung des Sozialistengesetzes, um die Arbeiterschaft wieder an den Staat heranzuführen⁶⁶.

⁶⁴ Erdmann (1957), S. 8.

⁶⁵ Abgedruckt in Stolleis (1976), S. 105 f.

⁶⁶ Benöhr (1979), S. 301 ff.

2 Rechtliche Entstehungsbedingungen

Rechtliche Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik ergeben sich im Wesentlichen aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Verfassungsstaat war seinem Ursprung nach kein Sozialstaat⁶⁷. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 stellte das Individuum in den Mittelpunkt. Der Mensch wurde verstanden als mit ausreichender Vernunft versehen, mit Willensfreiheit begabt, selbstverantwortlich tüchtig, mit einem kleinen Vermögen ausgestattet, selbst Nutznießer des Fortschritts⁶⁸.

In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob die Grundrechte lediglich der Intervention des Staates als Abwehrrechte entgegenstanden oder ob sie auch ein positives Gebot zur Freiheitsförderung enthielten⁶⁹, um aktiv in den Wirtschafts- und Sozialablauf einzugreifen.

2.1 Die klassische Grundrechtstheorie

Zu ihrer Entstehungszeit ausgangs des 18. Jahrhunderts wurden die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte des Staats gedeutet. Die aus den bürgerlichen Revolutionen hervorgegangenen Verfassungen kennzeichnete, dass sie dem Staat die Verantwortung für Wohlstand und Gerechtigkeit, die er bis dahin stets beansprucht hatte, entzogen und zur Privatsache machten. Dahinter stand die philosophisch und ökonomisch begründete Überzeugung, dass nationaler Wohlstand und soziale Gerechtigkeit nicht das Ergebnis planvollen staatlichen Wirkens, sondern die automatische Folge gesellschaftlicher Autonomie seien⁷⁰. Voraussetzung dafür war nichts anderes als Freiheit und Gleichheit der Individuen. Sie sollten für Wohlstand sorgen, weil die Beseitigung der ständisch-korporativen Eigentums- und Betätigungsbindungen und die Abschaffung des staatlichen Dirigismus Talent und Fleiß des Einzelnen freisetzen und im Wettbewerb zu höchster Leistungskraft steigern würden. Gerechtigkeit sollte sich ausbreiten, weil in einem solchen System der Wille des Einzelnen für seine sozialen Beziehungen maßgeblich würde, so dass an die Stelle heteronomer Pflichten freie Vereinbarungen traten, die einen subtileren Interessenausgleich ermöglichten, als zentrale Steuerung ihn zu bewirken vermochte. Freiheit war unter der Voraussetzung, dass ein gerechter Interessenausgleich nur aus dem ungehinderten Spiel der gesellschaftlichen Kräfte hervorgehen könne, gleichbedeutend mit der Abwesenheit staatlicher Reglementierung. Die konstruktive Aufgabe der Grundrechte bestand also darin, den Staat an aktiver Einflussnahme auf die Gesellschaft zu hindern und seine Eingriffe in die Gesellschaft auf die Abwehr

⁶⁷ Grimm (1983), S. 41.

⁶⁸ Benöhr (1979), S. 303.

⁶⁹ siehe zu dieser grundlegenden Fragestellung Benöhr (1979), S. 303.

⁷⁰ Vgl. hierzu Grimm (1982), S. 52 f.

von Freiheitsbedrohungen zu begrenzen, also Trennung von Staat und Gesellschaft zu gewährleisten.

2.2 Auswirkungen der klassischen Grundrechtstheorie

2.2.1 Änderung der Bedingungen der klassischen Grundrechtstheorie

Die Grundannahme dieser Theorie, wonach aus dieser individuellen Freiheit die soziale Gerechtigkeit hervorgehe, war nur unter der Voraussetzung plausibel, dass in der Gesellschaft ein gewisses Gleichgewicht der Kräfte herrschte⁷¹. Der Liberalismus hatte jedoch die Ungleichheit der Startbedingungen übersehen, welche die Angehörigen der Oberschicht von ihrer Geburt an im Wettbewerb mit anderen begünstigten⁷². Im Laufe des 19. Jahrhunderts traten Ereignisse ein, die die Bedingungen individueller Freiheit nachhaltig veränderten; die „Industrielle Revolution“ begann. Infolge der Einführung maschineller Produktionsweisen büßte ein großer Teil der Bevölkerung die materielle Basis des Freiheitsgebrauchs ein. Privatautonomie produzierte ohne die Möglichkeit staatlicher Korrekturen notwendigerweise soziale Ungleichheit und schloss auch existentielle Not nicht aus. Doch konnten Ungleichheit und Not in einem System individueller Freiheit nicht als extern auferlegt gelten, sondern erschienen persönlich zurechenbar und insofern nicht ungerecht. Not war privatisiert⁷³. Hatte die Freiheit bislang immer an Besitz von Grund und Boden oder einem existenzverbürgenden Äquivalent gehangen, hatte umgekehrt das Fehlen eines solchen auch Unfreiheit bedeutet, so konnte nun Freiheit auch ohne materielle Grundlage vorkommen. Die Freiheit war zwar verallgemeinert, aber dafür nur noch Chance. Mit der Eigentumsgarantie ging kein Anspruch auf Besitz, mit der Berufsfreiheit kein Recht auf Arbeit, mit der Unverletzlichkeit der Wohnung kein Anrecht auf Obdach einher. War andererseits Eigentum bisher immer sozialpflichtig, also mit Fürsorgepflichten für Abhängige verbunden gewesen, so erhob es sich nun zum absoluten Recht. Wer Eigentum hatte, konnte damit nach Belieben verfahren, wie Artikel 544 *Code Napoléon* pointiert formulierte. Die Rechtfertigung lag darin, dass es jedem freistand, Eigentum zu erwerben, und wer dieses Grundrecht nicht nutzte, war für die Folgen selbst verantwortlich. Somit trat der gerechte Interessenausgleich, dessen erwartete Automatik die Einrichtungen der staatlichen und gesellschaftlichen Gemeinwohlvorsorge überflüssig erscheinen ließen, nicht ein. In der von staatlicher Herrschaft befreiten Sphäre breiteten sich vielmehr gesellschaftliche Abhängigkeiten aus⁷⁴. Privilegien und Standesschranken,

⁷¹ Vgl. hierzu Grimm (1982), S. 53 f.

⁷² Benöhr (1979), S. 305.

⁷³ Grimm (1983), S. 42.

⁷⁴ Vgl. hierzu auch Martens (1972), S. 11.

die historischen Gegner der Grundrechte, kehrten in Gestalt von Besitz und der dadurch vermittelten Möglichkeiten wieder⁷⁵. Daran zeigt sich der voraussetzungsvolle Charakter des Liberalismus. Sind alle gleich frei und zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse auf Verträge angewiesen, dann kann sich daraus ein gerechter Interessenausgleich nur ergeben, wenn der gleichen rechtlichen Freiheit auch ein annäherndes materielles Kräftegleichgewicht entspricht. Andernfalls ist Vertragsfreiheit gleichbedeutend mit dem Recht des Stärkeren⁷⁶. Damit ging das von der klassischen Grundrechtstheorie stillschweigend vorausgesetzte Kräftegleichgewicht in der Gesellschaft verloren.

Individuelle Freiheit war somit lediglich formale Freiheit⁷⁷. Sie umfasste weder die tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs, die als selbstverständlich unterstellt wurden, noch enthielt sie irgendwelche Verhaltensanforderungen. Die einzige Grenze der eigenen Freiheit war die – freilich ebenfalls formal verstandene – Freiheit der anderen.

2.2.2 Auswirkungen auf die Einrichtungen sozialer Sicherheit

Neben dieser Änderung der Bedingungen der klassischen Grundrechtstheorie sind zudem ihre Auswirkungen auf die Einrichtungen sozialer Sicherheit zu nennen. Der Verfassungsstaat löste die vielfältigen sozialen Sicherungen der vorkonstitutionellen Ordnung auf, ohne sie durch andere zu ersetzen. Im Zuge der Umstellung der Rechtsordnung von objektivem Gemeinwohl auf subjektives Belieben verschwanden oder verkümmerten die meisten Einrichtungen sozialer Sicherheit, die mit der ständisch-korporativen Gesellschaftsordnung verbunden waren. Das betraf insbesondere die im Feudalsystem und in der Zunftverfassung enthaltenen Gewährleistungen, aber auch die Anstalten der staatlichen, kommunalen und kirchlichen Armenpflege. Die Grundrechtskataloge begnügten sich mit einem Auftrag zur staatlichen Armenpflege, der aber keinen Rechtsanspruch vermittelte und nur das Überleben sicherte. Damit entfiel der Wohlfahrtszweck des Staates, und seine Funktionen reduzierten sich auf den Rechtszweck. Auch diesen erfüllte er aber nicht mehr durch die Herstellung einer gerechten Sozialordnung, sondern nur noch durch die Garantie ihrer natürlichen Voraussetzungen – eben Freiheit und Gleichheit⁷⁸.

2.3 Reaktionen

Sollten nun jedoch personale Selbstbestimmung, allgemeiner Wohlstand und soziale Gerechtigkeit als Ziel gültig bleiben, mussten die Mittel geändert werden. Das Gemeinwohl

⁷⁵ Vgl. hierzu Grimm (1982), S. 54.

⁷⁶ Grimm (1983), S. 44 f.

⁷⁷ vgl. hierzu insbesondere Grimm (1982), S. 58 ff.

⁷⁸ Vgl. hierzu Grimm (1983), S. 42 ff.

war nicht mehr durch Abstinenz erreichbar, sondern verlangte wieder staatliche Aktivität. Was bisher als privates Risiko gegolten hatte, musste in seiner Eigenschaft als öffentliches Risiko erkannt werden⁷⁹. Man sah, dass die neuen Arten von Freiheit und Gleichheit, die Möglichkeit zur Entfaltung der Persönlichkeit, die Sicherheit der körperlichen Integrität am ehesten vom Staat gewährt werden konnten und mit materiellem Gehalt gefüllt werden mussten. Materielle Freiheit war herzustellen. Die bloße Garantie des Eigentums war nichts wert für die Nichtsbesitzenden und musste durch die Gewährleistung eines Minimums an materieller Sicherheit ergänzt werden. Für diejenigen, die Gesundheit und Leben in der Industrie einsetzten, wurde der Schutz eben dieser Güter erforderlich. Die vom Wirtschaftsliberalismus verstärkten ökonomischen Ungleichheiten, Abhängigkeiten und Unsicherheiten mussten zu einer Neuinterpretation der verfassungsmäßigen Gleichheits-, Freiheits- und Eigentumsgewährleistung führen. Die Integration der Bürger war herzustellen, der Arbeitskraft gesetzlicher Schutz zuzuwenden. Der Staat musste an seiner Hauptaufgabe bleiben, Frieden und Sicherheit im Innern zu bewahren. Die Einzelnen waren in neue Gliederungen einzufügen⁸⁰. Diese Gewährleistung verlangte neue Differenzierungen, nämlich die rechtliche Privilegierung der bisher sozial Benachteiligten.

Nennenswerte Bemühungen, die Funktion der Grundrechte im Lichte der gewandelten Realisierungsbedingungen von Freiheit theoretisch neu zu bestimmen, sind im 19. Jahrhundert nicht sichtbar⁸¹. Die Reichsverfassung enthielt sich jeder Programmatik, ja selbst jeder grundrechtlichen Sicherung und verstand sich im Wesentlichen als Organisationsstatut. Dadurch überließ sie alle inhaltlichen Fragen der politischen Entscheidung.

Trotz dieser mangelnden Programmatik trat der Staat ab 1848 sozialpolitisch stärker in Erscheinung als vorher, obwohl sich am Charakter punktueller Missbrauchskorrekturen nichts änderte. Im Wesentlichen war die Sozialgesetzgebung Arbeitsschutzgesetzgebung. 1849 kam es zu der seit langem geforderten Pflicht, Löhne bar auszuzahlen, dem so genannten Truckverbot. Dieselbe Gesetzesnovelle bezog Arbeitnehmer in die Gewerberäte ein, die an innerbetrieblichen Arbeitszeitregelungen mitwirken und Arbeitskonflikte schlichten sollten. 1853 wurde der Kinderarbeitsschutz erheblich ausgeweitet, 1878 erstmals ein Frauen- und Mutterschutz sowie die obligatorische staatliche Gewerbeaufsicht zur besseren Durchsetzung der gesetzlichen Schutzvorkehrungen eingeführt. Die Rückwendung zu sozialer Wohlfahrt vollzog sich jedoch erst gut dreißig Jahre nach der Revolution von 1848 mit der Bismarckschen Sozialgesetzgebung⁸².

⁷⁹ Gruner (1979), S. 106 ff.

⁸⁰ Benöhr (1979), S. 322.

⁸¹ Grimm (1982), S. 54.

⁸² Vgl. hierzu Grimm (1983), S. 49 f.

Zusammengefasst betrieb der Staat Sozialpolitik, aber er identifizierte sich nicht mit sozialen Zwecken, da sie verfassungsrechtlich nicht verankert waren. Dennoch schafften die Grundrechte die Voraussetzungen für die Entstehung einer Sozialordnung. Noch im Liberalismus fungierten die Grundrechte als objektive Prinzipien der Sozialordnung⁸³. Sie leiteten die Reformgesetzgebung zum Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Sozialmodell. Als die Rechtsordnung im bürgerlichen Sinn umgestaltet war, trat ihre subjektivrechtliche Komponente in den Vordergrund. Unter der liberalen Voraussetzung, dass die Gesellschaft autoregulativ sei und vom Staat nur gegen Störungen abgeschirmt werden müsse, fungierten die Grundrechte als Abwehrrechte. Da die Voraussetzung des Autoregulativs jedoch entfiel, kam das objektive Element der Grundrechte wieder zum Vorschein und drängte auf aktive Realisierung. Die Verfassung wirkte damit durch die veränderten Bedingungen indirekt als Entstehungsbedingung für eine Sozialgesetzgebung.

3 Wirtschaftliche Entstehungsbedingungen

Stark verkürzt beruhen alle Hypothesen zu den wirtschaftlichen Entstehungsbedingungen auf der Annahme, dass eine nationale Wirtschaft einen bestimmten Stand erreicht haben muss, damit in einem Land überhaupt Sozialversicherung entstehen kann⁸⁴. Die Entstehungsbedingungen lassen sich unterteilen in die Grundbedingung, dass ein Strukturwandel stattfindet und die eigentliche Entstehungsbedingung, dass die Wirtschaft in einer Wachstumskrise steckt. Hinzu kommen weitere wirtschaftliche Einzelbedingungen.

3.1 Grundbedingung: Strukturwandel der Wirtschaft

Wirtschaftliche Grundbedingung in den europäischen Ländern war der Strukturwandel der Wirtschaft in Form der Ablösung einer agrarisch-kleingewerblich-hausindustriellen Produktionsweise in vorwiegend kleinen Produktionseinheiten mit breit gestreutem Eigentum (an Grund und Boden wie an Produktionsmitteln) durch eine industriell-großbetrieblich bestimmte Wirtschaft⁸⁵. Kennzeichnend für diese neue Wirtschaftsordnung war die Trennung von Kapital und Arbeit⁸⁶. Charakteristisch für dieses kapitalistische System ist, dass die Eigentumsrechte an den Produktionsmitteln, am Sachkapital bei privaten Eigentümern liegen und dass diese durch Arbeitsverträge Arbeitskräfte in ihren Dienst stellen. Den Kapitaleigern steht nicht nur die Dispositionsbefugnis über das Kapital und (im Rahmen der Arbeitsverträge) über die Arbeitskräfte zu, sondern auch das Verfügungsrecht über die Arbeitspro-

⁸³ Vgl. hierzu Grimm (1982), S. 52 ff.

⁸⁴ Vgl. Köhler (1979), S. 24.

⁸⁵ Fischer (1979), S. 91.

dukte und den damit erzielten Ertrag. Die Tatsache, dass das Kapital in den ersten Jahrzehnten der industriellen Entwicklung der Engpassfaktor war, die Arbeit der Überflussfaktor, bewirkte im Zusammenhang mit der Trennung von Kapital und Arbeit, dass im ersten Jahrhundert der Industrialisierung primär Kapitalinteressen berücksichtigt, Arbeitnehmerinteressen aber vernachlässigt wurden. Folgende Kriterien zeigen die Besonderheiten dieser historisch neuen Wirtschaftsorganisation⁸⁷:

- (1) Prädominanz des Faktors Kapital im Wirtschaftssystem
- (2) Mechanisierung/Technisierung der Produktion
- (3) Geldwirtschaft
- (4) Rationale (doppelte) Buchführung
- (5) Kommerzialisierung und Übertragbarkeit aller Güter
- (6) Kalkulierbares politisches und rechtliches System
- (7) Arbeiterklasse, die ihre Arbeit für Lohn anbietet.

3.2 Entstehungsbedingung: Wachstumskrise

Jedoch setzt Sozialversicherung nicht nur eine relativ entwickelte Wirtschaft voraus, sondern gewinnt tatsächlich erst nach weitgehend vollzogener Wirtschaftsexpansion eine reale Entstehungschance. „Es muss erst produziert werden, was dann ggf. verteilt werden kann“⁸⁸. „Wirtschaftswachstum“ als ökonomische Entstehungsbedingung ist zudem nur der eine Teil einer doppelten Voraussetzung, deren Kehrseite die Wachstumskrise ist, die die soziale Not der Arbeiter zu Beginn der Industrialisierung beschreibt⁸⁹. Die Errichtung von Sozialversicherung wird also durch eine Krise des bis dahin diese soziale Not überspielenden Wirtschaftswachstums angestoßen.

3.3 Wirtschaftliche Einzelbedingungen

Der Gedanke, dass Sozialversicherung erst nach relativer Entwicklung einer nationalen Wirtschaft eine reale Entstehungschance hat und dass diese Chance durch Wachstumskrisen dieser Wirtschaft sogar vergrößert wird, führt zu der Ausgangsfrage, ob es neben diesen eher abstraktgenerellen Bedingungsbeziehungen nicht auch sehr praktische ökonomische Einzelfaktoren gibt, die zusammen ebenfalls zu den Bedingungen gehören, ohne die Sozialversicherung entweder nicht entstehen kann oder nicht zu entstehen braucht⁹⁰.

⁸⁶ Vgl. Lampert/Althammer (2001), S. 33.

⁸⁷ Köhler (1979), S. 25 m.w.N.

⁸⁸ Köhler (1979), S. 31.

⁸⁹ Vgl. Wannagat (1981), S. 373 m.w.N.

⁹⁰ Köhler (1979), S. 33.

Einer dieser Einzelfaktoren war die sich entwickelnde Geldwirtschaft. Die Industrialisierung war ein derart dynamischer Prozess, der nicht nur Geldwirtschaft voraussetzte, sondern deren Entwicklung zu einem alle Lebensbereiche der Gesellschaft erfassenden System beschleunigte. Die entwickelte Geldwirtschaft als dominierendes Element der gesamtwirtschaftlichen Infrastruktur war dabei mehr als nur der Hintergrund, vor dem Sozialversicherung entstehen kann – sie war auch Teil ihrer ökonomischen Bedingungen. Denn erst in einer entwickelten Geldwirtschaft wird es sinnvoll, ein Rechtssystem zu errichten, das auf Tatbestände wirtschaftlicher und sozialer Mangellagen vor allem mit Ansprüchen auf Geldleistungen reagiert. Sozialversicherung wird erst durch die Vermittlungsfunktion, die Geld in einer modernen Wirtschaft erhält, so denkbar, wie sie schließlich entstanden ist.

Auch die Lohnarbeit in der mechanisierten Produktion war Entstehungsfaktor für die Sozialversicherung⁹¹. Der mit der wachsenden Produktion mitwachsende Arbeiterstand wurde zur Arbeiterklasse, die schon aufgrund dieses enormen Anwachsens zur gesellschaftlich relevanten Schicht das vorindustrielle Armenproblem qualitativ dadurch veränderte, dass es nun eine abgrenzbare, benennbare Klasse gab. Deren ganz spezifische soziale Probleme schienen, jetzt als wesentlich wirtschaftlich bedingt erkannt, auch mit ökonomischen Mitteln lösbar: Nur für den Industriearbeiter galt, dass seine Rolle im Arbeitsleben hinreichend differenziert war, um systematisiert werden zu können, nur für ihn war messbar, was durch den Eintritt individueller Not ausfällt und deshalb erstmals ersetzt werden konnte, nämlich ein in Geld zu berechnender Arbeitslohn. Nur für ihn konnte mit einer versicherungstechnischen Messzahl generalisierend prognostiziert werden, wann etwa sein Arbeitsleben zu Ende gehen wird und ein Ersatz für das damit verlorene Einkommen geschaffen werden musste. Er allein war auch „in der Fabrik“ organisiert und diszipliniert tätig, was für das Sozialversicherungsmodell sowohl hinsichtlich der persönlichen Erfassung, als auch der effizienten Beitragseinzahlung die Machbarkeit des versicherungstechnischen Zugriffs eröffnete, denn nur er hatte einen Arbeitgeber, dem man den Einzug der Beiträge per Lohnabzug auferlegen konnte.

Zu der sich entwickelnden Geldwirtschaft und der Lohnarbeit hinzu kam, dass erst ein bestimmter Organisationsgrad der Wirtschaft Sozialversicherung selbst „wirtschaftlich“ macht und ihre Entstehung ermöglicht⁹². Der in einem Versicherungssystem liegende Vorsorgegedanke kann ökonomisch nur dann ernsthaft realisiert werden, wenn auch der Versicherte sich dies „leisten kann“, wenn also eine gewisse Höhe und vor allem Regelmäßigkeit der Löhne gesamtwirtschaftlich erreicht ist. Dies war zuerst bei den Arbeitern der expandie-

⁹¹ Köhler (1979), S. 35.

⁹² Vgl. Köhler (1979), S. 36.

renden Industriebetriebe der Fall, so dass Sozialversicherung als Arbeiterversicherung entstand.

4 Soziale Entstehungsbedingungen

Die wirtschaftlichen Entstehungsbedingungen von Sozialversicherung stehen in einem engen Zusammenhang mit den sozialen Entstehungsbedingungen und wirken mit diesen zusammen.

4.1 Die neue Arbeiterklasse

Zahlreiche Hypothesen, die soziale Entstehungsbedingungen einbeziehen, setzen an dem historischen Faktum an, dass Sozialversicherung als Arbeiterversicherung begann. Indem man die „soziale Frage“ als „Arbeiterfrage“ interpretiert, werden die sozialen Notlagen der Arbeiter zu der Bedingung, die Sozialversicherung entstehen lässt⁹³.

Die Arbeiterschaft entstand im Grunde erst im 19. Jahrhundert. Dazu zählte die sich entwickelnde Industriearbeiterschaft, die im Handwerk beschäftigten Arbeiter, die zumeist ihre Arbeit als Zwischenstufe auf dem Weg zum selbständigen Meister sahen, die Bergleute, Heimarbeiter, Manufakturarbeiter etc. All diesen Gruppen war gemeinsam, dass ihre Existenzgrundlage einzig ihre Arbeit, genauer, der dadurch erzielte Lohn war.

4.1.1 Lohnarbeit

Zum einen bildete der über den Lohn ökonomisch bemessbare und somit austauschbar werdende Produktionsfaktor Arbeit einen wirtschaftlichen Ansatzpunkt für Sozialversicherung.

Zum anderen wurde aber die verheerende Wirkung ökonomischer Austauschbarkeit auf das soziale Leben zahlloser Menschen zu einer Komponente der „sozialen Frage“. Lohnarbeit als Folge zunehmend mechanisierter Produktion ließ eine neue Klasse von Menschen entstehen. Kennzeichnend war die Trennung zwischen „schöpferischer“ und „mechanischer“ Arbeit und die Reduzierung des Planungsspielraumes, den der Lohnarbeiter für sein individuelles Leben hatte, denn das für eine Woche erworbene Geld reichte gewöhnlich nur für eine Woche, während der Bauer seit Jahrtausenden in Jahreszyklen geplant hatte. Der Arbeiter geriet in eine totale Abhängigkeit vom „Markt“, der nicht nur die Höhe seines Lohnes bestimmte, sondern auch, wie weit sein einziges Einkommen für Essen, Wohnen, Kleidung usw. reichte. Dies führte für ihn schließlich zu der bitteren Erfahrung, trotz größter Anstren-

gungen in Krisenzeiten allein durch eigene Arbeit seine Familie nicht hinreichend ernähren zu können, oder gar - selbst arbeitslos - zusehen zu müssen, wie Frau und Kinder für das Notwendigste bis zur physischen Erschöpfung arbeiten mussten. Diese totale Abhängigkeit war ein Impuls für die Entstehung von Sozialversicherung.

4.1.2 Desintegration der neuen Arbeiterklasse

Die Lohnarbeit führte zur sozialen Desintegration der neuen Arbeiterklasse, zur „Proletarisierung“ breiter Schichten der Gesellschaft⁹⁴. Viele zeitgenössische Beschreibungen dessen, was den Industriearbeiter zum Proletarier machte, weisen auf den Verlust sozialen Hintergrunds, wie Heimat, Familie, Hoffnung, Zukunft hin. Mit der Verlagerung der Produktion in die Fabrik verlor die soziale Gruppe „Familie“, verlor „das Haus“ seine Funktion als maßgebliche Grundform der Arbeitsorganisation⁹⁵. Eine Hypothese zu den sozialen Bedingungen der Entstehung von Sozialversicherung ist damit, dass die Lohnarbeit mit ihrem Effekt der sozialen Desintegration wiederum am Faktor Lohn mit dem Hebel Lohnersatz ansetzend eine Lösung durch Sozialversicherung notwendig machte. Sozialversicherung wird als Ersatzinstitution für die Leistungen, die in der „alten Gesellschaft“ von der Familie, der Heimat, der ständischen Zukunftssicherung erbracht worden sind, angesehen.

4.2 Bevölkerungsexpansion

Eine wesentliche Ursache für die Entstehung der sozialen Frage als Arbeiterfrage war zudem die Entstehung einer „Überschuss-Bevölkerung“, wobei der „Überschuss“ gemessen wird an den Möglichkeiten der Beschäftigung aller Erwerbsfähigen und Erwerbwilligen bei relativ stabilen Pro-Kopf-Einkommen⁹⁶.

Das Bevölkerungswachstum war auf steigende Geburtenzahlen, mehr noch aber auf eine Verminderung der Sterblichkeit als Folge medizinischer Fortschritte zurückzuführen. Als ursächlich werden jedoch auch politische Maßnahmen, nämlich die Bauernbefreiung und die Aufhebung des Zunftzwanges, angesehen, denn beide Ereignisse führten zur Aufhebung von Ehehindernissen und damit zu früheren und zahlreicheren Eheschließungen. Vor der Bauernbefreiung war für die abhängigen Bauern die Zustimmung des Gutsherrn Voraussetzung für eine Verehelichung. Für die Handwerker war in den Zunftordnungen vieler Städte der Nachweis eines den Familienunterhalt gewährleistenden Einkommens als Voraussetzung für eine Heirat zu erbringen. Aber auch die mit der bäuerlichen Befreiung erfolgende

⁹³ Vgl. dazu Köhler (1979), S. 42 ff.

⁹⁴ Köhler (1979), S. 44.

⁹⁵ Köhler (1979), S. 48.

⁹⁶ Lampert/Althammer (2001), S. 26 m.w.N.

Entlassung der Landarbeiter aus der Sorgepflicht der Gutsherren mag zur Bevölkerungsvermehrung beigetragen haben, weil nach dem Wegfall der Alterssicherung im Rahmen der Leibeigenschaft die auf sich selbst gestellten Landarbeiter glaubten, zu ihrer Alterssicherung Kinder aufziehen zu sollen⁹⁷.

4.3 Mobilität

Ursache für die Entstehung der sozialen Frage war aber nicht nur die Bevölkerungsexpansion, sondern auch die Änderung der Verteilung der Bevölkerung im Raum, anders ausgedrückt die Verstädterung, die sowohl das städtische Wohnungselend als auch eine soziale und religiöse Entwurzelung breiter Bevölkerungskreise nach sich zog⁹⁸. Eine weitere Hypothese sozialer Bedingtheit besagt daher, dass die (gesamteuropäische) Auflösung feudaler Bindungen frei und damit vor allem mobil gewordenen Schichten durch diese „Mobilität der Armut“ ein soziales Problem schufen, das auch auf die Struktur der Sozialgesetzgebung zurückwirken musste⁹⁹.

Bis Ende des 18. Jahrhunderts war der Wohnsitzwechsel des Einzelnen keineswegs eine Selbstverständlichkeit, sondern eine den Wohlhabenden vorbehaltene Ausnahme. Der Aspekt einer fast vollständig ortsfesten Bevölkerung erklärt, dass die Last der Sorge um die Armen den kleinsten kommunalen Einheiten, den Gemeinden, oblag. Bei Armenpflege und Armenpolizei handelte es sich um eine gesellschaftliche Reaktion auf die „örtlichen“ Armen, die sich insbesondere dagegen wendete, dass ortsfremde Arme den Gemeinden zuwanderten und dort die Kosten der Armenpflege erhöhten. Mit der Mobilisierung der Bevölkerung durch Auflösung der feudalen Strukturen setzte die Klage der Gemeinden über das Phänomen „Pauperismus“¹⁰⁰ ein. Die Gemeinden begegneten der unerwünschten Zuwanderung Ortsfremder, die keinen Einkommensnachweis erbringen konnten, dadurch, dass man diese des Ortes verwies, mit dem Ergebnis, dass die ohnehin den sozialen Frieden störende Wanderung nur noch weiteren Schub erhielt. Der zum Pauperismus führende Bevölkerungstau erfuhr nun offenbar einen Abfluss in die zunehmend mehr menschliche Arbeit erforderende Industrie. Der ursprünglich überall ländliche Pauperismus wurde durch die starke Binnenwanderung in die entstehenden Industriestädte überwunden und veränderte sich dort zum neuen Phänomen des städtischen Proletariats¹⁰¹.

Die Bevölkerungsentwicklung des industriellen Standorts folgte zudem dem „Gesetz vom doppelten Stellenwert“. Es besagt, dass in dem wirtschaftlichen Kreislauf von den primären

⁹⁷ Lampert/Althammer (2001), S. 26 f. m.w.N.

⁹⁸ Lampert/Althammer (2001), S. 27.

⁹⁹ Köhler (1979), S. 50.

¹⁰⁰ [lat.] der, Begriff des 19. Jahrhunderts für die vorindustrielle Massenarmut, Brockhaus (2001), S. 419.

¹⁰¹ Köhler (1979), S. 52.

Arbeitseinkommen über alle privaten und öffentlichen Haushalte von jeder primären Stelle eine zweite in den Folgeleistungen mit getragen wird. Mit jeder neu geschaffenen industriellen Stelle wird also automatisch eine zweite Stelle in Versorgung, Verwaltung oder Dienstleistungen mitgestiftet, so dass ein doppelter Bedarf an Menschen entsteht. Diesen Bedarf kann aber die Stadt aus eigenen geborenen Überschüssen nicht decken. Jeder industrielle Standort in der Entwicklung ist damit notwendig auf Zuwanderung angewiesen¹⁰².

Das Phänomen der Wanderung könnte aber auch in der Form der Auswanderung als „soziales Ventil“ Auswirkungen auf die Entstehung der Sozialversicherung gehabt haben. So erscheint es nicht ausgeschlossen, dass vielleicht eine der sozialen Bedingungen, die in England und Frankreich ein früheres Entstehen von Sozialversicherung weniger dringlich machten, darin bestand, dass dort die Auswanderung in die Kolonien als ein soziales Ventil wirkte, das in Deutschland fehlte. Während es früher in einzelnen deutschen Ländern eine Abschiebung von Armen und Kriminellen nach Amerika gab, setzte sich jedoch spätestens nach der großen Auswanderungswelle von 1848 die Erkenntnis der Nationalökonomien durch, dass Auswanderung eher als Verlust denn als Gewinn für eine expandierende Volkswirtschaft zu verbuchen sei. Je dringender der Bedarf der expandierenden Industrie an Menschen wurde, desto mehr entstand ein Wanderungssog in die dadurch entstehenden industriellen Ballungsräume und desto unerwünschter wurde eine massenhafte Auswanderung dieser Menschen ins Ausland.

Mobilität stellte sich somit sowohl als Binnenwanderung als auch als fast alle frühen Industriestaaten gleich treffende Bewegung massenhafter Auswanderung dar, die beide für sich innerhalb der sozialen Frage nach einer Lösung verlangten.

5 Institutionelle Entstehungsbedingungen

Die Hypothese der institutionellen Entstehungsbedingungen geht davon aus, dass institutionelle Gegebenheiten, wie Vorläuferinstitutionen der Sozialversicherung, eine administrative Infrastruktur sowie eine Gesetzgebungstechnik vorlagen und die Entstehung von Sozialversicherung bedingten.

5.1 Vorläuferinstitutionen der Sozialversicherung

Mit Vorläuferinstitutionen sind Arbeiterassoziationen gemeint, die entstanden sind, um der sozialen Not der Arbeiter abzuhelpen, wie z.B. die „friendly societies“ in England und die „sociétés des secours mutuels“ in Frankreich.

¹⁰² Köhler (1979), S. 53.

Aber auch in Deutschland war das Hilfskassenwesen keineswegs unterentwickelt. Durch das Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen von 1868 wurden die örtlichen Krankenkassen zur Pflicht für alle gemacht, die nicht schon einer der seit langem bestehenden Betriebskrankenkassen oder den regional bzw. berufsständisch gegliederten Hilfskassen angehörten. 1876 bestanden im Reich immerhin 754 eingeschriebene Hilfskassen (davon 400 freiwillige), eine Zahl die bis 1881 auf 1302 (davon 669 freiwillige) stieg. Daneben gab es noch – allein in Preußen – um 1880 insgesamt 4901 kleine und kleinste ortsstatuarische Zwangskassen, die nicht den Status der „eingeschriebenen Hilfskassen“ hatten und die Hilfskassen der Gewerkschaften¹⁰³. Überlegt man die Rolle dieser „Vorläufer“ bei der Entstehung von Sozialversicherung, so muss Erwähnung finden, dass das deutsche Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juli 1883 einen Großteil der existierenden Kassen in das neue System übernahm – wobei das dabei etablierte System der Selbstverwaltung auf den genossenschaftlichen Strukturen dieser frühen Selbsthilfeinitiativen aufbaute.

Es zeigt sich also, dass Sozialversicherung unter dem Aspekt kollektiver Problemlösungsversuche durchaus allgemeine Ansätze der Entstehungszeit fortführt. Die Vorläuferinstitutionen standen damit der Entstehung von Sozialversicherung nicht im Wege, sondern beschleunigten sie vielmehr.

Zudem konnte auf die Erfahrungen und Lösungen zurückgegriffen werden, die vorher von Versicherungsgesellschaften und Krankenkassen gesammelt worden waren¹⁰⁴.

5.2 Administrative Infrastruktur und Gesetzgebungstechnik

Auch Bürokratie, Verwaltung und Gesetzgebungstechnik nahmen Einfluss auf die Entstehung von Sozialversicherung.

Eine effektive administrative Infrastruktur ist Vorbedingung der Einführung von Sozialversicherungssystemen¹⁰⁵. Vor der napoleonischen Zeit haben die deutschen Territorien einen staatlichen Verwaltungsapparat kaum gekannt¹⁰⁶. Die Selbstverwaltungsinstitutionen wie Zünfte, Gutsbezirke und Gemeinden erfassten gerade nicht die Arbeiter oder gar die Vagabunden. Sie waren auch zur bürokratischen Massenabfertigung gar nicht in der Lage¹⁰⁷. Jedoch gab es in Preußen lange vor der Industrialisierung, deren Beginn dort um 1830 angesetzt werden kann, eine ausgebildete Verwaltungsbürokratie¹⁰⁸. Auch die Reichsgründung spielte eine ganz entscheidende Rolle, weil durch die Bürokratie auf Reichsebene die Entwicklung der Sozialversicherungsgesetzgebung gefördert und ihre Durchsetzung wesent-

¹⁰³ Köhler (1979), S. 59; Zahlen nach Tennstedt (1978), S. 20.

¹⁰⁴ Vgl. Maurer (1979), S. 355 ff., der die Zusammenhänge mit der Entwicklung der Privatversicherung darstellt.

¹⁰⁵ Vgl. Köhler (1979), S. 62.

¹⁰⁶ Benöhr (1979), S. 320.

¹⁰⁷ Benöhr (1979), S. 320.

lich erfolgreicher betrieben werden konnte¹⁰⁹. Insgesamt gab es jedoch erst in der Bismarckzeit eine Verwaltungsstruktur, die mitsamt der längst entwickelten Gesetzgebungstechnik die Inangriffnahme der modernen Sozialgesetzgebung erlaubte¹¹⁰.

Daraus folgt schon, dass eine ausreichend entwickelte Gesetzgebungstechnik wiederum Voraussetzung für eine effektive Verwaltung, die schon damals eine mit dem Instrument des Rechts organisierte und handelnde Administration bedeutete, war¹¹¹. Die Legislation zu Ende des 19. Jahrhunderts setzte einen hohen Stand der Gesetzgebungstechnik, verstanden als Beherrschung von Systematik, Begrifflichkeit und Sprache voraus¹¹². Dieses hohe Niveau war in Jahrtausenden geschaffen worden¹¹³. Im 19. Jahrhundert verwirklichte sich der spezifische Gesetzes- und Verwaltungsstaat; Rechtsgestaltung und Verfassung erhielten eine zentrale Bedeutung¹¹⁴. Es dominierte der Verfassungsgrundsatz, dass Rechtsänderungen nur durch das Parlament, also im Wege der Gesetzgebung, erfolgen dürften. Denn nur auf diese Weise sei sichergestellt, dass die Staatsbürger selbst über die sie betreffenden Eingriffe und Leistungsgewährungen bestimmen.

6 Versuch einer Systematisierung der Entstehungsbedingungen

Der epochale Umbruch lässt sich vergrößert und skizzenhaft mit folgenden Stichworten kennzeichnen: rasanter technischer Fortschritt, wirtschaftliche Innovationen, Gewerbefreiheit, Freizügigkeit, schrankenloser Liberalismus, Geburtenexplosion, Landflucht, Urbanisierung, Übergang vom Agrarstaat zum Industriestaat, zunehmende Lohnabhängigkeit, eine um sich greifende Proletarisierung im Bereich sozial schwacher Bevölkerungsschichten, politische Mobilisierung der Arbeiterschaft, die durch das 1871 eingeführte allgemeine, gleiche, geheime Reichstagswahlrecht an Bedeutung und Gewicht gewann, weitgehender Wegfall sozialer und fürsorglicher Pflichten der Arbeitgeber, wie sie für den Gutsherrn, Handwerksmeister, Gewerbetreibenden jahrhundertlang bestanden haben, fortschreitender Zerfall der Großfamilie in Richtung einer Zweigenerationen-Gemeinschaft, die vielfach die alten und kranken Menschen unversorgt außerhalb des Familienverbandes zurückließ¹¹⁵.

Mit der Aufzählung der einzelnen Entstehungsbedingungen ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, welches Konglomerat verschiedener Bedingungen unter welchen „Varia-

¹⁰⁸ Köhler (1979), S. 62.

¹⁰⁹ Vgl. Diskussionsbeitrag von Nehlsen in: Benöhr (1979), Diskussionsbericht, S. 327.

¹¹⁰ Benöhr (1979), S. 321.

¹¹¹ Vgl. Köhler (1979), S. 63.

¹¹² Benöhr (1979), S. 317.

¹¹³ Siehe dazu Benöhr (1979), S. 317 f.

¹¹⁴ Benöhr (1979), S. 308.

¹¹⁵ Wannagat (1984), S. 828.

tionsdimensionen“ zusammentreffen muss, um die Entstehung von Sozialversicherung zu begründen.

*Alber*¹¹⁶ versucht den Wissensstand bezüglich der Grundlagen der Entwicklung sozialer Sicherungssysteme zusammenzufassen. Dabei bedient er sich empirischer Studien und Analysen, die sich im internationalen Vergleich vorrangig mit dem allgemeinen Trend zur Steigerung der Sozialausgaben befassen, die versuchen, Determinanten der Sozialleistungsquote zu bestimmen und der Frage nachgehen, welche Konstellationen die Einführung von Sozialversicherungssystemen begünstigen.

Wenn es eine grundlegende „Botschaft“ der empirischen Studien gibt, dann die, dass die Entwicklung sozialer Sicherungssysteme ein komplexer Prozess ist, der in seiner Vielfalt nicht leicht zu beschreiben und nur in unzureichender Form mit Bezug auf grundlegende Strukturveränderungen zu erklären ist¹¹⁷.

Die meisten Studien zum Zusammenhang von Sozialausgaben und Wirtschaftsentwicklung folgen einem funktionalistischen Erklärungsmodell¹¹⁸. Die generelle Vorstellung dieser Arbeiten ist es, dass sich wohlfahrtsstaatliche Aktivitäten als funktional notwendige Reaktion auf allgemeine Probleme industrialisierender Gesellschaften im Rahmen der durch knappe Ressourcen auferlegten Beschränkungen entwickeln. Dabei akzentuieren einige Autoren stärker die im Rahmen der Wirtschaftsentwicklung entstehenden Sicherheitsbedürfnisse, während andere mehr auf die wachsende Verfügbarkeit von Ressourcen abstellen. Jedoch konnten die Studien zur Einführung von Sozialversicherungssystemen zeigen, dass die Variationsbreite der Entwicklungsniveaus zum Zeitpunkt der Errichtung zu groß ist, um die Idee von Schwellenwerten der Industrialisierung oder allgemeiner Systemnotwendigkeiten zu stützen.

Nach dem zweiten in den Studien aufgegriffenen Ansatz, den man als demokratietheoretisches Erklärungsmodell¹¹⁹ bezeichnen könnte, entwickeln sich soziale Sicherungssysteme primär in Reaktion auf politische Forderungen von im Zuge der Ausdehnung des Wahlrechts mobilisierten gesellschaftlichen Gruppen. Die wenigen vorhandenen Überprüfungen dieser Vermutung im Rahmen der quantitativen Analysen erbrachten zwar Hinweise, dass Ausdehnungen der Repräsentativität politischer Systeme sozialpolitische Anstrengungen fördern, aber auch hier zeigte sich, dass die Variation der Mobilisierungsniveaus zum Zeitpunkt der Einführung der Systeme zu groß ist, um die Sozialversicherungsgesetzgebung als Reaktion auf die Forderungen politischer Gruppen verstehen zu können.

¹¹⁶ Alber (1979), S. 123 ff.; vgl. zu Erklärungsmodellen zur rationalen Systematisierung der Bedingungsbeziehungen auch Köhler (1979), S. 71 ff.

¹¹⁷ Alber (1979), S. 173.

¹¹⁸ Vgl. dazu Alber (1979), S. 177 m.w.N.

¹¹⁹ Vgl. dazu Alber (1979), S. 177 f. m.w.N.

Ein dritter, voluntaristisch oder elitentheoretisch zu nennender Ansatz der Erklärung betont die Fähigkeit von Regierungen, bei vorhandenen administrativen Kapazitäten auch ohne die Petition gesellschaftlicher Gruppen soziale Probleme aufzugreifen. Es unterstreicht den Freiheitsspielraum, der den politischen Entscheidungsträgern in der Entwicklung der sozialen Sicherungssysteme zukommt. Einzelne Studien¹²⁰ belegen, dass politische Eliten die sozialen Sicherungssysteme durchaus strategisch als Mittel der Stabilisierung ihrer Herrschaft begreifen und formen können. Das elitentheoretische Paradigma hat mit dem demokratietheoretischen gemeinsam, dass die Grundlagen wohlfahrtsstaatlicher Aktivitäten primär im politischen System gesucht werden. Das Zusammenspiel ist jedoch kaum systematisch untersucht worden. Die sich damit beschäftigenden wissenschaftlichen Arbeiten enthalten lediglich Hinweise darauf, dass sich politische Mobilisierungsprozesse in Abhängigkeit vom institutionellen Kontext und der Stärke und Autonomie der Regierungen unterschiedlich auf die Reaktionsbereitschaft auswirken. Die grundlegende Frage, welche Faktoren die ursprüngliche Etablierung der so zählbaren Institutionen begünstigten, bleibt offen.

Zahlreiche Studien haben dagegen ihren Analysen einen vierten Ansatz zugrunde gelegt, der vom Eigenleben sozialer Institutionen ausgeht¹²¹. Die grundlegende Vorstellung ist hier, dass mit der Errichtung eines Sicherungsprogramms ein Modell für die Lösung sozialer Probleme geschaffen wird, das über den aktuellen Anlass der Einführung hinaus als Bezugspunkt für die Interpretation künftig auftretender Probleme dient. Getrieben von den Interessen der in ihnen tätigen Menschen, entwickeln die einmal errichteten Institutionen nach diesem Ansatz eine eigene Dynamik.

Ohne überzeugende empirische Bestätigung blieb auch der letzte große Ansatz der Erklärung, das Diffusionskonzept¹²². Zwar scheinen sich verschiedene Länder durchaus gegenseitig zu beobachten, so dass die Einführung sozialer Sicherungssysteme in einem Staat nicht ohne Wirkung auf andere bleibt, aber der Demonstrationseffekt eines Pionierlandes reicht offenbar nicht aus, um andere Länder, unabhängig von ihrer innergesellschaftlichen Situation, zur Übernahme des Beispiels zu veranlassen.

Die dargestellten Studien machen deutlich, dass keiner der grundlegenden Erklärungsansätze der Vielfalt der Entwicklungen sozialer Sicherungssysteme gerecht wird.

Einzig das Konzept des „sozio-politischen Problemdrucks“¹²³ versucht explizit in einem theoretischen Ansatz verschiedene Entwicklungen zu verbinden¹²⁴. Es untersucht, ob die Etablierung von Sozialversicherungssystemen auf bestimmten Niveaus eines kombinierten „sozio-politischen“ Problemdrucks von im Rahmen der Industrialisierung und Urbanisierung

¹²⁰ Vgl. dazu Alber (1979), S. 178 f. m.w.N.

¹²¹ Vgl. dazu Alber (1979), S. 179 m.w.N.

¹²² Vgl. dazu Alber (1979), S. 179.

¹²³ Vgl. dazu Alber (1979), S. 152 ff. m.w.N.

¹²⁴ Vgl. aber auch weitere Versuche möglicher Erklärungsmodelle bei Köhler (1979), S. 75 ff.

entstehenden objektiven „Problemen“ einerseits oder der im Rahmen der politischen Mobilisierung der Arbeiter wachsenden Sicherungsforderungen andererseits erfolgt. Nach dieser Vorstellung sollen Länder, die die Versicherungssysteme auf einem relativ niedrigen Niveau der sozio-ökonomischen Entwicklung einführten, durch ein relativ hohes Niveau der politischen Mobilisierung der Arbeiterklasse gekennzeichnet gewesen sein, während Einführungen auf fortgeschrittenen Entwicklungsniveaus nur in Ländern mit geringer politischer Mobilisierung der Arbeiter zu verzeichnen gewesen sein sollen. „Verfrühte Einführungen“ auf niedrigen Niveaus sowohl der sozio-ökonomischen Entwicklung als auch der politischen Mobilisierung sollten ebenso seltene Ausnahmefälle sein, wie „verspätete Einführungen“ auf fortgeschrittenen Niveaus beider Entwicklungsprozesse. Die Analyse zeigt jedoch, dass die Gesetze, die den institutionellen Kern der Sozialversicherungssysteme in den westeuropäischen Ländern etablierten, in sehr verschiedenen „sozio-politischen“ Kontexten und somit nicht auf spezifischen Entwicklungsniveaus im Sinne dieser Vorstellung verabschiedet wurden. Eine Erklärung wird in den Besonderheiten der Regierungssysteme gesucht. Konstitutionell-dualistische Monarchien neigten besonders zur Einführung von Sozialversicherungssystemen, weil sie eines Mittels zur Sicherung der Loyalität der Arbeiterklasse gegenüber dem nicht-parlamentarischen Regierungssystem bedurften und weil sie infolge ihrer paternalistisch-bürokratischen Tradition und ihrer relativen Autonomie gegenüber den Interessen des industriellen Bürgertums zur Einführung von Sicherungssystemen besonders in der Lage waren. Im Einklang mit dieser Vermutung zeigte sich, dass die sozialgesetzgeberische Aktivität der konstitutionell-dualistischen Monarchien deutlich größer war als die der parlamentarischen Demokratien. Ihre größere Bereitschaft zur Einführung von Sozialversicherungssystemen scheint somit primär eine Funktion des Regierungstyps und nicht des Wahlrechts zu sein, denn auch auf gleichen Wahlrechtsniveaus zeigten die autoritären Systeme eine deutlich höhere gesetzgeberische Aktivität als die Demokratien. Während sich in den demokratischen Systemen die Tendenz zur Einführung von Sozialversicherungen eindeutig mit der Ausdehnung des Wahlrechts verstärkte, galt dies für die konstitutionell-dualistischen Monarchien nicht.

Festzuhalten bleibt jedoch insgesamt, dass die gleichen Entwicklungsprozesse in unterschiedlichen nationalen oder chronologischen Kontexten sehr unterschiedliche Konsequenzen haben können. Sozialpolitische staatliche Aktivitäten sind nur vor dem Hintergrund eines komplexen Zusammenspiels mehrerer Faktoren zu verstehen. Eine kumulativ gesicherte Erfahrungsbasis, von der aus präzisere Schlussfolgerungen abzuleiten wären, ist nicht gegeben. Immerhin zeigen die Untersuchungen aber, dass es eine große Variation der innergesellschaftlichen Bedingungen der Politik der sozialen Sicherung gibt, so dass generelle

Tendenzen immer im Zusammenhang mit einer bedeutenden Zahl von Ausnahmefällen zu sehen sind¹²⁵.

7 Zwischenergebnis

Die Hypothesen zur Erklärung der Entstehung von Sozialpolitik im Zusammenhang mit der Entstehung von Sozialversicherung im Laufe des 19. Jahrhunderts beruhen auf der Darstellung von politischen, rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und institutionellen Bedingungsbeziehungen. Diese Bedingungen lassen sich nur theoretisch voneinander trennen. Tatsächlich wirken sie zusammen und gehen sehr unterschiedliche Kombinationen ein.

Innerhalb der politischen Entstehungsbedingungen waren der politische und der wirtschaftliche Liberalismus ausschlaggebend. Im Zuge des politischen Liberalismus wurden die Freiheitsrechte in die Verfassungen aufgenommen, im Zuge des wirtschaftlichen Liberalismus vollzog sich die Bauern- und Gewerbefreiheit. Die Voraussetzungen für die zunehmende Industrialisierung und mit ihr einhergehend ein gesteigerter Bedarf an Arbeitern wurde geschaffen. Mitte des 19. Jahrhunderts erfolgte im Rahmen der Arbeiterbewegung, insbesondere durch die Einführung des Wahlrechts, eine Stärkung der Arbeiterrechte, so dass sich Bismarck einer erstarkten sozialdemokratischen Partei gegenüber sah. Mit dem Sozialistengesetz versuchte er diese zunächst zu spalten und zu schwächen, erkannte jedoch schon bald, dass Unterdrückung nicht die Lösung war; die Grundlage für die Bismarcksche Sozialgesetzgebung entstand.

Der Ansatz der rechtlichen Entstehungsbedingungen stellt auf die veränderten Bedingungen der klassischen Grundrechtstheorie im Zuge der Liberalisierung ab. Das Kräftegleichgewicht in der Gesellschaft, das Voraussetzung für die Grundannahme dieser Theorie war, wonach aus der individuellen Freiheit soziale Gerechtigkeit hervorgeht, veränderte sich. Im Zuge der Industrialisierung büßten viele die materielle Basis des Freiheitsgebrauchs ein. Privatautonomie produzierte ohne die Möglichkeit staatlicher Korrekturen soziale Ungleichheit. Der Staat musste wieder aktiv werden.

Die Hypothese der wirtschaftlichen Entstehungsbedingungen begründet die Entstehung von Sozialversicherung mit dem Strukturwandel der Wirtschaft im Zuge der Industrialisierung. Die Trennung von Arbeit und Kapital führte zunächst zu einem Mangel an Kapital und einem Überschuss an Arbeit. Dieser Umstand und die Tatsache, dass nur das verteilt werden kann, was erwirtschaftet wurde, führte zu einer Wachstumskrise, die sich in der sozialen Not der Arbeiter ausdrückte. Weiter trugen eine entwickelte Geldwirtschaft, Lohnarbeit und

¹²⁵ vgl. zur Theorie der Entstehungsbedingungen staatlicher Sozialpolitik Lampert/Althammer (2001), S. 132 ff.

ein bestimmter Organisationsgrad der Wirtschaft mit regelmäßigen Löhnen in einer bestimmten Höhe zur Entwicklung von Sozialversicherung bei.

Die Hypothese der sozialen Entstehungsbedingungen geht davon aus, dass die Lohnarbeit zu einer totalen Abhängigkeit vom Markt und zu einer Desintegration der neuen Arbeiterklasse führte. Neben der Bevölkerungsexpansion und der Mobilität der Bevölkerung durch Auflösung der feudalen Bindungen trug dies möglicherweise zur Entstehung von Sozialversicherung bei.

Die Hypothese der institutionellen Entstehungsbedingungen beruht auf der Annahme, dass Vorläuferinstitutionen der Sozialversicherung Auswirkung auf deren Entstehung haben und dass ein gewisser Standard administrativer Infrastruktur und Gesetzgebungstechnik dieser Entwicklung Vorschub leistete.

Die Entstehung und Verbreitung der Idee, sozialer Sicherung mittels gesetzlicher Mittel Realität zu verleihen, ist jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht auf nur einen Ursprung rückführbar, sondern vor dem Hintergrund eines komplexen Zusammenspiels mehrerer Faktoren zu verstehen. Welches Konglomerat verschiedener Bedingungen unter welchen „Variationsdimensionen“ zusammentreffen muss, um das Entstehen von Sozialrecht zu erklären, bleibt dabei offen. Der Versuch einer Systematisierung der Entstehungsbedingungen scheitert jedoch an einer kumulativ gesicherten Erfahrungsbasis, aus der präzise Schlussfolgerungen abgeleitet werden könnten.

Kapitel 3: Entwicklungsbedingungen von Sozialpolitik - Das Sozialrecht zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz

So wie zahlreiche Bedingungen auf die Entstehung von Sozialpolitik einwirkten, so wirken unzählige Einzelfaktoren auf deren Entwicklung¹²⁶ ein. Entsprechend steht das Recht der sozialen Sicherheit nach einer über hundertjährigen Entwicklung in einem völlig veränderten Umfeld und ist selbst tief greifend verändert¹²⁷. Es ist ein Ensemble von historisch gewachsenen Institutionen und Normkomplexen, das sich zwischen Anpassungszwängen und Bestandsschutz tatsächlicher und rechtlicher Art entwickelt hat und auch in Zukunft weiter entwickeln wird.

¹²⁶ Vgl. zur Theorie der Entwicklungsbedingungen staatlicher Sozialpolitik Lampert/Althammer (2001), S. 142 ff.

¹²⁷ Stolleis (1984 A), S. N 15; siehe auch Bleses/Offe/Peter (1995), S. 5 ff., die aus dieser Entwicklung erhöhte Legitimationsbedarfe der Sozialpolitik herleiten.

1 Anpassungszwänge – Triebkräfte für die Entwicklung des Sozialrechts

Die auf das System der sozialen Sicherung wirkenden Anpassungszwänge sind nur zu einem kleinen Teil juristischer Natur. Die wesentlichen Kräfte, die hier Druck ausüben, sind tatsächlicher Art.

1.1 Tatsächliche Anpassungszwänge

Die tatsächlichen Anpassungszwänge lassen sich unterteilen in endogene Anpassungszwänge, die sich aus dem Sozialrecht selbst ergeben¹²⁸ und in die exogenen Anpassungszwänge, wie Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft (technische Entwicklung), Verschiebung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (wirtschaftliche Entwicklung) und Veränderung im Altersaufbau (gesellschaftliche Entwicklung)¹²⁹.

1.1.1 Endogene Anpassungszwänge

Die innere Dynamik des Sozialrechts lässt sich historisch betrachtet wie folgt beschreiben:

Sozialrecht war als externalisierende Lösung von der Bindung an bestehende Sachgesetzlichkeiten zunächst frei, konnte sich also auch nicht an ihnen orientieren. Es entwickelte sich im erfahrungsarmen Raum sozialpolitischer Interventionen. Diese wurden je für sich, für begrenzte Gruppen, auf begrenzte Ziele hin geschaffen. Die Primärinterventionen werden auch als Sozialpolitik erster Ordnung bezeichnet¹³⁰. Mittlerweile stellt die Entwicklung der Summe der externalisierenden Lösungen große Anforderungen: Die alten Systeme wurden ausgedehnter und differenzierter; neue kamen hinzu. Interferenzen können nicht mehr vernachlässigt werden. Alte Ziele wurden und werden durch neue ergänzt. Durften sozialpolitische Interventionen zunächst als Ausnahmen vom natürlichen, interventionsfreien Sozialgeschehen betrachtet werden, so kehrte sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis mehr und mehr um. Nach der repressiven und der korrigierenden Phase der Sozialpolitik folgte ihre institutionelle. Mehr und mehr Einzelinterventionen entstanden¹³¹. Die einzelnen Interventionen materialisieren sich nicht nur in Gesetzen und ihren Vollzugsnormen, sondern gleichzeitig in der Entwicklung von Organisationen, die durch Spezialisierung auf die ihnen zugewiesenen Aufgaben sozialpolitische Einwirkungsmöglichkeit erhalten. Je mehr der Prozess sozialstaatli-

¹²⁸ Zacher (1983 B), S. 966 f.; siehe auch dens. (1979 A), S. 155 ff.; Kaufmann (1998), S. 307 ff.

¹²⁹ vgl. dazu Stolleis (1984 A), S. N 15; siehe auch Zacher (1979 A), S. 155 ff., der die Dynamik der Sozialpolitik anhand von 3 Thesen (Veränderung wirtschaftlicher Verhältnisse, gesellschaftliche Befindlichkeit des Menschen, innere Dynamik der Sozialpolitik) darstellt.

¹³⁰ Siehe zur Einteilung in Sozialpolitik erster und zweiter Ordnung Kaufmann (1998), S. 307 ff.

cher Interventionen fortschreitet, desto wahrscheinlicher wird es, dass sich die Einwirkungsbereiche unterschiedlicher sozialpolitischer Einrichtungen überschneiden und weitere Wirkungen resultieren. Als Folge ihres Ausbaus wirkt die Sozialpolitik also auf die politischen Prozesse zurück, ergeben sich neuartige Anforderungen an staatliche Steuerungskapazitäten, die mit den ursprünglichen Problemen, um deretwillen bestimmte Maßnahmen getroffen wurden, nur bedingt zu tun haben. Die politische Bearbeitung der Folgeprobleme der sozialpolitischen Interventionen wird auch als Sozialpolitik zweiter Ordnung bezeichnet¹³².

Diese Entwicklung erklärt jedoch noch nicht die innere Notwendigkeit der Sozialpolitik, sich zu verändern. Sie zeigt sich vielmehr anhand zweier Ansätze zum Verständnis demokratischer Innenpolitik, die sich in der Sozialpolitik konkretisieren¹³³.

1. Um von den Bürgern wahrgenommen zu werden, muss demokratische Politik wirksam sein und Gestalt annehmen. Dies geschieht durch Zäsur und Formation in der intersubjektiven und in der zeitlichen Dimension. Intersubjektiv werden Gruppen Betroffener gebildet. Intertemporal wirkt Veränderung. Folglich erhält demokratische Politik ihre Wirksamkeit, intersubjektive und intertemporale Dimension zusammengenommen, durch Variation der Gruppenbildung. Die Zeitstrukturen, in denen dies abläuft, sind teils politisch vorgegeben (z.B. durch Wahlperioden), teils ergeben sie sich aus sachlichen Prozessen (z.B. aus Konjunkturzyklen)
2. In der Gesellschaft existiert eine Fülle von Erwartungen, von Vorstellungen vom erwünschten politischen Handeln. Diese Erwartungen haben zwei Eigenschaften: Zum einen besteht die Gefahr, dass diese sich weitgehend widersprechen; insbesondere je mehr Details und je mehr persönliche Betroffenheit im Spiele sind. Zweitens ist auch unabhängig von den Widersprüchen die Erfüllung aller Erwartungen mangels unbeschränkter Leistungsfähigkeit der Gesellschaft nicht möglich.

Diese beiden elementaren Gegebenheiten zusammen führen zu der Technik der partikularen Erfüllung von Teilerwartungen. Die Wirkungsweise dieser teilhaften Erfüllung ist komplex. Diejenigen, die die erfüllte Erwartung gehegt haben, sind befriedigt. Hinsichtlich ihrer verbleibenden Erwartungen sind sie damit beschäftigt, ihre Prioritäten, Aussichten und Koalitionen neu zu definieren. Gruppen mit konkurrierenden, verwandten Erwartungen sind ebenso damit befasst, ihre Prioritäten, Aussichten und Koalitionen neu zu bestimmen. Potentiell wird bei allen übrigen Gruppen die Hoffnung darauf gesteigert, dass nun die Erfüllung ihrer Erwartungen näher rückt, weil die Erfüllung von Erwartungen überhaupt geschehen ist. Die

¹³¹ Vgl. Zacher (1983 B), S. 966

¹³² Kaufmann (1998), S. 309.

Erfüllung von Erwartungen bewirkt demnach Befriedigung, Verwirrung und Neuorientierung sowie Hoffnung. Dieses Modell wird in der Realität noch um eine Vielfalt möglicher Verläufe angereichert, insbesondere um das Fehlgehen von Erwartungen, um das Versickern von Erwartungen und das Überholt-Werden alter Erwartungen durch neue.

Zu dieser allgemeinen Regel demokratischer Innenpolitik, die sich in der Sozialpolitik konkretisiert und ihre innere Dynamik erklärt, treten eigenständige typische Ursachen und Gestaltungselemente des sozialpolitischen Prozesses hinzu, die im Folgenden kurz dargestellt werden:

1.1.1.1 Verlagerung der Maßstäbe

Die innere Dynamik des Sozialrechts ergibt sich auch aus der Verlagerung der Maßstäbe. Wo elementare soziale Sicherung das schlichte Auskommen zum Standard gemacht hat, verlagert sich das Problem auf die Spannung zwischen schlichtem Auskommen und Wohlstand¹³⁴. Das Verhalten der Betroffenen änderte sich. Dies zeigt sich z.B. an dem Missbrauch von Sozialleistungen¹³⁵. Defizitäre Situationen, welche die Abhilfen auslösen, werden nicht mehr nur schicksalhaft erlitten, sondern auch nüchtern als Anspruchsvoraussetzungen verstanden, schließlich sogar herbeigeführt. Darin äußert sich nicht nur die Gewöhnung der Gesellschaft an die Sozialleistungssysteme; vielmehr zeigen sich darin Spannungen im Sozialrecht selbst¹³⁶. Dazu gehört, dass auch die negativen Abhilfen, indem sie nicht nur unvermeidbare Schicksalsschläge abfangen, sondern auch die Folgen eigenen, riskanten Handelns (wie Krankheit und Invalidität als Folge ungesunden Lebens), auf mehr Freiheit zielen¹³⁷. Dazu gehört ferner das Voranschreiten der Sozialpolitik von der Abwehr von Not zu Entfaltungshilfen, die nicht mehr nur auf das Erleiden von Nachteilen abstellen, sondern auf die (z.B. von Arbeitsförderung und Berufsförderung vorausgesetzte) Bereitschaft, Vorteile wahrzunehmen¹³⁸.

1.1.1.2 Veränderung der Vergleichszusammenhänge

Einen Impuls zur Anpassung aus dem Sozialrecht selbst erzeugt auch die Veränderung der Vergleichszusammenhänge. Soziale Probleme implizieren eine Vielfalt von Ungleichheiten und Gleichheiten. Fast jede neue Sozialleistung produziert potentiell wenigstens einen, der sich zu Unrecht davon oder von analoger Hilfe ausgeschlossen sieht. Neue Ungleichheiten können entstehen. Die ständige Verwandlung der Gleichheiten und Ungleichheiten gibt

¹³³ siehe dazu Zacher (1979 A), S. 155 f.; ders. (1993 B), S. 76 ff.

¹³⁴ Zacher (1993 B), S. 82 f.

¹³⁵ Zacher (1983 B), S. 966; Eichenhofer (1982), S. 137 ff.; s. auch Zacher (1993 D), S. 166 ff.

¹³⁶ vgl. Zacher (1983 B), S. 966.

¹³⁷ Zacher (1983 B), S. 966; siehe insbesondere auch Braun (1981).

¹³⁸ Zacher (1983 B), S. 966.

der Anwendung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes immer neuen Stoff. Dieser wird so zu einer zusätzlichen Triebkraft der sozialpolitischen Entwicklung¹³⁹. Im Einzelnen wird auf den Gleichheitssatz und seine Triebkraft noch in den „Rechtlichen Anpassungszwängen“ eingegangen¹⁴⁰.

1.1.1.3 Die Typisierung von Problemlösungen und die dynamischen Potentiale des Atypischen

Ein weiterer endogener Anpassungszwang geht von der Typisierung im Sozialrecht aus¹⁴¹. Typisierung – ein Instrument der Gesetzgebungstechnik in vielen Rechtsgebieten – ist auch eine „innere“ Eigenart der sozialrechtlichen Regelungstechnik. Dementsprechend neigt auch die Sozialpolitik dazu, zu typisieren. Das Wesen des Sozialrechts wird somit zum inneren Motor der Sozialpolitik.

Der Rechtsstaat, der sozialpolitische Lösungen unter die Gewähr des Rechts stellen will, bedarf dazu möglichst klarer Tatbestände. Diese Tatbestandlichkeit erweist sich gegenüber der Vielfalt des Lebens als Selektion und Konzentration auf Typisches hin. Da rechtliche Tatbestände immer Stücke aus der unendlichen Vielfalt der Realität schneiden, tun sie das umso mehr, je präziser sie sein wollen. Je mehr sie sich auf Typisches konzentrieren, desto „sicherer“ kann soziale Sicherheit jedoch sein. Je mehr sie auch alles Atypische, Individuelle aufzunehmen versuchen, desto „unsicherer“ werden sie.

Typisierung geschieht vor allem durch die Formulierung typischer sozialer Notlagen, für die standardisierte Abhilfe vorgehalten und gegen die, wenn möglich, kollektiv und institutionell vorgesorgt wird – wie vor allem hinsichtlich der klassischen sozialen Risiken der Krankheit, der Invalidität oder des Alters. Typisierung geschieht andererseits durch Gruppenbildung – historisch z.B. hinsichtlich der Arbeitnehmer bzw. Beschäftigten.

Diese typisierende Abhilfe verändert aber immer auch die Nöte selbst und schafft zusammen mit den sozialen Vorkehrungen gegen sie eine neue soziale Normalität. Sie bewirkt, dass das Atypische fürs erste verdrängt wird. Über kurz oder lang wird aber diese Vernachlässigung erneut in Frage gestellt. Die Ungleichbehandlung von Gleichem wird neu sichtbar. Durchgreifende Problemlösungen im Bereich des bisher Atypischen machen aber neue Verallgemeinerungen und also zumeist neue Typisierungen notwendig (nicht selten auch die Öffnung „alter“ Typen für die Lösung weiterer Probleme)

Die Typisierung im Sozialrecht führt zur Spannung zwischen dem Eingeschlossenen und dem Ausgeschlossenen; und die Spannung drängt zu neuen Typen, zur Umbildung der alten oder zu einer Verallgemeinerung, wenn nicht Auflösung der Typen, die wohl unverzüglich

¹³⁹ Zacher (1993 B), S. 83 f.

¹⁴⁰ siehe Teil I, Kapitel 3,1.2.1.2.3.

wieder das Bedürfnis neuer Typisierung auslöst. Konkret ergibt sich diese Spannung auch beim Beschäftigtenbegriff, dessen Entwicklung Thema des Teil II der Arbeit ist.

1.1.2 Exogene Anpassungszwänge

Neben diesen dem Sozialrecht immanenten Anpassungszwängen bestimmen die exogenen Anpassungszwänge die Sozialpolitik und damit die Entwicklung des Sozialrechts¹⁴². Das Sozialrecht ist, indem es auf die Änderung von Wirklichkeiten zielt, von größtem Wirklichkeitsbezug und muss deshalb – wenn wesentliche Wirkungsänderungen vermieden werden sollen – auf Änderungen der Wirklichkeiten permanent reagieren.

1.1.2.1 Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft

Ein Faktor des Anpassungszwanges auf das Sozialrecht ist die Notwendigkeit, im historischen Ablauf der Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft auf den Fersen zu bleiben. Während *Napoleon I.* der Ausspruch zugeschrieben wird, „die Politik“ bestimme unser Schicksal, und hieran anschließend *Walther Rathenau* feststellte, „die Wirtschaft“ sei unser Schicksal, scheinen im beginnenden 21. Jahrhundert eher naturwissenschaftliche und technische Erfindungen und Innovationen unser Schicksal zu bestimmen¹⁴³. Diese These wird auch durch den sog. Kondratieff-Effekt¹⁴⁴ gestützt. Hiernach kommt es etwa alle 50 Jahre auf Grund technologischer Entwicklungssprünge zu einem umfassenden zivilisatorischen Umbruch und neuen Zeitalter.

Vier derartige Wellen können beobachtet werden. Die erste wurde durch die Entwicklung der Dampfmaschine und die Nutzung der stationären Dampfkraft in der Eisen- und Textilindustrie ausgelöst und führte zum Entstehen neuer gesellschaftlicher Kräfte: Unternehmer und Arbeiter. Der zweite Aufschwung ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde von der Nutzung der Dampfkraft zum Bau und Betrieb von Eisenbahnen und Schiffen getragen. Bedeutende Investitionen in die Infrastruktur wurden vorgenommen und der technisch-ökonomische Wandel führte erstmals zum Entstehen einer quantitativ bedeutenden Mittelschicht in der Gesellschaft. Die vor der Wende zum 20. Jahrhundert einsetzende dritte Welle wurde durch Expansion der Chemie- und der Elektroindustrie getragen. In der industriellen Fertigung begann sich die Massenproduktion durchzusetzen, die wirtschaftliche Entwicklung war durch das erstmalige Auftauchen von Großkonzernen gekennzeichnet und die internationale Machtverteilung durch die Hochblüte des Kolonialismus. Die vierte Aufschwungphase

¹⁴¹ siehe dazu Zacher (1993 B), S. 84 ff.

¹⁴² vgl. dazu Zacher (1983 B), S. 967.

¹⁴³ Linnenkohl (2001), S. 42.

wurde vor allem durch Verbesserungsinnovationen in der Automobil-, Flugzeug- und Kunststoffindustrie getragen, die durch bedeutende Fortschritte in der Petrochemie einen Wachstumsschub erfuhren. Innovationen in der Elektronik führten zur Verbreitung des Fernsehens und zu neuen Formen der Massenkommunikation, während das Potential anderer Neuerungen in der Elektronik (Computertechnik) im vierten Kondratieff-Zyklus noch nicht voll ausgenutzt wurde.

Die historische Rückschau soll deutlich machen, dass das Auftreten von neuen Technologien, die die Entwicklung von neuen Produkten, Verfahren und Organisationsformen ermöglichen und die in sämtliche Bereiche der Wirtschaft ausstrahlen („Schlüsseltechnologien“), einen Aufschwung einer Welle auslösen kann.

1.1.2.2 Wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Ein weiterer Anpassungszwang geht von sich ändernden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen aus¹⁴⁵.

Sozialpolitik als Sorge für eine menschenwürdige Existenz für jeden, als Abbau von Wohlstandsdifferenzen und Kontrolle von ökonomisch bedingten Abhängigkeitsverhältnissen befasst sich mit wirtschaftlichen Nöten und mit wirtschaftlichen, wirtschaftlich bedingten oder sich wirtschaftlich auswirkenden Ungleichheiten. Insofern hängt vom wirtschaftlichen System und seinem Funktionieren ab, welche Herausforderungen für die Sozialpolitik erwachsen. Sozialpolitik kann nicht verteilen und umverteilen, was nicht erwirtschaftet wurde. Sie ist ressourcenabhängig. Ausweitung oder Anstieg sozialer Leistungen mit dem wirtschaftlichen Wohlstand und Einengung oder Kürzung mit seinem Rückgang sind grundsätzlich notwendige Konsequenzen. Daneben kann mit der Methode des Gegensteuerns, wenn z.B. Sozialleistungen den Konjunkturbrüchen nicht mindernd angepasst werden, versucht werden, die Konsumnachfrage stabil zu halten.

Da der technische Fortschritt schneller als die wirtschaftliche Expansion von statten geht, wird die Zahl der Arbeitsplätze in der Industrie weiter abnehmen. Die daraus erwachsenen Arbeitslosen werden jedoch nicht sofort durch neue Wirtschaftszweige aufgefangen, sondern müssen „aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode“ unterhalten werden¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Linnenkohl (2001), S. 42; Kondratieff-Effekt: Die „langen Wellen“ treten als periodische Revolutionen auf, die die feststehende Struktur der Industrie umformen, z.B. durch neue Produktionsmethoden. Näheres hierzu bei Scherrer (1999), S. 101 ff. m.w.N.

¹⁴⁵ siehe dazu Zacher (1979 A), S. 151 ff.

¹⁴⁶ Stolleis (1984 A), S. N 17.

1.1.2.3 Die gesellschaftliche Entwicklung

Sozialpolitik ist gezwungen, sich auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzurichten. Sie ist aber auch imstande, die gesellschaftlichen Verhältnisse zu verändern.

In den Ausführungen zu den Entstehungsbedingungen von Sozialpolitik ist die Bedeutung der gesellschaftlichen Entwicklung bereits beschrieben worden. Eine moderne soziale Sicherung wurde notwendig als die Großverbände Familie, Hof, Haus und Gesinde durch Urbanisierung und Industrialisierung zerstört wurden. Andersherum gesagt wurde eine moderne soziale Sicherung überhaupt erst möglich, als sich der Mikrokosmos der Kleinfamilie herausbildete. In ihr vermittelte ein Verdiener, durch seine Fähigkeit vorzusorgen, den Zugang zur sozialen Sicherung; sein Einkommen bildete eine klare Bezugsgröße für die notwendige Substitution, wenn seine Arbeitskraft einmal ausfiel. Die Unterhaltsabhängigen waren nach Art und Zahl überschaubar.

Auf das so entstandene System der sozialen Sicherheit übte in der Folgezeit bis heute zunehmend die gesellschaftliche Entwicklung in Form ihrer demographischen Entwicklung¹⁴⁷ großen Anpassungszwang aus, d.h. durch die Geburtenzahl, Verschiebungen in der Altersstruktur der Bevölkerung, ihre abnehmende „Sterblichkeit“ in allen Lebensabschnitten sowie die Ausländerrate. Betroffen ist hier vor allem das Rentensystem, das sich unter der Umlagefinanzierung und den festen Beitragssätzen bei verändertem Bevölkerungsaufbau Schwierigkeiten ausgesetzt sieht. Betroffen sind aber ebenso die Krankenversicherung durch Veränderung des Rentneranteils, die Arbeitslosenversicherung bei Änderung der Arbeitnehmerzahl (geburtenstarke Jahrgänge) sowie die Sozialhilfe als Auffangnetz für die Pflegefälle.

Ein wesentlicher Punkt der gesellschaftlichen Entwicklung, der die Sozialpolitik bestimmt, ist die Veränderung der Gestalt der Arbeit und ihrer Bestimmungsfaktoren, insbesondere die Verschiebungen zwischen den Selbständigen und den Arbeitnehmern. Diese Verschiebung wirkt sich auf den sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff aus, dessen Entwicklung exemplarisch in Teil II der Arbeit behandelt wird.

1.2 Rechtliche Anpassungszwänge

Neben den handfesten entwicklungsgeschichtlichen, ökonomischen und demographischen Problemen nehmen sich die aus der Rechtsordnung selbst erwachsenden Anpassungszwänge relativ bescheiden aus¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Stolleis (1984 A), S. N 17; vgl. dazu auch Henke (1988), S. 121 ff.

¹⁴⁸ Stolleis (1984 A), S. N 18.

1.2.1 Verfassungsrecht

Entwickeltes Recht ordnet in Stufen. Höhere Ordnungen steuern durch Ermächtigungen, Gebote, Verbote und Programme die Inhalte unteren Rechts. Im Verfassungsstaat wirkt sich diese Differenzierung durch den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht aus¹⁴⁹. Rechtliche Anpassungszwänge für das Sozialrecht kommen somit zunächst aus dem Verfassungsrecht¹⁵⁰.

1.2.1.1 Anpassungszwänge aus der Offenheit des Grundgesetzes

Die ursprünglichen liberalen Verfassungen ausgangs des 18. Jahrhunderts enthielten die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte, die jedoch – wie bereits beschrieben – keine materielle Freiheit herzustellen vermochten¹⁵¹. Im Zuge der Industriellen Revolution ging das von der klassischen Grundrechtstheorie stillschweigend vorausgesetzte Kräftegleichgewicht in der Gesellschaft verloren. Ohne dass die Grundrechte in ihrer formellen Geltung angetastet worden wären, verfehlten sie, unverändert interpretiert, ihr materielles Ziel. Dem Verständnis der Grundrechte als ausschließlich subjektive Abwehrrechte gegen den Staat war der Boden entzogen¹⁵².

Den Versuch, diese staatsbegrenzende Funktion der Grundrechte zu bewahren und zugleich die Defizite des liberalen Grundrechtsverständnisses zu korrigieren, unternahm erstmals die Weimarer Verfassung von 1919. In ihr wurden Verfassung und Sozialstaat zusammengeführt. Die Weimarer Verfassung veränderte zum einen die Legitimationsgrundlage politischer Herrschaft, indem sie anstelle des monarchischen Prinzips die Volkssouveränität setzte. Dem allgemeinen Wahlrecht, das auch schon im Kaiserreich gegolten hatte, kam erst dadurch volle Wirksamkeit zu. Zum anderen verhalf die Weimarer Verfassung dem Staat auch zu einer Inhaltsbestimmung, die stark sozial geprägt war. Die soziale Bestimmung kam neben einigen Kompetenznormen vor allem im Grundrechtskatalog zum Ausdruck, der zwar die klassisch-liberalen Freiheitsrechte übernahm, sie aber um eine Reihe sozialer Grundrechte erweiterte¹⁵³.

Dennoch kann von der Weimarer Republik nicht von einem Sozialstaat gesprochen werden. Das hing mit dem Verhältnis zusammen, das die Staatsrechtslehre gegenüber der Weimarer Verfassung einnahm¹⁵⁴. Sie hatte die rechtliche Bedeutung der Grundrechte, seit die in ihnen garantierten bürgerlichen Interessen vom Staat fraglos akzeptiert wurden, schon

¹⁴⁹ Zacher (1983 A), S. 74.

¹⁵⁰ Siehe zu Sozialrecht und Verfassung: Umbach/Clemens (1992), S. 265 ff.; Bley (1974), S. 321 ff.; Sachs (1994 A), S. 33 ff.; Preis/Kellermann (1999), S. 329 ff.; Merten (1998), S. 545 ff.; Kirchhof (1999), S. 161 ff.; Zacher (1987), S. 1045 ff.

¹⁵¹ vgl. Teil I, Kapitel 2, 2.

¹⁵² Grimm (1982), S. 54 m.w.N.

¹⁵³ Grimm (1983), S. 53 f.

¹⁵⁴ Grimm (1983), S. 54 m.w.N.

vor 1918 herabgemindert und dadurch nicht ohne Absicht ihren status-quo-überschreitenden Gehalt neutralisiert. Mit den in die Weimarer Verfassung eingefügten sozialen Grundrechten wusste die Staatsrechtslehre noch weniger anzufangen. Da sie dem Staat nicht wie die klassischen Grundrechte Schranken zogen, sondern ihn zu sozialem Handeln anhielten, erschienen sie nicht direkt anwendbar, sondern bedurften gesetzgeberischer Vermittlung. Die Staatsrechtslehre war aber nicht bereit, sie dann wenigstens als verfassungsrechtlich verbindliche Zielvorgaben für die Gesetzgebung und Auslegungshilfen für die Gesetzesanwendung zu betrachten, sondern erklärte sie kurzerhand zu Nicht-Recht. Sie erschienen auf diese Weise als bloße Absichtserklärungen, die in der Verfassung standen, ohne an deren normativer Geltung zu partizipieren. Die Einstellung der Staatsrechtslehre hatte zur Folge, dass trotz der sozialen Erweiterung des Grundrechtskatalogs rechtliche Geltung nur den bürgerlich-liberalen Grundrechten zukam¹⁵⁵. Insgesamt zeigte die Erfahrung, dass die Aufnahme der sozialen Grundrechte die damit verbundenen Erwartungen nicht erfüllt hatte¹⁵⁶.

Generell sind soziale Grundrechte ausdrücklich formulierte Gesetzesaufträge und auf staatliche Leistung gerichtet. Ihre Verwirklichung ist deshalb von der Verfügbarkeit öffentlicher finanzieller Mittel abhängig. Stehen diese nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung, laufen die sozialen Grundrechte leer bzw. ist trotz ihrer Verankerung im Grundgesetz nicht geklärt, welches soziale Grundrecht vorrangig zu verwirklichen ist¹⁵⁷.

Das Grundgesetz hat den Weimarer Weg, den Grundrechtskatalog sozial auszuweiten, nicht beschritten, sondern sich im Wesentlichen auf den klassisch-liberalen Grundrechtsbestand beschränkt und nur in der inhaltlich nicht näher konkretisierten Sozialstaatsklausel in Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG seine Abkehr vom Liberalismus des 19. Jahrhunderts kundgetan¹⁵⁸. Im Gegensatz zu einem Katalog ausformulierter sozialer Grundrechte ist dieses allgemeine Bekenntnis zwar weniger konkret, hat aber den Vorteil höherer Flexibilität in Ziel und Mittel. Dies ist für den Bereich des Sozialrechts, das sich den sich wandelnden Verhältnissen anpassen muss, besonders wichtig und vermag die Verleihung der „Ewigkeitsgarantie“ zu rechtfertigen¹⁵⁹.

Aus der Kombination der klassisch-liberalen Grundrechte und der Sozialstaatsklausel hat die Staatsrechtslehre zusammen mit der Verfassungsrechtsprechung eine differenzierte Grundrechtsdogmatik entwickelt, derzufolge die Grundrechte sich aus der einseitigen Staatsrichtung lösen und nicht mehr nur als subjektive Abwehrrechte, sondern auch als objektive Gestaltungsprinzipien fungieren¹⁶⁰. Dementsprechend stimmen heute die modernen

¹⁵⁵ Grimm (1983), S. 55.

¹⁵⁶ Preis/Kellermann (1999), S. 329, 330.

¹⁵⁷ Preis/Kellermann (1999), S. 329, 330 m.w.N.

¹⁵⁸ Grimm (1982), S. 55.

¹⁵⁹ Preis/Kellermann (1999), S. 329, 330; Benda (1981), S. 139.

¹⁶⁰ Grimm (1983), S. 55 f.; ders. (1982), S. 54 ff.; grundlegend Häberle (1972), S. 43; vgl. auch Bley (1974), S. 321 ff.

Grundrechtstheorien darin überein, dass den Grundrechten auch ein Gebot zur Freiheitsförderung entnommen wird¹⁶¹. Neben die subjektivrechtliche Komponente tritt also ein objektivrechtliches Element. Die Grundrechte erhalten den Charakter von Gestaltungsprinzipien für die Sozialordnung insgesamt. Soweit eine grundrechtlich gesicherte Freiheit für den Einzelnen erst dann real nutzbar wird, wenn sie sich mit bestimmten materiellen Voraussetzungen verbindet, wird den Grundrechten heute ganz überwiegend auch eine Garantie dieser materiellen Nutzungsvoraussetzungen entnommen¹⁶². Im Unterschied zur Abwehrkomponente verleiht diese Garantie in der Regel aber keine subjektiven öffentlichen Rechte, sondern richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber und fordert ihn zu grundrechtsfundierender Tätigkeit auf. Dadurch dass der Einzelne eine Anzahl grundrechtlich gesicherter Freiheiten nicht mehr individuell, sondern nur noch in einem vorgeformten institutionellen Rahmen wahrnehmen kann, enthalten die Grundrechte eine Verpflichtung des Staates zur freiheitlichen Ausgestaltung dieser Institutionen als Vorbedingung individueller Freiheit.

Diese Funktionserweiterung der Grundrechte löste die Freiheitsproblematik aus dem dualistischen Staat-Bürger-Schema und ermöglichte den Übergang von einem formalen zu einem materiellen Freiheitsverständnis¹⁶³. Formale Freiheit ist identisch mit der Abwesenheit staatlichen Zwangs. Diese Form der Freiheit lässt sich durch Beschränkung der staatlichen Verfügungsgewalt herstellen. Die Grundrechte wirken unmittelbar. Im Gegensatz zu formaler Freiheit lässt sich materielle Freiheit indessen durch Verfassungsnormen allein nicht herstellen. Schranken gegen den Staat genügen nicht. Materielle Freiheit verwirklicht sich nicht durch staatliche Abstinenz, sondern durch staatliche Aktivität. Im Sinne dieser staatlichen Aktivität können die Grundrechte Gesetzgebung und Verwaltung zwar das Ziel vorgeben und die Richtung weisen, bleiben aber auf deren Vermittlung angewiesen. Sie wirken nur mittelbar. Was zur Freiheitsförderung zu unternehmen ist, lässt sich auch nicht mit der gleichen Präzision in Rechtsnormen einfangen wie dasjenige, was der Staat im Freiheitsinteresse zu unterlassen hat. Positive Freiheitsförderung ist vielmehr situations- und mittelabhängig. Daher besitzen die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Gestaltungsprinzipien Aufforderungscharakter, lassen aber die Wege offen, der Aufforderung nachzukommen¹⁶⁴.

Diese Offenheit der Verfassung bedeutet auch, dass sie in einem engen Abhängigkeitsverhältnis zur sozialen Wirklichkeit steht¹⁶⁵. Rechtsnormen, auch die Grundrechte, erschöpfen sich weder in ihrem Text noch in dem darin ausgedrückten Befehl. Die Norm wird vielmehr stets im Blick auf einen bestimmten Zustand der sozialen Wirklichkeit formuliert, den sie befestigen oder verändern soll. Dieser Wirklichkeitsbezug erscheint regelmäßig nicht im

¹⁶¹ Grimm (1982), S. 56 m.w.N.

¹⁶² Grimm (1982), S. 57 m.w.N.

¹⁶³ Vgl. hierzu insbesondere Grimm (1982), S. 58 ff., 72 ff.

¹⁶⁴ Grimm (1983), S. 58.

¹⁶⁵ Hierzu ausführlich Grimm (1982), S. 41 ff.

Text der Norm. Der Text wird im Gegenteil abstrakt und generell, d.h. aber gerade ohne Bezug auf Anlass und Kontext formuliert. Dennoch konstituiert der Wirklichkeitsausschnitt, auf den die Norm sich bezieht, ihren Sinn mit. Der Wirklichkeitsbezug von Normen kann von unterschiedlicher Intensität sein, je nachdem, ob der von der Norm erfasste Wirklichkeitsausschnitt vom Recht vorgefunden oder erzeugt wird, eine hohe Dynamik aufweist oder relativ konstant ist¹⁶⁶.

Um die Grundrechtseffektivität bei diesem Wirklichkeitsbezug zu erhalten, fand eine Verlagerung vom juristischen ins politische System statt¹⁶⁷:

Solange die Freiheit nur von staatlicher Maßlosigkeit bedroht schien, genügte die grundrechtliche Beschränkung des Staates zur Freiheitswahrung. Die Effektivität der als Schranken entstandenen Grundrechte war hergestellt, wenn Grenzverletzungen durch die Justiz korrigiert werden konnten. Das Effektivitätsproblem ließ sich innerhalb des juristischen Systems lösen.

Seit die Grundrechte den Charakter von Auftragsnormen oder Gestaltungsprinzipien annehmen, fehlt ihnen der unmittelbare Effekt von Schranken. Denn der erstrebte rechtliche Erfolg tritt nicht mit der Geltung der Norm, sondern erst durch weitere staatliche Aktivitäten ein. Da die Art der Auftragserfüllung jedoch verfassungsrechtlich weitgehend offen bleibt, erreichen die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Zielnormen nicht denselben Bestimmtheitsgrad, den sie als Schranken besitzen. Damit ist aber auch die Grundrechtseffektivität insoweit nicht mehr die Sache einer funktionierenden und akzeptierten Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese kann, was die aktive Seite der Grundrechte angeht, vielmehr nur die Handlungspflicht des Staates feststellen, aber weder das Handlungsprogramm vorschreiben noch bei staatlicher Untätigkeit im Wege der Ersatzvornahme vorgehen. Das Effektivitätsproblem der Grundrechte lässt sich nicht mehr innerhalb des juristischen Systems lösen. Es verlagert sich auf das politische System. Grundrechtswirksamkeit ist das Produkt des Zusammenspiels von juristischer Grundrechtsarbeit und politisch-sozialen Strukturen¹⁶⁸. Vermittlungsinstanz ist der Gesetzgeber, der im Rahmen des Wirklichkeitsbezugs der Verfassung ihre jeweilige der Zeit entsprechende Wirksamkeit geben muss. Neue oder veränderte Lebenssachverhalte wirken somit über die Verfassung und im Zusammenwirken mit ihr ihren Anpassungszwang aus.

Abschließend ist festzuhalten, dass das gegenwärtige Sozialleistungssystem nur eine der verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Verwirklichung des Sozialstaatspostulats darstellt. Die Offenheit der Verfassung bleibt auf diese Weise gewahrt¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Vgl. Grimm (1982), S. 43 f. m.w.N.

¹⁶⁷ Siehe hierzu Grimm (1982), S. 72 ff.

¹⁶⁸ Grimm (1982), S. 76.

¹⁶⁹ Vgl. Grimm (1983), S. 59.

1.2.1.2 Anpassungszwänge aus den Einzelgrundrechten

Die Einzelgrundrechte sind wegen der eben dargestellten Offenheit mit positiven Direktiven für den Sozialstaat ausgesprochen zurückhaltend¹⁷⁰.

1.2.1.2.1 Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG

Anpassung verlangt in erster Linie das Sozialstaatsprinzip, das den Gesetzgeber zu sozialer staatlicher Aktivität ermächtigt und verpflichtet¹⁷¹. In diesem Bekenntnis zum Sozialstaat spiegelt sich die Offenheit des Grundgesetzes, da es keine präzisen Anweisungen gibt¹⁷². Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes ist als Staatszielbestimmung eingebettet in die Staatsfundamentalnorm der bundes-, demokratie- und rechtsstaatlichen Ordnung, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG. Ihm kommt in diesem Geflecht kein Vorrang zu¹⁷³.

Das Bundesverfassungsgericht betont, das Sozialstaatsprinzip sei „ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip“¹⁷⁴. Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates könne daher „nur der Gesetzgeber tun“¹⁷⁵. Wegen der fortwährenden schnellen Veränderungen des Arbeits-, Wirtschafts- und Soziallebens sei ihm eine besonders weite Gestaltungsfreiheit zuzugestehen¹⁷⁶. Das Sozialstaatsprinzip stellt dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, wie diese Aufgabe im Einzelnen zu verwirklichen ist, da es ansonsten zu dem Prinzip der Demokratie in Widerspruch geraten würde. Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes würde als Ordnung eines freien politischen Prozesses entscheidend eingeschränkt und verkürzt, wenn der politischen Willensbildung eine so und nicht anders einzulösende verfassungsrechtliche Verpflichtung vorgegeben wäre. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt folglich nur das Ziel, den „sozialen Staat“; er lässt aber für das „Wie“, d.h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen¹⁷⁷.

Mit der Offenheit des sozialstaatlichen Auftrags und der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers stellt sich die Frage nach einem unverzichtbaren Kern, den Mindest-

¹⁷⁰ Vgl. Stolleis (1984 A), S. N 18 m.w.N.

¹⁷¹ Preis/Kellermann (1999), S. 330; Badura (1989), S. 493 m.w.N.

¹⁷² vgl. BVerfG, Beschluss v. 25.02.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 (370 f.); BVerfG, Beschluss v. 26.11.1964 – 1 BvL 14/62, BVerfGE 18, 257 (273); BVerfG, Beschluss v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221 (235); BVerfG, Beschluss v. 19.12.1978 – 1 BvR 335, 427, 811/76, BVerfGE 50, 57 (108); BVerfG, Beschluss v. 13.01.1982 – 1 BvR 848, 1047/77, 9, 16, 1307/78, 350/79 und 475, 902, 965, 1177, 1238, 1461/80, BVerfGE 59, 231 (263). Hier finden sich die Standardformeln vom sozialstaatlichen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, von der Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit des Sozialstaatsprinzips.

¹⁷³ vgl. dazu auch Zacher (2000), S. 205 f.

¹⁷⁴ Zacher (1993 C), S. 151; BVerfG, Urteil v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 (198).

¹⁷⁵ vgl. BVerfG, Beschluss v. 03.10.1973 – 1 BvL 30/71, BVerfGE 36, 73 (84); BVerfG, Beschluss v. 19.12.1978 – 1 BvR 335, 427, 811/76, BVerfGE 50, 57 (108); Das Sozialstaatsprinzip richtet sich als verpflichtende Verfassungsnorm auch an die beiden anderen Staatsgewalten, die Verwaltung und Rechtsprechung. Für sie ist das Sozialstaatsprinzip vorrangig bei der verfassungskonformen Auslegung von Rechtsvorschriften von Bedeutung, BVerfG, Beschluss v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51, BVerfGE 1, 97 (105).

¹⁷⁶ BVerfG, Urteil v. 23.01.1990 – 1 BvL 44/86, 48/87, BVerfGE 81, 156 (205); so auch BVerfG, Urteil v. 27.01.1965 – 1 BvR 213, 715/58, 66/60, BVerfGE 18, 315 (331); BVerfG, Beschluss v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65, BVerfGE 25, 1 (19 f.); BVerfG, Urteil v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (338); BVerfG, Beschluss v. 16.03.1982 – 1 BvL 39/79, BVerfGE 60, 113 (119).

voraussetzungen, die der Staat erfüllen muss, um seinem sozialstaatlichen Auftrag gerecht zu werden. Zwingend ist lediglich, dass der Staat die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger schafft. Über die Fürsorge für besonders Hilfsbedürftige hinaus enthält das Sozialstaatsprinzip den Auftrag, die Bevölkerung gegen die Wechselfälle des Lebens durch die Schaffung sozialer Sicherungssysteme, wie es z.B. durch die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung geschehen ist, soweit als möglich abzusichern¹⁷⁸.

Dieser Auftrag zur Schaffung und Wahrung eines hinreichenden Systems sozialer Sicherung verlangt in einer in ständiger Veränderung befindlichen Gesellschaft immer wieder neue Aktivitäten. Der durch politische Entscheidung auszufüllende Gestaltungsspielraum geht nicht durch einmal getroffene Entscheidungen verloren. Eine solche „Versteinerung“ des Sozialsystems widerspräche nicht nur der demokratischen Verantwortung und Legitimation jeweiliger späterer Gesetzgeber. Sie verhinderte auch die eventuelle gebotene Anpassung an jeweils neue Lagen¹⁷⁹. Das Bekenntnis zum Sozialstaat enthält also keine Entscheidung für eine bestimmte Sozialordnung, insbesondere für die „soziale Marktwirtschaft“. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.

1.2.1.2.2 Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Eine Forderung zur Anpassung des Sozialrechts, um auch bei sich wandelnden Lebensumständen das Existenzminimum gewährleisten zu können, verlangt auch der Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG.

Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen steht an der Spitze der materialen Aussagen des Grundgesetzes¹⁸⁰ und ist aufgrund seiner Querverbindung zu § 1 SGB XII (§§ 1 Abs. 1, 9 SGB I) im Sozialrecht konkreter als in anderen Rechtsgebieten: Der Staat muss denjenigen Personen, die sich nicht selbst unterhalten können und auch von anderer Seite keine Hilfe erhalten, die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ sichern¹⁸¹. Aus der Verpflichtung, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, leitet sich in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip

¹⁷⁷ BVerfG v. 18.07.1967 – 2 BvF 3/62 u.a., 2 BvR 139/62, BVerfGE 22, 180 (204); BSG, Urteil v. 30.10.1969 – 8 RV 697/67, NJW 1970, S. 351.

¹⁷⁸ BVerfG, Beschluss v. 02.05.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 (375); BVerfG, Beschluss v. 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193 (209).

¹⁷⁹ Ebsen (1999), § 4 Rn. 30.

¹⁸⁰ Stolleis (1984 A), S. N 28.

¹⁸¹ BVerfG, Beschluss v. 18.06.1975 – 1 BvL 4/74, BVerfGE 40, 121 (133).

der Anspruch auf ein Existenzminimum ab¹⁸². Leistungen, die das „allgemeine Maß öffentlicher Fürsorge“ übersteigen, lassen sich daraus jedoch nicht entnehmen¹⁸³.

1.2.1.2.3 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Die Zentralvorschrift im Sozialrecht ist der Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG¹⁸⁴. Da die finanziellen Mittel in der Regel nicht ausreichen, sämtliche sozialen Ziele zu realisieren, steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, die vorhandenen Mittel sachlich richtig zu verteilen bzw. bei knappen Mitteln soziale Besitzstände erneut umzuverteilen. Maßstab für diesen Verteilungsvorgang ist der allgemeine Gleichheitssatz, der die Rechtsanwendungsgleichheit (Gleichheit vor dem Gesetz) und die Rechtssetzungsgleichheit (Gleichheit des Gesetzes) verlangt.

Der Gleichheitssatz erschöpft sich nicht in seiner negativen Funktion, äußere Grenzen der Gestaltungsfreiheit festzulegen¹⁸⁵, sondern er gebietet auch positiv, auf relevante Unterschiede normativ zu reagieren. Er enthält ein gerade für das Sozialrecht wichtiges Differenzierungsgebot¹⁸⁶. Erhebliche Ungleichheiten begründen auch erhebliche Freiheitsdifferenzen. Der Gleichheitssatz muss in seinem materiellen Verständnis mit Freiheit kompatibel bleiben und kann deswegen nicht Uniformität bedeuten, sondern nur Angleichung der materiellen Voraussetzungen, unter denen der Einzelne von der Freiheit Gebrauch machen kann. Dieser Prozess ist ein permanenter, weil die aus der Freiheit immer von neuem hervorgehende Ungleichheit auch eines ständig erneuerten Ausgleichs bedarf.

Soziale Gleichheit ist zudem rechtlich eingebunden in das Sozialstaatsprinzip und Gegenstand einer dynamischen und in stetiger Entwicklung befindlichen Sozialpolitik. Soziale Gleichheit ist kein feststehendes Ziel, auf welches Sozialpolitik im Sinne einer Optimierung der Egalisierung hinarbeitet. Jedoch stehen die sozialen Ungleichheiten, um deren Abbau es geht, nicht ein für allemal fest, sondern sind ihrerseits dem gesellschaftlichen, technischen und industriellen Wandel sowie der Veränderung der Wertvorstellungen in der Gesellschaft sowie den üblichen Lebensgewohnheiten unterworfen. Daraus ergibt sich, dass die soziale Gleichheit auch durch die Zeitkomponente geprägt wird¹⁸⁷. Recht besteht in der Zeit und auf Zeit. Auch innerhalb ein und derselben Kulturordnung wandelt sich das Recht mit den sozioökonomischen Veränderungen und den wechselnden moralischen und ethischen Auffassungen in der Gesellschaft. Dieser stetige Wandel des Rechts vollzieht sich durch die Gesetz-

¹⁸² Vgl. BVerfG, Beschluss v. 29.05.1990 – 1 BvL 20, 26, 184 und 4/86, BVerfGE 82, 60 (85); BVerfG, Beschluss v. 20.05.1987 – 1 BvR 762/85, BVerfGE 75, 348 (360).

¹⁸³ BVerfG, Beschluss v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51, BVerfGE 1, 97 (105).

¹⁸⁴ Preis/Kellermann (1999), S. 329, 332.

¹⁸⁵ Siehe dazu Teil I, Kapitel 3, 2.2.1.5.

¹⁸⁶ Stolleis (1984 A), S. N 37.

¹⁸⁷ Ossenbühl (1998), S. 673; Stolleis (1984 A), S. N 36 m.w.N.

gebung, aber auch durch die Rechtsprechung¹⁸⁸. Das Einfallstor für eine Rechtsänderung durch Interpretation sind vor allem die offenen Normen, d.h. Rechtssätze, die ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und sich damit von vornherein einem inhaltlichen Wandel durch veränderte Interpretation öffnen. Zu diesen offenen Normen gehört auch der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Offenheit des Gleichheitssatzes besteht in der Abwesenheit von Vergleichsmaßstäben. Die anzuwendenden Vergleichsmaßstäbe werden vom Verfassungsgeber und vom Gesetzgeber festgelegt und von den Gerichten konkretisiert und weiterentwickelt. Die Gleichheitsauffassungen bestehen demnach „in der Zeit“¹⁸⁹, d.h. die wechselnden Wertungen und gesellschaftlichen Anschauungen sowie die sozioökonomischen und gesellschaftlichen Veränderungen spielen für sie eine zentrale Rolle. Die Zeit ist somit eine der „offenen Flanken“ des Gleichheitssatzes.

Daraus folgt: Die Vergleichsmaßstäbe im Rahmen des Gleichheitssatzes ändern sich durch den Eintritt von Wandlungen der Lebensumstände und gesellschaftlichen Wertanschauungen. Diese Änderung bewirkt wiederum eine Anpassung des Rechts, eben durch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung. Diese Anpassung ist dann ab Eintritt des Wandels aufgrund der Änderung der Vergleichsmaßstäbe verfassungsrechtlich zulässig. Das Zusammenwirken tatsächlicher Umstände und des Gleichheitssatzes ist somit Impulsgeber für die Fortentwicklung des Rechts, insbesondere des Sozialrechts.

1.2.1.2.4 Spezielle Gleichheitssätze, Art. 3 Abs. 2 GG

Etwas konkreter ist der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG. Dieser enthält eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Obwohl seine historische Wurzel der Abbau der Benachteiligung der Frau ist, schützt er Männer und Frauen gleichermaßen vor Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts.

Aber auch Art. 3 Abs. 2 GG führt wegen seiner inhaltlichen Offenheit nicht zu einem unmittelbar wirkenden Anpassungszwang. Die Besonderheit des Gleichheitssatzes als einer zeitabhängigen offenen Norm ist also nicht auf Art. 3 Abs. 1 GG beschränkt, sondern sie trifft auch für das spezielle Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, wenn auch in verringertem Maße, zu¹⁹⁰. Obwohl die Vorschrift den Vergleichsmaßstab (scheinbar) mitliefert, zeigt die seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehende umfangreiche Literatur und Rechtsprechung mit großer Deutlichkeit, dass die Anwendung auch des speziellen Gleichheitssatzes nicht nur erhebliche Erkenntnisprobleme bereitet, sondern ihrem inhaltlichen Normgehalt nach auch von Veränderungen der Lebensgewohnheiten und einem damit verbundenen Wandel der Wertauffassungen abhängt.

¹⁸⁸ Ossenbühl (1998), S. 682.

¹⁸⁹ S. dazu Ossenbühl (1998), S. 682 f.

1.2.1.2.5 Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG

Art. 6 GG umgibt den Bereich der Familie mit verschiedenen Grundrechtsgarantien, formuliert mit „Schutz“ und „Fürsorge“ in seinen Absätzen 1 und 4 zentrale materielle Aussagen als Direktiven der Gesetzgebung und baut zugleich eine Schranke gegen familienwidrige Sozialgesetzgebung auf.

In der Rechtsprechung hat Art. 6 Abs. 1 GG häufig in Verbindung mit Art. 3 GG Bedeutung erlangt. Dabei hat das Gericht nicht gefordert, dass Ehe und Familie ganz allgemein ohne zusätzliche Belastungen bleiben müssen. Familienmitglieder dürfen jedoch im gesellschaftlichen Leben nicht schlechter gestellt sein als Unverheiratete¹⁹¹. Es verstößt daher insbesondere gegen Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, wenn Eheleute schlechter gestellt werden als die Mitglieder eheähnlicher Gemeinschaften.

1.2.2 Europarecht

Auch das Europarecht übt einen Anpassungszwang auf das Sozialrecht aus. Als supranationales Recht zeichnet es sich dadurch aus, dass es von übernationalen Instanzen erlassen wird, auf die die Bundesrepublik Hoheitsrechte übertragen hat. Durch den Prozess der europäischen Integration ist auch im Bereich der Sozialpolitik Souveränität (die rechtliche Verfügungsgewalt) und Autonomie (die faktische Verfügungsgewalt) der Mitgliedsstaaten auf die Gemeinschaft übertragen worden.

Europarechtliche Anpassungszwänge auf die nationale Sozialpolitik ergeben sich daher aus der eigenen aktiven sowie einer indirekten Sozialpolitik der EU und durch rein faktischen Druck (de facto-Druckkonstellationen).

1.2.2.1 Eigene, aktive Sozialpolitik der EU

Positive, aktivistische Sozialreform lässt sich in sozialpolitischen Initiativen z.B. der Europäischen Kommission und des Rates der Europäischen Union erkennen. Aber auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seinen Entscheidungen ein eigenständiges sozialpolitisches Gewicht erlangt.

Der EG-Vertrag¹⁹² enthielt in seiner ursprünglichen Fassung nur relativ wenige Regelungen, denen sozialrechtliche Bedeutung zukam. Die Binnenmarktinitiative, die durch Deregulierung geprägt war und die Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr und für die Freizügigkeit der Arbeitskraft beseitigt hat, führte die EU automatisch

¹⁹⁰ Ossenbühl (1998), S. 684.

¹⁹¹ BVerfG, Beschluss v. 10.07.1984 – 1 BvL 44/80, BVerfGE 67, 186.

¹⁹² früher: EWG-Vertrag vom 25.03.1957; dieser wurde durch den Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992 (Maastrichter Vertrag) umbenannt.

in sozialpolitische Themenbereiche hinein¹⁹³. Die vertragsschließenden Staaten gingen zunächst davon aus, dass die Harmonisierung der Arbeits- und Sozialpolitik akzessorisch zu einer Fortentwicklung der wirtschaftlichen Gegebenheiten und damit des Lebensstandards in der Gemeinschaft allgemein eintreten würde. In den letzten Jahrzehnten hat die Europäische Kommission in verschiedenen Anläufen versucht, eine ausgeprägtere soziale Dimension zu verwirklichen, also ihre sozialpolitische Kompetenz so zu verstehen und auszuweiten, dass einheitlich „harmonisierte“ oder doch jedenfalls Mindeststandards auf EU-Ebene für alle Mitgliedsstaaten gesetzt werden.

Jedoch waren die Hindernisse, die einer aktiveren Rolle Brüssels für die sozialpolitische Entwicklung entgegenstanden, immer schon recht ausgeprägt. Hier ist sowohl an institutionelle Hemmnisse, als auch an Machtungleichgewichte, an „schiefe Ebenen“ zwischen den beteiligten sozialen Gruppen, wie das Nord-Süd-Gefälle in der Gemeinschaft, zu denken. Die EU ist darüber hinaus so konstruiert, dass es einfacher ist, Reformen zu blockieren als sie zu beschließen¹⁹⁴.

Im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom 28.02.1986, die den EG-Vertrag und die für den europäischen Binnenmarkt erforderlichen Neuregelung ergänzte, wurde deshalb wieder stärkere Priorität auf die Fortentwicklung der wirtschaftlichen Gegebenheiten gelegt, in dessen „Sog“ sich gleichsam die sozialpolitische Harmonisierung vollziehen sollte. Der Aufbau eines europäischen Sozialstaats ist damit „Folgefølge“ („spill-over“) des Gemeinsamen Marktes selbst. Gleichwohl hat man davon abgesehen, zu einem völligen „laissez faire“ zurück zu kehren. Somit lässt sich eine aktive Sozialreform in wenigen Gebieten feststellen, etwa in Bereichen, in denen die Römischen Verträge oder die Einheitliche Europäische Akte (EEA) einen Spielraum gewährt haben. Auch der Maastrichter Vertrag verringerte die Hindernisse, die einer sozialpolitischen Gesetzgebung entgegenstehen. Entsprechend einem Sozialprotokoll entstand die Möglichkeit über sozialpolitische Themen in einer qualifizierten Mehrheitsabstimmung zu beschließen. In der Folge versuchen die Organe der Gemeinschaft durch Erlass von Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen auf der Basis des EG-Vertrages auf die Mitgliedstaaten einzuwirken und die sozialpolitische Harmonisierung Schritt für Schritt voranzutreiben. Zu beachten haben sie dabei aber den vom Bundesverfassungsgericht betonten und in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag ausdrücklich normierten Grundsatz der Subsidiarität, nach dem ein Handeln der Gemeinschaft nur erlaubt ist, wenn einzelstaatliche Regelungen das Ziel nicht Erfolg versprechend verwirklichen können¹⁹⁵.

¹⁹³ Leibfried/Pierson (1995), S. 4; siehe auch Gitter (2001), S. 15 ff.

¹⁹⁴ vgl. Leibfried/Pierson (1995), S. 7; durch Stärkung der sozialpolitischen Kompetenzen der EU im Amsterdamer Vertrag soll jedoch zunächst durch engere Zusammenarbeit einzelner Mitgliedsstaaten längerfristig ein Fortschreiten der Gemeinschaftsrechtsordnung erreicht werden, vgl. Hilf/Pache (1998), S. 708.

¹⁹⁵ BVerfG, Urteil v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

1.2.2.2 Indirekte Sozialpolitik der EU

Neben der unmittelbaren aktiven Sozialpolitik der EU haben sich indirekt Einschränkungen nationaler Sozialpolitik durch Maßnahmen der EU ergeben, die unmittelbar mit dem Binnenmarktprogramm selber verbunden waren¹⁹⁶. In den letzten Jahrzehnten wurde das Gemeinschaftsrecht langsam und stückweise ausgeweitet. Das geschah vor allem über die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs¹⁹⁷, die sich zum Teil erheblich auf die Souveränität der nationalen Wohlfahrtsstaaten auswirkten. Dass der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für das europäische Sozialrecht besondere Bedeutung zukommt, ist durch einige Besonderheiten dieses Rechtsgebietes bedingt. Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sozialbereich ist traditionell stark auf die Koordination der mitgliedstaatlichen Sozialordnungen ausgerichtet; für eine eigenständige aktive Sozialpolitik fehlen ihr weithin die administrativen und finanziellen Grundlagen. In dieser Situation können die sozialpolitischen Maßnahmen der Gemeinschaft im Wesentlichen allein in der Setzung von Rechtsnormen bestehen. Angesichts dieser ausgeprägten Rechtsförmigkeit der gemeinschaftlichen Aktivitäten im Sozialbereich gewinnt ein Gericht, das diese Rechtsnormen verbindlich auslegt, unvermeidlich ein großes Gewicht¹⁹⁸. Im Ergebnis handelt es sich hier um einen komplizierten Prozess, indem supranationale Versuche, den Einfluss zur Regulierung nationaler Sozialpolitik zu erhöhen, und nationale Versuche, die Kontrolle über diese Sozialpolitik zu behalten, ineinander greifen und in dem von Konflikt zu Konflikt und von Gerichtsurteil zu Gerichtsurteil immer neue Kompromisse gesucht werden. Vergleicht man die sozialpolitischen Urteile des Europäischen Gerichtshofs mit Urteilen zu zentralen Themen des Binnenmarktes wie Zollunion und freier Güterverkehr, wie Wettbewerbsfragen (einschließlich Steuerrecht) oder Landwirtschaft, so ergibt sich, dass noch 1968 die sozialpolitischen Fälle nur 6,3 % aller Fälle ausmachten, 1992 dagegen schon 22,8 % aller Fälle¹⁹⁹.

1.2.2.3 De facto-Druckkonstellationen

Schließlich ergeben sich in der europäischen Integration eine Vielzahl indirekter Formen des Drucks, die zwar nicht rechtlich zwingend sind, aber doch faktisch Anpassungsreaktionen bei den nationalen Wohlfahrtsstaaten hervorrufen²⁰⁰.

Sowohl die Wirtschaftspolitik der EU als auch die Reaktionen der sozialen Akteure auf diese Politik üben Druck auf die nationalen Wohlfahrtsstaaten aus²⁰¹. Da es sich um mittelbare Effekte handelt, sind sie schwer zu messen.

¹⁹⁶ Leibfried/Pierson (1995), S. 15.

¹⁹⁷ Vgl. zu den Anfängen und Entwicklung der sozialrechtlichen Rechtsprechung des EuGH v. Maydell (1984), S. 757 ff.

¹⁹⁸ Haverkate/Huster (1999), S. 70 f.

¹⁹⁹ Leibfried/Pierson (1995), S. 15 m.w.N.

²⁰⁰ Leibfried/Pierson (1995), S. 4.

Schlagwort im Zusammenhang mit einer solchen Druckkonstellation ist das „soziale Dumping“. Unter „Dumping“ versteht man dabei, dass Unternehmen in Regionen, in denen Soziallöhne niedrig sind, die Preise ihrer Wettbewerber aus Regionen mit hohen Soziallöhnen unterbieten. Sie zwingen damit diese Unternehmen, Konkurs zu erklären oder in Niedriglohngelände umzuziehen oder dazu, dass sie ihre jeweiligen Regierungen dahingehend beeinflussen, die Sozialkosten zu senken²⁰².

Ein weiteres Beispiel ist die europäische Währungsunion. Auch sie löst einen gewissen Druck aus und kann z.B. mit ihren markanten Anforderungen an die Haushaltsdisziplin einen „schlankeren Wohlfahrtsstaat“ erzwingen.

2 Bestandsschutz - Schranken für die Entwicklung des Sozialrechts

Die Anpassungszwänge wirken auf ein System ein, das unterschiedliche Festigkeit aufweist. Es ist über die Entscheidungsprozesse der Demokratie zwar veränderlich, aber es ist auch nicht beliebig verformbar. Neben dem normativen, speziell verfassungsrechtlichen Bestandsschutz gibt es eine Reihe weiterer tatsächlicher beharrender Faktoren.

2.1 Tatsächliche Umstände

2.1.1 Das „geschichtlich Gewachsene“

Vor allem das „geschichtlich Gewachsene“ entwickelt eine besondere Zählebigkeit und Fähigkeit zur Selbstverteidigung. Die quer durch alle Regierungsformen des späten 19. und des 20. Jahrhunderts und unabhängig von zwei Weltkriegen feststellbaren „Langzeit-trends“,²⁰³ die ihren Grund in der historischen Entfaltung der Industriegesellschaft haben, bilden dabei den Kern²⁰⁴: Hinter dem konkreten Sozialstaat stand nie ein zwingender normativer Entwurf, der die Entwicklung gesteuert hätte²⁰⁵. Das Grundgesetz hat sich jeglicher Verfestigung im Sinne sozialer Programme und sozialer Grundrechte enthalten. Der Sozialstaat war immer eine Hervorbringung der jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse und des politischen Systems. Jede Konkretisierung des Sozialstaats jedoch hat Interessen befriedigt und neue Interessen begründet. Die Träger dieser Interessen verteidigen das jeweils Gewordene und lassen Veränderungen allenfalls zu, wenn sie ihnen günstiger sind. Schließlich stellt sich das historisch Gewordene dem sozialen wie dem rechtlichen Bewusstsein so dar,

²⁰¹ Leibfried/Pierson (1995), S. 27.

²⁰² Eher kritisch: Leibfried/Pierson (1995), S. 27.

²⁰³ Stolleis (1984 B), S. 378 ff.

²⁰⁴ Stolleis (1984 A), S. N 23.

als hätte es eine Norm erfüllt; und diese Norm scheint das jeweils Gewordene zu garantieren²⁰⁶. So lässt sich in den meisten Ländern eine große Abhängigkeit von den ursprünglichen institutionellen Entscheidungen erkennen. Frühe Entscheidungen über die Art des staatlichen Eingreifens präformieren spätere Entwicklungen in deutlich erkennbarer Weise. Grundlegende Richtungsänderungen bleiben extrem selten. Wo bestimmte institutionelle Lösungen reformbedürftig erscheinen, wird der Korridor der Reform im Wesentlichen durch die bestehenden Lösungen und die mit ihnen verbundenen Ordnungsvorstellungen bestimmt²⁰⁷.

2.1.2 Politisches System

Schließlich stoßen die auf Anpassung drängenden Kräfte auf das schwer greifbare, aber dennoch wichtige Element der politischen Akzeptanz.

Zunächst entsteht eine gewisse Beharrlichkeit dadurch, dass es in parlamentarischen Demokratien zur politischen Kunst gehört, sachliche Notwendigkeiten so zu vermitteln, dass Programme und Personen Mehrheiten finden.

Vom demokratischen System gehen aber noch andere intensive Wirkungen²⁰⁸ aus: Das soziale Zuteilen ist das wirksamste Mittel im Wettbewerb der Politik um die Wähler. Fehlt es an Wachstum, so tritt die Verschonung der Besitzstände an die Stelle des Zuteilens. Zudem bevorzugt das demokratische System jedes Interesse, dessen Träger eine berechenbare Reaktion auf eine Berücksichtigung erwarten lassen, während es Interessen, deren Träger diffus reagieren, vernachlässigt. Die Organisation der Interessen vertieft diesen Effekt. Das demokratische System bevorzugt auch den sog. Mittelwähler, den Wähler in der Mitte des Wählerspektrums, der die vielfältigen Möglichkeiten hat, die Parteien zur Wahrnehmung seiner Interessen anzuregen.

Eine besondere Wirkung kommt dem Zeittakt der Wahlen zu²⁰⁹. Er zerhackt den Zeithorizont der Politik. Deshalb sind aktuelle und konkrete Interessen sehr viel durchsetzungsfähiger als langfristige und abstrakte. Das gilt umso mehr, als die Landtagswahlen den Zeittakt der Bundesdemokratie vom Vierjahresrhythmus des Bundestages auf die Monats- und Wochenabstände der Landtagswahlen verkürzt haben. Das Verhältniswahlrecht vermehrt die Zahl der Wählerinteressen, auf welche die Politik Rücksicht nimmt. Die Chancen spezifischer Belange, sich durchzusetzen, werden dadurch erhöht, so dass sich die partikulare Orientierung des Sozialstaats verstärkt. Die Kehrseite dieser Konzentration auf das Partiku-

²⁰⁵ Zacher (2000), S. 201; ders. (1987), S. 1060, Anm. 24.

²⁰⁶ Zacher (2000), S. 202.

²⁰⁷ Kaufmann (1998), S. 310 f. m.w.N.

²⁰⁸ Zacher (2000), S. 202.

²⁰⁹ Vgl. Stolleis (1999), S. 699.

lare ist die völlige Negation einer gesamthaften Betrachtung und damit einer umfassenden Umwälzung des Sozialstaats²¹⁰.

2.2 Rechtliche Umstände

Das Sozialstaatsprinzip ermächtigt den Staat jedoch nicht zu beliebiger Sozialgestaltung²¹¹, die staatliche Sozialgestaltung ist vielmehr eingebunden in die grundrechtlichen und anderen rechtsstaatlichen Eingriffsbegrenzungen der öffentlichen Gewalt.

2.2.1 Verfassungsrecht

Während das Grundgesetz mit positiven Direktiven²¹² für die Fortentwicklung des Sozialrechts sehr zurückhaltend ist, erklärt es sich hinsichtlich seiner Beschränkungen, die unterschiedlich intensiv sind, viel deutlicher.

2.2.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Eine erste Beschränkung geht von der derzeit im Grundgesetz geregelten Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG aus. Die grundgesetzliche Gesetzgebungskompetenz ermöglicht dem Bundesgesetzgeber zwar, die Sozialversicherung behutsam an gewandelte Verhältnisse anzupassen, hindert ihn grundsätzlich jedoch, mit der herkömmlichen Sozialversicherung radikal zu brechen²¹³.

Denn Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erlaubt dem Gesetzgeber nicht jede beliebige sozialpolitische Gestaltung, sofern er sie nur als „Sozialversicherung“ etikettiert²¹⁴. Das Bundesverfassungsgericht ist in zwei Entscheidungen²¹⁵ davon ausgegangen, dass der Begriff „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als weitgefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff zu verstehen ist. Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem Sozialversicherung einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken dem Bild entsprechen, das durch die „klassische“ Sozialversicherung geprägt ist.

Die Kompetenzerteilung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG darf somit nicht im Sinne einer umfassenden Kompetenz für die soziale Sicherheit verstanden werden. Das Bundesverfas-

²¹⁰ Ausführlich dazu Zacher (2000), S. 202 f.

²¹¹ BVerfG, Urteil v. 17.05.1961 – 1 BvR 561, 579/60, BVerfGE 12, 354 (367).

²¹² siehe dazu Teil I, Kapitel 3, 1.2.1.2.1.

²¹³ Merten (1998), S. 547.

²¹⁴ Merten (1998), S. 546.

²¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 ff. mit Hinweis auf BVerfG, Urteil v. 10.05.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105 ff.

sungsgericht²¹⁶ stellt im Wesentlichen auf zwei Grenzen für die Fortentwicklung ab, die zusammenkommen müssen, um neue Sachverhalte noch als Sozialversicherung erscheinen zu lassen. Einmal geht es bei der Sozialversicherung um „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“, d.h. auf eine Solidargemeinschaft. Dabei ist diese Solidargemeinschaft stets nicht nur als Kreis der Versicherten verstanden worden, sondern es sind vor allem die Arbeitgeber in Auswirkung des für sie geltenden Fürsorgeprinzips einbezogen worden. Zum anderen ist kennzeichnend für die Sozialversicherung die Art und Weise, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt wird. Träger der Sozialversicherung sind selbständige Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge von den Beteiligten (im Rahmen der Solidargemeinschaft) aufbringen.

Weitergehende Restriktionen bestehen, wenn die Einbeziehung in die Sozialversicherung mit einer Beitragspflicht verknüpft wird. Hier ergeben sich Schranken für den Gesetzgeber aus der Stellung des Kompetenztitels im Abgabensystem des Grundgesetzes. Gemäß Art. 87 Abs. 2 GG gehören die Sozialversicherungsträger zur mittelbaren Staatsverwaltung, weisen also unter anderem einen eigenständigen Haushalt auf²¹⁷. Daraus, dass eine besondere Verfassungsnorm zur Finanzierung der Sozialversicherung fehlt, schließt das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit einer langjährigen Praxis, dass sich die Sozialversicherung durch besondere Beiträge selbst finanziert²¹⁸. Die allgemeine Finanzverfassung hat in den Art. 105 ff. GG nur die Steuer als Gemeinlast vorgesehen, die von allen erhoben wird, in den allgemeinen Staatshaushalt fließt und zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben dient. Im Sozialrecht wendet sich die Finanzverfassung von dieser Grundregel des Steuerstaates ab und geht auf den Abgabenstaat über, der auf Versicherungsgechtigkeit ausgerichtete, spezielle Beiträge von Versicherten oder Dritten erhebt, das Aufkommen in eigenständigen Haushalten verwaltet und daraus die allgemeinen Aufgaben des Sozialstaats bestreitet²¹⁹. Zudem trägt der Bund gemäß Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG die Zuschüsse zu den Lasten der Sozialversicherung, womit eine Ausnahme vom allgemeinen Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104 a Abs. 1 GG zugelassen wird. Dem Bund allein wird das Recht und die Pflicht zum Finanztransfer bei unzureichender Finanzausstattung der Sozialversicherungsträger zugewiesen²²⁰. Finanzverfassungsrechtlich ist die Sozialversicherung also im Gegensatz zur allgemeinen Finanzverfassung aus besonderem Sozialversiche-

²¹⁶ BVerfG, Urteil v. 10.05.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105 (112).

²¹⁷ Kirchhof (1999), S. 161, 162.

²¹⁸ BVerfG, Urteil v. 23.01.1990 – 1 BvL 44/86, 48/87, BVerfGE 81, 156 (185); BVerfG, Beschluss v. 08.06.1988 – 2 BvL 9/85 und 3/86, BVerfGE 78, 249 (267); BVerfG, Beschluss v. 30.09.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256 (299); BVerfG, Beschluss v. 12.01.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (35); BSG, Urteil v. 17.12.1985 – 12 RK 38/83, SozR 2200 § 1385 RVO Nr. 16 S. 27 ff. = SGB 1987, S. 169, 171.

²¹⁹ Kirchhof (1999), S. 161, 162.

²²⁰ Kirchhof (1999), S. 161, 162.

rungsbeitrag und unitarischem Bundeszuschuss geschnitten²²¹. Somit berechtigt Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zur Abgabenerhebung, weil die Sozialversicherung als gemeinschaftliche Deckung von Individualrisiken begrifflich wie historisch die Finanzierung ihrer Leistungen durch Beiträge einschließt²²². Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist somit die einzige Sachzuständigkeit, die als solche eine Finanzierungskompetenz umschließt, ohne dass die Voraussetzungen für eine Sonderabgabe vorliegen müssen²²³.

Während die Steuern für alle Zwecke eingesetzt werden dürfen, die der Gesetzgeber bestimmt, ist der Beitrag von Verfassungen wegen zweckgebunden. Das jeweilige Beitragsgesetz beruht auf der Sachmaterie des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, nämlich der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung. Beiträge dürfen also nur zur Finanzierung dieser Zwecke dienen²²⁴. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus: „Die Sozialversicherungsbeiträge dienen von vorneherein nicht der allgemeinen Mittelbeschaffung des Staates, sondern finden ihren Grund und ihre Grenze in der Finanzierung der Sozialversicherung. Der Gesetzgeber kann sich seiner Regelungskompetenz für die Sozialversicherung nicht bedienen, um dadurch Mittel für die Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben aufzubringen. Die Finanzmasse der Sozialversicherung ist rechtlich und tatsächlich von den allgemeinen Staatsfinanzen zu trennen. Ein Einsatz der Sozialversicherungsbeiträge zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates ist ausgeschlossen“²²⁵. Aber auch eine mittelbare Beitragsverwendung zur Entlastung einer angespannten Haushaltssituation ist kompetenzwidrig. So darf der Bundesgesetzgeber neue Beitragsquellen für die Sozialversicherung nicht deshalb erschließen, um den Bundeszuschuss für (echte) Fremdlasten zu verringern und damit im Ergebnis die Haushaltsausgaben zu mindern.

2.2.1.2 Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG

Ist der Gesetzgeber wegen der Offenheit des sozialstaatlichen Auftrags in seiner konkreten Umsetzung weitgehend frei, so stellt sich die Frage, ob sich aus dem Sozialstaatsprinzip nicht zumindest eine Bestandsgarantie für diejenigen sozialstaatlichen Einrichtungen herleiten lässt, die der Gesetzgeber in Erfüllung seines sozialstaatlichen Auftrags geschaffen hat²²⁶. Nach allgemeiner Meinung enthält das Sozialstaatsprinzip eine derartige verfassungsmäßige Festschreibung nicht²²⁷. Der Sozialstaat ist kein statisches Gebilde, sondern ein dynamischer Prozess, der auf die Verfügbarkeit von finanziellen Mitteln angewiesen ist.

²²¹ Kirchhof (1999), S. 161, 163.

²²² Merten (1998), S. 546.

²²³ Merten (1998), S. 546.

²²⁴ Kirchhof (1999), S. 161, 163.

²²⁵ BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (148).

²²⁶ Vgl. hierzu Preis/Kellermann (1999), S. 331; Schlenker (1986), S. 15 ff.

Der Auftrag, den Sozialstaat zu realisieren, muss sich deshalb folgerichtig auch darauf beziehen, auf aktuelle Veränderungen wie der z.B. für die Rentenversicherung entscheidenden demographischen Entwicklung zu reagieren und dabei soziale Besitzstände zugunsten anderer sozialer Ordnungen zu opfern²²⁸. Da Anpassung und Fortentwicklung des Rechts möglich bleiben müssen, kann das Sozialstaatsprinzip die Umgestaltung der bestehenden Rechtsordnung nicht verhindern. So ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Sozialversicherung zwar prägnanter Ausdruck des Sozialstaatsprinzips, hierdurch aber nicht verfassungsrechtlich gewährleistet²²⁹. Unzulässig wäre jedoch ihr ersatzloser Wegfall, da der Gesetzgeber zur sozialen Aktivität hinsichtlich der Schaffung sozialer Sicherungssysteme verpflichtet bleibt²³⁰. Nur in diesem Rahmen kann das Sozialstaatsprinzip als unmittelbare Schranke gegen gesetzliche Eingriffe wirken. Umgestaltung und Reform sind also möglich, solange die aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Minimalforderungen in welcher Form auch immer verwirklicht werden.

2.2.1.3 Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

Auch der Rechtsstaat drückt der Entwicklung des Sozialrechts seinen Stempel auf. Dieser sichert und zu entfaltet Bestehendes so viel besser, als es ihm gelingt, Neuland zu erschließen. Ebenso ist er wirksamer, individuelle Positionen zu schützen, als allgemeinen Belangen Geltung zu verschaffen²³¹.

Das Rechtsstaatsprinzip leitet sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ab. Es beinhaltet im Wesentlichen folgende Grundsätze: Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung, die Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes, den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz, das Erfordernis der Rechtssicherheit und den Grundsatz der Gewaltenteilung²³².

Auf die Sozialrechtsentwicklung haben insbesondere die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Erfordernis der Rechtssicherheit folgenden Einfluss:

Den sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergebende Vorbehalt des Gesetzes normiert das Sozialrecht in § 31 SGB I. Dieser gebietet, Umgestaltungen des Sozialrechts in grundrechtssensiblen Bereichen in förmliche Gesetze zu gießen²³³.

Aus dem Gebot der Rechtssicherheit folgen das Bestimmtheitsgebot und das Gebot des Vertrauensschutzes.

²²⁷ Preis/Kellermann (1999), S. 331; BVerfG, Beschluss v. 15.12.1987 – 2 BvL 11/86, BVerfGE 77, 340 (344); Badura (1989), S. 496; Benda (1981), S. 142; vgl. auch Schlenker (1986), insbesondere S. 59 f. und 89 ff.; zusammenfassend S. 238 ff., zu Nachweisen von Gegenansichten in der Literatur S. 53 ff.

²²⁸ Preis/Kellermann (1999), S. 331; Zacher (1977), S. 207 ff., insbesondere S. 246 ff.

²²⁹ BVerfG v. 09.04.1975, BVerfGE 39, 302 (314 ff.).

²³⁰ Ebenso Degenhart (2003), Rn. 429.

²³¹ Zacher (2000), S. 202.

²³² Schmidt-Bleibtreu/Klein (1999), Art. 20 Rn. 19.

Der Rechtsstaat verlangt klare Gesetze, die in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sind, dass die von ihnen Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können²³⁴. Klarheit und Bestimmtheit der Norm bedeutet Erkennbarkeit des vom Gesetzgeber Gewollten. Dass das Gesetz auslegungsbedürftig ist, steht dem nicht entgegen; ebenso wenig die Verwendung von Generalklauseln, deren Bedeutungsgehalt in der Praxis von Verwaltung und Rechtsprechung zu konkretisieren ist²³⁵.

Das Gebot des Vertrauensschutzes ist im Kern Dispositionsschutz. Der Bürger, der sich in seinem Verhalten auf eine bestimmte rechtliche Regelung eingestellt hat, hat berechtigtes Interesse daran, dass seine Dispositionen nicht durch nachträgliche Rechtsänderung durchkreuzt werden²³⁶. Das Vertrauen ist nicht schutzwürdig bzw. die Rückwirkung eines Gesetzes begegnet dann keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und Beschränkungen, wenn die betroffenen Kreise mit ihr von vornherein rechnen mussten²³⁷. Auch bietet das Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes dem Bürger wenig Schutz vor sozialer Umgestaltung, da sich hieraus kein generelles Verbot rückwirkender Gesetze ableiten lässt²³⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Lehrsatz entwickelt, der auf der Trennung von echter und unechter Rückwirkung beruht. Von unechter Rückwirkung spricht man, wenn der Gesetzgeber ein Gesetz erlässt, das Sozialleistungen erst für die Zukunft verringert, aber dadurch eine in der Vergangenheit aufgrund der alten Rechtslage getroffene Entscheidung des Bürgers beeinflusst. Die unechte Rückwirkung von Gesetzen wird grundsätzlich als zulässig angesehen. Einschränkungen gelten dann, wenn eine Güterabwägung ergibt, dass „das Vertrauen auf die Sicherheit der bestehenden Lage den Vorrang verdient“²³⁹. Einem schutzwürdigen Vertrauen wird in aller Regel durch eine angemessene Übergangsfrist Rechnung getragen; es kann also eine Zementierung des Status quo nicht bewirken. Nur die echte Rückwirkung – d.h. der Gesetzgeber greift in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt nachträglich ein – wird grundsätzlich als unzulässig bewertet²⁴⁰. Das gilt jedoch nicht, wenn der Bürger kein schutzwürdiges Vertrauen aufbauen durfte. Dies ist der Fall, wenn die Rechtslage unklar war oder bei einer befristeten Regelung von vornherein feststand, dass eine Neuregelung erfolgen würde, aber auch dann, wenn zwingende Gemeinwohlgründe eine Rückwirkungsanordnung rechtfertigen.

²³³ BVerfG, Beschluss v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74, BVerfGE 40, 237 (249).

²³⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 12.06.1979 – 1 BvL 1976, BVerfGE 52, 1 (41).

²³⁵ Degenhart (2003), Rn. 349.

²³⁶ Degenhart (2003), Rn. 362.

²³⁷ Vgl. etwa BVerfG, Urteil v. 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261 (272); BVerfG, Beschluss v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288 (298).

²³⁸ Vgl. hierzu Preis/Kellermann (1999), S. 331 f.

²³⁹ BVerfG, Beschluss v. 09.03.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250 (268).

²⁴⁰ BVerfG, Urteil v. 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261 (271 f.), st. Rspr.

2.2.1.4 Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Wie bereits ausgeführt ergibt sich aus dem Menschenwürdeprinzip in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein Anspruch auf ein Existenzminimum. Die Gewährung des aus dem jeweiligen kulturellen Kontext abgeleiteten Minimums an Nahrung, Kleidung und Wohnung sowie des Minimums an sozialem Kontakt, das materiell vermittelt werden kann, bildet den Sockel. Menschenwürdeprinzip und Sozialstaatsprinzip gewinnen insoweit eine konservierende Funktion, sie schützen ein Minimum an staatlicher Hilfe, stellen also grundsätzlich einen Bestandsschutz her²⁴¹, der sich nur in seiner Ausgestaltung verändern kann.

2.2.1.5 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitssatz ist trotz seiner positiven Funktion²⁴² auch eine wichtige Schranke für die Fortentwicklung des Sozialrechts, weil er neben der formalen Verhaltens- und Begründungsregel des Willkürverbots auch materielle Elemente enthält, indem er als Verfahrensmaxime für die Umsetzung des Sozialstaatsprinzips verstanden wird.

In seiner negativen Funktion verbietet der Gleichheitssatz, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“²⁴³ und „wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln“²⁴⁴. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung also als willkürlich bezeichnet werden muss²⁴⁵. Später bemüht sich das Bundesverfassungsgericht mit der sog. „neuen Formel“ deutlichere Kriterien für die Frage zu gewinnen, wann eine Ungleichbehandlung hinzunehmen ist. Danach ist Art. 3 Abs. 1 GG bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten²⁴⁶. Auf dieses „verdichtete“ Prüfungsprinzip kann jedoch nur zurückgegriffen werden, wenn eine Verschiedenbehandlung von Personen oder Personengruppen vorliegt. Sie ist nicht anwendbar, wenn dieselbe Person in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen verschieden behandelt wird. Hier verbleibt es beim Maßstab des allgemeinen Willkürverbots²⁴⁷. Auch auf der Grundlage der „neuen Formel“ lässt sich kein abstraktes und allgemeines Konzept erarbeiten, wann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt. Ein Urteil über die Sachlichkeit des Differenzie-

²⁴¹ Stolleis (1984 A), S. N 29 m.w.N.

²⁴² Siehe dazu Teil I, Kapitel 3, 1.2.1.2.3.

²⁴³ z.B. BVerfG, Beschluss v. 09.08.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148 (165).

²⁴⁴ BVerfG, Beschluss v. 09.08.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148 (165); BVerfG, Beschluss v. 12.05.1992 – 1 BvR 1467, 1501/91, BVerfGE 86, 81 (87).

²⁴⁵ BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (52).

²⁴⁶ BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88).

rungsgrundes kann nur nach „Natur und Eigenart“ des in Frage stehenden Sachverhältnisses und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung²⁴⁸ beurteilt werden.

Fasst man die einzelnen Elemente des Art. 3 Abs. 1 GG²⁴⁹, das Willkürverbot, das Gebot gerechter Lastenverteilung und vor allem das Differenzierungsgebot zusammen, ergibt sich, dass der Gleichheitssatz im Wesentlichen nur die „Methode“ der Systemveränderung moderiert. Er beschränkt sie, steht aber einer neu definierten Verteilungsgerechtigkeit nicht prinzipiell im Wege²⁵⁰.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist weit, und er muss weit sein; dies betont das Bundesverfassungsgericht immer wieder, wenn es gilt, Krisenzustände mit sozialrechtlichen Mitteln zu bewältigen²⁵¹. Den Gleichheitssatz in den Kämpfen um Teilhabe an staatlichen Leistungen aber stärker als Kontrollinstrument zu aktivieren, würde dazu führen, dass alle sozialpolitischen Auseinandersetzungen noch einmal vor dem Bundesverfassungsgericht wiederholt werden müssten.

2.2.1.6 Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Bestandsschutz geht auch von Art. 12 GG aus, der die freie Berufswahl und Berufsausübung schützt, da der Schutzbereich der Berufsfreiheit durch eine ganze Reihe von sozialrechtlichen Sachverhalten tangiert wird.

Im Leistungserbringungsrecht hat Art. 12 GG schon früh Bedeutung erlangt, denn die Zulassung zu den Kassenleistungen ist nicht nur für Ärzte, sondern auch für andere Heilberufe und Leistungserbringer von zum Teil existenzieller Bedeutung²⁵².

Im Beitragsrecht ging die ältere Rechtsprechung²⁵³ zunächst davon aus, dass die Vorschriften über die Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung die Berufsfreiheit nicht tangierten, da solche Belastungen nicht die Berufstätigkeit als solche beschränken. Das Bundesverfassungsgericht²⁵⁴ und das ihm

²⁴⁷ BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (89).

²⁴⁸ BVerfG v. 15.10.1985, BVerfG, Beschluss v. 15.10.1985 – 2 BvL 4/83, BVerfGE 71, 39 (58).

²⁴⁹ Siehe auch Teil I, Kapitel 3, 1.2.1.2.3.

²⁵⁰ Stolleis (1984 A), S. N 37

²⁵¹ Stolleis (1984 A), S. N 37; Exemplarisch BVerfG, Beschluss v. 26.02.1980 – 1 BvR 195/77, BVerfGE 53, 164 (177 f.); vgl. auch BVerfG, Entscheidung v. 15.12.1970 – 1 BvR 208/65, BVerfGE 29, 413 (430); BVerfG, Beschluss v. 26.01.1977 – 1 BvL 17/73, BVerfGE 43, 213 (226).

²⁵² Siehe dazu m.w.N. Umbach/Clemens (1992), S. 282 f.

²⁵³ BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (153 f.); BVerfG, Beschluss v. 31.05.1988 gem. § 24 BVerfGG – 1 BvL 22/85, BVerfGE 78, 232 (244 f.); BVerfG, Beschluss v. 25.02.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 (362 f.); BVerfG, Beschluss v. 02.05.1961 – 1 BvR 203/53, BVerfGE 12, 319 (323); BVerfG, Urteil v. 29.07.1959 – 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89 (102).

²⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183 und 428/75, BVerfGE 47, 1 (21, m.w.N.); BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108 (121); BVerfG, Beschluss v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181 (186); BVerfG, Urteil v. 22.05.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147 (162); BVerfG, Beschluss v. 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374 (384 f.); BVerfG, Urteil v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, NJW 1997, S. 1975 f.; BVerfG, Urteil v. 07.05.1998 – 2 BvR 1991/95, NJW 1998, S. 2341 ff.; BVerfG, Urteil v. 07.05.1998 – 2 BvR 1876/91, NJW 1998, S. 2346 ff.,

folgende Schrifttum²⁵⁵ haben später im Zusammenhang mit Steuer- und Abgabengesetzen anerkannt, dass Abgabenbelastungen an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden können, „wenn sie in engem Zusammenhang zur Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen“. Die Erhebung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen muss danach zwar nicht unmittelbar auf berufsregelnde Wirkung abzielen, doch muss sie zumindest eine berufsregelnde Tendenz aufweisen; das soll der Fall sein, wenn sie eine spürbare tatsächliche Auswirkung auf den Schutzbereich des Art. 12 GG besitzt²⁵⁶. Für eine Betroffenheit der Berufswahlfreiheit wird vom Bundesverfassungsgericht weitergehend verlangt, die hoheitliche Abgabenbelastung müsse eine bestimmte ökonomische Aktivität „in aller Regel wirtschaftlich unmöglich machen“²⁵⁷ und dazu führen, „dass die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen“²⁵⁸.

Ein Teil der Literatur zu Art. 12 GG²⁵⁹ kritisiert, dass nach dem Bundesverfassungsgericht mit dem Erfordernis der objektiv berufsregelnden Tendenz letztlich ein finales Einwirken auf den von diesem Grundrecht geschützten Freiheitsbereich zur Voraussetzung der Grundrechtsprüfung gemacht wird. Das Grundgesetz knüpfe nämlich hinsichtlich der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes nicht an ein spezielles Charakteristikum der beeinträchtigenden staatlichen Maßnahme an, sondern stelle ausschließlich auf das zu schützende Rechtsgut ab. Die Grundrechte gewährten dem Grundrechtsträger Freiheit nicht allein von gezielten, gewollten oder unmittelbaren Eingriffen der öffentlichen Gewalt, sondern von jeder hoheitlichen Einwirkung, sei sie rechtlich, tatsächlich, unmittelbar oder mittelbar. Auch faktische Eingriffe oder unmittelbare Folgewirkungen eines primär in eine andere Richtung zielenden Hoheitsaktes könnten den grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsraum beeinträchtigen.

Die Antwort auf die Frage, ob ein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt, hängt damit nicht zuletzt davon ab, welcher der oben geschilderten Auffassungen gefolgt wird²⁶⁰.

2.2.1.7 Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

Zentrum der Bestandsschutzproblematik ist die Frage, inwieweit sozialrechtliche Neuregelungen dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG unterliegen²⁶¹. Dieser hat die Aufgabe, „dem

2347; BVerfG, Urteil v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 (302); BVerfG, Urteil v. 17.02.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228 (254); BVerfG, Urteil v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218 (258) st. Rspr.

²⁵⁵ Siehe Nachweise bei Butzer (2001), S. 348, Fn. 117.

²⁵⁶ BVerfG, Beschluss v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181 (185 f.); BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108 (121 f.).

²⁵⁷ BVerfG, Beschluss v. 15.10.1963 – 1 BvL 29/56, BVerfGE 17, 135 (137); BVerfG, Beschluss v. 08.12.1970 – 1 BvR 95/68, BVerfGE 29, 327 (332).

²⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292 (314, m.w.N.); BVerfG, Beschluss v. 01.04.1971 – 1 BvL 22/67, BVerfGE 31, 8 (29); BVerwG, NVwZ 1989, S. 1176 (1176).

²⁵⁹ Siehe Nachweise bei Butzer (2001), S. 350, Fn. 127.

Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen²⁶². Diese Bestandsgarantie umschreibt den Schutzbereich von Art. 14 GG.

Insbesondere im Sozialrecht stellt sich die zentrale Frage, ob vermögenswerte subjektiv-öffentliche Rechte wie z.B. Ansprüche oder Anwartschaften auf Sozial(versicherungs-)leistungen oder aber auch der „Schutz“ vor der Beitragsbelastung in der Sozialversicherung unter die Eigentumsgarantie fallen. Praktisch relevant ist diese Frage für die verfassungsrechtliche Beurteilung, wenn der Gesetzgeber Ansprüche oder Anwartschaften schmälern bzw. entziehen oder die Sozialversicherungs- und damit die Beitragspflicht ausweiten will. Lange Zeit war umstritten, ob diese Sachverhalte an Art. 14 GG oder lediglich an Art. 2 GG zu messen sind.

Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG nicht durch die Beschränkung oder Entziehung von Sozialleistungsrechten betroffen, da durch das öffentliche Recht gewährte und bestimmte Rechtspositionen nicht „Eigentum“ im Sinne dieser Bestimmung seien²⁶³. Etwas anderes gelte nur, wenn diese Rechtsposition so stark sei, dass eine ersatzlose Entziehung mit dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes unvereinbar wäre²⁶⁴. Dieses Verständnis wurde dahingehend präzisiert, dass eine Einbeziehung in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG weiter voraussetze, dass sich die gewährte Rechtsposition als Äquivalent eigener Leistung erweise oder doch zu der einseitigen Gewährung von Seiten des Staates eine den Eigentumsschutz rechtfertigende Leistung des Einzelnen hinzutrete²⁶⁵. Im Gegensatz dazu stünden Sozialleistungen, die der Staat nur in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht eingeräumt habe²⁶⁶.

Später erkannte das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften über den Versorgungsausgleich erstmals ausdrücklich an, dass Versichertenrenten und Rentenanwartschaften den Schutz des Art. 14 GG genießen²⁶⁷. Begründet wurde dies mit der Überlegung, dass die Trennung im Bereich des privaten und öffentlichen Rechts durch die Rechtsentwicklung überholt sei, weil sie die Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und besonders das Vordringen der staatlichen Daseinsvorsorge in vielen Lebensbereichen zu wenig berücksichtige. Der Eigentumsschutz müsse sich auch auf öffentlich-rechtliche Berechtigungen erstrecken, auf die der Bürger in

²⁶⁰ Weitere Ausführungen hierzu siehe in Teil II, Kapitel 5, 1.2.2.2.

²⁶¹ Vgl. dazu Preis/Kellermann (1999), S. 337 ff.; Kalisch (1999), S. 196 ff.

²⁶² BVerfG, Beschluss v. 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193 (122).

²⁶³ BVerfG, Urteil v. 30.04.1952 – 1 BvR, 25, 167/52, BVerfGE 1, 264.

²⁶⁴ BVerfG, Urteil v. 07.05.1963 – 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 (111).

²⁶⁵ BVerfG, Beschluss v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288 (293 f.); BVerfG, Urteil v. 07.05.1963 – 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 (111 f.); BVerfG, Beschluss v. 20.10.1971 – 1 BvR 757/66, BVerfGE 32, 111.

²⁶⁶ BVerfG, Beschluss v. 04.05.1960 – 1 BvL 17/57, BVerfGE 11, 64 (70).

²⁶⁷ BVerfG, Urteil v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77, 7, 9, 14, 15, 16, 37, 64, 74, 78, 100/78, 5, 16/79 und 1 BvR 807/78, BVerfGE 53, 257.

seiner wirtschaftlichen Existenz dringend angewiesen sei. Die Voraussetzungen für die Gewähr des Eigentumsschutzes sozialversicherungsrechtlicher Positionen konkretisierte das Bundesverfassungsgericht, indem es eine privatnützige Zuordnung der Rechtsposition, die auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruht und der Existenzsicherung dient, forderte²⁶⁸.

Auch für die Auferlegung sozialrechtlicher Geldleistungspflichten (Beitragspflichten) war nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG nicht einschlägig. Dieses Grundrecht schütze nicht das Vermögen als solches gegen Eingriffe durch Auferlegung von Geldleistungspflichten²⁶⁹. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erfasse und schütze vielmehr nur Vermögenspositionen, die durch Gesetz inhaltlich konkret bestimmt und beschränkt seien. Geprüft wurde dann Art. 2 GG hinsichtlich eines Eingriffs in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, da Art. 14 Abs. 1 GG hinsichtlich eines Eingriffs in das Vermögen des Beitragspflichtigen eine abschließende Regelung darstellte. Das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung war dann anhand der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG zu prüfen, wonach sich die wirtschaftliche Betätigung unter anderem im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung halten muss. Da zur verfassungsmäßigen Ordnung nach allgemeiner Überzeugung²⁷⁰ alle Rechtsvorschriften zu zählen sind, die formell und materiell mit dem Grundgesetz übereinstimmen, ergeben sich hierdurch – anders als es bei Art. 14 Abs. 1 GG der Fall wäre – keine allzu großen Verfassungshürden²⁷¹.

Diese Auffassung stieß in der Literatur auf Kritik²⁷². Die Feststellung eines konkreten Eigentumseingriffs solle nicht ausgeschlossen sein, wenn ein staatliches Gesetz den Eigentümer zu vermögenswirksamen Abgaben kategorisch verpflichte, ihm aber die Wahl lasse, welche konkrete Rechtsposition er zur Befriedigung des staatlichen Anspruchs auf einen Teil an seinem Vermögen aufgeben wolle.

Diesem Ansatz folgte dann der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit seinem Vermögenssteuer-Beschluss, der nun öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten als

²⁶⁸ BVerfG, Urteil v. 16.07.1985 – 1 BvL 5/80, 1 BvR 1023, 1052/83 und 1227/84, BVerfGE 69, 272 (300 f.); vgl. dazu auch Preis/Kellermann (1999), S. 338.

²⁶⁹ BVerfG, Urteil v. 20.07.1954 – BvR 459/52, BVerfGE 4, 7 (17 f.); sachlich übereinstimmend BVerfG, Beschluss v. 21.03.1957 – 1 BvR 65/54, BVerfGE 6, 290 (298); BVerfG, Beschluss v. 12.11.1958 – 2 BvL 4,26,40/56, 1, 7/57, BVerfGE 8, 274 (330); BVerfG, Urteil v. 24.07.1962 – 2 BvL 15, 16/61, BVerfGE 14, 221 (241); BVerfG, Beschluss v. 14.05.1968 – 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288 (315); BVerfG, Beschluss v. 09.03.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250 (271 f.); BVerfG, Beschluss v. 21.06.1977 – 2 BvR 70, 361/75, BVerfGE 45, 272 (296); BVerfG, Beschluss v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 (209); BVerfG, Beschluss v. 14.01.1987 – 1 BvR 1052/79, BVerfGE 74, 129 (148); BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (165); BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108 (122); BVerfG, Beschluss v. 23.06.1993 – 1 BvR 133/89, BVerfG 89, 48 (61); BVerfG, Beschluss v. 12.10.1994 – 1 BvL 19/90, BVerfGE 91, 207 (220); st. Rspr.

²⁷⁰ BVerfG, Urteil v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (37f.); BVerfG, Urteil v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (366); BVerfG, Beschluss v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 (153); BVerfG, Beschluss v. 09.03.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145 (171 f.); siehe zur verfassungsrechtlichen Literatur Butzer (2001), S. 338, Fn. 74 m.w.N.

²⁷¹ BVerfG, Urteil v. 27.01.1965 – 1 BvR 213, 715/58, 66/60, BVerfGE 18, 315 (329); BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (154); BVerfG, Beschluss v. 31.05.1988 gem. § 24 BVerfGG – 1 BvL 22/85, BVerfGE 78, 232 (244).

²⁷² Siehe zu den dogmatischen Gegenentwürfen u.w.N. Butzer (2001), S. 340 ff.

eine eigenständige, die Eigentumsгарantie berührende Belastung ansieht²⁷³, soweit sie durch Auferlegung von Steuern erfolgt. Dazu wird in der Literatur vertreten, der Vermögenssteuer-Beschluss betreffe zwar ausdrücklich nur die Frage des Grundrechtsschutzes bei einer Belastung durch Steuern, jedoch sei nicht ersichtlich, warum nicht auch durch die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 GG eintreten solle²⁷⁴. Für den Abgabepflichtigen sei es – was die Grundrechtsbeeinträchtigung angehe – unerheblich, ob das Beitragsaufkommen in den allgemeinen Staatshaushalt oder in die Haushalte der Sozialversicherungsträger fließe. Unklar sei derzeit jedoch noch, ob der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts sich ebenfalls zu einer Öffnung des Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber hoheitlichen Abgabepflichtigen und damit zur vollen Effektivierung des Art. 14 GG bei öffentlich-rechtlichen Abgabepflichtigen entschließe²⁷⁵.

3 Zwischenergebnis

Das Sozialrecht entwickelt sich zwischen Anpassungszwängen und Bestandsschutz in tatsächlicher und rechtlicher Dimension.

Tatsächlichen Anpassungszwang üben die innerer Dynamik der Sozialpolitik mit der von innen kommenden Notwendigkeit, sich zu verändern (endogene Anpassungszwänge), die Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft, wirtschaftliche Rahmenbedingungen sowie die gesellschaftliche Entwicklung (exogene Anpassungszwänge) aus.

Rechtliche Anpassungszwänge ergeben sich aus der Verfassung und dem Europarecht.

Die Grundrechte besitzen eine objektive Aufforderungsfunktion, die den sozialpolitischen Prozess und staatliche Aktivität verlangt. Vermittlungsinstanz ist der Gesetzgeber. Durch ihre Offenheit haben die Grundrechte großen Wirklichkeitsbezug. Neue oder veränderte Lebenssachverhalte wirken über die Verfassung und im Zusammenwirken mit ihr einen ständigen Anpassungszwang auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung aus.

Auch die Einzelgrundrechte verlangen ständige Anpassung. An erster Stelle gebietet das Sozialstaatsprinzip die Schaffung und Wahrung eines hinreichenden Systems sozialer Sicherung. Das sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergebende Menschenwürdeprinzip gewährt in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip einen Anspruch auf das Existenzminimum. Der Gleichheitssatz gebietet positiv im Rahmen seines Differenzierungsgebots, auf relevante

²⁷³ BVerfG, Beschluss v. 25.09.1992 – 2 BvL 5, 8, 14/91, BVerfGE 87, 153 (169); BVerfG, Beschluss des 2. Senats v. 22.06.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (137 f.); offen gelassen BVerfG, Beschluss v. 05.02.2002 – 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17 (32).

²⁷⁴ so Butzer (2001), S. 346 m.w.N.

²⁷⁵ Vgl. dazu auch Jarass/Pieroth (2004), Art. 14, Rn. 16 m.w.N.; vertiefend zur Frage der Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG durch Beitragspflichten vgl. Teil II, Kapitel 5, 1.2.2.3.

Unterschiede normativ zu reagieren. Aufgrund seiner Offenheit und der Zeitkomponente geht von ihm ein ständiger Anpassungszwang aus.

Durch aktive Gesetzgebung übt die EU direkt Druck auf die nationale Gesetzgebung aus. Indirekt geschieht dies durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Bestimmte Konstellationen und Begebenheiten innerhalb der EU, wie z.B. Sozial-Dumping und Währungsunion, führen zu De facto-Druckkonstellationen.

Die verschiedenen oben dargestellten Anpassungszwänge treffen auf ein System, das unterschiedliche Festigkeit aufweist und aufgrund tatsächlicher und rechtlicher Umstände Bestandsschutz entgegensetzt.

In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich Bestandsschutz aus dem geschichtlich Gewachsenen und dem politischen System. Hinter dem konkreten Sozialstaat stand nie ein zwingender normativer Entwurf, der die Entwicklung gesteuert hätte. Das Grundgesetz hat sich jeglicher Verfestigung im Sinne sozialer Programme und sozialer Grundrechte enthalten. Der Sozialstaat war immer ein Produkt der jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse und des politischen Systems. Dennoch übt das jeweils Gewordene aufgrund der jeweiligen Interessen, die es befriedigt, erhebliche Bestandskraft aus. Das politische System entfaltet Bestandskraft im Wesentlichen aufgrund der kurzen Legislaturperioden. Durch sie sind aktuelle und konkrete Interessen sehr viel durchsetzungsfähiger als langfristige und abstrakte. Die dadurch bedingte Konzentration auf das Partikulare verhindert eine gesamthafte Betrachtung und damit eine umfassenden Umwälzung des Sozialstaats.

Auch vom Verfassungsrecht geht bedeutender Bestandsschutz aus, denn das Grundgesetz erklärt sich negativ deutlicher als positiv. Die derzeit im Grundgesetz geregelte Gesetzgebungskompetenz ermöglicht dem Bundesgesetzgeber zwar, die Sozialversicherung behutsam an gewandelte Verhältnisse anzupassen, hindert ihn grundsätzlich jedoch, mit der herkömmlichen Sozialversicherung radikal zu brechen. Das Sozialstaatsprinzip wirkt als unmittelbare Schranke gegen gesetzliche Eingriffe in der Form, dass Umgestaltung und Reform möglich sind, solange die aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Minimalforderungen in welcher Form auch immer verwirklicht werden. Auch das Rechtsstaatsprinzip sichert Bestehendes durch den sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt, das Bestimmtheitsgebot und den Vertrauensschutz. Bestandsschutz kann zudem nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Stimmen in der Literatur vom Grundrecht auf Berufsfreiheit ausgehen, wenn der Bürger mit Abgaben belastet wird. Schließlich kann nach Ansicht eines Teils der Literatur der Schutzbereich des Art. 14 GG durch die Beschränkung oder Entziehung von Sozialleistungsrechten bzw. durch die Auferlegung von Beitragspflichten betroffen sein und somit auch vom Eigentumsgrundrecht bestandsschützende Wirkung ausgehen.

Kapitel 4: Die Umsetzung in Recht – Sozialrecht als umgesetzte Sozialpolitik

Anpassungszwänge und der sie in Schranken weisende Bestandsschutz machen Sozialpolitik notwendig²⁷⁶ und bestimmen ihre Entwicklung. Aufgabe der Sozialpolitik ist es dann, zu reagieren und in dem von Anpassungszwängen und Bestandsschutz vorgegebenen Rahmen das Sozialrecht anzupassen bzw. zu entwickeln. Kurz: Sozialpolitik muss in Recht umgesetzt werden.

Das Recht ist das zentrale Medium und die zentrale Technik der Verwirklichung für das im Sozialstaat politisch Gewollte. Der Rechtsstaat macht das Medium Recht notwendig und gibt ihm spezifische Strukturen. Das bereichert den Sozialstaat auf der einen Seite um die Werte des Rechtsstaats, zwingt ihm auf der anderen Seite jedoch die rechtsstaatliche Struktur auf. Rechtsstaatliche Prinzipien wie die Stufenabfolge von Verfassung, Gesetz, Verordnung und Satzung, die Bindung der individuellen Entscheidung an die Norm, die Entscheidungszuständigkeiten des Richters, subjektive Berechtigung, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Rechtsfriedensschutz sind damit Selbstverständlichkeiten auch des Sozialen²⁷⁷.

Jedoch ergeben sich vom Recht her auch Grenzen des Sozialstaats. Diese entstehen nicht nur aus dem Konflikt der Ziele und Werte, sondern viel allgemeiner daraus, dass die Technik des Rechts nicht immer genügt, das sozialstaatlich Gewollte zu realisieren²⁷⁸.

Aus diesem Grund sollen im Folgenden insbesondere die spezifischen Aufgaben der Sozialrechtswissenschaft, -gesetzgebung sowie -rechtsprechung bei der Umsetzung des sozialpolitisch Gewollten in Recht aufgezeigt werden.

1 Aufgabe der Sozialrechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft hat vor allem die Aufgabe, Strukturen aufzudecken und Prinzipien zu entwickeln²⁷⁹.

Eine wissenschaftliche Aufarbeitung gerade des Sozialrechts wurde – und wird bis auf den heutigen Tag – erschwert durch eine ständig steigende Gesetzesflut, die das Sozialrecht in einem ständigen Wechsel hält²⁸⁰. Diesem stetigen Wandel des Sozialrechts ent-

²⁷⁶ Vgl. dazu Stolleis (1984 A), S. N 13

²⁷⁷ Zacher (1987), § 25, Rn. 97.

²⁷⁸ Zacher (1983 A), S. 67.

²⁷⁹ Zacher (1983 B), S. 967; ders. (1993 G), S. 279 ff.; siehe allgemein zum Beitrag der Sozialrechtswissenschaft zur Sozialpolitik Krause (1992), S. 845 ff.

²⁸⁰ v. Maydell (1998), S. 269, der in der Begriffs- und Strukturbildung Zachers einen wesentlichen Beitrag zur Dogmatik und Systembildung sieht; siehe auch Wannagat (1983), S. 701; Zacher (1976), S. 15, ders. (1979 A), S. 164, der von dem Fehlen

spricht ein ständiger Theoriebedarf²⁸¹. Kaum ein anderer Rechtsbereich ist so stark den permanenten gesellschaftlichen Veränderungen, dem sich rasch vollziehenden wirtschaftlichen technischen und sozialen Wandel unterworfen wie das Sozialrecht²⁸². Es vollzog sich nicht in einem geschlossenen Gesetzeswerk, sondern entwickelte sich in rechtsdogmatischer Isolation in rascher Folge etappen- und stufenweise ohne eine vorausgehende einheitliche grundlegende Konzeption. Eine makrosystematische Geschlossenheit und technisch-begriffliche Genauigkeit konnten sich auch deswegen nicht durchsetzen, weil das herrschende Sozialethos selbst vielschichtig und heterogen ist. Hinzu kommt das rasche und breite Wachstum der sozialrechtlichen Normen. Anders hat sich z.B. das bürgerliche Recht entwickelt. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) mit seiner inneren systematischen Geschlossenheit und begrifflichen Genauigkeit erfuhr in den ersten 50 Jahren seines Bestehens kaum nennenswerte Änderungen. Zivilrechtliche Einzelregelungen, die mehr rechtstechnischer Natur waren, konnten sich in der Regel auf sorgfältig ausgearbeitete, rechtsdogmatisch bis in das letzte ausgeformte, prägnante juristische Konstruktionen und Rechtsinstitute stützen, die das Verständnis und die Handhabung der mehr in die Kasuistik gehenden Normen erleichterten²⁸³. So ist z.B. das gesamte Mietrecht in die allgemeinen Schemata des Schuldrechts einbezogen. Die Einzelregelungen des Grundbuchrechts lehnen sich wiederum weitgehend an das Sachenrecht an.

Makrokosmisch geht es in der Rechtswissenschaft vor allem darum, Raster zu entwickeln, die es erlauben, das Einzelne – die einzelne Regelung, das einzelne System – in je größere Zusammenhänge, in ein Ganzes zu stellen, das Gleiche zu vergleichen und das Ungleiche zu unterscheiden, das Bleibende im Wandel zu identifizieren und Ort und Maß der Veränderung zu bestimmen. Die Rechtswissenschaft hat hier – gegenüber der Aktualität der Sozialpolitik – vor allem eine institutionelle Aufgabe. Sie hat die Aufgabe ein gerechtes System zu finden, das auch im Zeitverlauf durchgehalten werden kann.

Mikrokosmisch geht es vor allem darum, den Wandel der Wirkungsweisen der Regelungen, wie er sich aus Veränderungen der Verhältnisse und aus der Erfahrung der Regelungen ergibt, mit den Zwecken der Norm zu vergleichen und die Norm – legislativ oder durch Interpretation – so zu differenzieren, dass Zweck und Wirkung so nahe als möglich beieinander liegen²⁸⁴.

einer prinzipiellen, systematischen Dogmatik im Sozialrecht ausgeht, jedoch Vertreter einer solchen Dogmatik benennt: Krause (1972), S. 385 ff. 509 ff.; Bley (1973), S. 479 ff.

²⁸¹ Zacher (1983 B), S. 967; Bley (1979), S. 363 ff.

²⁸² Wannagat (1983), S. 698.

²⁸³ Wannagat (1983), S. 699.

²⁸⁴ vgl. Zacher (1983 B), S. 968.

Aufgabe der Sozialrechtswissenschaft ist es auch, die Strukturen sozialen Rechts so aufzubereiten, dass erkennbar wird, wie die Elemente des sozialen Rechts in die Verfassungsnormen einzuordnen sind²⁸⁵.

Große Bedeutung bei der Erfüllung dieser Aufgaben der Sozialrechtswissenschaft haben die Sozialrechtsdogmatik, die juristische Begriffsbildung und die sozialrechtliche Rechts-tatsachenforschung. Im Folgenden wird daher der Schwerpunkt der Betrachtung auf diese Bereiche gelegt.

1.1 Dogmatik und Sozialrecht

Die Rechtsdogmatik bezieht sich in Abgrenzung zur Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte nicht aus einer externen, sondern aus einer internen Perspektive auf das geltende Recht²⁸⁶. Sie berücksichtigt häufig nur eine Rechtsordnung und nicht verschiedene bestehende, vergangene und zukünftige Rechtsordnungen.

Eine abstrahierende Dogmatik ist notwendig, um sozialrechtliche Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur aus größeren Zusammenhängen wachsen und in größeren Zusammenhängen wirken zu lassen. Sie entspringt der Grundforderung jeder Rechtsordnung nach Ordnung im Rechtssystem, damit die Rechtsfolgen, insbesondere für den Einzelnen, voraussehbar und berechenbar sind. Die Gesetzgebung ist auf Dogmatik angewiesen, wenn sie im Interesse einer möglichst weitgehenden Zielerreichung die Wirkung der Gesetze abschätzen will. Auch eine Rechtsprechung, die sich nicht in Kasuistik verlieren will, bedarf der Dogmatik²⁸⁷. Rechtsdogmatik muss Rechtswerte bewusst machen, um Regelungen dort zu veranlassen, wo die geschützten Interessen für sich zu schwach sind, sie zu erwirken. Eine abstrahierende Dogmatik hilft ferner, sich nicht allein auf die Findung und Schließung der bestehenden Lücken und Behebung der Insuffizienzen zu beschränken. Sie kann dem Gesetzgeber die Details von morgen nicht nur auf der Grundlage der Details von gestern, sondern mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Prinzipiellem und Untergeordnetem, zwischen Systembruch und Systemvariante an die Hand geben. Sie hat die Konstanz des Sozialrechts über die Häufigkeit der Gesetzesänderung hinweg zu leisten.

Die dogmatische Rechtswissenschaft hat somit die Aufgabe, die Summe der Normen wahrnehmbar, lesbar, auch lernbar zu machen – gleichermaßen geschriebenes wie unge-

²⁸⁵ vgl. Zacher (1983 B), S. 977.

²⁸⁶ Die Rechtssoziologie beschreibt die Wechselwirkung des Rechts mit anderen Wirklichkeitsbereichen, insbesondere das Verhältnis von Recht und Gesellschaft. Die Rechtsgeschichte beschreibt das historische Recht und seine Ausgestaltungsformen. Die Rechtsphilosophie beschränkt sich dagegen nicht bloß auf die Beschreibung des Rechts aus einer externen Perspektive wie die Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte. Sie muss versuchen über Zweck und Ende des Rechts über den Tag hinaus nachzudenken und über die Werte des Menschen, denen das Recht dient.

²⁸⁷ v. Maydell (1998), S. 270.

schriebenes Recht, Gesetzesrecht, Richterrecht und Doktrin²⁸⁸. Rechtsdogmatik ist damit die Wissenschaft vom geltenden Recht. Ihre Aufgabe ist es, den Sinn des in Gesetz und Rechtsprechung erkennbaren Rechts so zu entfalten, dass die Rechtsordnung der Vielfalt der Lebensbedürfnisse gerecht werden kann. Dieses Bemühen kann an der einzelnen Norm ansetzen, sie interpretieren, aber auch an der Gesamtheit der Normen ansetzen, nach ihrem System fragen, ihnen ein System geben. Letztlich muss Dogmatik immer beides tun²⁸⁹. Eine Vorschrift kann nicht ohne Rücksicht auf das System interpretiert werden, in dem sie steht. Und ein System kann nur aus Normen gefügt werden, die verstanden sind – also interpretiert wurden. Die Rechtsdogmatik interpretiert somit das geltende Recht einer bestimmten Rechtsordnung aus einer internen Anwenderperspektive. Ihr eigentlicher Charakter ist der einer „Normwissenschaft“, das heißt ihr eigentlicher Zweck ist die praktische Ausgestaltung und Anwendung des geltenden Rechts.

Diese Anwenderperspektive wird von der Rechtswissenschaft oft rechtspolitisch ergänzt. Es werden Vorschläge gemacht, wie Gesetze, Verordnungen und Satzungen zu verändern wären²⁹⁰. Dazu ist noch anzumerken, dass das Recht nicht etwa primär und einseitig ein Befehl der Norm an das Leben, an die soziale Wirklichkeit ist. Das Recht ist vielmehr eine Antwort an das Leben. Aus dem Neben- und Miteinander der Menschen, ihrer Gemeinschaften und Gemeinwesen erwachsen Nachfragen nach Ordnung, auf die das Recht antwortet. Dogmatik hat deshalb eine vermittelnde Funktion. Sie vermittelt zwischen der gesellschaftlichen Herausforderung an das Recht und den stets bedingten, fragmentarischen, lückenhaften Antworten des formulierten Rechts auf diese Herausforderungen. Wegen dieser Vermittlungsfunktion ist Dogmatik gerade entgegen allem Anschein nicht nur Statisches, sondern etwas Dynamisches. Beides entwickelt sich permanent, das formulierte Recht ebenso wie die Welt der sozialen Herausforderungen an das Recht²⁹¹. Nicht immer entsprechen sich die Schritte der Entwicklung. Die Dogmatik hat auch insofern jeweils die möglichst vollkommene Antwort des Rechts an das Leben darzustellen.

1.2 Die juristische Begriffsbildung

Da bei der Umsetzung in Recht im Interesse von Rechtssicherheit und Entscheidbarkeit Lebenssachverhalte auf Rechtsbegriffe reduziert werden müssen, sind Erkenntnisse über den Umgang mit diesen Rechtsbegriffen von praktischer Bedeutung. Dies gilt zum einen für den Gesetzgeber, der darauf abzielt, dass ein Gesetz in dem von ihm gemeinten Sinne verstanden und angewandt wird; gleiches gilt auch für den Wissenschaftler, der selbst Rechts-

²⁸⁸ Zacher (1983 B), S. 945; siehe zur Aufgabe der Rechtsdogmatik auch Pawlowski (1999), S. 330 ff., insbesondere S. 361 f.

²⁸⁹ Zacher (1983 B), S. 945.

²⁹⁰ Zacher (1983 B), S. 946; Larenz/Canaris (1995), S. 187 ff., 232 ff.

begriffe schafft oder Definitionen anbietet. Ein praktisches Interesse haben auch diejenigen, die Rechtsbegriffe auslegen und anwenden: Dies ist der Gesetzgeber, wenn er auf andere nicht von ihm geschaffene Begriffe Bezug nimmt; der Richter, der das Gesetz auszulegen und anzuwenden hat; der Rechtswissenschaftler, der die Aufgabe hat, das geltende Recht auszulegen, zu systematisieren und zu erklären.

Neben diesem praktischen Interesse im Hinblick auf Schaffung und Anwendung von Rechtsbegriffen besteht ein theoretisches Erkenntnisinteresse, vor allem für die Rechtswissenschaft. Sie interessiert nämlich auch, wie gedachte Ziele sprachlich in Handeln umgesetzt werden können.

Die Besonderheit der Rechtswissenschaft liegt in ihrem Bezug zur Regelung von Lebenssachverhalten. Die juristische Begriffsbildung weist von daher einen Sprachbezug, einen Wirklichkeitsbezug und einen Normbezug auf²⁹²:

In sprachlicher Hinsicht ergeben sich Verbindungen mit der Linguistik über Kommunikationsmodell, semantisches Dreieck und Bedeutungslehren, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden soll²⁹³.

Auf der Wirklichkeitsebene ist es erforderlich, dass der Begriffsbildung eine Erforschung der Tatsachen vorausgeht²⁹⁴. Die Wirklichkeit ist angemessen in den Begriffen abzubilden, und die verwandten Begriffe müssen zur Umsetzung in die Wirklichkeit als Teil einer Norm geeignet sein. Außer den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen sind die zu erwartenden Folgen – als Rechtsfolgen und als soziale Folgen – bei der einen und der anderen Begriffsbildung festzustellen.

Die wichtigsten Anforderungen an die juristische Begriffsbildung ergeben sich auf der Normebene. In Rechtswissenschaft und -praxis herrscht die „ontologische Methode“ oder auch „phänomenologische Methode“ vor²⁹⁵. Ausgangspunkt jeder Definition ist danach die Auflistung all derjenigen Merkmale, die man bei der Anschauung der Wirklichkeit als Eigenschaften der zu definierenden Objekte vorfindet. Nach *Wank*²⁹⁶ jedoch sollte angesichts der allgemeinen Anerkennung der Wertungsjurisprudenz und der teleologischen Auslegungsmethode eigentlich auch eine teleologische Begriffsbildung selbstverständlich sein. Danach müsse die juristische Begriffsbildung sowohl auf die Seite der Rechtstatsachen Bezug nehmen, also auf generelle Tatsachen und generelle Folgen, als auch auf das Regelungsprogramm. In der juristischen Begriffsbildung müsse der Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zum Ausdruck kommen.

²⁹¹ Zacher (1983 B), S. 945 f.

²⁹² Wank (1985), S. 151.

²⁹³ Siehe dazu Wank (1985), S. 9 ff.

²⁹⁴ Siehe dazu nachfolgende Ausführungen zur Rechtstatsachenforschung, Teil I, Kapitel 4, 1.3.

²⁹⁵ Vgl. Wank (1985), S. 143.

²⁹⁶ Wank (1985), S. 79 ff.

1.2.1 Die teleologische Begriffsbildung

Ausgehend von der im Prinzip allgemein anerkannten teleologischen Methode soll kurz aufgezeigt werden, warum und wie sie bei der juristischen Begriffsbildung im Einzelnen anzuwenden ist²⁹⁷.

Auch die juristische Begriffsbildung muss sowohl auf die Rechtsfolgen im Sinne des Regelungsprogramms Bezug nehmen als auch auf die Seite der Rechtstatsachen, also auf generelle Tatsachen und generelle Folgen. Teleologisch ist eine Begriffsbildung, die in dieser Weise auf ein Regelungsprogramm von Rechtssätzen ausgerichtet ist. Sie ergreift die Tatbestands- und Rechtsfolgenseite.

Wie notwendig die Rechtsfolgenorientierung auch bei der Begriffsbildung ist, zeigt sich bei der Gesetzesauslegung anhand eines Kommunikationsmodells²⁹⁸. Hinter jedem Gesetz steht der Zweck, soziale Sachverhalte zu regeln. Zur Umsetzung dieses Zwecks bedient sich der Gesetzgeber der Sprache. Dabei hat das einzelne Wort, das im Gesetz steht, innerhalb des Codes für den Gesetzgeber keine eigenständige Bedeutung. Nur der gesamte Code enthält das Regelungsprogramm. Wird das Programm bei der Tätigkeit des Codierens in die Sprache der Rechtssätze umgesetzt, entstehen Reibungsverluste. Sie können daher rühren, dass zwar die Vorstellung des Gesetzgebers eine bestimmte ist, die Sprache aber zwangsläufig Unbestimmtheit enthält. Zu einem großen Teil beruhen diese darauf, dass sich bei der Umsetzung in Sprache ein Wandel vom Zweckprogramm in ein Konditionalprogramm vollzieht. Da Rechtssätze in der Regel nicht angeben, welches Regelungsziel sie verfolgen, lautet das in ihnen enthaltene Ge- oder Verbot nicht, ein Regelungsziel optimal zu verwirklichen (Zweckprogramm); vielmehr wird für einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge angeordnet (Konditionalprogramm). Bei dieser Umformung besteht die Gefahr, dass Tatbestand und Rechtsfolge des Rechtssatzes als Ausdruck eines einheitlichen Regelungsprogramms auseinander gerissen werden. Daher muss die Aufgabe der Rechtswissenschaft bei der Decodierung darin bestehen, gerade diesen Zusammenhang wiederherzustellen und jeden Gesetzesbegriff *sub specie* des Regelungsprogramms zu erklären.

Da Recht dazu dient, reale Fälle sachgerecht zu lösen, muss der Regelung ein zutreffendes Bild der Wirklichkeit zugrunde liegen, d.h. ein Wirklichkeitsbezug bestehen. Durch die Begriffsbildung im Zuge der Codierung wird dann die facettenreiche Wirklichkeit abstrahiert. Für den Routinefall der Rechtsanwendung soll es bei dieser Codierung bleiben. Wenn Zweifelsfälle auftauchen, ist eine Decodierung erforderlich; der Weg der Gesetzgebung ist zurückzuverfolgen. Dazu gehören die Erforschung der zugrunde gelegten Wirklichkeit und

²⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich Wank (1985), S. 79 ff.

²⁹⁸ Wank (1985), S. 82; zum Kommunikationsmodell allgemein Cherry/Müller (1963); zum Kommunikationsmodell für die Rechtswissenschaft siehe Baden (1977), insbesondere S. 137 ff.

des Regelungsprogramms. Im Hinblick auf den Wirklichkeitsbezug ist weiter zu überprüfen, welcher Modell- und Durchschnittsfall dem Gesetzgeber vor Augen stand und inwieweit sich Abweichungen davon entweder aufgrund genauerer Kenntnis der Wirklichkeit oder aufgrund der zeitlichen Entwicklung ergeben. Die teleologische Begriffsbildung folgt damit folgendem Verfahren: Zunächst wird der Normalfall herausgearbeitet, auf ihn sind die Begriffe zuzuschneiden. Sodann sind die Grenzfälle anhand der Gegenbegriffe zu erarbeiten sowie die Unterbegriffe anhand von Einzelfällen zu ermitteln.

Teleologische Begriffsbildung ist demzufolge als folgenorientierte Begriffsbildung zu verstehen²⁹⁹. Der Umfang der Folgenorientierung ist für den Gesetzgeber, für den Richter und für den Rechtswissenschaftler jeweils unterschiedlich. Für das Gesetzgebungsverfahren ist die Folgenorientierung ein herkömmlicher Bestandteil. Der Richter kann demgegenüber Folgenorientierung im Sinne eigenständiger Folgenbewertung nur dort vornehmen, wo er Rechtsfortbildung betreibt und daher wie ein Gesetzgeber entscheiden muss; seine Befugnis zur Rechtsfortbildung ist aber eingeschränkt aus Gründen des Gewaltenteilungs-, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips. Der Rechtswissenschaftler bringt wiederum bei weitem mehr als der Richter an Folgeerwägungen ein.

Bei der Frage, welche Folgen zu berücksichtigen sind, sind drei Arten von Folgen zu unterscheiden: die Rechtsfolge (normative Folge), die tatsächlichen generellen und die tatsächlichen Folgen im Einzelfall (faktische Folgen).

Zentrale Frage der juristischen Begriffsbildung ist jedoch die nach dem Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, die die Ermittlung der Gesetzeszwecke voraussetzt.

1.2.2 Arten juristischer Begriffe

Als in der juristischen Methodenlehre übliche Einteilung werden folgende Arten von Begriffen aufgeführt: Rechtssatzbegriffe und Dogmatikbegriffe, bestimmte und unbestimmte Rechtsbegriffe, deskriptive und normative Rechtsbegriffe, Klassen- und Typusbegriffe sowie Statusbegriffe³⁰⁰.

Die erste Differenzierung betrifft die verschiedenen Urheber von Rechtsbegriffen. Juristische Begriffe können vom Gesetzgeber vorgegeben oder von der Rechtswissenschaft aufgestellt werden, sei es im Hinblick auf einen konkreten Rechtssatz oder auf allgemeine dogmatische Erkenntnisse. Der Gesetzgeber ist bei der Rechtsetzung weitestgehend frei, welche Begriffe er wählt, der Rechtswissenschaftler eher unfrei, wenn er einzelnen Ausdrü-

²⁹⁹ Wank (1985), S. 85 ff.

³⁰⁰ Vgl. zu den Begriffsarten im Wesentlichen Wank (1985), S. 6 f., 47 f.

cken innerhalb eines Rechtssatzes genauere Konturen zu geben versucht und die Vorstellung des Gesetzgebers berücksichtigen muss.

Die Einteilung der Rechtsbegriffe in bestimmte und unbestimmte betrifft den Grad, inwieweit ihre Inhalte festgeschrieben sind. Dabei wird die Unbestimmtheit der Begriffe auf verschiedene Ursachen zurückgeführt. Diese können innerhalb der Tatsachenwelt liegen oder sich aus dem Erfordernis einer Wertung ergeben.

Dies führt zu der weiteren Unterscheidung nach den unterschiedlichen Zwecken, zur Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Begriffen. Deskriptiv sind Begriffe, die sich auf normative Begriffe beziehen. Normative Rechtsbegriffe, auch wertausfüllungsbedürftige Begriffe genannt, nehmen außer auf die Erfahrungswelt auch auf Normzusammenhänge Bezug. Nach einem anderen Verständnis sind normative Begriffe solche, bei denen es für die Anwendung stets einer Wertung bedarf.

Auf den Status- und Typusbegriff wird im Folgenden ausführlicher eingegangen, da sich Teil II der Arbeit mit der Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ befasst und es sich dabei sowohl um einen Status- als auch um einen Typusbegriff handelt.

1.2.2.1 Statusbegriffe

Eine Art der Charakterisierung von Rechtsbegriffen ist die Zuordnung zu den so genannten Statusbegriffen. Da für die juristische Begriffsbildung der Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge maßgeblich ist, genügt es in den Fällen, in denen an einen Tatbestand mehrere Rechtsfolgen anknüpfen, nicht, beliebige Rechtsfolgen herauszugreifen und danach den Begriff zu bestimmen. Soweit, wie in den anderen Fällen, der Begriff nur in einer Norm verwandt wird und sich an ihn nur eine Rechtsfolge knüpft, reicht es, den Zusammenhang mit dieser Rechtsfolge aufzuweisen. Im Gegensatz zu diesen Einzelbegriffen stehen die Statusbegriffe, die gleichzeitig über eine Fülle von Rechtsfolgen bestimmen. Derartige Statusbegriffe sind z.B. Kaufmann/Nichtkaufmann, Arbeitnehmer bzw. Beschäftigter/Arbeitnehmerähnlicher/Selbständiger.

In derartigen Fällen empfiehlt sich folgendes methodisches Vorgehen: Zunächst sind alle oder jedenfalls die wichtigsten Rechtsfolgen zu sammeln und im Hinblick auf bestimmte übereinstimmende Gesetzeszwecke zu ordnen. Sodann ist festzustellen, warum der Begriff Anknüpfungspunkt für diese unterschiedlichen Rechtsfolgen sein kann, welcher gemeinsame Grundgedanke diesem Rechtsfolgenbündel zugrunde liegt. Dabei ergeben sich zwei Gewichtungsprobleme: das der auf den Begriff selbst anwendbaren Normen und das der auf den Gegenbegriff anwendbaren Normen.

Die auf den Statusbegriff anwendbaren Normen haben unterschiedliche Bedeutung. Es kann eine Rechtsfolge darunter sein, die sich nur in seltenen Fällen aktualisiert und eine andere, die täglich bedeutsam ist. Daher ist zu gewichten, welche Rechtsfolgen im Konflikts-

fall aus welchen Gründen den Vorrang haben sollen. Da der Statusbegriff gegenüber einem oder mehreren Statusbegriffen abzugrenzen ist, wird es in Zweifelsfällen so sein, dass einige Kriterien für den einen, andere Kriterien für den anderen Statusbegriff sprechen. Von der Abgrenzung ausgehend muss festgestellt werden, in welcher Beziehung die festgestellten Merkmale zu der Abgrenzung stehen und wo ein Schwerpunkt zu bilden ist.

1.2.2.2 Typusbegriffe

Eine andere Art der Charakterisierung von Rechtsbegriffen ist die Zuordnung zu den Typusbegriffen. Die Charakterisierung erfolgt hier aus einer anderen Perspektive.

1.2.2.2.1 Ziele der Typisierung

Typisierung liegt vor, wenn verschiedene Sachverhalte unter Vernachlässigung von tatsächlichen Unterschieden einer einheitlichen rechtlichen Regelung unterworfen werden oder wenn – was strukturell das gleiche ist und nur eine andere Betrachtungsweise desselben Phänomens darstellt – mehrere Sachverhalte trotz bestimmter tatsächlicher Vergleichbarkeiten eine unterschiedliche rechtliche Behandlung erfahren³⁰¹.

Typisierung erfüllt zunächst die Funktion³⁰², Recht als Ordnungsinstrument menschlichen Zusammenlebens überhaupt erst zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang steht jedoch ein erheblicher Zielkonflikt, nämlich der zwischen typisierender Rechtsanwendung und individueller Fallgerechtigkeit.

Eine zweite Funktion rechtlicher Typisierung ist, die Rechtsgestaltung der sozialen Sicherung nicht an einem überhöhten Aufwand an Sachaufklärung scheitern zu lassen. Dabei kommt neben dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität insbesondere dem Gedanken des Schutzes vor einem unbegrenzten Eindringen in die Persönlichkeitssphäre Bedeutung zu.

Ein weiteres wichtiges Ziel ist die Wahrung des Rechtsstaatsprinzips. Auch und gerade sozialrechtliche Normsetzung und Normanwendung müssen dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Er erfordert Vorhersehbarkeit, Messbarkeit und Verlässlichkeit der Gesetzgebung, des Verwaltungshandelns sowie der Gerichtskontrolle. Alle diese Ziele werden verfehlt, wenn die Gewährung sozialer Sicherungsleistungen an Sachverhaltsumstände angeknüpft wird, deren Aufklärung wegen Art und Anzahl nur allzu häufig vom Zufall abhängen muss.

Durch Typisierung soll auch die materiale Sicherungsfunktion erfüllt werden. Sozialrecht gewährt Sicherheit gerade durch seine bewusste und weitreichende, wenn auch keineswegs

³⁰¹ Schulin (1981), S. 78.

totale Negierung des individuellen Bezugsfeldes seiner Leistungsempfänger³⁰³. Für den Einzelnen würde es eben keine wirkliche Sicherung bedeuten, wenn z.B. die Leistungen bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit von der Feststellung seiner gesamten individuellen Vermögens- und Wirtschaftslage abhinge.

Gleichzeitig soll mittels Typisierungen soziale Gleichheit verbürgt werden.

Typisierung vollzieht sich im Sozialrecht auf zwei Ebenen: auf der gesetzgebenden sowie auf der Gesetzesanwendenden; bei letzterer ist weiter zu unterscheiden zwischen verwaltungsmäßiger und judizieller Typisierung³⁰⁴.

Die Verwaltung typisiert überall dort, wo sie sich infolge unbestimmter Rechtsbegriffe gezwungen sieht, eigenständig Entscheidungsrichtlinien für die Verwaltungspraxis zu entwickeln³⁰⁵. Die Judikatur schließlich hat es mit Typisierungen in zweierlei Hinsicht zu tun. Entweder geht es darum, dass sie Typisierungen der Verwaltungspraxis auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft, oder darum, dass sie im Rahmen der Normauslegung neue Typisierungen entwickelt.

Zwischen den genannten Typisierungsebenen besteht ein enges Abhängigkeitsverhältnis. Je unbestimmter die Normen des Gesetzgebers ausfallen, desto eher sind Verwaltung und Judikatur zu typisierender Rechtsanwendung gezwungen, dies umso mehr dann, wenn nur auf diesem Wege ein Mindestmaß an Rechtsanwendungsgleichheit realisierbar ist³⁰⁶.

1.2.2.2.2 Abgrenzung zum Klassenbegriff

Der Typusbegriff ist in Abgrenzung zum Klassenbegriff³⁰⁷ zu sehen, für den charakteristisch ist, dass ein Begriff durch eine bestimmte Anzahl von Unterbegriffen definiert wird. Das kann durch eine Legaldefinition geschehen, bei der das Gesetz selbst eine Definition bereithält³⁰⁸. Eine weitere Möglichkeit ist aber auch, dass sich die Definition implizit aus einem Gesetz ergibt oder in Auslegung eines Gesetzes von Rechtsprechung und Literatur entwickelt wird. Kennzeichnend für einen Klassenbegriff ist: Nur wenn alle Merkmale eines Begriffs in einem Fall vorliegen, ist die gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung erfüllt und das Gesetz anwendbar. Ein Mehr oder Weniger gibt es beim Klassenbegriff nicht.

Für den Typusbegriff gilt, dass nicht alle Merkmale erfüllt zu sein brauchen, damit das Vorliegen einer Tatbestandsvoraussetzung des Gesetzes bejaht werden kann. Anders als beim Klassenbegriff gibt es hier ein Mehr oder Weniger, was in der juristischen Typuslehre

³⁰² vgl. zu den Zielen der Typisierung ausführlich Schulin (1981), S. 81 f.

³⁰³ Schulin (1981), S. 83; dazu vor allem Zacher (1979 A), S. 159 ff.

³⁰⁴ Schulin (1981), S. 80.

³⁰⁵ Schulin (1981), S. 80; vgl. auch Wannagat (1973), S. 19.

³⁰⁶ Schulin (1981), S. 81.

³⁰⁷ Wank (1997), S. 13; ders (1985), S. 8, 123 ff.; vgl. dazu auch Larenz/Canaris (1995), S. 290 ff.

³⁰⁸ Wank (1997), S. 13; ders (1985), S. 55, 63 ff.

auch Abstufbarkeit³⁰⁹ genannt wird. Abstufbarkeit bedeutet, dass die Merkmale, die den Begriff bilden, durch Fallgruppen im Sinne einer Reihenordnung abgestuft werden können.

Die zweite Besonderheit des juristischen Typusbegriffs betrifft die besondere Merkmalskombination, die auch Offenheit des Typus genannt wird³¹⁰. Damit ist die Verzichtbarkeit einiger Merkmale umfasst, aber auch, dass das Verhältnis der einzelnen Merkmale zueinander nicht festgelegt werden kann (Gewichtung) und die Anzahl der Merkmale unbestimmt ist (Vollständigkeit). Bei letzterem sind grundsätzlich nur rechtserhebliche Umstände zu berücksichtigen. Die Zukunft kann jedoch ergeben, dass neue Merkmale hinzuzufügen sind oder ein bisher als notwendig angesehenes Merkmal aufzugeben ist.

Diese Besonderheit des Typusbegriffs, dass einige Merkmale abstufbar und verzichtbar sind, sagt aber noch nichts darüber aus, auf welche Merkmale es überhaupt ankommt, welche davon zwingend und welche verzichtbar sind und welche Kombination von Merkmalen maßgeblich ist. Wie bereits dargelegt können Rechtsbegriffe nur als Teil eines Regelungszusammenhangs sinnvoll verstanden werden und auch ihre Definition muss demnach den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge erschließen. Für die Typusbegriffe darf nichts anderes gelten³¹¹; der Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge bestimmt Art, Kombination und Inhalt der einzelnen Merkmale. Auch beim Typusbegriff kann man nicht beliebige und wechselnde Merkmale zulassen, vielmehr sind Merkmale danach auszusondern, ob sie nach dem Sinnbezug zwischen Tatbestand und Rechtsfolge juristisch bedeutsam sind. Diese sind sodann nach ihrem Sinnbezug zu ordnen und zu gewichten. Die Fülle der Einzelmerkmale ist unter Oberbegriffen zusammenzufassen, es entsteht eine Begriffspyramide. Der Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ist bis in die unterste Stufe der Unterbegriffe innerhalb der Begriffspyramide hinunter zu transportieren.

1.2.2.3 Ober- und Unterbegriffe

Bei der Anwendung von Gesetzen bedient sich der Jurist nur zum Teil unmittelbar der im Gesetz verwandten Begriffe, meist subsumiert er unmittelbar unter von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Unterbegriffe. Das Verhältnis des Oberbegriffs zu den zugehörigen Unterbegriffen (Merkmalen) wird dabei meist nicht weiter problematisiert. Lässt sich ein Sachverhalt zwar unter die einzelnen Merkmale problemlos subsumieren, bleibt das Gesamtergebnis – insbesondere die Rechtsfolge – aber unbefriedigend, stellt sich die Frage, ob der Tatbestand korrekt gebildet wurde. Denn die Begriffe auf der Tatbestandsseite, einschließlich aller Unterbegriffe, dürfen nicht beliebig gebildet werden; weder rein semantisch noch

³⁰⁹ Dazu Larenz/Canaris (1995), S. 42 m.w.N.

³¹⁰ Wank (1985), S. 128 ff.

logisch noch ontologisch, sondern nur teleologisch im Hinblick auf den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge³¹². Im Einzelnen bieten sich für die Korrektur auf der Tatbestandsseite mehrere Möglichkeiten an. Am Zweckmäßigsten ist eine Neudefinition einzelner oder aller Merkmale, bis die Subsumtion unter die Summe der Unterbegriffe zu der angemessenen Rechtsfolge führt.

1.2.3 Begriffsveränderungen

Mit dem Vorgesagten ist bereits das Problem der Begriffsveränderung angesprochen, wenn nämlich Tatsachen und Theorie nicht zusammen passen³¹³. Hierbei empfiehlt sich ein zweistufiges Vorgehen: Zunächst muss versucht werden, die Wirklichkeit in das vorgegebene Begriffssystem einzufügen. Wenn das misslingt, und das heißt in der Rechtswissenschaft, wenn die Ergebnisse nicht befriedigen, legt das eine Änderung in der Theorie nahe. Sie kann beim Tatbestand eines Rechtssatzes ansetzen oder bei der Rechtsfolge oder sowohl beim Tatbestand als auch bei der Rechtsfolge. Sie kann dazu führen, dass ein Begriff in seiner Extension oder in seiner Intension verändert werden muss, und zwar entweder der Oberbegriff selbst oder seine Unterbegriffe. Je nach dem Grad der Unangemessenheit kann es schließlich erforderlich sein, ein ganzes Begriffssystem – unterliegt es nicht einem Bestandsschutz³¹⁴ – über Bord zu werfen.

1.3 Rechtstatsachenforschung

Die bisherigen Ausführungen zur Aufgabe der Rechtswissenschaft verdeutlichen, dass die moderne Rechtswissenschaft auch die soziale Realität mit einzubeziehen hat. Dadurch erlangte die Rechtstatsachenforschung große Bedeutung.

Rechtswissenschaft verstand sich zunächst als Rechtsanwendungswissenschaft. Dies gilt für die alte Naturrechtslehre, die Recht als ein von Natur oder Gott Vorgegebenes auffasst, wie für die spätere Rechtswissenschaft, die das Recht als ein durch die Gesellschaft oder gar den Staat Gegebenes begreift³¹⁵. Aber auch bei dieser Rechtsanwendungswissenschaft geht es von Anfang an nicht nur um Rechtsdogmatik, um die methodische und systematische Rekonstruktion von Normen und ihre Interpretation bei der Subsumtion, der Rechtsanwendung auf die Lebenssachverhalte. Die Rekonstruktion der Normen hatte auch immer schon mit Rechtspolitik zu tun, einer nicht nur auf die Interpretation, sondern auch die

³¹¹ Wank (1985), S. 131.

³¹² Wank (1985), S. 134.

³¹³ Vgl. dazu Wank (1985), S. 48 f.

³¹⁴ Vgl. dazu Teil I, Kapitel 3, 2.

³¹⁵ Maihofer (1986), S. 158.

Veränderung der Wirklichkeit dieser Welt gerichtete Anwendung des Rechts³¹⁶. Mit dem Schritt der Rechtswissenschaft über die bisherige Rechtsanwendungswissenschaft hinaus zur Rechtsetzungswissenschaft beschäftigt sie sich nicht mehr nur mit Normen, sondern berücksichtigt auch die soziale Realität, auf die sich jeder Rechtssatz in Rechtstatbestand und Rechtsfolge bezieht³¹⁷. Dies ist Ansatzpunkt der Rechtstatsachenforschung.

Soweit z.B. Gesetzgebung und juristische Dogmatik im Interesse von Rechtssicherheit und Entscheidbarkeit gezwungen sind, Lebenssachverhalte auf (Rechts-)Begriffe zu reduzieren, unterliegen sie der Gefahr, die Wirklichkeit zu verfehlen, unzulässig zu verkürzen oder den Bezug zur Wirklichkeit zu verlieren. Dieser Gefahr will die Rechtstatsachenforschung dadurch begegnen, dass sie den Blick auf diejenigen Umstände lenkt, die von begrifflich orientierter Dogmatik bewusst oder unbewusst ausgeblendet oder nur ungenau erfasst werden, z.B. auf die Zahl der von einer Regelung Betroffenen, auf das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer bestimmten Regelung, auf mittelbare Folgen und Nebenwirkungen von Entscheidungen, auf die Person des Entscheidenden usw.³¹⁸. Auf diese Weise versucht Rechtstatsachenforschung die erwähnte Reduktion zumindest partiell wieder rückgängig zu machen³¹⁹.

Wert und Brauchbarkeit rechtstatsächlicher Untersuchungen hängen unmittelbar von der Wertung ab, auf die sie sich beziehen. Bei den einer rechtlichen Wertung zugrunde liegenden Tatsachenannahmen lassen sich vier Arten unterscheiden, denen - zumindest tendenziell - unterschiedliche Schwierigkeitsgrade der tatsächlichen Ermittlungen entsprechen³²⁰. Eine wertende Entscheidung bezüglich eines Sachverhalts kann sich darauf stützen, dass

- a) sie sich breiter Zustimmung erfreut (Konsensfähigkeit),
- b) der Sachverhalt nicht nur vereinzelt, sondern typischerweise wirklich vorkommt (Typizität),
- c) sich der Sachverhalt (nicht) verändern wird (Erwartungen),
- d) der Sachverhalt für einen anderen ursächlich oder nicht ursächlich ist (Kausalität).

Neben der Frage der Typizität des geregelten Sachverhalts bietet insbesondere die Frage der Effektivität von Vorschriften oder diejenige der (finanziellen und anderen) Nebenwirkungen von rechtlichen Entscheidungen lohnende Anknüpfungspunkte³²¹.

Die Rechtstatsachenforschung steht damit an erster Stelle der Rechtsentwicklung. Sie dient als Grundlage für die Entstehung und Fortbildung von Recht. Hier geht es um die detaillierte Erfassung von Lebenssachverhalten, von Tatsachen und Veränderungen, die das

³¹⁶ Maihofer (1986), S. 158.

³¹⁷ S. dazu Maihofer (1986), S. 160, der dies am Strafrecht darstellt.

³¹⁸ Dreher (1987), S. 21.

³¹⁹ Dreher (1987), S. 21.

³²⁰ s. dazu im Einzelnen Dreher (1987), S. 22 f.; andere Einteilungen bei Opp (1973), S. 16-33.

³²¹ Dreher (1987), S. 24.

Recht prägen. Das Wissen über die tatsächlichen Grundlagen, Bedingungen und Auswirkungen sozialrechtlicher Normen ist sowohl für die Gesetzgebungstätigkeit als auch für die Rechtsanwendung (Rechtsprechung, Verwaltung) von wesentlicher Bedeutung.

1.3.1 Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für die Gesetzgebung

Zur Gesetzgebung gehört von der tatsächlichen Seite her die wissenschaftliche Vorbereitung durch Wirklichkeitsanalyse der sozialen Realität sowie die wissenschaftliche Nachbereitung einer Gesetzgebung, d.h. die Wirkungskontrolle der Norm in der sozialen Realität in Bezug auf beabsichtigte und unbeabsichtigte Haupt- und Nebenwirkungen³²².

Im Bereich der Sozialgesetzgebung ist es eine erste allgemeine und sehr komplexe Aufgabe sozialrechtlicher Rechtstatsachenforschung, die sozialpolitischen Wirkungen der Sozialleistungssysteme, ebenso die Rückwirkungen der sozialpolitischen Entwicklung auf die Sozialgesetzgebung zu beobachten und zu analysieren³²³. Dies gilt zum einen in leistungrechtlicher Hinsicht: Reagieren die Sozialleistungen (noch) hinreichend auf die von ihnen abzudeckenden Bedarfslagen? Sind neue Bedarfslagen erkannt oder entstanden? Auch finanzpolitisch, insbesondere beitragsrechtlich, stellen sich viele Fragen rechtstatsächlicher Natur³²⁴. An welchen Tatbestand knüpft das Sozialrecht die Sozialversicherungspflicht?

Weiterhin kann die Funktionswirksamkeit sozialer Leistungssysteme nicht hinreichend beurteilt werden, solange nicht auch die Sicherungsfunktionen außersozialrechtlicher Systeme und deren Verhältnis zu Sozialversicherung, sozialer Entschädigung und Sozialhilfe Berücksichtigung finden³²⁵.

Untersuchungen sind darüber anzustellen, ob durch mehr pauschalierende Regelungen – unter Beachtung der Effektivität – ein Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung geleistet werden kann³²⁶. In diesem Zusammenhang steht der gerade heute besonders wichtige Bereich sozialrechtlicher Rechtstatsachenforschung, nämlich die Gesetzgebungstechnik des Sozialgesetzgebers³²⁷. Die Voraussetzungen für eine reibungslose Umsetzung der Normen – Bürgerverständlichkeit / Praktikabilität – sind darzulegen³²⁸. Aus der Sicht des Bürgers als Sozialleistungsempfänger stellen sich wichtige Fragen nach Möglichkeiten und Grenzen der Allgemeinverständlichkeit, der Vorsehbarkeit, der Verlässlichkeit und Stetigkeit gesetzlicher Regelungen.

Von außerordentlich großer rechtstatsächlicher Relevanz sind die Typisierungen in den sozialrechtlichen Regelungssystemen. Wegen der unvermeidbaren Massenverwaltung der

³²² Vgl. Maihofer (1986), S. 163.

³²³ Schulin (1986), S. 96.

³²⁴ Schulin (1986), S. 96.

³²⁵ Zu denken ist hier etwa an die vielfältigen Hilfs- und Unterstützungsarten innerhalb der Familie.

³²⁶ Pappai (1987), S. 45.

³²⁷ Schulin (1986), S. 97.

Sozialleistungsträger hat das Bundesverfassungsgericht typisierende Regelungen stets in nicht unbeträchtlichem Umfang für zulässig erachtet, also solche, die gewisse Ungleichheiten im Interesse der Praktikabilität und damit der Effizienz des Sozialleistungsrechts in Kauf nehmen³²⁹. Verfassungsrechtlich, also mit dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, sind jedoch nur solche Typisierungen, bei denen die in Kauf genommenen Härten oder Ungleichheiten atypische Einzelfälle bleiben. Der Gesetzgeber muss also für die generalisierende gesetzliche Regelung den typischen Fall wählen, er darf sich dagegen nicht an einem atypischen Sachverhalt als Leitbild für seine Regelung orientieren³³⁰. Was typische Fälle sind, welche Charakteristika sie aufweisen und wo die Grenze zu den atypischen Sachverhalten liegt, ist ein genuin rechtstatsächliches Problem. Es spielt bereits für den Gesetzgeber bei der Konzipierung einer typisierenden Regelung eine wichtige Rolle, ist jedoch auch für die kontrollierende Spruchstätigkeit der Gerichte, insbesondere auch für die verfassungsrechtliche, von größter Bedeutung.

Die Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse ist eine zwar notwendige Voraussetzung. Sie muss für den Gesetzgeber aber nicht die einzige Richtschnur seiner Beschlüsse sein. Die Gestaltung von neuen Lebenssachverhalten und damit Schaffung von neuen Rechtstatsachen ist eine legitime Aufgabe der Politik³³¹. In Umsetzung dieser Politik kann der Gesetzgeber bewusst Veränderungen bewirken und damit neue Rechtstatsachen schaffen³³².

1.3.2 Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für die Rechtsprechung

Auch auf der Ebene von Verwaltung und Rechtsprechung führt die zunehmende Ausdifferenzierung der gesetzlichen Regelungen mit ihrer ständigen Verkomplizierung zu einer Reihe von Fragestellungen, die rechtstatsächlicher Beurteilung bedürfen³³³. Dieser Ausdifferenzierung der positivrechtlichen Rechtsgrundlagen entspricht eine ständig differenzierter werdende Rechtsprechung.

Wenn der Richter entscheiden muss, ob eine gesetzlich angeordnete Rechtsfolge im Einzelfall gegeben ist, kann er sich im Allgemeinen nicht darauf beschränken, lediglich eine Rechtsnorm auf einen Sachverhalt anzuwenden; er muss vielmehr das Regelungsfeld allgemeingültig festlegen, d.h. den Obersatz für den Subsumtionsschluss konkretisierend aufbereiten und dazu vielfach Erkenntnisse über generelle Tatsachen (Rechtstatsachen) verwenden³³⁴. Er hat eine Rechtsnorm, die als allgemeingültig regelndes Wortgebilde von der Wirklichkeit abgelöst ist, auf einen Einzelfall zur „Fallnorm“ fortzuentwickeln, d.h. konkretisie-

³²⁸ vgl. Pappai (1987), S. 45.

³²⁹ Schulin (1986), S. 99; Zur Typisierung im Sozialrecht Zacher (1979 A), S. 145 (149 ff.); Schulin (1981), S. 77 ff.

³³⁰ Schulin (1986), S. 100; BVerfG, Beschluss v. 06.05.1975 - 1 BvR 332/72, BVerfGE 39, 316 (329).

³³¹ Pappai (1987), S. 47.

³³² Pappai (1987), S. 48.

³³³ Schulin (1986), S. 98.

rend auf den „Normbereich“ festzulegen und – ergänzend zum Wortlaut – allgemeingültig für maßgeblich zu erklären, welches begrenzte soziale Bezugsfeld mit welchen Falltypen in welcher Weise geregelt werden soll. Diese Rechtsnormausfüllung und -ergänzung (richterliche Rechtsetzung als Rechtsfortbildung i.w.S.) ist verfassungsrechtlich eingeschränkt durch den vom Normgeber festgelegten, jeweils von höherer Normstufe (Verfassung oder Gesetz) her begrenzten Regelungsrahmen und durch die Sachstrukturen des geregelten „Sachbereichs“.

Als solche Rechtstatsachen kommen in Betracht technische, medizinische, sonstige naturwissenschaftliche, historische Beziehungen und Prozesse, wirtschaftliche Abläufe, Wirtschaftseinheiten, demographische Strukturen, homogene Personengruppen, gleichartige oder ähnliche Lebensbereiche, kausale oder teleologische (finale) Sozialbeziehungen, soziale Anschauungen, Wertungen und Normen, jeweils als typische tatsächliche Gegebenheiten. Diese enthalten keine rechtlichen Bewertungsmaßstäbe, können aber maßgeblich dafür sein, ob eine Rechtsnorm bei einer bestimmten Konkretisierung nach ihrem Wertungsgehalt, vor allem nach ihrem Sinn und Zweck sachgerecht ist. Sie tragen damit zur sozialstaatlichen Gerechtigkeit und zur Stabilität der Entscheidungen über politisch umstrittene Fragen bei. Das gilt insbesondere für Rechtstatsachen, die Institutionen und soziale Mikrosysteme (Sozialgebilde) prägen, z.B. Betrieb, Beschäftigungsverhältnis. Rechtstatsachen können rechtstheoretisch und rechtsdogmatisch bedeutsam sein für die Entscheidung, wie ein sachbezogener Rechtsbegriff, ein unbestimmter Rechtsbegriff, eine Generalklausel, ein einzelnes Tatbestandsmerkmal system- und wirklichkeitsgerecht zu konkretisieren ist.

2 Aufgabe der Sozialgesetzgebung

Die tatsächliche Umsetzung der geschilderten Entwicklungsdynamik in das Rechtssystem ist vor allem Sache des Gesetzgebers, jedoch sind auch Sozialverwaltung und Rechtsprechung verpflichtet, die sozialen Rechte des Bürgers „möglichst weitgehend“ zu verwirklichen (§ 2 Abs. 2 SGB I).

2.1 Die Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber

Dem Gesetzgeber ist durch den umfassenden Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I sowohl ein Gestaltungsraum eröffnet als auch eine Innovationslast auferlegt. Gemäß dem Bundesverfassungsgericht ist ihm „auf dem Gebiet des Sozialrechts (...) wegen der fortwährenden schnellen Veränderungen des Arbeits-, Wirtschafts- und Soziallebens eine beson-

³³⁴ Wulfhorst (1987), S. 53.

ders weite Gestaltungsfreiheit³³⁵ zuzugestehen. Nur durch den Gesetzgeber gewinnen politische Entscheidungen die notwendige Legitimität. Seine Entscheidungsfreiheit ist ein zentrales, schützenswertes Verfassungsgut. Der verschlungene Weg des Sozialgesetzgebers zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz ist – wie bereits ausgeführt – an Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip in gleicher Weise gebunden³³⁶. Rechts- und Sozialstaatsprinzip dürfen nicht gegeneinander ausgespielt werden. Weder soll der soziale Zweck die Barriere des Rechtsstaats beseitigen, noch soll der Rechtsstaat in der Weise interpretiert werden, dass das Sozialstaatsprinzip ausgehöhlt wird. Beide Prinzipien genießen verfassungsrechtlich den gleichen Rang. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diesem doppelten Ziel gerecht zu werden.

Im Bereich der Sozialgesetzgebung ist der Gesetzgeber besonders produktiv. Nicht zuletzt daraus resultiert die Unübersichtlichkeit, mangelnde Transparenz und die Kompliziertheit des Sozialrechts. Dies ist nicht allein auf das Unvermögen des Gesetzgebers zurückzuführen, den sozialrechtlichen Bereich, ähnlich wie z.B. den des Zivil- und Strafrechts mehr an den rechtsdogmatischen Grundsätzen und Prinzipien auszurichten und sich nicht in einer sich rasch ändernden Kasuistik zu verlieren³³⁷. Ursache hierfür ist vielmehr die unterschiedliche Aufgabenstellung. Das Sozialrecht verwirklicht sich, indem es seine Bedingungen verändert und sich der jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Situation anpasst, ohne dabei die menschlichen Rechtsbeziehungen und die sozialetischen Bindungen zu vernachlässigen. Sozialrecht muss handeln. Es ist das Medium der Sozialpolitik, die wiederum auf eine „Massenloyalität“ angewiesen ist. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet sogar zur „sozialen Aktivität“, zur Intervention, zur Einflussnahme auf Wirtschaft und Gesellschaft, um im Rahmen der verfügbaren Ressourcen eine gerechte, angemessene Teilhabe aller an den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Gütern der Gemeinschaft zu gewährleisten. Diese Notwendigkeit, den Wirklichkeiten möglichst unmittelbar zu entsprechen und die Wirklichkeiten möglichst unmittelbar zu gestalten, führt in das Detail, in die Kasuistik und erschwert, feststehende und verbindliche Grundsätze zu schaffen³³⁸. Müsste etwa ein Schuldrechtsdogmatiker mit einem Stoff zurechtkommen wie dem des Sozialrechts, so entspräche das etwa der Forderung, nicht nur das Gesetz und die das Gesetz ergänzenden Rechtsprinzipien zu verarbeiten, sondern auch die Masse der üblichen und sich mit den Bedürfnissen wandelnden Vertragsklauseln zu berücksichtigen. Die Erschwernis ist aber auch qualitativer Natur. Je feiner sich das Recht ins Detail verliert, desto schwerer wird es, Sinn und Zweck

³³⁵ BVerfG, Urteil v. 23.01.1990 – 1 BvL 44/86, 48/87, BVerfGE 81, 156 (205); so auch BVerfG, Urteil v. 27.01.1965 – 1 BvR 213, 715/58, 66/60, BVerfGE 18, 315 (331); BVerfG, Beschluss v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65, BVerfGE 25, 1 (19 f.); BVerfG, Urteil v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (338); BVerfG, Beschluss v. 16.03.1982 – 1 BvL 39/79, BVerfGE 60, 113 (119).

³³⁶ Stolleis (1984), S. N 28.

³³⁷ Wannagat (1985), S. 39.

³³⁸ Zacher (1979 B), S. 209.

der legislatorischen Entscheidung zu klären. Der Gesetzgeber selbst hat häufig nicht die Zeit, seine Entscheidungen wohlabgewogen einzuordnen, was dazu führt, dass das interpretatorisch-dogmatische Argument des systematischen Standorts einer Regelung im Gesetz selten zählt.

Dennoch muss der Gesetzgeber vermeiden, übermäßig auf Kosten einer geschlossenen, die einzelnen Sparten des Sozialrechts übergreifenden kontinuierlichen Rechtsdogmatik zu differenzieren. Es ist seine Aufgabe für ein Mehr an Grundsatzkonzeption unter Berücksichtigung von Langzeittrends und ein Weniger an Maßnahme- und Situationsgesetzen zur Befriedigung von Augenblicksbedürfnissen zu sorgen³³⁹.

2.2 Entwicklung der deutschen Sozialgesetzgebung

Ein Überblick über die Entwicklung der deutschen Sozialgesetzgebung³⁴⁰ soll ergänzend zu den Ausführungen zur Entstehung der Sozialpolitik³⁴¹ die Schwierigkeit dieser gesetzgeberischen Aufgabe verdeutlichen, insbesondere aufzeigen, dass bereits von Anbeginn die Sozialgesetzgebung von Reaktionen auf Kurzeittrends mit einer Vielzahl von Gesetzen geprägt war.

2.2.1 Die Anfänge der Sozialgesetzgebung bis zur Entlassung Bismarcks (1839 – 1890)

Das erste sozialpolitische Gesetz in Preußen wurde als „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken“ am 09.03.1839³⁴² erlassen³⁴³. Es wurde durch das Gesetz betreffend einige Änderungen des Regulativs vom 09.03.1839 über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in den Fabriken (Gesetz über Fabrikinspektoren) vom 16.05.1853³⁴⁴ verbessert. Dieses ersetzte auch – entsprechend der Erfahrung, dass ohne Gewerbeaufsicht die Durchführung des Arbeitsschutzes unzulänglich bleiben musste – die im Jahre 1845 durch Ministerialerlass eingesetzten „Lokalkommissionen“ für die Aufsicht über die Einhaltung dieser Schutzvorschriften durch eine fakultative staatliche Gewerbeaufsicht³⁴⁵. Durch das Gesetz zur Abänderung der Gewerbeordnung vom 17.07.1878 wurde diese staatliche Gewerbeaufsicht dann obligatorisch gemacht.

³³⁹ Wannagat (1985), S. 40.

³⁴⁰ Siehe dazu im Überblick auch Wannagat (1981), S. 373 ff.

³⁴¹ Siehe Teil I, Kapitel 2.

³⁴² PrGS. 1839, 156, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 67 ff. Das für alle Bergwerke, Fabriken, Poch- und Hüttenwerke geltende Gesetz verbot die Arbeit von Kindern unter neun Jahren, verlangte für beschäftigte Jugendliche den Nachweis einer dreijährigen Schulausbildung, führte für die Jugendlichen unter 16 Jahren den zehnstündigen Höchstarbeitstag unter Einschluss einer 1/2 stündigen Pause ein und verbot die Beschäftigung Jugendlicher zwischen 21 Uhr und 5 Uhr sowie an Sonn- und Feiertagen.

³⁴³ vgl. Erdmann (1957), S. 4; Claßen (1962), S. 27 f.; Henkel (2002), S. 34 ff.

³⁴⁴ Es erhöhte das Mindestalter für Kinderarbeit von 9 auf 12 Jahre und setzte die Arbeitszeit von Kindern zwischen 12 und 14 Jahren auf täglich 6 Stunden fest.

³⁴⁵ vgl. Erdmann (1957), S. 5.

Diesen Gesetzen folgten weitere Regelungen in der Preußischen allgemeinen Gewerbeordnung vom 17.01.1845³⁴⁶. Sie verpflichtete die Gewerbetreibenden zur Rücksichtnahme auf Gesundheit und Sittlichkeit der Beschäftigten. Mit der „Verordnung, betreffend die Errichtung von „Gewerberäthen“ und verschiedene Abänderungen der Allgemeinen Gewerbeordnung“ vom 09.02.1849³⁴⁷, die ein Truckverbot³⁴⁸ für Fabrikarbeiter einführte, begann der Lohnschutz³⁴⁹.

Die meisten anderen deutschen Länder schlossen sich mit entsprechenden gesetzlichen Maßnahmen im Wesentlichen dieser Entwicklung an. So wurde in Bayern im Jahre 1840 eine erste Verordnung über die Verwendung der werktagsschulpflichtigen Kinder in Fabriken erlassen und durch eine weitere Verordnung vom 10.07.1854 verschärft³⁵⁰. Sachsen schränkte die Beschäftigung von Kindern durch das Gewerbegesetz vom 15.10.1861³⁵¹ ein. Württemberg und Baden erließen besondere Jugendschutzbestimmungen in ähnlichem Sinne durch die Gewerbeordnung vom 12.02.1862 und das Gewerbegesetz vom 20.09.1862.

Diese so von den einzelnen deutschen Ländern entwickelte Jugend- und Arbeitsschutzgesetzgebung fand bei Schaffung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.06.1869 Aufnahme in deren Titel VII und wurde auf diese Weise Bestandteil des Bundesrechtes und später des Reichsrechtes. Mit der Erweiterung dieses Arbeitsschutzrechtes in der Novelle zur Gewerbeordnung im Jahre 1878, durch die vor allem die ersten Grundlagen für einen besonderen Arbeitsschutz für Frauen, eine weitere Ausdehnung des Jugendschutzes und des Truckverbotes sowie die bereits erwähnte obligatorische Gewerbeaufsicht geschaffen wurde, fand diese Entwicklung der Arbeitsschutzgesetzgebung zunächst ihren Abschluss³⁵².

In den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts begann die Ausgestaltung der deutschen Sozialversicherung³⁵³. Die Sozialversicherungsgesetzgebung war in der „Kaiserlichen Botschaft“ von Kaiser Wilhelm I. vom 17. November 1881³⁵⁴ angekündigt worden³⁵⁵. Sie ging aus von der Überzeugung, „dass die Heilung der sozialen Schäden nicht ausschließlich im Wege der Repression sozialdemokratischer Ausschreitungen, sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter zu suchen sein werde“. Den inneren Zusammenhang zwischen der Sozialversicherungsgesetzgebung und dem „Gesetz gegen die

³⁴⁶ PrGS. 1845, 41, 68, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 108.

³⁴⁷ PrGS. 1849, 93, 105, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 109 f.

³⁴⁸ Verbot der Entlohnung in Waren zugunsten der Barentlohnungspflicht.

³⁴⁹ Henkel (2002), S. 36.

³⁵⁰ Festsetzung des Schulalters auf 10 Jahre, Beschränkung der Arbeitszeit der Jugendlichen auf 9 Stunden, Verbot der Nachtarbeit

³⁵¹ Dieses Gesetz verbot die Beschäftigung von Kindern unter 12 Jahren und beschränkte die Arbeitszeit für Jugendliche unter 14 Jahren auf 10 Stunden.

³⁵² vgl. Erdmann (1957), S. 5.

³⁵³ Vgl. Henkel (2002), S. 37 ff.; siehe zu den Hintergründen Hentschel (1983), S. 9 ff.

³⁵⁴ abgedruckt in Stolleis (1976), S. 105 f.

³⁵⁵ siehe Wannagat (1981), S. 374.

gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie“ aus dem Jahre 1878 bestätigt nicht nur die Kaiserliche Botschaft von 1881, sondern auch die Reichstagsrede Bismarcks vom 15. März 1884: „Bei Einbringung des Sozialistengesetzes hat die Regierung Versprechungen gegeben dahin, dass als Korollär dieses Sozialistengesetzes die ernsthafte Bemühung für eine Besserung des Schicksals der Arbeiter Hand in Hand mit demselben gehen sollte. Das ist meines Erachtens das Komplement für das Sozialistengesetz.“

Dieses Programm wurde in rasch aufeinander folgenden Gesetzen verwirklicht³⁵⁶. Durch Gesetz vom 15.06.1883³⁵⁷ erfolgte zunächst die Einrichtung der Krankenversicherung (KVG)³⁵⁸, die noch vor dem Jahre 1890 durch ein weiteres Gesetz vom 28.05.1886³⁵⁹ verbessert wurde. Ihm schloss sich die Einführung der Unfallversicherung (UVG)³⁶⁰ auf viergliedriger Grundlage an, nämlich für Gewerbe durch die Gesetze vom 06.07.1884³⁶¹ und 28.05.1885³⁶², für Land- und Forstwirtschaft durch Gesetz vom 05.05.1886³⁶³, für Bauwesen durch Gesetz vom 11.07.1887³⁶⁴ und endlich für Seeschifffahrt durch das Gesetz vom 13.07.1887³⁶⁵. Den Abschluss der Sozialversicherungsgesetzgebung in diesem Zeitabschnitt bildete die Invaliden- und Altersversicherung³⁶⁶ durch Gesetz vom 22.06.1889 (IAVG)³⁶⁷ und das Invalidenversicherungsgesetz vom 19. Juli 1899³⁶⁸. Die drei Säulen der Sozialversicherung waren somit geschaffen.

2.2.2 Die Sozialgesetzgebung unter Wilhelm II (1890 – 1918)

Mit Regierungsantritt Kaiser Wilhelms II im Jahre 1889 und Entlassung Bismarcks 1890 begann eine neue Periode in der Geschichte der deutschen Sozialgesetzgebung, die zunächst durch die Weiterentwicklung des Arbeitnehmerschutzes geprägt war³⁶⁹.

³⁵⁶ siehe zu den Inhalten der Gesetze Henkel (2002), S. 38 ff.

³⁵⁷ Inkrafttreten am 01.10.1885 auf kaiserliche Verordnung vom 25.09.1885; RGBl. 1883, S. 73, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 116 ff.

³⁵⁸ Als Mindestleistungen waren frei ärztliche Behandlung, unentgeltliche Versorgung mit Arzneimitteln, Krankengeld vom dritten Tag der Erkrankung an in Höhe von mindestens 50 % des beitragspflichtigen Lohnes bis zu maximal 13 Wochen und Wöchnerinnenunterstützung während mindestens 4 Wochen nach der Niederkunft vorgesehen. Die Einbeziehung Familienangehöriger war nicht obligatorisch, durch Statut der einzelnen Kassen aber möglich.

³⁵⁹ vgl. Rother (1994), S. 24: "Reichsgesetz über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung" vom 28.05.1885.

³⁶⁰ Die für einzelne Gewerbebezüge zuständigen Berufsgenossenschaften hatten den im Betrieb verunglückten Versicherten oder ihren Hinterbliebenen nach Ablauf der gesetzlichen Krankenfürsorge eine verdienstbezogene Rente zu gewähren. Die Berufsgenossenschaften erhielten die Befugnis, Vorschriften zur Verhütung von Unfällen zu erlassen.

³⁶¹ Inkrafttreten am 01.10.1885; RGBl. 1884, S. 69, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 124 ff.

³⁶² vgl. Rother (1994), S. 24: "Reichsgesetz über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung" vom 28.05.1885.

³⁶³ Inkrafttreten in den einzelnen Ländern ab dem 01.04.1888, beginnend mit Preußen, bis zum 11.05.1889.

³⁶⁴ Inkrafttreten am 01.01.1888.

³⁶⁵ Inkrafttreten am 01.01.1888.

³⁶⁶ Ein Rentenanspruch entstand entweder, wenn der Versicherte erwerbsunfähig, d.h. er nicht mehr als 1/6 dessen verdienen konnte, was ein vergleichbarer Arbeitnehmer verdiente, wurde und fünf Beitragsjahre zurückgelegt hatte oder wenn er das 70. Lebensjahr vollendet und dreißig Beitragsjahre zurückgelegt hatte.

³⁶⁷ RGBl. 1889, S. 97, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 127 ff.

³⁶⁸ RGBl. 1899, S. 463; Im Wesentlichen wurde mit diesem Gesetz die Erteilungsgrenze auf eine Erwerbsfähigkeit von 1/3 heraufgesetzt.

³⁶⁹ Vgl. Gesetz, betreffend Abänderung der GewO (Arbeiterschutzgesetz) vom 01.06.1891; Gesetz, betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. März 1903; Gesetz, betreffend Abänderung der GewO vom 30. Juni 1900; Gesetz betreffend die Abänderung der GewO vom 18. Dezember 1908

Auf dem Gebiet der Sozialversicherung wurde die Bismarcksche Sozialgesetzgebung weiter entwickelt vor allem durch die Zusammenfassung der einzelnen Versicherungsgesetze zu einem einheitlichen Gesetzeswerk in der Reichsversicherungsordnung vom 19.07.1911³⁷⁰ und der Schaffung einer Sozialversicherung für Angestellte³⁷¹ gegen Alter, Berufsunfähigkeit und Witwen- sowie Waisenschaft³⁷². Sie fasste die älteren, noch aus der Ära Bismarck stammenden Sozialversicherungsgesetze über die Krankheits-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersgesetzgebung zusammen. Die Versicherungsarten (Kranken-, Unfall-, Alters- und Invalidenversicherung) blieben selbständig, doch kann es zu einer weitgehenden wechselseitigen Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen³⁷³. Die Reichsversicherungsordnung war die allgemeine gesetzliche Grundlage für die Regelung der Sozialversicherung. Die RVO enthielt bereits 1754 Paragraphen und umfasste 6 Bücher. Durch die Einführung der Angestelltenversicherung wurde offenkundig, dass außer der Arbeiterschaft eine weitere große schutzbedürftige Gruppe der Bevölkerung zum Schutzobjekt der staatlichen Sozialpolitik geworden war.

Mit Ausbruch des ersten Weltkrieges trat zunächst ein Rückschlag in der sozialen Gesetzgebung ein³⁷⁴. Das so genannte „Ermächtigungsgesetz“ vom 04.08.1914 erlaubte dem damaligen Bundesrat die Vornahme weitgehender wirtschaftlicher Maßnahmen. Mit Hilfe dieser Befugnis wurden die bestehenden Arbeitsschutzbestimmungen in erheblichem Maße aus kriegsbedingten Gründen eingeschränkt bzw. suspendiert. Eine Fülle von Verordnungen erging auf Grund des Ermächtigungsgesetzes in der weiteren Folgezeit auch auf dem Gebiet der Sozialgesetzgebung, die neben Rückschritten aber auch auf einzelnen Gebieten, so insbesondere in der Sozialversicherung, Fortschritte brachten. Durch Verordnung vom 24.02.1917 wurde die gesamte Sozialversicherung auch auf die im Hilfsdienst im In- und Ausland tätigen Personen ausgedehnt. Weitere gesetzliche Maßnahmen sicherten die Anrechnung von Kriegs- und Hilfsdienst für die Versicherten³⁷⁵. Die Hinterbliebenenrenten erfuhren insbesondere zugunsten der Waisen eine Erhöhung³⁷⁶; durch das gleiche Gesetz wurde für die Altersrente das Versicherungsalter vom 70. auf das 65. Lebensjahr herabgesetzt.

Von einschneidender Bedeutung für die Sozialrechtsentwicklung war das so genannte Hilfsdienstgesetz³⁷⁷ aus dem Jahre 1916, das die obligatorische Einrichtung von Arbeiter-

³⁷⁰ RGBl. 1911, S. 509, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 139 ff.

³⁷¹ Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911, RGBl. 1911, S. 989, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 132 ff.

³⁷² Henkel (2002), S. 42.

³⁷³ Die wichtigsten Neuerungen der Reichsversicherungsordnung sind die Ausdehnung der Bestimmungen der Krankenversicherung auf die landwirtschaftlichen Arbeitnehmer, die Hausgewerbetreibenden, die im Wandergewerbe Beschäftigten und die Hausangestellten und die Erweiterung der Invaliden- und Altersversicherung um die Hinterbliebenenfürsorge.

³⁷⁴ Vgl. Erdmann (1957), S. 15 f.

³⁷⁵ vgl. Gesetz vom 04.08.1914, VO vom 23.12.1915, 01.03.1917, 24.02.1917.

³⁷⁶ Gesetz vom 12.06.1916.

³⁷⁷ Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst vom 05. Dezember 1916.

und Angestelltenausschüssen und damit die erste gesetzliche Grundlage zu einer neuen Betriebsverfassung schuf³⁷⁸. Seine rechtsgrundsätzliche Bedeutung lag aber darüber hinaus in dem hier erstmalig zum Ausdruck kommenden Wandel der Anschauung des Gesetzgebers in der Frage der Berufsvereine, die für die Weiterentwicklung des Koalitionsrechts bestimmend war³⁷⁹.

2.2.3 Die Sozialgesetzgebung der Weimarer Republik

Die dritte Entwicklungsperiode der deutschen Sozialgesetzgebung ist äußerlich durch eine außerordentliche Fülle von Gesetzen und Verordnungen auf fast allen sozialrechtlichen Gebieten geprägt³⁸⁰. Sie galten zunächst den augenblicksbedingten Erfordernissen der wirtschaftlichen Demobilmachung³⁸¹ mit dem Ziel der Erhaltung und Sicherung der Produktionsanlagen, dem Schutz der Arbeitnehmer zur Aufrechterhaltung ihrer Arbeitsstellen, der planmäßigen Verteilung vorhandener Arbeitsgelegenheit und der Beschaffung neuer Arbeitsmöglichkeiten, der – im Gegensatz zum bisherigen Rechtszustand erstmalig staatlich geregelt und nicht mit dem Charakter der Armenpflege belasteten – Unterstützung von nicht in Beschäftigung zu bringenden Arbeitnehmern sowie der Einstellung bestimmter Personengruppen insbesondere der Kriegs- und Schwerbeschädigten³⁸².

Im Bereich der Sozialversicherung ist die Schaffung einer reichseinheitlichen Sozialversicherung für Bergleute anstelle von 110 Knappschaftsvereinen durch das Reichsknappschaftsgesetz vom 23.06.1923³⁸³ zu nennen. 1925 wurde die Unfallversicherung gründlich umgestaltet, nachdem kurz vorher der Versicherungsschutz auf gewerbliche Berufskrankheiten und Wegeunfälle ausgedehnt worden war³⁸⁴.

Auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes ist in dieser Periode insbesondere die Entwicklung des Arbeitszeitrechts hervorzuheben. Am 23.11.1918 erging die gesetzliche Rege-

³⁷⁸ Während nämlich die Novelle der GewO im Jahr 1891 Arbeiterausschüsse fakultativ eingeführt hatte und 1900 bzw. 1905 Arbeiterausschüsse nur für Bergbaubetriebe zwangsweise eingeführt wurden, wurden durch das Hilfsdienstgesetz Arbeiter- und Angestelltenausschüsse in allen Hilfsdienstbetrieben mit mindestens 50 Beschäftigten obligatorisch gemacht.

³⁷⁹ Das Hilfsdienstgesetz enthielt nicht nur eine Anerkennung der Koalitionsfreiheit, sondern eine gewandelte Einstellung des Gesetzgebers zu den Organisationen der Arbeitgeber und der Gewerkschaften. Es sah nämlich vor, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer paritätisch vertreten sein sollten in den Ausschüssen, die über die Frage der Kriegswichtigkeit eines Berufes oder Betriebes zu entscheiden hatten, in der beim Kriegsamt errichteten Zentralstelle, bei der Beschwerden gegen die eben benannten Ausschüsse vorzubringen waren, in den Ausschüssen, die Hilfsdienstpflichtige zum Hilfsdienst heranziehen konnten, in den Ausschüssen, die bei Verweigerung der Zustimmung zum Austritt aus einer kriegswichtigen Arbeitsstelle durch den Arbeitgeber diese Zustimmung erteilen konnten.

³⁸⁰ Vgl. Henkel (2002), S. 47 ff.

³⁸¹ Vgl. Erlass des Rates der Volksbeauftragten vom 12.11.1918.

³⁸² Vgl. Verordnung betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und Stilllegung vom 08.11.1920, Anordnung über Arbeitsnachweise vom 09.12.1918, Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23.12.1918, Verordnung über die Verpflichtung von Arbeitgebern zur Anmeldung eines Bedarfs von Arbeitskräften vom 17.02.1919, Verordnung über Erwerbslosenfürsorge vom 13.11.1918, Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23.11.1918 und die Verordnung über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 09.01.1919 und weitere auf die Schwerbeschädigtenbezogene Verordnungen.

³⁸³ Vgl. Reichsknappschaftsgesetz vom 23.06.1923, RGBl. I, S. 431 i.d.F. der Bekanntmachung vom 01.07.1926, RGBl. I, S. 369, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 152 f.

³⁸⁴ Zweites Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 14.07.1925 sowie Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf gewerbliche Berufskrankheiten vom 12.05.1925.

lung der Arbeitszeit für die Arbeiter, die den Grundsatz der achtstündigen täglichen Arbeitszeit für alle Betriebe festlegte³⁸⁵. Neben der Einführung des 8-Stunden-Arbeitstages wurde der Schutz für besonders gefährdete Arbeitnehmer ausgebaut³⁸⁶.

Die Verordnung über Erwerbslosenfürsorge erhielt eine Ergänzung durch die so genannte „Mittelaufbringungsverordnung“ vom 15.10.1923³⁸⁷, in der erstmalig die Beitragspflicht von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Durchführung der Arbeitslosenfürsorge eingeführt und damit der erste Ansatz zum Übergang vom Fürsorge- zum Versicherungsprinzip in der Arbeitslosenunterstützung vollzogen wurde. Die endgültige Einführung dieses Prinzips d.h. die Gewährung eines Rechtsanspruchs auf Arbeitslosenunterstützung nach den Grundsätzen von Leistung und Gegenleistung, erfolgte in Verwirklichung einer dringenden Forderung der Gewerkschaften durch das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16.07.1927³⁸⁸.

Auch in der Betriebsverfassungspolitik erzielte die Weimarer Republik Durchbrüche. Entsprechend dem Auftrag des Art. 165 der Verfassung wurde am 04.02.1920 das Betriebsrätegesetz verkündet, nach dem in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitnehmern Betriebsräte zu errichten waren, die die Aufgabe hatten, „die gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber wahrzunehmen“ und „den Arbeitgeber in der Erfüllung der Betriebszwecke zu unterstützen“.³⁸⁹

1926 wurde durch das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926 für Arbeitstreitigkeiten eine eigene, dreistufige Gerichtsbarkeit (Arbeitsgerichte - Landesarbeitsgerichte - Reichsarbeitsgericht) geschaffen³⁹⁰.

2.2.4 Die Sozialgesetzgebung im Dritten Reich (1933 - 1945)

Die bisherigen verfassungsrechtlichen Grundlagen der Sozialversicherung wurden durch die nationalsozialistische Gesetzgebung, wie in der inner- und überbetrieblichen Arbeitsverfassung auch, einem Wandel unterworfen³⁹¹. Im Zuge einer Reform³⁹², die unter anderem das Ziel der Beseitigung der Nachteile der Zersplitterung des Versicherungssystems verfolg-

³⁸⁵ vgl. Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23.11.1918.

³⁸⁶ Verordnung über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 09.01.1919 und vom 12.01.1923; Verordnung zum Schutze der Pressluftarbeiter vom 28.06.1920; Verordnung, betreffend die Beschäftigung von Arbeiterinnen und jugendlichen Arbeitern in Glashütten, Glasschleifereien und Glasbeizereien sowie Sandbläsereien vom 20.04.1922; Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16.06.1927 und Gesetz zur Abänderung des Gesetzes über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 29.10.1927; Gesetz über den Kündigungsschutz für Angestellte vom 09.07.1926.

³⁸⁷ RGBl. 1923 I, S. 984 f., abgedruckt in Stolleis (1976), S. 148 f.

³⁸⁸ Vgl. AVAVG RGBl. I, S. 187, i.d.F. d. Bekanntmachung vom 12.10.1929, RGBl. I, S. 162, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 149 ff.; Erdmann (1957), S. 19.

³⁸⁹ Im einzelnen hatte der Betriebsrat u.a. auf die Abstellung von Beschwerden des Arbeiter- und Angestelltenrates hinzuwirken, an der Bekämpfung der Unfall- und Gesundheitsgefahren im Betrieb, bei der Verwaltung betrieblicher Wohlfahrtseinrichtungen, bei der Festsetzung der Lohnsätze, der Einführung neuer Entlohnungsmethoden und bei Kündigungen mit zuwirken; vgl. Erdmann (1957), S. 22 ff.

³⁹⁰ Lampert/Althammer (2001), S. 79; Erdmann (1957), S. 27 f.

³⁹¹ Erdmann (1957), S. 33.

te³⁹³, wurde die Selbstverwaltung erheblich eingeschränkt bzw. aufgelöst und das „Führerprinzip“ eingeführt. Eine neue Entwicklung wurde dadurch eingeleitet, dass die Versicherungspflicht auch auf bestimmte Selbständige ausgedehnt wurde³⁹⁴, das Recht zur freiwilligen Versicherung in der Invaliden- und Angestelltenversicherung auf alle nichtversicherungspflichtigen Deutschen unter 40 Jahre im In- und Ausland ausgedehnt und 1938 eine eigene Versicherung für selbständige Handwerker gegen die Risiken des Alters, der Invalidität und der Witwen- und Waisenschaft geschaffen wurde³⁹⁵. Durch das sechste Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 09.03.1942³⁹⁶ wurde der Unfallversicherungsschutz vornehmlich auf bestimmte im Arbeitsverhältnis stehende Personengruppen und Tätigkeiten (im Gegensatz zu den Betrieben, die nach bisherigem Recht unter dem Gesichtspunkt ihrer Unfallgefährlichkeit der Versicherung unterlagen) umgestellt. Durch die Verordnung über die Neuregelung der Rentenversicherung im Bergbau vom 04.10.1942 ist die Vereinheitlichung der Rentenversicherung im Bergbau zur „knappschaftlichen Rentenversicherung“ an Stelle der bisherigen knappschaftlichen Pensionsversicherung und der Invalidenversicherung der Bergleute herbeigeführt worden.

Auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes wurde die allgemeine werktägliche Arbeitszeit – von Ausnahmen in besonderen Fällen abgesehen – auf eine Höchstarbeitszeit von 10 Stunden beschränkt³⁹⁷. Eine Erweiterung erfuhr der Arbeitnehmerschutz durch die Verordnungen zum Gesundheitsschutz³⁹⁸, durch die Entwicklung von Unfallverhütungsvorschriften, durch das Gesetz über Lohnschutz in der Heimarbeit vom 08.06.1933 und durch das Heimarbeitsgesetz von 1934, das die Sicherung des Entgelts der Heimarbeit zum Ziele hatte³⁹⁹, und durch das Jugendschutzgesetz⁴⁰⁰, das die Schutzvorschriften für Jugendliche auf das 15. bis 18. Lebensjahr ausdehnte.

Die koalitionsrechtlichen und betriebsdemokratischen Grundideen, wie sie in vorhergehenden Periode für die Gestaltung des Sozialrechts richtungsgebend gewesen sind, standen zu den Anschauungen des totalitären Staates in einem unvereinbaren politischen Gegensatz und fielen dem nationalsozialistischen „Führerprinzip“ zum Opfer⁴⁰¹. Die Koalitionsfreiheit,

³⁹² Vgl. Gesetz über den Aufbau der Sozialversicherung vom 05.07.1934, RGBl. I, S. 577, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 153 ff.

³⁹³ Aufgaben einzelner Sozialversicherungsträger wurden zusammengefasst und das Beitragseinziehungsverfahren vereinfacht.

³⁹⁴ Artisten, Hausgewerbetreibende, selbständige Lehrer und Erzieher

³⁹⁵ Gesetz über die Altersversorgung für das Handwerk vom 21.12.1938.

³⁹⁶ RGBl. I, S. 107, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 157 ff.

³⁹⁷ Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 01.09.1939 und Verordnung über den Arbeitszeitschutz vom 12.12.1939; vgl. Erdmann (1957), S. 34.

³⁹⁸ Vgl. dazu Gesetz über die Unterkunft bei Bauten vom 23.12.1934, Verordnung über den Schutz der jugendlichen Arbeiter und Arbeiterinnen im Steinkohlenbergbau, in Walz- und Hammerwerken und in der Glasindustrie vom 12.03.1935 oder Verordnung für Arbeiten in Druckluft vom 29.05.1935.

³⁹⁹ Gesetz über die Heimarbeit vom 23.03.1934.

⁴⁰⁰ Gesetz über Kinderarbeit und über die Arbeitszeit der Jugendlichen (Jugendschutzgesetz) vom 30.04.1938

⁴⁰¹ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934; vgl. auch Gesetz über Treuhänder der Arbeit vom 19.05.1933, Gesetz über die Übertragung von Restaufgaben der Schlichter auf die Treuhänder der Arbeit vom 20.07.1933, Gesetz zur

die Tarifautonomie, das Streikrecht und das Betriebsrätegesetz von 1920 wurden abgeschafft.

2.2.5 Die Sozialgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland (ab 1949)

Die durch die Bismarcksche Gesetzgebung geschaffene Sozialversicherung bestand bis zum Jahre 1945 aufgrund reichseinheitlicher Regelung – neben der durch das Reichsknappschaftsgesetz geschaffenen Sondersicherung für den Bergbau – aus vier selbständigen, reichseinheitlich durch das Reichsarbeitsministerium und das Reichsversicherungsamt beaufsichtigten Versicherungszweigen: der Kranken-, Unfall-, Invaliden- und Angestelltenversicherung mit jeweils eigenen Versicherungsträgern, verschiedenen nach Art und Höhe voneinander abweichenden Beitragssystemen, Verfahrensvorschriften und materiellrechtlichen Vorschriften über Versichertenkreis und Leistungen. Diese Reichseinheitlichkeit ging nach Beendigung des 2. Weltkrieges durch Maßnahmen der einzelnen Besatzungsmächte verloren. Die Gesetzgebung der Bundesrepublik ab 1949 – nach Rückgabe des Rechts der Legislative an die hierfür verfassungsmäßig berufenen Instanzen der Bundesrepublik Deutschland und die darauf folgende Wiederherstellung ihrer staatsrechtlichen Souveränität – stellte die Einheitlichkeit des Rechtes der Sozialversicherung unter Aufrechterhaltung der einzelnen Versicherungszweige und des Angestelltenversicherungsgesetzes wieder her⁴⁰². Aus der Gesetzgebung zur Sozialversicherung ragen die Dynamisierung der Rentenleistungen in der Alters-, Invaliditäts- und Unfallversicherung⁴⁰³ sowie in der Kriegsopferversorgung⁴⁰⁴, die Schaffung einer gesetzlichen Alterssicherung für die Landwirte⁴⁰⁵, die Ersetzung der starren Altersgrenze in der Rentenversicherung durch eine flexible Altersgrenze⁴⁰⁶, die Neuordnung der Alterssicherung für das Handwerk⁴⁰⁷, die Einbeziehung von Schülern, Studenten und Kindergartenkindern in die Unfallversicherung⁴⁰⁸ und die schrittweise Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle heraus. Letztere führte schließlich zur Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten, d.h. zur vollen Lohnfortzahlung für die ers-

Änderung des Gesetzes über Betriebsvertretungen und über wirtschaftliche Vereinigungen vom 25.09.1933; vgl. Erdmann (1957), S. 29.

⁴⁰² Vgl. das Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure vom 12.05.1949 und die darin ausgesprochene Bestätigung des vom "Parlamentarischen Rat" am 08.05.1949 angenommenen "Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland" vom 23.05.1949 sowie durch den "Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den drei Mächten" vom 26.05.1952, durch den das Besatzungsregime in der Bundesrepublik beendet und das Besatzungsstatut aufgehoben wurde.

⁴⁰³ Arbeiterrentenversicherung-Neuregelungsgesetz vom 23.02.1957; Angestelltenversicherung-Neuregelungsgesetz vom 23.02.1957; Gesetz zur Neuordnung der knappschaftlichen Rentenversicherung vom 21.05.1957; Gesetz zur Neuordnung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung (Unfallversicherung-Neuregelungsgesetz) vom 30.04.1963.

⁴⁰⁴ Gesetz über die Anpassung der Leistungen des Bundesversorgungsgesetzes vom 26.01.1970

⁴⁰⁵ Gesetz über eine Altershilfe für Landwirte vom 27.07.1957.

⁴⁰⁶ Rentenreformgesetz vom 21.09.1972.

⁴⁰⁷ Gesetz über eine Rentenversicherung der Handwerker (Handwerkerversicherungsgesetz) vom 08.09.1960

⁴⁰⁸ Gesetz über Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder in Kindergärten vom 18.03.1971.

ten sechs Wochen nach Eintritt einer Erkrankung⁴⁰⁹. Erwähnung verdient auch die weitgehende Harmonisierung der Leistungen der medizinischen und beruflichen Rehabilitation der verschiedenen zuständigen Versicherungsträger⁴¹⁰.

Aufgrund des engen Zusammenhanges zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenfürsorge hatte bereits die Gesetzgebung nach dem Ersten Weltkrieg die ursprüngliche Sonderregelung der Arbeitsvermittlung in einem besonderen Arbeitsnachweisgesetz fallen gelassen und beide Rechtsgebiete in einem Gesetz, dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16.07.1927, geregelt. Dieser Zustand wurde in den Besatzungszonen im Wesentlichen wieder hergestellt⁴¹¹. Dies gilt auch für die Übernahme der alten Vorschriften über die Arbeitslosenfürsorge aus dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16.07.1927, die neben der Arbeitslosenversicherung besteht und bei Bedürftigkeit nach Ablauf des Anspruches auf Arbeitslosenunterstützung aus der Versicherung an Arbeitslose bei Vorhandensein der Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit gewährt wird. Durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16.04.1956 haben die Bestimmungen über die Arbeitslosenfürsorge eine bundeseinheitliche Regelung erhalten.

Im Bereich des Arbeitnehmerschutzes wurde vom ersten Deutschen Bundestag der allgemeine Kündigungsschutz⁴¹² ebenso weiterentwickelt wie die Maßnahmen zum Schutz bestimmter Arbeitsverhältnisse und bestimmter Personengruppen durch das Heimarbeitsgesetz vom 14.03.1951, das Mutterschutzgesetz von 1952⁴¹³ und das Schwerbeschädigtengesetz vom 16.06.1953. Einen Schutz der Arbeitnehmer vor einem Ausfall des Lohnes bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers brachte das Gesetz über die Einführung eines Konkursausfallgeldes vom 20.07.1974⁴¹⁴.

Das umfangreichste gesetzgeberische Vorhaben auf dem Gebiet des Sozialrechts ist die Schaffung des Sozialgesetzbuches. Wie vorstehend erläutert, enthielt die Reichsversicherungsordnung (RVO) die Regelungen zur gesetzlichen Sozialversicherung. In den 70er Jahren wurde dann immer mehr die Forderung laut, alle sozialen Leistungen – Leistungen aus den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung und Leistungen nach den verschiedensten Leistungsgesetzen des Staates – in einem Gesetzbuch, dem Sozialgesetzbuch (SGB), zusammenzufassen. Die Bürger sollten sich leichter darüber informieren können und Auskunft einfordern können, auf welche Leistungen sie Anspruch haben, ohne sich um die

⁴⁰⁹ Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung vom 27.07.1969.

⁴¹⁰ Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation vom 07.08.1974.

⁴¹¹ Verordnung über eine vorläufige Regelung der Arbeitslosenunterstützung vom 05.12.1946; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 09.09.1947; Verordnung Nr. 111 der englischen Militärregierung mit Wirkung vom 06.10.1947.

⁴¹² Kündigungsschutzgesetz vom 10.08.1951.

⁴¹³ Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) vom 24.01.1952.

⁴¹⁴ vgl. Lampert/Althammer (2001), S. 90.

Rechtssystematik näher kümmern zu müssen. Auch sollte vermieden werden, dass künftig Zuständigkeitsfragen auf dem Rücken der Anspruchsberechtigten ausgetragen würden⁴¹⁵. Somit trat an die Stelle der RVO inzwischen das Sozialgesetzbuch (SGB) vom 11.12.1975. Von den insgesamt vorgesehenen Büchern des SGB sind bisher in Kraft getreten: Der Allgemeine Teil (SGB I) vom 11.12.1975⁴¹⁶, die Arbeitsförderung (SGB III) vom 24.03.97⁴¹⁷, die Gemeinsamen Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) vom 23.12.1976⁴¹⁸, die gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) vom 20.12.1988⁴¹⁹, die gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) vom 18.12.1989⁴²⁰, die gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) vom 07.08.1996⁴²¹, das Gesetz über die Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) vom 26.06.1990⁴²², das Gesetz über Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) vom 19.06.2001⁴²³, die Vorschriften über das Sozialverfahren und den Sozialdatenschutz (SGB X) vom 18.08.1980⁴²⁴ und das Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflege-Versicherungsgesetz, PflegeVG) als SGB XI vom 26.05.1994⁴²⁵.

3 Aufgabe der Sozialrechtsprechung

Die schwierige Aufgabe der Rechtsprechung bei der Entwicklung des Sozialrechts ist es, dieses tradierte Rechtsgebiet, angereichert durch sich rasch ändernde und wandelnde Neuschöpfungen in einen jeweils zeitgerechten, hochwertigen, fortschrittlichen, der freiheitlichen Rechts- und Sozialordnung gerecht werdenden Zustand der Gegenwart zu versetzen und es zukunftsfähig auszugestalten⁴²⁶.

Entsprechend den Bestimmungen in den anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen⁴²⁷ hat der Gesetzgeber in § 43 SGG dem Großen Senat des Bundessozialgerichts die Aufgabe – und damit auch die Pflicht – zugewiesen, das Recht fortzubilden⁴²⁸.

Um der Bedeutung dieser Aufgabe näher zu kommen, werden das Verhältnis von Sozialrechtsprechung und -gesetzgebung, die Möglichkeiten der richterlichen Rechtsfortbildung, sowie die Entwicklung der sozialgerichtlichen Rechtsprechung im Folgenden aufgezeigt.

⁴¹⁵ vgl. Gitter (1996 B), S. 26.

⁴¹⁶ BGBl. I, S. 3015.

⁴¹⁷ BGBl. I, S. 594.

⁴¹⁸ BGBl. I, S. 3845.

⁴¹⁹ BGBl. I, S. 2477.

⁴²⁰ BGBl. I, S. 2261, in der Neufassung vom 19.02.2002, BGBl. I, S. 754.

⁴²¹ BGBl. I, S. 1254.

⁴²² BGBl. I, S. 1163; in der Neufassung vom 08.12.1998, BGBl. I, S. 3546.

⁴²³ BGBl. I, S. 1046.

⁴²⁴ BGBl. I, S. 1469, 2218, in der Neufassung vom 18.01.2001, BGBl. I, S. 130.

⁴²⁵ BGBl. I, S. 1014.

⁴²⁶ Vgl. Wannagat (1984), S. 836.

⁴²⁷ z. B. § 137 GVG, § 45 Abs. 2 S. 3 ArbGG, § 11 Abs. 4 VwGO, § 11 Abs. 4 FGO.

⁴²⁸ Wannagat (1973), S. 19.

3.1 Das Verhältnis zur Sozialgesetzgebung

Gesetzesrecht und Richterrecht stehen – wie in anderen Rechtsgebieten auch – im Bereich des Sozialrechts mindestens seit der Errichtung des Reichsversicherungsamtes in einem komplementären, gegenseitig sich beeinflussenden Verhältnis⁴²⁹. Beiden, Gesetzgebung und Rechtsprechung, ist aufgetragen, die Rechtsordnung inmitten eines sich ständig vollziehenden Wandels der Verhältnisse und Wertvorstellungen so zu gestalten, dass sie auch neuen Aufgaben gerecht zu werden vermag.

Gesetz und Rechtsprechung wirken, je nach ihrer Eigenart, an der Rechtsbildung mit. Das Gesetz regelt das Grundsätzliche, Allgemeingültige, Dauernde; der Richterspruch entscheidet das Konkrete, Individuelle, Gegenwartsnahe⁴³⁰. Das Gesetz wendet sich an den Jedermann der Gegenwart und der Zukunft, formuliert deshalb abstrakt. Der Richterspruch wirkt zunächst in seiner Rechtskraft nur zwischen den Beteiligten; es tritt eine Bindung inter partes ein. Mit zunehmender Typizität der Fälle rücken die Urteile, besonders die letztinstanzlichen, jedoch über den Einzelfall hinaus in die Nähe des Gesetzes. Sie erreichen die Bedeutung einer präjudiziellen Norm. Denn ihre Wirksamkeit erstreckt sich dann nicht nur auf die Vergangenheit, auf einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt, sondern erhält Geltungskraft für eine Vielzahl weiterer Tatbestände, die in die Zukunft wirken⁴³¹.

Im Sozialrecht war sich der Gesetzgeber seit jeher bewusst, dass es ihm nicht möglich ist, alle künftigen Fälle zu erfassen und somit der Rechtsprechung und Verwaltung ein breites Feld bei der Rechtsfortbildung verbleiben müsse⁴³². Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat dementsprechend einen wesentlichen Anteil an der Entwicklung und Ausgestaltung des Sozialrechts und zwar sowohl bei der Vorbereitung neuer Regelungen als auch bei der Neugestaltung in Fällen, die der Gesetzgeber bei der getroffenen Regelung zunächst nicht in seinem Blickfeld hatte⁴³³. Zudem verzichtet der Gesetzgeber gelegentlich bewusst auf die Regelung bestimmter Sachbereiche, z.B. des Arbeitskampfrechtes⁴³⁴, um die rechtliche Strukturierung dieser Themen dem Richter zu überlassen⁴³⁵.

Der richterliche Konkretisierungs- und Fortbildungsauftrag wird jedoch dadurch erschwert, dass die Sozialgerichte oft wenig erprobte Gesetze anwenden müssen, also ohne einen Präjudizienbestand zu konkretisieren haben. Deshalb unterscheidet sich die auf gefestigte Präjudizien aufbauende Rechtsprechung der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit erheblich von der Rechtsprechung der Sozialgerichte⁴³⁶. Bei ihrer Rechtsfortbildung muss die Recht-

⁴²⁹ Wannagat (1983), S. 701.

⁴³⁰ Kirchhof (1986), S. 18.

⁴³¹ Kirchhof (1986), S. 15 f.; Wannagat (1973), S. 31.

⁴³² Wannagat (1973), S. 21 f.

⁴³³ BSG, Urteil v. 26.05.1964 – 12/4 RJ 464/61, BSGE 21, 88; Wannagat (1973), S. 20; siehe auch Badura (1973), S. 44.

⁴³⁴ Vgl. Hoyningen-Huene (1986), S. 367 f.

⁴³⁵ Kirchhof (1986), S. 15.

⁴³⁶ Kirchhof (1986), S. 19.

sprechung dennoch der Entwicklung und Gestaltung des Sozialrechts durch die Gesetzgebung Rechnung tragen. Somit kommt der Entstehungsgeschichte der einzelnen isolierten Norm eine beachtliche Bedeutung zu⁴³⁷. Es wird vorrangig versucht, den objektiven vernünftigen Zweck des jeweiligen Gesetzes zu ermitteln. Demgegenüber wird der Wortlaut der Norm nicht überbewertet. Die Grenze semantischer Eindeutigkeit der gesetzlichen Begriffe, die Mehrdeutigkeit des Wortsinns spielen im Sozialrecht eine größere Rolle als im bürgerlichen Recht. So lässt sich nicht immer unterstellen, dass ein Wort in allen sozialrechtlichen Normen, nicht einmal innerhalb derselben Gesetze, genau dieselbe Bedeutung hat. Bei diesen Bedeutungsschwankungen selbst zentraler Begriffe ist eine starke Orientierung der Rechtsprechung an den wirklichen gesetzgeberischen Regelungsvorstellungen und den geschichtlichen Auslegungsgesichtspunkten nur allzu verständlich. Dies hat aber wiederum zur Folge, dass weitreichende Grundsatzbildungen oft im Zuge einer sich rasch wandelnden Gesetzgebung durch mannigfache Grundsatzabwandlungen und -durchbrechungen gehemmt, durchkreuzt und durch neue Gesetze bald wieder überholt werden.

Diese Unzulänglichkeit in der Gesetzesgestaltung konnte und kann die Rechtsprechung nicht wesentlich korrigieren. Sie ist allein nicht in der Lage, ein abgeklärtes Normensystem entstehen zu lassen⁴³⁸. Sie hat in der zurückliegenden Zeit die Gesetze ausgelegt, nicht vollständige gesetzliche Regelungen ergänzt, vage Generalklauseln ausgefüllt, zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute wie Krankheit, Berufsunfähigkeit, Beschäftigungsverhältnis, Versicherungsfall, Arbeitsunfall usw. konkretisiert, verdeutlicht, quantifiziert, entwickelt, fortgebildet⁴³⁹. Im Gegensatz zu den klassischen Gerichtsbarkeiten musste vor allem die höchstrichterliche sozialgerichtliche Rechtsprechung den rechtswissenschaftlichen Orientierungshilfen entsagen und war gezwungen, einen Teil derer Aufgaben, insbesondere soweit es sich um die rechtsdogmatische Aufbereitung bestimmter sozialgerichtlicher Rechtsinstitute und Begriffe handelte, selbst wahrzunehmen. Dabei wird die dem Gesetzgeber entglittene kodifikatorische Festlegung des Zusammenhangs der Rechtsordnung von der gerichtlichen Praxis in beträchtlichem Maße mit Hilfe der Verfassung substituiert⁴⁴⁰.

Im Ergebnis hat die Bedeutung des Richterrechts angesichts der raschen gesellschaftlichen Entwicklung und infolge der immer detaillierter werdenden Gesetze mangels einer kodifikatorischen Festlegung des Zusammenhangs der Rechtsordnung zugenommen⁴⁴¹. Der Stil heutiger Gesetzgebung, vornehmlich der okkasionelle Charakter der sozialpolitischen Gesetzgebung, drängt dem Richter die Wahrung der Einheit des Rechts und die beharrliche Entwicklung und Behauptung der Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute nahezu auf.

⁴³⁷ Wannagat (1983), S. 699 f.

⁴³⁸ Wannagat (1985), S. 40.

⁴³⁹ Wannagat (1983), S. 694 ff.

⁴⁴⁰ Badura (1973), S. 41.

⁴⁴¹ Badura (1973), S. 41.

3.2 Die richterliche Rechtsfortbildung

Wesentliche Aufgabe der Sozialrechtsprechung ist, wie bereits in der Darstellung des Verhältnisses von Sozialgesetzgebung zur Rechtsprechung angeklungen, die richterliche Rechtsfortbildung. Sie ist in Abgrenzung zur Auslegung zu sehen⁴⁴² und untergliedert sich in Normkorrektur und Normergänzung⁴⁴³.

3.2.1 Normkorrektur

Die Normkorrektur verwirft eine bestehende, auf den konkreten Sachverhalt anwendbare Norm, erzeugt damit erst eine Regelungslücke und schließt diese zugleich mit einer neuen Norm⁴⁴⁴. Ein Beispiel für eine Normkorrektur war die Rechtsprechung zur Befristung von Arbeitsverträgen. Obwohl § 620 BGB nach seinem Wortlaut Befristungen von Arbeitsverhältnissen uneingeschränkt zuließ, hat die Rechtsprechung wegen objektiver Umgehung der zwingenden Kündigungsvorschriften die Befristung eines Arbeitsverhältnisses nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes für zulässig erklärt⁴⁴⁵.

Für die gesetzesändernde Rechtsprechung durch die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit lässt die Aktivität des Gesetzgebers im Sozialrecht weniger Raum übrig, als dies auf Rechtsgebieten der Fall ist, auf denen der Gesetzgeber lange Zeit untätig bleibt (wie z.B. im Arbeitsrecht)⁴⁴⁶; denn der Gesetzgeber nimmt bei seinen häufigen gesetzgeberischen Eingriffen die notwendigen sozialpolitischen Korrekturen selbst vor. Unterlässt er sie, kann darin sein erkennbarer Wille deutlich zum Ausdruck kommen, dass er die bestehende Regelung billigt. Im Ergebnis sind die Grenzen zwischen der ergänzenden und abändernden Rechtsfortbildung fließend und vielfach kommt eine tief greifende Normergänzung im Ergebnis einer Normkorrektur gleich.

3.2.2 Normergänzung

Im Bereich der Normergänzung lässt sich die richterliche Rechtsfortbildung in die Entwicklung von Rechtsinstituten sowie die richterliche Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen untergliedern⁴⁴⁷.

Die Erfassung und Entwicklung von Rechtsinstituten steht in steter Wechselwirkung mit der Rechtswissenschaft. Beispiele sind die zivilrechtlichen Rechtsinstitute der culpa in

⁴⁴² Siehe zu den Abgrenzungstheorien im Einzelnen Larenz (1965), S. 1 ff.; Redeker (1972), S. 409 ff.; im Überblick Wannagat (1973), S. 17 f.

⁴⁴³ Vgl. zu dieser Untergliederung Wannagat (1973), S. 19 ff.

⁴⁴⁴ Geis (1992), S. 1026.

⁴⁴⁵ Vgl. Hoyningen-Huene (1986), S. 371.

⁴⁴⁶ Wannagat (1973), S. 28.

⁴⁴⁷ Vgl. zu dieser Untergliederung Badura (1973), S. 45 ff.

contrahendo (c.i.c.) sowie die positive Vertragsverletzung (pVV), die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mittlerweile in das BGB aufgenommen worden sind.

Auch die richterrechtliche Konkretisierung der vielfach nur die wahrzunehmende Gestaltungsaufgabe angehenden Generalklauseln, wie z.B. „Treu und Glauben“ in § 242 BGB, geht deutlich über die interpretatorische Entfaltung einer gegebenen Rechtslage hinaus.

Besondere Bedeutung im Sozialrecht hat die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe. So hat das Bundessozialgericht in einer Reihe von Fällen Rechtsbegriffe, die ausfüllungsbedürftig und ausfüllungsfähig sind, konkretisiert und, soweit sie sich dazu eigneten, in feste Zahlen bzw. Prozentwerte übersetzt (quantifiziert). Dadurch wurde die Handhabung der Gesetze praktikabler und wenigstens eine annähernd gleichmäßige Behandlung aller Rechtsuchenden sichergestellt. In diesem Zusammenhang ist die Konkretisierung und Verdeutlichung von Grundbegriffen wie z.B. Krankheit, Arbeitsunfähigkeit, Berufs- und Erwerbsunfähigkeit, Beschäftigungsverhältnis usw.⁴⁴⁸ durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung zu nennen. Sie werden im Gesetz nur vage, skizzenhaft umschrieben oder gar nur angedeutet oder mussten überhaupt erst durch die Rechtsprechung herausgebildet werden. Hier handelt es sich ähnlich wie bei den Generalklauseln, um „Stücke offengelassener“, unfertiger und obendrein manchmal noch unausgereifter Gesetzgebung⁴⁴⁹. Der Gesetzgeber will bestimmte Fragen absichtlich nicht regeln, weil sie legislatorisch noch nicht entscheidungsreif sind oder weil sie sich in ständigem Wandel befinden und ihre Konkretisierung mit besserem Erfolg der Rechtsprechung vorbehalten bleiben soll.

3.3 Entwicklung der Sozialrechtsprechung

Bis zur Errichtung der Sozialgerichtsbarkeit im Jahre 1953 waren in bewusstem Gegensatz zu der schon damals weitgehend herrschenden Lehre von der Gewaltenteilung für den Bereich des Sozialversicherungsrechts Aufgaben der Verwaltung und Rechtsprechung bei denselben versicherungsrechtlichen Instanzen zusammengefasst⁴⁵⁰. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber bei der Handhabung der gerichtlichen Kontrolle über eine erstmals ohne Vorbilder ins Leben gerufene Massenverwaltung deren Erkenntnisse und Erfahrungen sowie der ebenfalls neu begründeten Rechtsprechung im gegenseitigen Austausch nutzen und fruchtbar machen. Der Verwaltung wurde bei der Anwendung neuer Gesetze ein breiter Spielraum zu schöpferischer, gesetzlich nicht vorprogrammierter Tätigkeit eingeräumt. Sie sollte elastisch wirken können, dynamisch und imstande sein, sich wechselnden, rasch verändernden Verhältnissen sachgemäß anzupassen. Deshalb wurden sie nicht in die starren

⁴⁴⁸ Wannagat (1973), S. 26; ders. (1983), S. 692.

⁴⁴⁹ Wannagat (1983), S. 695 m.w.N.

⁴⁵⁰ Wannagat (1985), S. 40.

Fesseln des Formalen gepresst⁴⁵¹. So waren die dem früheren Reichsversicherungsamt (RVA)⁴⁵² eingeräumten Befugnisse auf eine weitgespannte rechtsschöpferische Tätigkeit ausgerichtet. Das zeigt sich insbesondere in zwei Vorschriften, die keine Parallele in den anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen finden⁴⁵³. Einmal waren die Oberversicherungssämter als Rechtsprechungsinstanzen an die amtlichen grundsätzlichen Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes in weitem Umfang gebunden (§§ 1459, 1693, 1799 RVO a.F.), zum anderen konnte sich das Reichsversicherungsamt über gesetzliche Vorschriften von grundsätzlicher Bedeutung, deren Auslegung noch nicht feststand, gutachtlich äußern, also auch dann judizieren, wenn ihm kein Einzelfall dazu Anlass bot (§ 1715 a RVO a.F.).

Mit dem Sozialgerichtsgesetz von 1953 und der gesamten durch verfassungsrechtliche Normen geprägten verfahrensrechtlichen Entwicklung im allgemeinen Verwaltungsrecht setzte eine Verrechtlichung als Folge einer umfangreichen Rechtskontrolle durch die Gerichte ein. Das bewirkte zwar, dass die Verwaltungen gezwungen waren, einfache Gesetze und Verfassung bei ihrer täglichen Arbeit besonders sorgfältig zu beachten und danach zu verfahren. Andererseits wurde der Freiraum der Verwaltung eingeengt, ihr Ermessensraum begrenzt.

4 Zwischenergebnis

Aufgabe des Sozialrechts ist es, das sozialpolitisch Gewollte umzusetzen. Der Rechtswissenschaft, der Gesetzgebung und Rechtsprechung kommen dabei spezifische Bedeutung zu.

Die Rechtsdogmatik als Teil der Rechtswissenschaft hat die besondere Aufgabe, die einzelne Regelung in den Gesamtzusammenhang einzuordnen. Sie hat gerade im Sozialrecht, das besonders stark gesellschaftlichen Veränderungen unterliegt, eine vermittelnde Funktion zwischen den gesellschaftlichen Herausforderungen an das Recht und den lückenhaften Antworten des formulierten Rechts auf diese Herausforderungen.

Zur Umsetzung in Recht bedarf es Erkenntnissen über den Umgang mit Rechtsbegriffen, auf die Lebenssachverhalte reduziert werden. Nach *Wank* sollte die juristische Begriffsbildung teleologisch erfolgen, also den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge herstellen. Passen Tatbestand und Rechtsfolge durch gesellschaftlichen Wandel nicht mehr zusammen, kann eine Begriffsveränderung notwendig werden. Die Anpas-

⁴⁵¹ Wannagat (1985), S. 40.

⁴⁵² siehe zur Geschichte und den Funktionen des Reichsversicherungsamtes insbesondere Christmann/Schönholz (1984), S. 3 ff.; v. Maydell (1985), S. 29 ff.

⁴⁵³ vgl. Wannagat (1973), S. 22.

sung kann dabei am Tatbestand oder der Rechtsfolge oder sowohl am Tatbestand als auch bei der Rechtsfolge ansetzen.

Schließlich machen die sich ständig ändernden gesellschaftlichen Herausforderungen ein Wissen über die tatsächlichen Grundlagen, Bedingungen und Auswirkungen sozialrechtlicher Normen sowie der Rechtsprechung erforderlich. Zur Effektivierung des Rechts ist Rechtstatsachenforschung notwendig.

Aufgabe des Gesetzgebers ist es dann, die Entwicklungsdynamik des Sozialrechts im Sinne einer geschlossenen, die einzelnen Sparten des Sozialrechts übergreifenden kontinuierlichen Rechtsdogmatik umzusetzen.

Aber auch die Sozialrechtsprechung hat eine bedeutende Rolle bei der sozialrechtlichen Rechtsfortbildung. Gesetzgebung und Rechtsprechung stehen in einem komplementären, gegenseitigen Verhältnis. Aufgrund der raschen gesellschaftlichen Entwicklung hat die Rechtsprechung durch die Fähigkeit der rascheren Anpassung an Bedeutung zugenommen. Der Gesetzgeber regelt bestimmte Fragen absichtlich nicht, weil sie legislatorisch noch nicht entscheidungsreif sind oder weil sie sich in ständigem Wandel befinden und ihre Konkretisierung mit besserem Erfolg der Rechtsprechung vorbehalten bleiben soll.

Teil II: Die Entstehung und Entwicklung des sozialrechtlichen „Beschäftigtenbegriffs“

Vor dem in Teil I dargestellten allgemeinen Hintergrund wird im Folgenden nunmehr die Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ beschrieben. Dabei werden nicht nur die Rechtsanpassungen, die den Beschäftigtenbegriff in den letzten Jahren mehrmals zum Gegenstand hatten, gewürdigt, sondern auch durch Darstellung der konkreten Anpassungszwänge und des konkreten Bestandsschutzes herausgearbeitet, inwieweit Rechtsanpassungen zur Bestimmung der Sozialversicherungspflicht erfolgen können.

Der Beschäftigtenbegriff i.S. des § 7 Abs. 1 SGB IV ist Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, d.h. in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 SGB III). Dieser ist damit Einfallstor zum gesamten Sozialversicherungsrecht, also einem gesetzlichen Schutzpaket zur Absicherung grundlegender Gesundheits- und Lebensrisiken wie Unfall, Alter, Invalidität, Arbeitslosigkeit oder Angehörigenunterstützung bei Tod⁴⁵⁴. Mit Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses treten gleichzeitig sämtliche versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Konsequenzen ein. Vergleichbare Bedeutung hat für das Arbeitsrecht das Arbeitsverhältnis und für das Steuerrecht das Dienstverhältnis⁴⁵⁵.

Entscheidend ist demnach die inhaltliche Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs.

In seiner Entstehung wurde der Beschäftigtenbegriff durch das „Normalarbeitsverhältnis“ geprägt. Darauf aufbauend nahm der Gesetzgeber eine Dreiteilung in „Beschäftigte“, „Arbeitnehmerähnliche“ und „Selbständige“ vor. Rechtsprechung und Literatur konkretisierten diese Abgrenzung in ständiger Anpassung an sich entwickelnde Lebens- und Arbeitsverhältnisse (Entstehung des „Beschäftigtenbegriffs“).

Besonderen Anpassungszwang übten in den letzten Jahren die Entstehung einer „Neuen Selbständigkeit“ und zunehmende „Flexible Arbeitszeitregelungen“ auf den Beschäftigtenbegriff aus (Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“).

Auf zahlreiche Reformansätze folgten das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, abgelöst durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit und schließlich das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Eine Rechtsanpassung zur Flankierung der Arbeitszeitflexibilisierungen erfolgte durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und

⁴⁵⁴ vgl. Hümmelich (1998), S. 2625.

⁴⁵⁵ siehe dazu Schneider-Danwitz (1984), S. 542 ff.

das Gesetz zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (4. Euro-Einführungsgesetz).

Der Wirkungsgrad der Neuregelungen zeigt das Verhältnis von sozialpolitisch Gewolltem und dem Ergebnis der Umsetzung in Recht auf.

Den Rahmen für die Rechtsanpassungen gibt das Grundgesetz vor. Die diesbezügliche Darstellung konzentriert sich dabei auf die Änderung bzw. Erweiterung des sozialversicherungspflichtigen Personenkreises (Bestandsschutz).

Die abschließende Würdigung gibt den Stand der derzeitigen Anpassung wieder und zeigt weiteren Anpassungsbedarf auf. Die vorhergehenden Ausführungen zum Bestandsschutz erlauben dabei Aussagen zu künftigen Rechtsanpassungen unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Rahmens.

Kapitel 1: Die Entstehung des „Beschäftigtenbegriffs“

Die Entstehung des Beschäftigtenbegriffs war durch das „Normalarbeitsverhältnis“ mit dem Inhalt des Sozialmodells abhängiger Arbeit geprägt⁴⁵⁶. Eine detailliert Definition dieses Begriffs findet sich im Gesetz nicht; seine Ausfüllung bleibt vielmehr Rechtsprechung, Verwaltung und Literatur überlassen.

1 Das „Normalarbeitsverhältnis“ als Grundlage des „Beschäftigtenbegriffs“

Die Grundlagen der Sozialversicherung wurden – wie bereits oben ausgeführt⁴⁵⁷ – im ausgehenden 19. Jahrhundert durch die Bismarcksche Sozialgesetzgebung gelegt. Diese Sozialversicherungsgesetzgebung war die Reaktion auf die Erschütterungen, denen die damalige Gesellschaft ausgesetzt war. Die schon beschriebenen tief greifenden Strukturveränderungen als Folge neuer Technologien und wirtschaftlicher Innovationen ließen die Arbeitsform des Industriearbeiters und damit bisher unbekannte Risiken und Gefahren entstehen, die nicht mehr mit dem bisherigen, althergebrachten, juristischen und sozialen Instrumentarium wirksam aufgefangen und bekämpft werden konnten. Es handelte sich um soziale Risiken und Gefahren als typische Massenerscheinungen infolge neuer technischer Entwicklun-

⁴⁵⁶ Vgl. zum Normalarbeitsverhältnis, seiner Funktion und inhaltlichen Ausfüllung Mückenberger (1985), S. 415 ff.

gen. Erfindungen, wie die der Dampfmaschine, neuer Web- und Spinnmaschinen sowie neuer Verfahren zur Eisen- und Stahlgewinnung, gestalteten die Güterproduktion vollkommen um. Sie wurde in große Fabriken verlegt. Diesen Gefahrenbereichen konnte sich die arbeitende Bevölkerung praktisch nicht entziehen. Gegen sie gab es keine Abwehrrechte, sie waren als Auswirkungen einer als wirtschaftlich unentbehrlich erscheinenden Technik hinzunehmen. Das galt insbesondere für die Risiken des Unfalls, der Krankheit und der Erwerbsunfähigkeit. Durch Schaffung von Sozialversicherung sollten diese in ihren Auswirkungen entschärft und gemildert werden⁴⁵⁸; die Risiken aus dem Arbeitsverhältnis wurden dadurch auf übergreifende Solidargemeinschaften verlagert⁴⁵⁹.

Die Sozialversicherung war und ist die zentrale Technik, um Defizite zu kompensieren, die sich im Vollzug der Grundformel, dass jeder Erwachsene die Möglichkeit haben soll, aber auch die Verantwortung dafür trägt, durch Arbeit Einkommen zu verdienen und davon seine Bedarfe und die seines Unterhaltsverbandes zu decken, ergeben.

Daraus ergibt sich, dass die individuelle und kollektive Existenz der Schutzbedürftigen normalerweise über Erwerbsarbeitsverhältnisse vermittelt wird und das Normalarbeitsverhältnis die Mitte dieses Systems der Arbeits- und Sozialpolitik bildet⁴⁶⁰.

1.1 Der normative Begriff des Normalarbeitsverhältnisses

Das Sozialrecht geht also davon aus, dass ohne Erwerbsarbeit keine soziale Sicherung stattfindet, mehr noch: Die Rolle im Erwerbsleben ist entscheidend für die soziale Absicherung in solchen Phasen, in denen Erwerbsarbeit zeitweise oder ganz unmöglich geworden ist.

Dementsprechend ist das Normalarbeitsverhältnis ein sich in der individuellen Lebensgestaltung konkretisierendes gesamtgesellschaftliches Arrangement, das vorsieht, dass die Existenzsicherung der Individuen, ihre private und gesellschaftliche Lebenssituation, sich aus ihrer Rolle im Erwerbsarbeitsleben herleitet.

Das Normalarbeitsverhältnis ist also nicht einfach ein empirischer „Sachverhalt“ in dem Sinne, dass es lediglich Arbeitsverhältnisse umschreibe. Schon gar nicht ist er eine statistisch-quantitative Größe, die sozusagen Aussagen über Durchschnittswerte aller „normalen“ Arbeitsverhältnisse machte. Der Begriff ist vielmehr normativer Art; die darin enthaltene „Normalität“ soll beides ausdrücken: Regelmäßigkeit und Gebotenheit⁴⁶¹. Und er ist qualitativer Art d.h. er drückt substantielle Vorgaben aus, die gegeben sein müssen, um eben von

⁴⁵⁷ Siehe dazu Teil I, Kapitel 4, 2.2.1.

⁴⁵⁸ Vgl. Wannagat (1984), S. 829.

⁴⁵⁹ Zacher (2000), S. 188.

⁴⁶⁰ Vgl. Zacher (2000), S. 190.

⁴⁶¹ Vgl. zum normativen Begriff des Normalarbeitsverhältnisses Mückenberger (1985), S. 420 ff.

einem „Normal“- und nicht irgendeinem sonstigen Arbeitsverhältnis zu sprechen. In diesem Sinne lässt sich der Begriff am Besten charakterisieren als eine – juristisch anerkannte und darum – „herrschende Fiktion“. Obwohl er mit den vorfindlichen Regelmäßigkeiten nicht deckungsgleich ist und den wirklichen Arbeitsverhältnissen entgegentritt, ist er der Bezugspunkt für juristische Ge- und Verbote sowie Rechtsinterpretationen. Insofern hat er praktische Bedeutung.

Das Normalarbeitsverhältnis im normativen Sinne ist damit dasjenige Arbeitsverhältnis, das optimal die Kriterien erfüllt, an die die geltende Rechtsordnung Regelungen knüpft (durch Schutzvorkehrungen, Gewährleistungen, flankierende Ge- und Verbote usw.). Daraus folgt auch, dass die herrschende Fiktion inhaltlich abänderbar ist.

1.2 Die Ausfüllung des Normalarbeitsverhältnisses

1.2.1 Sinnelemente und Arten der Erwerbsarbeit

Um dem Normalarbeitsverhältnis Kontur zu geben, ist zunächst auf den Wert und die Sinnelemente der Arbeit sowie die Arten der Erwerbsarbeit einzugehen.

Arbeit bedeutet für den Menschen reale Wirksamkeit, Erwerb und soziale Einbeziehung⁴⁶². Im Vordergrund steht der Erwerb, die Möglichkeit, sich ein Einkommen zu verdienen und damit seine Bedarfe – auch die Bedarfe derer, die von ihm abhängen – decken zu können. Reale Wirksamkeit bedeutet für die Arbeitenden die Möglichkeit, sich zu verwirklichen und etwas in der Welt der Dinge oder der Welt menschlicher Befindlichkeit zu verändern. Arbeit heißt in der Regel schließlich, sozial eingebunden zu sein, in sozialen Beziehungen außerhalb des privaten Umfeldes zu stehen, in einem Zusammenhang der Kommunikation, der Interaktion, der wechselseitigen Einschätzung und der sozialen Geltung.

Diese drei Sinnelemente der Arbeit müssen nicht gleichzeitig zusammentreffen. Arbeit in der Familie und unentgeltliche Arbeit im Dienst des Nächsten oder der Allgemeinheit sind Beispiele dafür, dass Arbeit auch ohne das Sinnelement des Erwerbs denkbar ist. Je nach Gewichtung bzw. Isolierung einzelner Sinnelemente kommt es zu einem Ungleichgewicht, das zu sozialer Ungerechtigkeit führen kann. Beispiele sind das Ungleichgewicht zwischen der alle drei Sinnelemente vereinigenden Erwerbsarbeit, der sich auf die Sinnelemente der Wirksamkeit und des sozialen Einbezugs beschränkende unentgeltliche Arbeit im Dienst des Nächsten, der Gesellschaft oder des Gemeinwesens und schließlich der sich ganz auf das Sinnelement der realen Wirksamkeit konzentrierende Arbeit in der Familie. In der Poli-

⁴⁶² vgl. dazu Zacher (1999), S. 3 m.w.N.

tik und in der Gesellschaft steht die Arbeit im Vordergrund, die alle drei Sinnelemente vereinigt: die Erwerbsarbeit.

Erwerbsarbeit kann selbständig, in Genossenschaften oder abhängig geleistet werden. Selbständige Arbeit ist reich an Varianten: vom Kleinselbständigen, der im Wesentlichen über nichts als über seine Arbeitskraft verfügt, damit aber selbständige Leistungen anbietet und erbringt, über den freiberuflich Tätigen (Arzt, Anwalt usw.), der seine besondere Kompetenz seinerseits nicht selten wieder mit der Hilfe fremder Arbeitskräfte einsetzt, und den Kleinunternehmer, der nicht ohne ein Mindestmaß an Kapital und meist auch Mitarbeitern auskommt, bis schließlich hin zum typischen Unternehmer, der die Arbeit anderer, Kapital und vielleicht auch Grund und Boden so organisiert, dass Leistungen angeboten und mit Gewinn erbracht werden können. Arbeit kann sodann in Genossenschaften erbracht werden: z.B. in Zusammenschlüssen von Bauern oder von Handwerkern, von Belegschaften, die ihre eigenen Unternehmer sind, aber auch in geistlichen Gemeinschaften (Orden, Klöster usw.). Die Masse der Arbeit aber wird abhängig geleistet. Der Arbeitgeber bestimmt den Inhalt und die Bedingungen der Arbeit. Der Lohn, den er zahlt, ist der Erwerb, den die Arbeit einbringt.

1.2.2 Das Sozialmodell „abhängige Arbeit“

Im industriellen Zeitalter hat die abhängige Arbeit durch die Verbindung des „Faktors Arbeit“ mit den Produktionsfaktoren des Bodens und des Kapitals die spezifische Gestalt des Normalarbeitsverhältnisses und größte gesellschaftliche Bedeutung bekommen⁴⁶³. Die mit der abhängigen Arbeit verbundenen Probleme lösten als „Arbeiterfrage“ elementare Konflikte aus und führten zu grundlegend neuen „sozialen Antworten“. Das Sozialmodell abhängiger Arbeit ist Ergebnis eines wenigstens hundertjährigen Prozesses, der durch politische, soziale und ökonomische Krisen ausgelöst und forciert wurde und zu jeweils neuen Systemanpassungen und „Normalisierungen“ des Bereichs abhängiger Arbeit führte⁴⁶⁴.

Der ursprüngliche Zustand zu Beginn der Industrialisierung lässt sich als die totale „Flexibilität“ der Arbeitskraft bezeichnen, als die uneingeschränkte Vormacht des unternehmerischen Weisungs- und Direktionsrechts einerseits und der Gehorsamspflicht der Abhängigen andererseits. Aus Arbeitsvertragsfreiheit und Direktionsrecht setzte sich so ein vollkommen flexibles arbeitsrechtliches Grundverhältnis zusammen⁴⁶⁵.

Im Verlaufe des letzten Jahrhunderts wurde die arbeitgeberseitige Vormachtstellung schrittweise zurückgedrängt. Das Mittel dieser Zurückdrängung – ob nun durch Kämpfe von Arbeitern artikuliert oder von Sozialpolitikern gefordert und gefördert – war das der Standardisierung, Vereinheitlichung und Kollektivierung von Arbeitsbedingungen. Der unternehmeri-

⁴⁶³ Zacher (1999), S. 5.

⁴⁶⁴ vgl. dazu Mückenberger (1985), S. 430 f.

schen Vormachtstellung wurde dadurch entgegengearbeitet, dass in die Interessen der Abhängigen eine Ordnung gebracht wurde, die nicht mehr zur Disposition einer unternehmerischen Selektionsmacht stand⁴⁶⁶. Das gesetzgeberische Bemühen bestand darin, die wirklichen Arbeitsverhältnisse dem rechtskonstruktiven Bezugspunkt des Normalarbeitsverhältnisses näher zu bringen. Als juristische Fiktion wurde das Normalarbeitsverhältnis Ausgangspunkt stets neuer juristischer Normalisierungsmaßnahmen, die im Ergebnis die an diesem Brennpunkt orientierte gesamtgesellschaftliche Situation stabil hielt⁴⁶⁷.

Die Intervention des Staates ergibt sich aus der besonderen Verantwortung des Staates und der Gesellschaft für die abhängige Arbeit⁴⁶⁸. Die Verantwortung wiederum resultiert aus dem Satz, dass es jedem Erwachsenen möglich ist, durch Arbeit Einkommen zu verdienen und damit seine Bedarfe und die Bedarfe der von ihm abhängigen Mitglieder seiner Familie zu decken, und der Abgrenzung der abhängigen Arbeit von den anderen Erwerbsformen. Grundsätzlich bezieht sich der Satz auf sämtliche Arten der Erwerbsarbeit, hat aber nicht für alle die gleiche Bedeutung. Die selbständige Arbeit steht vor allem im Zeichen der Freiheit, der Chance und des Risikos. Die abhängige Arbeit charakterisiert sich dagegen durch die besondere Spannungslage, in der sich die an der abhängigen Arbeit Beteiligten zueinander befinden; das ist der Grund, warum die abhängige Arbeit in einer besonderen Verantwortung steht. Auf der einen Seite bedeutet dies, dass die Verantwortung des Einzelnen, durch Arbeit Einkommen zu erzielen und damit seine Bedarfe und die seiner Familie zu decken, durch selbständige, genossenschaftliche oder abhängige Arbeit eingelöst werden kann. Ergibt sich aus welchen Gründen auch immer keine selbständige oder genossenschaftliche Arbeit, verwandelt sich die Freiheit zur abhängigen Arbeit in eine relative Pflicht dazu. Auf der anderen Seite bedeutet dies, dass sich auch die Verantwortung, die Staat und Gesellschaft für die Realisierung von Arbeit, Einkommen und Bedarfsdeckung trifft, in Richtung abhängige Arbeit verdichtet und damit Gegenstand sozialer Intervention sein muss.

Bis in die sechziger Jahre stand die Gesamtheit der sozialen Interventionen – der internalisierenden (arbeitsrechtlichen) und der externalisierenden (sozialleistungsrechtlichen) – im Zeichen der Kontinuität und möglichst immer neuer Verbesserungen des Status. Grund dafür war die Marktmacht, die den Arbeitnehmern mit der Vollbeschäftigung zuwuchs, und die politische Macht, die sie durch ihr zunehmendes demokratisches Stimmgewicht und ihre gewerkschaftliche Organisation erlangten. Das Paradigma von Kapital und Arbeit wurde immer deutlicher vom sozialen Primat und von der demokratischen Überlegenheit der Arbeit

⁴⁶⁵ Mückenberger (1985), S. 431.

⁴⁶⁶ Mückenberger (1985), S. 432.

⁴⁶⁷ Vgl. Mückenberger (1985), S. 463.

⁴⁶⁸ Vgl. Zacher (1999), S. 5.

gekennzeichnet. Die abhängige Beschäftigung wurde zu dem Status des Sozialstaats. Und dieser Status wurde zum Lebensideal einer „Arbeitnehmergesellschaft“.

1.2.3 Das „Senioritätsprinzip“

Die herrschende Fiktion des Normalarbeitsverhältnisses konkretisiert sich auf der normativen Ebene durch die Kriterien, nach denen sich Ausmaß und Intensität des rechtlichen Schutzes für ein bestimmtes Arbeitsverhältnis richten.

Diese Schutzkriterien des Arbeitsverhältnisses, durch die sich das Normalarbeitsverhältnis konkretisiert, lassen sich – historisch betrachtet – um einen Brennpunkt gruppieren, der „Senioritätsprinzip“ genannt wird⁴⁶⁹. Kennzeichnend dafür war, dass das Arbeitspotential, das der Erwerbstätige kraft gesellschaftlicher Konvention einsetzen konnte und sollte, im Sinne einer „Vollzeitarbeit“ ausgeschöpft wurde. Weiterhin zeichnete es sich durch eine lebenslange Ausbildungs- und Erwerbs- und Rentenbiographie aus. Es war durch Negation von Zeitverträgen und nachhaltigem Kündigungsschutz auf Stabilität und durch das vom Beamtenrecht übernommene Prinzip, dass der Lohn und die Sicherheit des Arbeitsplatzes mit dem Alter zunehmen, auf Seniorität angelegt.

Die Arbeits- und Sozialordnung konzentrierte damit ihre schützenden und gewährenden Interventionen ins Erwerbsleben auf solche Arbeitsverhältnisse, die idealiter dauerhaft und kontinuierlich, im (möglichst groß-)betrieblichen Zusammenhang auf Vollzeitbasis erfolgen und Qualifikation voraussetzen. Das Normalarbeitsverhältnis war seit den Nachkriegsjahren eine vollzeitige, dauerhafte und rechtlich geschützte Beschäftigung mit einem existenzsichernden Entgelt, das zugleich einen ausreichenden sozialversicherungsrechtlichen Schutz garantiert⁴⁷⁰.

Zusammengefasst lässt sich das „historische“ Normalarbeitsverhältnis beschreiben als ein Vollzeitarbeitsverhältnis, das der Großteil der Erwerbstätigen ausübte und aufgrund seiner als gesellschaftliches Leitbild durchgesetzten sozialrechtlichen Kodifizierung die Systeme sozialer Absicherung gegenüber den Risiken der Lohnarbeit bestimmt⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Vgl. Zacher (1999), S. 21; ausführlich dazu Mückenberger (1985), S. 424 ff.

⁴⁷⁰ Husmann (2002), S. 24.

⁴⁷¹ Vgl. Rische (1998), S. 53.

2 Der „Beschäftigtenbegriff“ in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur

Das Normalarbeitsverhältnis konkretisiert sich im Sozialrecht im Beschäftigtenbegriff i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV und seiner Abgrenzung zu anderen Erwerbsformen⁴⁷². Die Gesetzgebung gibt den Beschäftigtenbegriff vor, die inhaltliche Ausfüllung erfolgt im Wesentlichen durch Rechtsprechung und Literatur.

2.1 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Gesetzgebung

Im Sozialversicherungsrecht ist das Beschäftigungsverhältnis zentraler Begriff zur Begründung der Versicherungspflicht.

Seit Schaffung der ersten Sozialversicherungsgesetze Mitte des 19. Jahrhunderts gibt es im Sozialversicherungsrecht drei Gruppen von Erwerbstätigen: die Beschäftigten und in Abgrenzung dazu die Arbeitnehmerähnlichen und die Selbständigen⁴⁷³. Die Reichsversicherungsordnung und letztendlich das heutige Sozialgesetzbuch haben diese Differenzierung übernommen.

2.1.1 Beschäftigte

Der Anfang für die neuzeitliche Zwangsversicherung wurde mit der Gewerbeordnung vom 17.01.1845⁴⁷⁴ gemacht. Eine Sicherung der Arbeiter vor den wirtschaftlichen Folgen einer Krankheit sollte dadurch erreicht werden, dass die Gemeinden durch ein Statut jeden am Ort beschäftigten Handwerksgesellen oder -gehilfen zum Eintritt in eine bestehende Ortskasse zwingen und beitragspflichtig machen konnten⁴⁷⁵. Fabrikarbeiter konnten diesen Hilfskassen beitreten.

Schon das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883 (KVG)⁴⁷⁶ legte die Versicherungspflicht der Personen fest, die in bestimmten Betriebsarten gegen Gehalt oder Lohn „beschäftigt“ waren⁴⁷⁷. Damit wurden „die am stärksten von der Sozialdemokratie und den Gewerkschaften erfassten gewerblichen Mitarbeiter“ pflichtversichert⁴⁷⁸. Die generelle Versicherungspflichtgrenze lag bei einem Einkommen von 2000 Mark

⁴⁷² siehe zur Rechtslage bis 31.12.1998 Bengelsdorf (1999), S. 1818 f., vgl. zur Abgrenzung im Arbeits- und Steuerrecht Müller (1998), S. 1061 ff.

⁴⁷³ Siehe zur Geschichte dieser Dreiteilung: Hromadka (1997 A), S. 569 ff. und dens. (1997 B), S. 1249 ff.

⁴⁷⁴ PrGS. 1845, 41, 68, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 108.

⁴⁷⁵ Lampert/Althammer (2001), S. 66 ff.; Claßen (1962), S. 68 ff.

⁴⁷⁶ Inkrafttreten am 01.10.1885 auf kaiserliche Verordnung vom 25.09.1885; RGBl. 1883, S. 73, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 116 ff.

⁴⁷⁷ Schneider-Danwitz (1984), S. 542; Seiter (1976), S. 180, Fn. 1.

⁴⁷⁸ Rother (1994), S. 23 f.

pro Jahr⁴⁷⁹. Die Beiträge – maximal auf 6 % des Arbeitsverdienstes beschränkt – wurden zu 2/3 von den Arbeitern, zu 1/3 von den Arbeitgebern aufgebracht⁴⁸⁰. Die Krankenversicherung erfasste 1885 mit 4,67 Millionen Versicherten nur 10% der Bevölkerung.

Nach dem Unfallversicherungsgesetz vom 06.07.1884 (UVG)⁴⁸¹ waren Arbeiter – und wie sie später hießen – Angestellte in den meisten Betrieben der Industrie, sowie unter anderem in Transport-, Speditions-, Speicher-, Kellerei-, Baggerei-, und Telegraphenbetrieben sowie einigen angeschlossenen Betrieben versichert⁴⁸². Es zwang die Unternehmer, auf ihre Kosten ihre Arbeiter und die Angestellten mit weniger als 2000 Mark Jahreseinkommen in selbstverwalteten Berufsgenossenschaften gegen Unfälle zu versichern. Die für einzelne Gewerbebezüge zuständigen Berufsgenossenschaften hatten den im Betrieb verunglückten Versicherten oder ihren Hinterbliebenen nach Ablauf der gesetzlichen Krankenfürsorge eine verdienstbezogene Rente zu gewähren⁴⁸³.

Das Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22.06.1889 (IAVG)⁴⁸⁴ und das Invalidenversicherungsgesetz vom 13.07.1899⁴⁸⁵ sprachen bereits von einer „die Versicherungspflicht begründenden Beschäftigung“.

Seit diesen ersten Sozialversicherungsgesetzen behielt der Gesetzgeber der Reichsversicherungsordnung im Wesentlichen das gleiche Verfahren bei: Er umriss zunächst den Grundtatbestand und statuierte dann klarstellende und, je nach der besonderen sozialpolitischen Zielsetzung der einzelnen Versicherungszweige, einschränkende oder erweiternde Tatbestände⁴⁸⁶. Die Formulierungen des Grundtatbestandes ähnelten sich. Nach § 165 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RVO waren „Arbeiter“ und „Angestellte“ gegen Krankheit versichert unter der im dortigen Abs. 2 genannten Voraussetzung, dass sie (mit Ausnahme der Lehrlinge) gegen Entgelt „beschäftigt werden“. Die Rentenversicherung erfasste in der prägnanteren Formulierung des § 1227 Abs. 1 Nr. 1 RVO (bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG) alle Personen, die als „Arbeitnehmer“ (bzw. als „Angestellte“ im Sinne des § 3 AVG) gegen Entgelt „beschäftigt waren“. Einer entsprechenden Ausdrucksweise bedienten sich § 1 Abs. 1 Nr. 1 RKnG und § 168 Abs. 1 S. 1 AFG. Etwas abweichend waren in der Unfallversicherung nach § 539 Abs. 1 Nr. 1 RVO „die auf Grund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses Beschäftigten“ versichert.

Seit Einführung der Gemeinsamen Vorschriften für die Sozialversicherung (4. Buch des Sozialgesetzbuches⁴⁸⁷) bestimmt § 7 Abs. 1 SGB IV: „Beschäftigung ist die nichtselbständi-

⁴⁷⁹ Rother (1994), S. 22.

⁴⁸⁰ Lampert/Althammer (2001), S. 67.

⁴⁸¹ Inkrafttreten am 01.10.1885; RGBl. 1884, S. 69, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 124 ff.

⁴⁸² Rother (1994), S. 13.

⁴⁸³ Lampert/Althammer (2001), S. 68.

⁴⁸⁴ RGBl. 1889, S. 97, abgedruckt in Stolleis (1976), S. 127 ff.

⁴⁸⁵ RGBl. 1899, S. 463.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu Seiter (1976), S. 180.

⁴⁸⁷ Vgl. BGBl. I S. 3845, siehe auch BT-Drucks. 7/4122.

ge Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Diese Begriffsbestimmung steht in Zusammenhang mit § 2 Abs. 2 SGB IV, in dem es heißt: „In allen Zweigen der Sozialversicherung sind nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige versichert 1. Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (...)“. Dementsprechend begründet das Beschäftigungsverhältnis i.S. des § 7 Abs. 1 SGB IV prinzipiell die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, d.h. in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 SGB III.

Der sozialrechtliche Begriff der Beschäftigung entspricht in aller Regel dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses⁴⁸⁸. Vom Wortlaut her knüpft die Sozialversicherung jedoch explizit an die Beschäftigung an und benennt das Arbeitsverhältnis nur als den typischen Regelfall („insbesondere“). Die Begriffe sind daher weitgehend, aber nicht vollständig identisch⁴⁸⁹.

2.1.2 Arbeitnehmerähnliche

Von den Arbeitnehmerähnlichen spielten zunächst nur die so genannten Hausindustriellen eine Rolle, d.h. die „selbständigen Gewerbetreibenden, welche in eigenen Betriebsstätten im Auftrag und für Rechnung anderer Gewerbetreibender mit der Herstellung oder Bearbeitung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt werden“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 KVG, § 2 Abs. 1 Nr. 2 IAVG). Sie wurden nicht generell in die Versicherungspflicht einbezogen. Gemeinden und Kommunalverbände konnten sie mit den Versicherten gleichstellen, denn sie bildeten eine Übergangsstufe zwischen selbständigen Gewerbetreibenden und unselbständigen Arbeitern und unterschieden sich in ihrer wirtschaftlichen Lage kaum von letzteren⁴⁹⁰. Zur Abgrenzung der Arbeitnehmerähnlichen von den Arbeitnehmern (und von den Unternehmern) machte das Gesetz zwei Vorgaben: Es bezeichnete auch die Hausindustriellen als selbständige Gewerbetreibende, ging aber davon aus, dass sie im Gegensatz zu den Selbständigen für fremde Rechnung arbeiten. Das Gesetz kannte also – nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich gesehen – „halbselbständige“ und „völlig selbständige Gewerbetreibende“⁴⁹¹.

In allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig sind heute die arbeitnehmerähnlichen Heimarbeiter, die nach § 12 Abs. 2 Halbsatz 2 SGB IV als Beschäftigte gelten.

⁴⁸⁸ dazu m.w.N. Felix (2002), S. 227; Bengelsdorf (1999), S. 1818.

⁴⁸⁹ Dazu schon Krejci (1977), S. 304 ff., der auch einen Vergleich zum österreichischen Recht zieht.

⁴⁹⁰ Hromadka (1997 B), S. 1249, 1250.

⁴⁹¹ Vgl. Hromadka (1997 A), S. 573 m.w.N.

Zu den Arbeitnehmerähnlichen und damit zum Kreis der Versicherungspflichtigen sollten von Anfang an auch bestimmte Gruppen von Selbständigen zählen, von denen bei typisierender Betrachtung anzunehmen war, sie seien in besonderer Weise schutzbedürftig⁴⁹². Bei der Einbeziehung Selbständiger in die Sozialversicherung definierte das Gesetz allerdings nicht ein bestimmtes Einkommensniveau bis zu dem ein soziales Sicherheitsbedürfnis anzunehmen ist und daher wie für Arbeitnehmer ein Versicherungszwang gilt. Vielmehr wurden Selbständige in die einzelnen Versicherungszweige nur punktuell und im Wesentlichen berufsgruppenspezifisch einbezogen. Die Einbeziehung Selbständiger ist in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung sehr unterschiedlich ausgeprägt⁴⁹³. Während die 1928 errichtete Arbeitslosenversicherung eine reine Arbeitnehmersicherung ist, beziehen die Pflege-, Renten- und Unfallversicherung Selbständige in großem Umfang ein. Letzteres war lange Zeit auch in der Krankenversicherung der Fall, jedoch fand dort mit der Gesundheitsreform von 1989 eine weitgehende Rückbesinnung auf die Arbeitnehmersicherung statt. In die Krankenversicherung sind von den Selbständigen jetzt nur noch die Künstler und Publizisten sowie die Landwirte und ihre mitarbeitenden Familienangehörigen kraft Gesetzes einbezogen, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 3, 4 SGB V. In der gesetzlichen Rentenversicherung waren und sind traditionell z.B. folgende Berufsgruppen (pflicht-)versichert: selbständige Lehrer und Erzieher, selbständige Pflegepersonen, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind, Hebammen und Entbindungshelfer, Seelotsen, Hausgewerbetreibende, Küstenfischer und Küstenschiffer, zudem seit 1938 Handwerker, seit 1956 Landwirte und seit 1983 Künstler und Publizisten, vgl. § 2 SGB VI.

2.1.3 Selbständige

Gegenstück zu Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen waren die Unternehmer. Als Unternehmer galt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb erfolgte, § 2 Abs. 1 UVG. Im Umkehrschluss lässt sich dem eben schon für die Hausindustriellen genannten § 2 IAVG entnehmen, dass der Gesetzgeber unter Unternehmern die selbständigen Gewerbetreibenden, d.h. Gewerbetreibenden für eigene Rechnung, verstanden hat.

Wer als Selbständiger nicht zu besonderen Berufsgruppen gehört, wird dem Versicherungszwang nicht unterworfen. Er erhält keinen Schutz, muss sich aber auch nicht an dessen Finanzierung und an der solidarischen Umverteilung durch die Sozialversicherung beteiligen. Er behält die Freiheit, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie er gegen Krankheit, Invalidität und dadurch bedingten Einkommensverlust vorsorgen will. Der Staat fragt bei ihm nicht danach, ob er sozialer Vorsorge bedarf und es zumut-

⁴⁹² Schlegel (2000), S. 422; Ruland (1998), S. 850; Reinecke (1998), S. 586.

⁴⁹³ Schlegel (2000), S. 422; im Überblick hierzu Kretschmer (1994), S. 471 ff.; Bieback (1999), S. 168.

bar wäre, gegenwärtiges Einkommen einzusetzen, um eine künftige Inanspruchnahme der Allgemeinheit zu verhindern. Aus der Sicht des Auftraggebers ist die Abgrenzung bedeutsam, weil mit der Arbeitnehmereigenschaft Soziallasten in Form von Beitragspflichten und erheblicher Verwaltungsaufwand durch die „In-Dienstnahme“ des Arbeitgebers für die Zwecke der Sozialversicherung verbunden sind (Meldungen, Beitragsberechnung, Beitragsabführung etc.).

2.2 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Rechtsprechung

Das Gesetz definiert den Beschäftigtenbegriff nicht im Detail, sondern erläutert ihn lediglich. Wie bereits erwähnt sind vielmehr Rechtsprechung, Verwaltung und Literatur aufgerufen, den Beschäftigtenbegriff zu konkretisieren und den Typus situationsangemessen anzuwenden⁴⁹⁴.

Seine Konturen erhielt der Beschäftigtenbegriff daher zunächst durch die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes⁴⁹⁵, später durch die des Bundessozialgerichtes⁴⁹⁶. Auch der Europäische Gerichtshof befasste sich mit der Entwicklung einer Definition.

2.2.1 Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes

Auf der Grundlage der oben genannten Gesetze musste zunächst das Reichsversicherungsamt die Versicherungspflicht bestimmen und dazu die Gruppen der Arbeiter und der selbständigen Gewerbetreibenden auf eigene und auf fremde Rechnung abgrenzen.

Da die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis am Ende des 19. Jahrhunderts in einer Zeit vor Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) begann und der Arbeitsvertrag als ein Innominatkontrakt der Parteiendisposition weitestgehend anheim gestellt war,⁴⁹⁷ löste sie das Beschäftigungsverhältnis von der Wirksamkeit des Arbeitsvertrages⁴⁹⁸. Somit stellte das Reichsversicherungsamt vor allem auf die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die Verfügungsmacht des Arbeitgebers, ab unter Hintanstellung der arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehung⁴⁹⁹.

In einer Entscheidung von 1887⁵⁰⁰ zum UVG stellte das Reichsversicherungsamt für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auch bei einem nur vorübergehenden Abhängigkeits- oder Dienstverhältnis darauf ab, ob der Dienstherr befugt war, für die Dauer des Verhältnis-

⁴⁹⁴ Vgl. Schlegel (2000), S. 423.

⁴⁹⁵ Vgl. die Anleitung des RVA „betreffend den Kreis der nach dem Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 versicherten Personen“ vom 6. Dezember 1905 in AN 1905, 613 und die Anleitung „über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen“ in AN 1912, 721 ff.

⁴⁹⁶ Schneider-Danwitz (1984), S. 543; Wannagat (1983), S. 687, 696.

⁴⁹⁷ Tomandl (1969), S. 431 ff.; Schneider-Danwitz (1984), S. 543.

⁴⁹⁸ Schneider-Danwitz (1984), S. 543 m.w.N.

⁴⁹⁹ Schneider-Danwitz (1984), S. 543 m.w.N.; siehe auch Seiter (1976), S. 185 ff. und Krejci (1977), S. 311 ff. zur Lehre vom „faktischen Beschäftigungsverhältnis“.

ses Anweisungen zu erteilen. 1890 differenziert es, ob das bezogene Entgelt auch den Charakter eines Unternehmergewinnes oder lediglich den des Arbeitslohnes trägt⁵⁰¹. Zur Abgrenzung der Arbeitnehmerähnlichen von den Arbeitnehmern (und von den Unternehmern) befand das Reichsversicherungsamt, dass der Wortlaut des Gesetzes auf die für die Hausindustrie eigentümliche Verbindung einer gewissen Selbständigkeit mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Beschäftigten hinweist⁵⁰². Die Selbständigkeit des Hausgewerbetreibenden könne daher nur in der persönlichen Unabhängigkeit gefunden werden, in welcher der in der eigenen Betriebsstätte Tätige gegenüber dem in der Fabrik etc. des Arbeitgebers Beschäftigten stehe. Von nun an pflegte das Reichsversicherungsamt fast stereotyp auszuführen, wesentlich für den Begriff des Arbeitsverhältnisses sei, dass der Beschäftigte von seinem Arbeitgeber nicht nur wirtschaftlich, sondern namentlich auch persönlich abhängig sei⁵⁰³, oder einfach, wesentlich sei die persönliche Abhängigkeit⁵⁰⁴ oder – genauer – das Maß der persönlichen Abhängigkeit⁵⁰⁵. Das Reichsversicherungsamt legte damit die Grundlage für die heutige Definition des Beschäftigtenbegriffs.

2.2.2 Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

Auch nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes kommt es für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von sonstigen Vertragsverhältnissen auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit als zentrales Merkmal an. Die abhängige Beschäftigung wird von der Tätigkeit eines Selbständigen im Ergebnis durch die folgenden von der Rechtsprechung der Sozialgerichte entwickelten Kriterien⁵⁰⁶ abgegrenzt:

Nach dem Bundessozialgericht erfordert persönliche Abhängigkeit Eingliederung in den Betrieb (Eingliederungstheorie) und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers (Direktionsrecht) auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung⁵⁰⁷. Dabei komme

⁵⁰⁰ AN 1887 (3. Jg.), S. 50 f. Nr. 308; Hromadka (1997 A), S. 569, 573.

⁵⁰¹ AN 1890 (6. Jg.), S. 494 Nr. 857; Hromadka (1997 A), S. 569, 573.

⁵⁰² Hromadka (1997 A), S. 569, 573.

⁵⁰³ AN 1891 (7. Jg.), S. 183 f. Nr. 78; Hromadka (1997 A), S. 569, 574.

⁵⁰⁴ AN 1892 (8. Jg.), S. 2 f. Nr. 88; Hromadka (1997 A), S. 569, 574.

⁵⁰⁵ AN 1893 (9. Jg.), S. 101 Nr. 252, S. 135 f. Nr. 282; Hromadka (1997 A), S. 569, 574.

⁵⁰⁶ Siehe den Katalog der in zahlreichen Entscheidungen des BSG entwickelten Abgrenzungskriterien bei Sommer (2003), S. 171 f., Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 40; Brand (1999), S. 1163.

⁵⁰⁷ BSG, Urteil v. 04.12.1958 – 3 RK 3/56, BSGE 8, 278 (282); BSG, Urteil v. 28.10.1960 – 3 RK 13/56, BSGE 13, 130 (132); BSG, Urteil v. 13.12.1960 – 3 RK 2/56, BSGE 13, 196 (202); BSG, Urteil v. 20.12.1961 – 3 RK 65/57, BSGE 16, 98 (101); BSG, Urteil v. 29.03.1962 – 3 RK 74/57, BSGE 16, 289 (293); BSG, Urteil v. 31.07.1963 – 3 RK 46/59, BSGE 19, 265 (267); BSG, Urteil v. 29.08.1963 – 3 RK 86/59, BSGE 20, 6 (8); BSG, Urteil v. 12.02.1970 – 7/2 RU 51/67, BSGE 31, 1 (3); BSG, Urteil v. 31.10.1972 – 2 RU 186/69, BSGE 35, 20 (21); BSG, Urteil v. 31.07.1974 – 12 RK 26/72, BSGE 38, 53 (57); BSG, Urteil v. 27.04.1982 – 1 RJ 72/81, BSGE 53, 242 (245); BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RA 134/90, BSGE 70, 81 (82); BSG, Urteil v. 28.01.1999 – 7 KR 2/98 R, BSGE 83, 246 (251); BSG, Urteil v. 01.02.1979 – 12 RK 7/77, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 36; BSG, Urteil v. 31.08.1976 – 12/3/12 RK 20/74, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 4; BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 8; BSG, Urteil v. 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 19; BSG, Urteil v. 28.02.1980 – 8a RU 88/78, SozR 2200 § 539 RVO Nr. 64; BSG, Urteil v. 21.04.1993 – 11 RA 67/92, NJW 1994, S. 341 ff.; BSG, Urteil v. 08.08.1990 – 11 RA 77/89, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 4; BSG, Urteil v. 12.12.1990 – 11 RA 73/90, SozR 3-4100 § 4 AFG Nr. 1; BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RA 134/90, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr. 8; BSG, Urteil v. 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 13, S. 32; siehe eine Zusammenfassung der wichtigsten Entscheidungen bei Reichenbach (2001), S. 414 f.

es nicht darauf an, dass der Arbeitgeber von seinem Weisungsrecht Gebrauch mache⁵⁰⁸. Das Bundessozialgericht versteht die „Eingliederung“ und die „Weisungsgebundenheit“ seit jeher nicht als Merkmale, sondern als Anhaltspunkte für die persönliche Abhängigkeit. Weisungsgebundenheit könne – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt⁵⁰⁹ und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein⁵¹⁰, dürfe jedoch nicht vollständig entfallen⁵¹¹. Es müsse eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung müsse also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen⁵¹². Es komme nicht auf einen wie auch immer gearteten Aufenthalt im Betrieb als geographischem Raum an⁵¹³, sondern darauf, ob die Ordnung des Betriebes von anderer Seite oder vom Erwerbstätigen selbst gegeben⁵¹⁴, ob sie also fremd- oder selbstbestimmt sei. Das Weisungsrecht fehle, wenn der äußere Ablauf der Arbeit im Vertrag schon so genau geregelt sei, dass für konkretisierende Einzelanweisungen kein Raum mehr bleibe⁵¹⁵. Die persönliche Abhängigkeit könne damit in Grenzfällen sowohl durch die Eingliederung in einen Betrieb „zur dienenden Teilhabe“ als auch – beim Fehlen eines Betriebes oder einer Verwaltung – allein durch Weisungsgebundenheit begründet werden⁵¹⁶: „Je weniger (...) das Direktionsrecht des Arbeitgebers in Gestalt ausdrücklicher Weisungen in Erscheinung tritt, je mehr der Arbeitnehmer bei der Gestaltung seiner Arbeit auf sich selbst gestellt ist, um so größeres Gewicht erhält das Merkmal der Eingliederung in einen übergeordneten Organismus für die Abgrenzung zwischen abhängig geleisteter Arbeit und selbständig verrichteten Diensten.“

Nicht ausschlaggebend seien dagegen wirtschaftliche Abhängigkeit⁵¹⁷ und soziale Schutzbedürftigkeit. Die wirtschaftliche Abhängigkeit indiziere aber die persönliche Abhängigkeit⁵¹⁸. Nach Aussage des Bundessozialgerichts sei die wirtschaftliche Abhängigkeit zwar

⁵⁰⁸ BSG, Urteil v. 18.09.1973 – 12 RK 15/72, BSGE 36, 161 (164); BSG 30.10.1997 SGB 1998, 158.

⁵⁰⁹ BSG, Urteil v. 08.08.1990 – 11 RA 77/89, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 4, S. 13.

⁵¹⁰ BSG, Urteil v. 29.03.1962 – 3 RK 74/57, BSGE 16, 289 (294); BSG, Urteil v. 29.08.1963 – 3 RK 86/59, BSGE 20, 6 (8); BSG, Urteil v. 31.07.1974 – 12 RK 26/72, BSGE 38, 53 (57); BSG, Urteil v. 27.04.1982 – 1 RJ 72/81, BSGE 53, 242 (245); BSG, Urteil v. 28.01.1999 – 7 KR 2/98 R, BSGE 83, 246 (251); BSG, Urteil v. 04.06.1998, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 13, S. 32; BSG, Urteil v. 01.02.1979 – 12 RK 7/77, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 36 und BSG, Urteil v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 45; BSG, Urteil v. 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 19; BSG, Urteil v. 24.06.1934 – 12 RK 35/80, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 34.

⁵¹¹ BSG, Urteil v. 28.02.1980 – 8a RU 88/78, SozR 2200 § 539 RVO Nr. 64; BSG, Urteil v. 21.04.1993 – 11 RA 67/92, NJW 1994, S. 341 ff.; BSG, Urteil v. 08.08.1990 – 11 RA 77/89, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 4; BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RA 134/90, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr. 8.

⁵¹² BSG, Urteil v. 31.07.1974 – 12 RK 26/72, BSGE 38, 53 (57).

⁵¹³ Die „Tätigkeit im Betrieb“ ist nicht mehr als ein Anhaltspunkt unter anderen, BSG, Urteil v. 17.05.1973 – 12 RK 23/72, BSGE 36, 7 (10).

⁵¹⁴ BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RA 134/90, BSGE 70, 81 (82).

⁵¹⁵ Schneider-Danwitz (1984), S. 544; BSG, Urteil v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 45.

⁵¹⁶ Schneider-Danwitz (1984), S. 544; BSG, Urteil v. 29.03.1962 – 3 RK 74/57, BSGE 16, 289 (294).

⁵¹⁷ Schneider-Danwitz (1984), S. 543; BSG, Urteil v. 28.10.1960 – 3 RK 13/56, BSGE 13, 130 (132); BSG, Urteil v. 20.12.1961 – 3 RK 65/57, BSGE 16, 98 (101); BSG, Urteil v. 28.04.1964 – 3 RK 68/60, BSGE 21, 57 (58) und ständige Rechtsprechung fordern nur die persönliche Abhängigkeit, nur BSG, Urteil v. 15.12.1959 – 2 RU 141/56, BSGE 11, 149 (150); BSG, Urteil v. 29.09.1965 – 2 RU 169/63, BSGE 24, 29 (34); BSG, Urteil v. 26.05.1966 – 2 RU 178/64, BSGE 25, 51 (53) (alle zweiter Senat) fordern daneben wirtschaftliche Abhängigkeit.

⁵¹⁸ Schneider-Danwitz (1984), S. 543; BSG, Urteil v. 13.07.1978 – 12 RK 14/78, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 17; BSG, Urteil v. 01.02.1979 – 12 RK 7/77, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 36; BSG, Urteil v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 45.

regelmäßig in der persönlichen Abhängigkeit enthalten, könne jedoch auch bei der selbständigen Tätigkeit vorliegen⁵¹⁹.

Im Gegensatz dazu sei selbständig tätig, wer über die eigene Arbeitskraft bzw. über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen könne⁵²⁰. Eine solche selbständige Tätigkeit sei demnach gekennzeichnet durch die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie zusätzlich durch Unternehmerrisiko⁵²¹. Typisch für eine selbständige Tätigkeit sei der Einsatz eigenen Kapitals mit der Möglichkeit, es durch seine Tätigkeit zu vermehren oder es dabei zu verlieren⁵²². Allerdings werde ein Mitarbeiter nicht schon dadurch zum Selbständigen, dass der Erfolg seines Einsatzes ungewiss sei. Die Belastung eines Erwerbstätigen mit Risiken könne nur dann für eine Selbständigkeit sprechen, wenn er auch im Übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Selbständiger einzustufen sei⁵²³.

Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hänge im Ergebnis davon ab, welche Merkmale überwiegen. Für den Ausgang eines Verfahrens könne nicht entscheidend sein, ob zahlenmäßig mehr Indizien für oder gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechen, sondern vielmehr, welche Merkmale der Beziehung nach der Gesamtwürdigung aller Umstände das Gepräge geben⁵²⁴. Die Wertigkeit der unterschiedlichen Merkmale stehe nicht von vornherein fest. Stets werde auf das Gesamtbild der Arbeitsleistung abgestellt⁵²⁵. Zudem bestehe Übereinkunft, dass es vor allem auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf das Vereinbarte ankommen soll⁵²⁶. Einem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragspartner sei bei der Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung vom Bundessozialgericht nur dann entscheidende Bedeutung beizumessen, wenn bei der Beurteilung des Gesamtbilds der Tätigkeit etwa ebenso viele (und gleichwertige) Kriterien für das eine und das andere sprechen⁵²⁷.

⁵¹⁹ BSG, Urteil v. 25.01.1979 – 3 RK 69/78, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 34.

⁵²⁰ BSG, Urteil v. 08.08.1990 – 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 4; BSG, Urteil v. 12.12.1990 – 11 RAr 73/90, SozR 3-4100 § 4 AFG Nr. 1; BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RAr 134/90, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr. 8.

⁵²¹ BSG, Urteil v. 13.12.1960 – 3 RK 2/56, BSGE 13, 196 (201); BSG, Urteil v. 29.03.1962 – 3 RK 74/57, BSGE 16, 289 (293); BSG, Urteil v. 01.02.1979 – 12 RK 7/77, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 36; BSG, Urteil v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 45; BSG, Urteil v. 18.11.1980 – 12 RK 76/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 51, BSG, Urteil v. 25.09.1981 – 12 RK 5/80, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 61; BSG, Urteil v. 31.08.1976 – 12/3/12 RK 20/74, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 4, BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, SozR 2200, § 1227 RVO, Nr. 8, BSG, Urteil v. 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200, § 1227 RVO, Nr. 19; BSG, Urteil v. 24.06.1981 – 12 RK 35/80, SozR 2200, § 1227 RVO, Nr. 34; BSG, Urteil v. 06.02.1992 – 7 RAr 134/90, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr. 8.

⁵²² BSG, Urteil v. 22.11.1973 – 12 RK 17/72, BSGE 36,262-266 (265); BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, BSGE 45, 199 (200) = SozR 2200, § 1227 RVO, Nr. 8 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁵²³ Vgl. zu den Voraussetzungen BSG, Urteil v. 13.7.1978 – 12 RK 14/78, AP Nr. 29 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG, Urteil v. 12.12.1990 – 11 RAr 73/90, SozR 3-4100 § 4 AFG Nr. 1 = NZA 1991, S. 907 ff., 908.

⁵²⁴ BSG, Beschluss v. 23.02.1995 – 12 BK 98/94, Die Beiträge 1995, S. 296.

⁵²⁵ BSG, Urteil v. 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 13.

⁵²⁶ Brand (1999), S. 1164.

⁵²⁷ BSG, Beschluss v. 11.05.1993 – 12 BK 62/91, Die Beiträge 1993, S. 481.

2.2.3 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Der Begriff Arbeitnehmer – im Europarecht wird nicht zwischen Arbeitnehmer und Beschäftigten differenziert – findet sich im EG-Vertrag in Art. 39 EGV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und Art. 141 EGV (gleiches Entgelt für Männer und Frauen) sowie in zahlreichen Richtlinien; eine Legaldefinition findet sich dort nicht.

Vielmehr definiert der Europäische Gerichtshof den Begriff nach dem Gemeinschaftsrecht: Arbeitnehmer ist, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen „nach dessen Weisung“ Leistungen erbringt, für die er eine Vergütung erhält⁵²⁸.

Ebenso wie die deutsche Rechtsprechung sieht der Europäische Gerichtshof damit in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers in Bezug auf seine Arbeitsleistung ein Tatbestandsmerkmal des Arbeitnehmerbegriffs⁵²⁹.

2.3 Der „Beschäftigtenbegriff“ in der Literatur

Die herrschende sozialrechtliche Literatur zum Beschäftigtenbegriff folgt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts⁵³⁰. Sie bestimmt für die Abgrenzung der Unselbständigkeit von der Selbständigkeit die Rechtsfigur des Beschäftigten mit der typologischen Methode⁵³¹. Dabei stellt sie auf das Abgrenzungskriterium der „persönlichen Abhängigkeit“ ab. Auf „wirtschaftliche Abhängigkeit“ komme es nicht an. Zum Teil werden jedoch von der Rechtsprechung abweichende oder zusätzliche Indizien herangezogen.

Die neuere Literatur⁵³² – überwiegend zum arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, aber auch mit Relevanz für den sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff – bemüht sich verstärkt um eine teleologische, also am Normzweck des Rechts ausgerichtete Definition. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, sie können aber auf das Sozialrecht und den Beschäftigtenbegriff übertragen werden.

Wank richtet sich in erster Linie gegen den ontologischen Ansatz in der Definition der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre⁵³³. Juristische Definitionen müssten teleologisch sein, d.h. sie müssten einen Sinnzusammenhang zwischen der Tatbestandsseite und der Rechtsfolgenseite entweder unmittelbar oder mittelbar herstellen⁵³⁴. Ein derart unmittelbares teleologisches Merkmal sei die von der Rechtsprechung herangezogene Weisungs-

⁵²⁸ EuGH Urteil vom 03. 07 1986 – Rs 66/85 – Lawrie-Blum – Slg. 1986, 2139; Urteil vom 26. 02 1992 – C 357/89 – V. J. M. Rawlin – Slg. 1992, I 1054 = NJW 1992, 1493; Urteil vom 19. 03 1964 – Rs 756/ 63 – Unger – Slg. 1964, 379; Urteil vom 21. 06 1988 – Rs 197/86 – Brown – Slg. 1986, 3205

⁵²⁹ vgl. Griebeling (1998), S. 1142.

⁵³⁰ vgl. Bogs (1977), S. 197 ff.; Gitter (1996 A), S. 264 f.; v. Hoyningen-Huene (1987), S. 1730 ff.; Marburger (1979), S. 840 ff.; Schmitt (2003), Abschnitt 15, Rn. 13 ff.; Reiserer/Schulte (1995), S. 2162 f.; vgl. auch Gastell, (1999), S. 100.

⁵³¹ Siehe Nachweise bei Gastell (1999), S. 100 f.

⁵³² vgl. zusammenfassend bei Griebeling (1998), S. 1142 f.; Hromadka (1997 A), S. 571 f.

⁵³³ Wank (1988), S. 23-27, 34-36; ders. (1992), S. 90 ff. m.w.N.; ders. (1996), S. 391; ders. (2001), S. 294 f.

⁵³⁴ Wank (1992), S. 90 f., 248; ders. (1997), S. 75; ders. (1985), S. 77-89.

bindung jedoch nicht, da zwischen einer intensiven Ausübung des Direktionsrechts auf der Tatbestandsseite und beispielsweise der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, der Urlaubsgewährung und dem Kündigungsschutz auf der Rechtsfolgenseite kein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre werde mit dem Abstellen auf eine intensive Weisungsbindung zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft den typischen Fällen zwar gerecht, dieser Ansatz müsse aber immer dann versagen, wenn zwischen dem Tatbestandsmerkmal „Weisungsbindung“ und der Rechtsfolge gerade kein Sinnzusammenhang bestehe⁵³⁵.

Wank geht von einem dualen System der Erwerbstätigkeit aus. Unsere Rechtsordnung kenne als die beiden Grundmodelle von Erwerbstätigkeit die des Selbständigen und die des Arbeitnehmers. Ziel des Arbeitsrechts sei es, diejenigen Erwerbstätigen zu schützen, die Schutz benötigten⁵³⁶. Teleologisches Merkmal des Arbeitsrechts sei deshalb die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, und diese sei somit in die Überlegungen zur Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer mit einzubeziehen⁵³⁷. Zudem müsse gemäß dem dualen Modell der Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmerbegriff dem Selbständigenbegriff gegenübergestellt werden⁵³⁸. Diese beiden Systeme seien nur dann funktional äquivalent, wenn der Beschäftigte sie frei wählen könne⁵³⁹. Die Wahl der Rechtsform müsse daher anhand objektiver Kriterien überprüft werden können, die Abgrenzungsmerkmale müssten sowohl für die Arbeitnehmertätigkeit als auch für die selbständige Tätigkeit charakteristisch sein.

Typische Arbeitnehmermerkmale sind nach *Wank* dementsprechend „die auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Auftraggeber in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und im Wesentlichen ohne eigene Organisation“⁵⁴⁰.

Unternehmer sei demgegenüber, wer zwar wirtschaftlich abhängig sei, aber aufgrund eigener Organisation mit eigenem Kapital und eigenen Mitarbeitern am Markt gegenüber vielen auftrete⁵⁴¹. Dabei sei entscheidend, ob der Auftraggeber selbst Chancen und Risiken am Markt wahrnehme und die bei ihm Beschäftigten als Arbeitnehmer von den Risiken des Marktes freistelle.

Der Sinnzusammenhang zwischen „Weisungsbindung“ und den Rechtsfolgen stelle sich nur dann ein, soweit nicht irgendwelche Weisungen als maßgeblich herangezogen werden, sondern unternehmerische Weisungen. Erhält beispielsweise ein Zeitungsreporter Weisungen, nach welchen Regeln, an welchem Ort, zu welcher Zeit, zu welchem Thema er seine

⁵³⁵ *Wank* (1992), S. 91; vgl. auch dens. (1997), S. 101.

⁵³⁶ *Wank* (1996), S. 391 f.

⁵³⁷ *Wank* (1988), S. 51.

⁵³⁸ *Wank* (1988), S. 120.

⁵³⁹ *Wank* (1988), S. 120, 130 f.

⁵⁴⁰ *Wank* (1992), S. 91.

⁵⁴¹ *Wank* (1992), S. 91.

Reportagen zu erstellen habe, handle es sich um arbeitsbezogene Weisungen. Liegen sie vor, sei das – darin gibt *Wank* der herrschenden Meinung für unproblematische Fälle Recht – ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft. Problematisch seien die Fälle, in denen es an arbeitsbezogenen Weisungen fehle, wenn etwa der Reporter seine Berichte so abfassen dürfe, wie er es für richtig halte. Müsse er sich ständig für die Zeitung zur Verfügung halten und dürfe für keinen anderen Auftraggeber tätig sein, unterliege er zwar keinen arbeitsbezogenen Weisungen, wohl aber unternehmerischen Weisungen, d.h. seine Möglichkeiten, sich selbst unternehmerisch zu betätigen, seien beschränkt. Nur insoweit sei „Weisungsbindung“ ein methodisch korrektes, weil teleologisches Merkmal⁵⁴².

Lieb kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie *Wank*, allerdings mit einer anderen Begründung. Rechtsprechung und herrschende Lehre könnten allenfalls die typischen Fälle erfassen und seien für Grenzfälle nicht geeignet. Insbesondere könne eine formal verstandene Fremdbestimmung in Bezug auf Zeit und Ort der Arbeitsleistung die spezifische Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer nicht begründen. Ansatzpunkt für aussagekräftige Merkmale sei die Fremdnützigkeit echter Arbeitnehmertätigkeit. Die auf Dauer angelegte fremdnützige Beschäftigung nähme dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer eigenen Teilnahme am Marktgeschehen, er könne über seine Arbeitskraft nicht mehr selbständig disponieren. Aus diesem Verlust der eigenen Dispositionsmöglichkeit und der Unmöglichkeit des eigennützigen, unternehmerischen – wenn auch risikoreichen – Einsatzes der eigenen Arbeitskraft folge die Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Eigenvorsorge und die Bedürftigkeit nach Fremdvorsorge. Aus der Fremdnützigkeit ergebe sich also die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. Entscheidend sei demnach, ob ein zur Schutzbedürftigkeit führender Dauerverzicht auf die Möglichkeit eigener (unternehmerischer) Teilnahme am Marktgeschehen vorliege oder ob eine vertragliche Dienstleistungsverpflichtung für anderweitigen unternehmerischen Einsatz der Arbeitskraft Spielraum lasse. Letzteres sei nicht nur der Fall, wenn der Dienstverpflichtete angesichts des Fehlens einer Verpflichtung, die Arbeitskraft voll in den Dienst eines anderen zu stellen, mit mehreren Auftraggebern kontrahieren könne, sondern auch dann, wenn eine vollständige Zurverfügungstellung der Arbeitskraft vorliege, diese aber bewusst zeitlich beschränkt sei und damit die Möglichkeit eröffne, die eigene Arbeitskraft nacheinander mehreren Auftraggebern zur Verfügung zu stellen⁵⁴³.

Auch nach *Richardi* lässt sich eine Klarstellung des Arbeitnehmerbegriffs nur erzielen, bestimmt man insbesondere bei den umstrittenen Fallgruppen den Inhalt des Begriffs teleologisch⁵⁴⁴. Dazu leiste jedoch eine typologische Rechtsfindung – wie sie die Rechtsprechung

⁵⁴² Wank (1992), S. 90.

⁵⁴³ Lieb (1974), S. 259 f., 268; ders. (1977), S. 215.

⁵⁴⁴ Richardi (1999), S. 960.

und herrschende Lehre, aber auch *Wank* und *Lieb* vornehmen – keinen Beitrag⁵⁴⁵. Durch die grundsätzliche Festlegung auf eine richtige Definition, mit der bestimmt werde, ob auf das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer der Gesamtkomplex des Arbeitsrechts Anwendung finde, werde die Verschiedenheit der arbeitsrechtlichen Geltungsgründe nicht hinreichend analysiert und in die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft einbezogen⁵⁴⁶. Vielmehr könne der Arbeitnehmerbegriff von Gesetz zu Gesetz verschieden sein, die Arbeitnehmereigenschaft könne nur relativ festgelegt werden. Der Arbeitnehmerbegriff sei offen und darum im Einzelfall im Hinblick auf die unterschiedlichen materiellen Geltungsgründe, die Teleologie der jeweiligen arbeitsrechtlichen Regelung, zu differenzieren⁵⁴⁷.

Hromadka und *Reinecke* gehen von einer Abstufbarkeit des Arbeits- bzw. auch des Sozialrechts aus⁵⁴⁸. Mit der Entscheidung der Frage des Arbeitnehmerbegriffs sei die Frage der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften nicht beantwortet. Die Wirklichkeit arbeitsrechtlicher Regelungen sei vielschichtiger, es gehe bei ihnen nicht um ein Alles oder Nichts; einen Teilschutz genössen die Arbeitnehmerähnlichen⁵⁴⁹. Das geltende Recht kenne kein duales System von Selbständigen und Arbeitnehmern, sondern eine Trias von Selbständigen, Arbeitnehmerähnlichen und Arbeitnehmern, wobei die Arbeitnehmerähnlichen mit den einen die Selbständigkeit, mit den anderen die Schutzbedürftigkeit aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit gemeinsam hätten⁵⁵⁰. Daher sei nur die persönliche Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen sachgerecht. Für die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften sei der Zweck der jeweiligen Norm entscheidend⁵⁵¹. Anspruch auf Ausgleich von Mangellagen habe jeder Arbeitnehmer, der die Tatbestandsmerkmale einer Ausgleichsnorm erfülle. Das Schutzbedürfnis sei aber nicht auf Arbeitnehmer beschränkt. Denselben Schutz müsse genießen, wer unter denselben Umständen aufgrund Dienst- oder Werkvertrags, eines sonstigen Vertrags oder ganz ohne Vertrag tätig werde. Im Rahmen der Sozialversicherung, in der der Arbeitgeber über die Leistungen im Austauschverhältnis Arbeitsvertrag hinaus zu Leistungen der Daseinsvorsorge herangezogen werde, sei dann z.B. besonders sorgfältig zu prüfen, ob auf der einen Seite das für diese Leistungen vorausgesetzte Bedürfnis bestehe, ob der betreffende Arbeitsvertragstypus (geringfügige Tätigkeit, kurzfristige Beschäftigung, Nebentätigkeit) also typischerweise dem Unterhalt diene, und ob auf der anderen Seite dem besonderen Arbeitge-

⁵⁴⁵ Richardi (2000), S. 484; ders. (1984), S. 615 f.

⁵⁴⁶ Richardi (2000), S. 483.

⁵⁴⁷ Richardi (2000), S. 483, vgl. auch dens. (1984), S. 616 ff., 621-624.

⁵⁴⁸ Hromadka (1997 A), S. 577 ff.; ders. (1998 A), S. 4 ff., der diese Feststellungen im Wesentlichen für das Arbeitsrecht trifft, jedoch auch das Sozialrecht in seine Überlegungen mit einbezieht; so auch Reinecke (1998), S. 587 f.

⁵⁴⁹ Siehe zu den rechtsgeschichtlichen, dogmatischen und rechtspolitischen Überlegungen zum Arbeitnehmerähnlichen Hromadka (1997 B), S. 1249 ff.

⁵⁵⁰ Hromadka (1998 B), S. 196, so auch Buchner (1998), S. 1149 f.

⁵⁵¹ Hromadka (1997 A), S. 578.

bertypus („Jungunternehmer“, Kleinunternehmer, Hausfrau/mann) diese Last überhaupt auferlegt werden könne. Dabei sei auch zu bedenken, dass die Gleichung „Selbständiger = zur eigenen Daseinsvorsorge fähig“ und „Arbeitnehmer = zur eigenen Daseinsvorsorge unfähig“ heute in dieser Allgemeinheit nicht mehr zutrefte. Die Zeit der an das Normalarbeitsverhältnis anknüpfenden Einheitslösungen, der „besitzlose Arbeiter“ auf der einen Seite und der „kapitalbesitzende Unternehmer“ auf der anderen Seite, sei vorbei. Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft und die technische Entwicklung schafften die Tendenz zu mehr Selbständigkeit. Das Arbeitsrecht könne diesen Wandel nur begleiten und dazu beitragen, dass die Kluft zwischen Rundumschutz bei Abhängigkeit und der Gefahr eines Absturzes ins Bodenlose bei Selbständigkeit überbrückt würde. Erforderlich seien insoweit gleitende Übergänge vom Sonderschutz besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen bis hin zum Schutz vielleicht nur zeitweise oder in bestimmter Hinsicht schutzbedürftiger Selbständiger⁵⁵². Stärker als bisher sei dabei auch der Arbeitgeber in den Blick zu nehmen. Die Funktionsfähigkeit des Unternehmens nach innen und die Wettbewerbsfähigkeit nach außen dürften nicht über Gebühr beeinträchtigt werden⁵⁵³. Nicht ausreichend und der Problematik nicht angemessen sei allerdings das bloße Manipulieren am Begriff des Arbeitnehmers.

Damit ist bereits angedeutet, dass ein Wandel eingesetzt hat, der eine Anpassung des Beschäftigtenbegriffs erfordert.

3 Zwischenergebnis

Der Beschäftigtenbegriff ist Anknüpfungspunkt für das gesamte Sozialversicherungsrecht und bestimmt sich historisch aus dem Normalarbeitsverhältnis. Dieses sieht vor, dass sich die soziale Sicherung des Einzelnen aus seiner Rolle im Erwerbsleben ergibt. Das Normalarbeitsverhältnis ist herrschende Fiktion des „Normalen“ und Bezugspunkt für juristische Ge- und Verbote. Seit dem Industriezeitalter wird das Normalarbeitsverhältnis durch das Sozialmodell „abhängige Arbeit“ ausgefüllt, welches durch das Senioritätsprinzip geprägt ist. Im Sozialrecht wird das Normalarbeitsverhältnis durch den Beschäftigtenbegriff und seine Abgrenzung zu Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen konkretisiert. Diese Dreiteilung hat der Gesetzgeber seit Beginn der Sozialgesetzgebung vorgegeben. Durch die Rechtsprechung erfolgte die Abgrenzung zwischen den drei Begriffen konkretisierend und situationsangemessen. Bereits das Reichsversicherungsamt charakterisierte die Beschäftigten als persönlich und Arbeitnehmerähnliche als wirtschaftlich abhängig. Das Bundessozialgericht übernimmt das Abgrenzungskriterium der persönlichen Abhängigkeit und umschreibt diese

⁵⁵² Gegen das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ auch Hümmerich (1998), S. 2628 u. 2632-2634.

⁵⁵³ Hromadka (1997 A), S. 579; ders. (1998 A), S. 5; so auch Hümmerich (1998), S. 2633.

mit einem offenen Katalog von Merkmalen, insbesondere mit Eingliederung und Weisungsbindung. Bei der Abgrenzung kommt es dann aber nicht auf ein Überwiegen der Merkmale, sondern auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände an. Auch der Europäische Gerichtshof stellt auf eine Weisungsgebundenheit im Rahmen der persönlichen Abhängigkeit ab. Die herrschende Literatur folgt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, während die neuere Literatur eine teleologische Definition favorisiert, um nicht nur die typischen, sondern auch die Grenzfälle zu erfassen. So sieht *Wank* den Sinnzusammenhang zwischen Weisungsbindung und Rechtsfolge nur, wenn zur Abgrenzung unternehmerische statt arbeitsbezogene Weisungen zugelassen werden. Demgegenüber stellt *Lieb* auf die Fremdnützigkeit der Tätigkeit als Abgrenzungskriterium ab. *Richardi* sieht den Sinnzusammenhang mit der Rechtsfolge im Einzelfall für jede Bestimmung als maßgebliches Kriterium. *Hromadka* und *Reinecke* wollen hingegen gleitende Übergänge mit einem abgestuften Schutz, ohne den Beschäftigtenbegriff zu manipulieren; für die Anwendung von Vorschriften, auch z.B. auf wirtschaftlich abhängige Selbständige, soll der Zweck der jeweiligen Norm entscheidend sein.

Kapitel 2: Die Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ – Anpassungszwang

Die bisherigen Ausführungen konzentrierten sich auf die Entstehung des Beschäftigtenbegriffs und seine Bestimmung durch das Normalarbeitsverhältnis. Im Folgenden werden die Anpassungszwänge, die auf den Beschäftigtenbegriff nachhaltig einwirken, aufgezeigt.

1 Veränderungen der Arbeitswelt

In den letzten Jahrzehnten entwickelte sich eine „neue Arbeitswelt“. Diese wurde insbesondere durch die Megatrends Schlüsseltechnologien, Globalisierung und Strukturwandel determiniert⁵⁵⁴, was letztendlich einen Wandel der Beschäftigungsstruktur und der Beschäftigungsformen zur Folge hat. Die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses setzte ein; die bisherige Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs mit der damit verbundenen Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht wurde in Frage gestellt⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Rürup (1999), S. 74 ff.; siehe eine Aufstellung der Megatrends auch bei Kleinhenz (1999), S. 1, vgl. zu neuen Erwerbsformen und Sozialversicherungsrecht auch schon Kreikebohm/Splittgerber (1986), S. 269 ff.

⁵⁵⁵ Zu der daraus resultierenden Aufgabe der Sozialpolitik vgl. den Kommentar von Stolleis (1999), S. 699.

1.1 Schlüsseltechnologien

Die Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologien (IuK-Technologien) verändert bzw. restrukturiert die Arbeitsteilung und verändert damit die Rahmenbedingungen des gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfungsprozesses.

Die Mikroelektronik stellt die wesentlichen Voraussetzungen für den breiten Bereich der neuen Informations- und Kommunikationstechnologie dar⁵⁵⁶. Seit in den frühen 60er Jahren die einzelnen Bauelemente einer elektronischen Schaltung (wie Transistoren u.a.m.) auf einem „Chip“ aus Silizium oder Silikon integriert werden konnten und sich die Zahl der so integrierten Komponenten von Jahr zu Jahr phänomenal erhöhte – somit die Zahl der Anweisungen pro Sekunde und Chip in die Millionen anwuchs – waren die Voraussetzungen für eine revolutionäre technische Entwicklung gegeben. In den frühen 70er Jahren wurden diese Chips als Elemente von universell programmierbaren Mikroprozessoren und die letzteren wiederum als Steuerelemente von Mikrocomputern eingesetzt, die – dank ihrer geringen Ausmaße – in fast jede Maschine eingebaut und zur besseren Steuerung der Abläufe eingesetzt werden konnten. Begünstigt wurde diese Entwicklung durch den rapiden Anstieg der Leistungsfähigkeit und durch das dramatische Sinken der Herstellungskosten je Chip.

Informationen können heute global ohne Zeitverzögerung verarbeitet, gespeichert und kommuniziert werden. Mit der Verbreitung der IuK-Technologien unterliegt zwangsläufig auch unsere Gesellschaft, deren Strukturen und Normen maßgeblich noch von der in den vergangenen 150 Jahren entstandenen Industrie- bzw. Wirtschaftsstruktur geprägt wird, einem tief greifenden Wandel, und zwar einem Wandel in Richtung einer Gesellschaft, in der Erwerbsarbeit zunehmend in einem Be- und Verarbeiten von Information besteht. Während der Anteil der Produktionstätigkeiten an der Beschäftigung zwischen 1970 und 1995 in Deutschland von über 40% auf unter 25% zurückging, stieg der Anteil von Informationstätigkeiten von 28% auf knapp 60% aller Beschäftigten⁵⁵⁷.

Im Wesentlichen sind es die sechs folgenden arbeitsweltrelevanten Merkmale⁵⁵⁸, durch welche die computerisierte Informationsgesellschaft charakterisiert wird:

1. Die Informatisierung der Arbeit differenziert die organisatorischen Strukturen aus, erhöht die zeitliche, räumliche und sachliche Autonomie der Beschäftigten und macht die Arbeit so flexibler. Diese Art von Verselbständigung geht allerdings mit einer gleichzeitigen Steigerung der arbeitgeberseitigen Kontrollmöglichkeit einher⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ vgl. dazu Pfaff (1986), S. 30.

⁵⁵⁷ Rürup (1999), S. 75.

⁵⁵⁸ Vgl. zu den sechs Merkmalen Rürup (1999), S. 75 f.

⁵⁵⁹ Siehe zu diesem Merkmal auch Linnenkohl (2001), S. 42 m.w.N.

2. Der Qualifizierungstrend, der seit langem die individuellen Arbeitsmarktchancen bestimmt hat, wird um die Fähigkeit, sich qualifiziert in den Informationsverarbeitungssphären zu bewegen, ergänzt und weiter dynamisiert.
3. Im Gefolge von IuK-Technologien lassen sich moderne Organisationen wie Lean-Production, Just-in-time-Fertigung und Unternehmensnetzwerke realisieren.
4. Das parallele Wirken von Informatisierung und Globalisierung beschleunigt die Entkopplung der physischen Arbeit von der strukturierenden Arbeit. Diese Entgrenzung ermöglicht es, die Produktionsprozesse global zu steuern und damit auch die Produktionsfaktoren beliebig in Raum und Zeit einzusetzen.
5. Der Querschnittscharakter der Informatisierung und die damit einhergehende Aufgabenerweiterung lösen die auf der klassischen Fachlichkeit beruhende Kompetenzzuweisung auf. In dem Maße wie sich Aufgaben und Zuständigkeit überschneiden, wird auch die Abgrenzung zwischen Berufen immer weniger trennscharf. Berufe verlieren ihre spezifischen Tätigkeitsmerkmale. Es verschwinden die zeitlichen, räumlichen und seelischen Grenzen zwischen Arbeit und Privatleben und auch die Freizeit ist zunehmend mit der Verarbeitung von Informationen angefüllt⁵⁶⁰.
6. Im Wechselspiel von IuK-Technologien und flexiblen Organisationsstrukturen werden Arbeitnehmer immer weniger für Fleiß, Loyalität und Korrektheit, sondern ausschließlich für ein Resultat, einen „Output“ honoriert. An Stelle des Einsatzes der Arbeitskraft und der Bemühungen können zunehmend die Früchte der Arbeit, der Output gemessen und bewertet werden.

1.2 Globalisierung

Ein weiterer, die heutige und die zukünftige Arbeitswelt bestimmender Megatrend ist die Globalisierung, d.h. die zunehmende wirtschaftliche Verflechtung von Ländern und ihrer Wirtschaftssubjekte sowie die weltweite Ausnutzung komparativer Kostenvorteile⁵⁶¹.

Im Zuge der Globalisierung werden alle Tätigkeiten innerhalb der Wertschöpfungskette dahingehend geprüft, ob sie nicht besser oder kostengünstiger in anderen Ländern ausgeübt werden können⁵⁶². Globalisierung ist letztlich die Reaktion der Unternehmen auf einen gestiegenen Rationalisierungsdruck, der vor allem aus den gestiegenen Renditeerwartungen bzw. -ansprüchen der Inhaber und Zeichner von Risikokapitaltiteln resultiert. Die gestiegenen Renditeanforderungen und der davon ausgehende Produktivitätsdruck sind wiederum eine Folge der Liberalisierung der Finanz- und Kapitalmärkte, der deutlich gestiegenen Kapi-

⁵⁶⁰ Siehe zu diesem Merkmal auch Linnenkohl (2001), S. 43.

⁵⁶¹ Rürup (1999), S. 79; vgl. auch Schellhaaß (1998), S. 9; Rische (1998), S. 51.

⁵⁶² Rürup (1999), S. 79 ff.

talmobilität und der immer umfassender und aktueller werdenden Informationen hinsichtlich der weltweiten Kapitalverwertungsbedingungen und Anlagemöglichkeiten. Die Antworten von Unternehmen auf die erhöhten Renditeerfordernisse und den damit einhergehenden Rationalisierungsdruck werden als „global sourcing“ bzw. „global outsourcing“ (Standortverlagerungen) und „Fraktalisierung“ bzw. „Virtualisierung“ der Unternehmensstrukturen bezeichnet. In dem Maße, in dem der Rationalisierungsdruck auf die Unternehmen zunimmt, sind diese zur Erhaltung ihrer Konkurrenzfähigkeit gezwungen, internationale Kostendifferenzen durch Produktionsverlagerungen oder Externalisierungen einzelner Betriebsfunktionen auszunutzen. Je mehr Arbeit als Folge des strukturellen und technologischen Wandels im Be- und Verarbeiten von Informationen besteht, desto mehr sind auch bislang als gleichermaßen wertschöpfungsintensive wie lokalgebundene Dienstleistungen nicht nur national „outsourcbar“, sondern auch grenzüberschreitend verlagerbar. Die wachsende Möglichkeit von großen und kleinen Unternehmen und Einzelpersonen, übers WorldWideWeb global zusammenzuarbeiten, verstärkt die Globalisierung und führt zu neuen Formen der internationalen Arbeitsteilung.

1.3 Strukturwandel

Die Globalisierung der regionalen, nationalen und europäischen Märkte führt im Zusammenhang mit der Informationstechnologie zwangsläufig zu Strukturveränderungen in den jeweiligen Volkswirtschaften, Unternehmen, Betrieben sowie Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen⁵⁶³.

Während viele Entwicklungs- und Schwellenländer dabei sind, den primären Sektor der Landwirtschaft zu verlassen und in die Phase eintreten, in der der sekundäre Sektor, d.h. die Industrie den größten Beitrag zum Sozialprodukt leistet, sind die modernen Länder der früh-industrialisierten Staaten bereits weit in die dritte Phase vorgerückt, in der Dienstleistungen überwiegen⁵⁶⁴. Gesamtwirtschaftlich geht dieser Strukturwandel einher mit signifikanten Rückgängen der Beschäftigtenzahlen im industriellen und handwerklichen Fertigungsbereich (insbesondere in den alten Hochlohnindustriestaaten) und mit einer Zunahme der Beschäftigung und der Wertschöpfung in den informationsbezogenen Dienstleistungen, also Ausbildung, Schulung, Wartung, Organisation.

⁵⁶³ Linnenkohl (2001), S. 42.

⁵⁶⁴ Rürup (1999), S. 78.

1.4 Wandel der Beschäftigungsstruktur

Die beschriebene Entwicklung zur globalisierten Informationsgesellschaft führt zu einer nachhaltigen Veränderung der Beschäftigungsstruktur⁵⁶⁵.

Manuelle und Routinearbeiten verlieren an Bedeutung zugunsten komplexer Aufgaben an hochtechnisierten Arbeitsplätzen, flexiblen Fertigungsanlagen und spezialisierten, beratungsintensiven Dienstleistungen. Die Dezentralisierung in kleinere autonome Einheiten, Prozess- und Kundenorientierung anstelle von Abteilungsdenken sowie Gruppen- und Teamarbeit erfordern auch neue und erweiterte Kompetenzen der Beschäftigten. Neue Produktions- und Organisationskonzepte führen zu flacheren Hierarchien mit steigenden Qualifikationsanforderungen insbesondere auf mittleren Positionen. Der Wettbewerbsdruck hin zu schnelleren Antworten auf vielfältigere Kundenwünsche erzeugt zu bewältigende Komplexität in allen Hierarchieebenen. Die scharfe Trennung des Industriezeitalters zwischen Entscheidungsträger und Ausführer verschwindet zunehmend. Gleichzeitig entstehen neue Berufe, die alle eine Spezialisierung in mehreren sehr verschiedenen Fachrichtungen beinhalten, z.B. Information-Broker, Info-Grafiker oder Werbe- und Mediovorlagenhersteller⁵⁶⁶.

Die „Neue Arbeit“ mit dem Inhalt der Informationsverarbeitung und Wissensgenerierung ist gegenüber der Arbeit im Industriezeitalter vor allem durch das Element der Selbständigkeit geprägt⁵⁶⁷. Der Arbeitgeber verzichtet zunehmend auf einen wesentlichen Teil seiner formalen Rechtsposition; das Weisungs- und Direktionsrecht tritt in den Hintergrund und an seine Stelle das „Wissensmanagement“. Für den unternehmerisch denkenden und handelnden Mitarbeiter ist die projektorientierte Organisation der Arbeit zugleich Motivations- als auch Kontrollfaktor. Anwesenheit ist nicht mehr maßgeblich, sondern Arbeitsproduktivität. Das Rollenverständnis ändert sich. An die Stelle der traditionellen Vorgesetztentätigkeit treten Aufgaben wie Moderation, Motivation und Koordination⁵⁶⁸.

Diese Entwicklungen gehen aber auch mit struktureller Arbeitslosigkeit einher. Die Grenzen des Wirtschaftswachstums durch Sättigung der Nachfrage, die starken Umweltbelastungen, der Arbeitsplatzabbau durch Technologieentwicklung und Rationalisierungsmaßnahmen, sowie die Zunahme von Arbeitskräften (etwa durch die vermehrte Erwerbstätigkeit von Frauen) ließen die Produktionsfaktoren Arbeit, Kapital und Boden immer deutlicher in ein neues Verhältnis treten⁵⁶⁹. Die Rolle des Faktors Arbeit gegenüber dem Faktor Kapital änderte sich in den vergangenen Jahren grundlegend – zumal sich auch das klassische Zusammenspiel der Faktoren Boden, Kapital und Arbeit um den neuen „Faktor Wissen“ und um eine neue Rolle des Managements erweitert hatte. Die Nachfrage nach Arbeitskräften

⁵⁶⁵ Rürup (1999), S. 83 f.

⁵⁶⁶ Rürup (1999), S. 84.

⁵⁶⁷ Linnenkohl (2001), S. 44.

⁵⁶⁸ Linnenkohl (1999 B), S. 135 ff.

sank, während die Nachfrage der „Arbeitnehmergesellschaft“ nach Arbeitsplätzen weiter stieg⁵⁷⁰.

1.5 Wandel der Beschäftigungsformen

Der Wandel der Beschäftigungsstrukturen führt zu veränderten Beschäftigungsformen – den atypischen Beschäftigungsverhältnissen. Informatisierung und Globalisierung, die mit einem steigenden Wettbewerbsdruck einhergehen, führen zu einer zunehmenden Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse⁵⁷¹. Es lassen sich die Formen (betriebs-)interne und externe Flexibilisierung unterscheiden. In einem engen Zusammenhang mit dieser Unterscheidung steht die Differenzierung in numerische, zeitliche und funktionale Flexibilisierung⁵⁷².

Numerisch-externe Flexibilisierung bedient sich vor allem der zahlenmäßigen Personalanpassung durch Entlassung und Einstellung, aber eben auch der atypischen Beschäftigungsverhältnisse wie befristete Beschäftigungsverhältnisse, Werkvertragsbeschäftigung (scheinselbständige Beschäftigung / „Neue Selbständigkeit“), freie Mitarbeit und Arbeitnehmerüberlassung sowie Telearbeit, Arbeit auf Abruf und Job-Sharing⁵⁷³.

Die zeitlich-interne Flexibilisierung setzt primär bei wechselnden Produktionserfordernissen auf eine Anpassung der Arbeitszeiten (Teilzeitarbeit / flexible Arbeitszeitregelungen). Die Anforderungen an berufliche, regionale und wirtschaftliche Arbeitszeitflexibilität nehmen ständig und global vernetzt zu⁵⁷⁴. Außerdem erlangen Arbeitszeitflexibilisierungen in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit besondere Aktualität⁵⁷⁵.

Funktional-interne Flexibilisierungen betreffen die Arbeitsorganisation sowie eine entsprechende Qualifikation der Beschäftigten.

Die aufgeführten Varianten von Flexibilisierung schließen sich weder logisch noch empirisch aus und können sowohl in einem komplementären als auch substitutiven Verhältnis zueinander stehen⁵⁷⁶. Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich auf die Flexibilisierung durch die „Neue Selbständigkeit“ und „Flexible Arbeitszeitregelungen“.

⁵⁶⁹ vgl. auch Breu (1999), S. 9.

⁵⁷⁰ Zacher (2000), S. 194 f. m.w.N.

⁵⁷¹ Vgl. Stolleis (1998), S. 1095 ff.

⁵⁷² Keller/Seifert (2000), S. 292 m.w.N.

⁵⁷³ Rürup (1999), S. 86; Weinkopf (1999), S. 93; Husmann (2002), S. 24; vgl. zu den Gründen für den Einsatz atypischer Beschäftigung auch Pfarr/Bothfeld/Bradtke/Kimmich/Schneider/Ullmann (2004), S. 602 ff.

⁵⁷⁴ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 460; Michaelis/Thiede (2000), S. 426.

⁵⁷⁵ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 460.

⁵⁷⁶ Keller/Seifert (2000), S. 292.

1.5.1 Die „Neue Selbständigkeit“

Die „Neue Selbständigkeit“ ist eine Folge der numerisch-externen Flexibilisierung. In einem sich rasch verändernden, internationalen Umfeld mit kurzen Produktzyklen entscheidet eine schnelle Reaktion der Unternehmen über den Erfolg. Die Zahl der Tätigkeiten, die außerhalb fester betrieblicher und sonstiger Strukturen geleistet wird, nimmt zu. Die Weisungsdichte vieler Tätigkeiten nimmt ab. Die immer mehr geforderte Kreativität der Mitarbeiter kann sich nur bei einem hinreichend großen Maß von Freiheit entfalten. In diesem Zusammenhang bieten die atypischen Beschäftigungsverhältnisse oder Outsourcing in Form von Werkverträgen vielen Unternehmen die Möglichkeit einer flexibleren Personalpolitik⁵⁷⁷.

Schlagwort ist die „Neue Selbständigkeit“, der Eigen-Unternehmer, Selbst-Angestellte, Arbeitnehmer-Unternehmer und der Arbeitskraftunternehmer, der zumeist keine weiteren Mitarbeiter beschäftigt, jedoch wirtschaftlich von einem einzigen Vertragspartner abhängig ist. Die „Neuen Selbständigen“ stehen in Konkurrenz zum „klassischen“ Arbeitnehmer und in Abgrenzung zum herkömmlichen Unternehmer des Industriezeitalters.

Die „Neuen Selbständigen“ sind aber nicht pauschal mit „Scheinselbständigen“ gleichzusetzen, d.h. mit Personen, die zwar als Selbständige behandelt werden, eigentlich aber Arbeitnehmer sind⁵⁷⁸. Bei den Scheinselbständigen wird der Versuch unternommen, den Lasten des Sozialversicherungs- und Arbeitsrechts durch rechtliche Gestaltung zu entgehen. Das Ergebnis dieser Gestaltung wird als „echte“ Scheinselbständigkeit bezeichnet⁵⁷⁹. Bei Scheinselbständigen bzw. Pseudoarbeitnehmern unterscheidet sich die faktische Arbeit und soziale Position nicht grundsätzlich von der abhängig Beschäftigter. Folge der rechtlichen Zuordnung der Scheinselbständigen zur Gruppe der Selbständigen ist, dass für sie alle oder fast alle arbeitsrechtlichen oder sozialrechtlichen Schutznormen entfallen. Vorteile für den Arbeitgeber sind dabei⁵⁸⁰:

- Wegfall der Anwendung individueller Schutznormen des Arbeitsrecht, vor allem bei Urlaub, Lohn, einschließlich Überstundenregelungen, Arbeitszeit, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsfristen
- Wegfall der Anwendung kollektiver arbeitsrechtlicher Normen, wie betriebliche Mitbestimmungsrechte
- Nichtanwendung anderer Schutznormen, z.B. des Arbeitsschutzes
- Kostensenkung durch Verlagerung von Risiken bei der Geschäftsabwicklung
- Steuerrechtliche Vorteile (Vorsteuerabzug, größere Verschleierungsmöglichkeiten, weil auch Scheinselbständige Eigeninteresse haben, ihre Besteuerung niedrig zu halten)

⁵⁷⁷ Vgl. Pfarr/Bothfeld/Bradtke/Kimmich/Schneider/Ullmann (2004), S. 602 ff., die neben der flexiblen Personal- und Arbeitsplanung noch andere Gründe für atypische Beschäftigung aufzeigen.

⁵⁷⁸ So auch Bieback (1999), S. 166.

⁵⁷⁹ Schlegel (2000), S. 425.

- Entfallen des Arbeitgeberanteils zur Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung
- Entlastung der Personalbüros, weil Scheinselbständige für Abführung der Steuern und anderer Abgaben selbst verantwortlich sind.

Die Differenzierung im Innenverhältnis der Selbständigen ist also von zunehmender Wichtigkeit⁵⁸¹. Es gibt drei Möglichkeiten für die Positionierung von Selbständigen in der Arbeitswelt⁵⁸². Erstens können sie als eine Kategorie Selbständiger betrachtet werden, die noch keine festen Mitarbeiter, aber das Potenzial zum Arbeitgeber haben. Zweitens ist es möglich, sie als eine spezielle Kategorie Selbständiger zu betrachten, die sich als Unternehmer betätigen, ohne fest angestellte Arbeitskräfte hinzuzuziehen. Drittens können sie als Pseudoarbeitnehmer betrachtet werden. Bei dieser letzten Kategorie handelt es sich um Erwerbstätige, die im formal-rechtlichen Sinne zwar selbständig, doch faktisch von einem einzigen Arbeitgeber abhängig sind. Dieser eine Auftraggeber ist meist der frühere Arbeitgeber, der die Arbeit an seinen ehemaligen Arbeitnehmer in Auftrag gibt und damit Sozialversicherungskosten spart.

Auf diese Weise entsteht eine Skala, an deren einem Ende sich der selbständige Erwerbstätige mit Personal und am anderen der Festangestellte in Vollzeitstellung befindet. Die Selbständigen ohne Personal befinden sich dazwischen, wenn auch in unterschiedlichen Positionen⁵⁸³. Bei diesen geht man in der Regel davon aus, dass die Trennungslinie zwischen echter Selbständigkeit und faktischer Abhängigkeit mit der Abgrenzung zwischen denen, die ihre Position ausbauen können und denen, die klein bleiben, zusammenfällt. Letztere sind auf der Skala in der Nähe der Arbeitnehmer anzusiedeln, von denen sie nur schwer oder gar nicht zu unterscheiden sind. In dem Maße wie Mitarbeiter also, mit mehr Selbständigkeit ausgestattet, als „Unternehmer im Unternehmen“ betrachtet werden, wird der Übergang fließend und die Abgrenzung von Beschäftigungs- und Auftragsverhältnis vor allem in der sog. Grauzone schwieriger.

1.5.2 „Flexible Arbeitszeitregelungen“

Arbeitszeitflexibilisierungen umfassen als Oberbegriff auch „flexible Arbeitszeitregelungen“. Sie sind zeitlich-interne Flexibilisierungen⁵⁸⁴, die mittels eines vorhandenen Handlungsspielraums eine gezielte Anpassung der Arbeitszeit im Hinblick auf veränderte bzw. sich ändernde inner- und außerbetriebliche Bedingungen zulassen⁵⁸⁵. Vorgenommen wird

⁵⁸⁰ Vgl. BR-Drucks. 793/96, S. 6 f.

⁵⁸¹ Bogenhold/Leicht (2000), S. 786.

⁵⁸² Evers/Wijmans (2000), S. 790.

⁵⁸³ Evers/Wijmans (2000), S. 791.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich Linnenkohl (1999 B), S. 135 ff.

⁵⁸⁵ zur Definition der Arbeitszeitflexibilisierung siehe auch Linnenkohl/Rauschenberg (1996), S. 18 f.

die Änderung und/oder Anpassung entweder einseitig durch den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer oder einvernehmlich durch beide.

Den Arbeitgeber lassen das Ziel einer optimalen Arbeitsproduktivität und ein härterer Wettbewerb nach Möglichkeiten suchen, den Personaleinsatz flexibel mit schwankenden Auftragslagen abzustimmen. Zeit wurde im internationalen Konkurrenzkampf zur Wettbewerbswaffe. Variierende Kapazitätsanforderungen in der Produktions- und Geschäftstätigkeit und die Marktglobalisierung setzen die Betriebe unter steigenden Innovations- und Kostendruck. Kürzungen der tariflichen Arbeitszeit bei vollem Lohnausgleich und das hohe Lohnniveau zwingen zum effektiven Einsatz des Personals. In der Arbeitszeitflexibilisierung wird eine Möglichkeit gesehen, die Kosten im Betrieb zu senken. Verlängerung der Betriebslaufzeiten, Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall, Vermeidung teurer Überstunden und gleichzeitig höhere Arbeitsproduktivität, Vermeidung von Kündigung und statt dessen vielleicht sogar Neueinstellungen sind Schlagworte, die sich mit dem Begriff „flexible Arbeitszeit“ oder „flexible Arbeitszeitmodelle“ verbinden⁵⁸⁶. Viele Unternehmen haben inzwischen bemerkt, dass sich die Arbeitszeiten nach den Kundenströmen richten müssen und nicht umgekehrt. Der Einzelhandel hat dies als Erster erkannt, und verabschiedete sich von den im internationalen Vergleich sehr restriktiven Ladenöffnungszeiten. Vielfach kann der Kundenstrom im Voraus geplant werden. Vieles lässt sich schließlich im Arbeitsteam abstimmen⁵⁸⁷. Personal ist nicht nur die wichtigste, sondern in deutschen Unternehmen auch die teuerste Ressource. Inzwischen haben viele Betriebe die Rationalisierungs- und Automatisierungsmöglichkeiten ausgeschöpft. Mit den vorhandenen Mitarbeitern auskommen und möglichst noch zusätzliche Aufgaben übernehmen – das ist die Devise moderner Unternehmen. Lösbar scheint dieses Dilemma nur durch eine genauere Personaleinsatzplanung. Ausgehend von dem monatlichen oder besser noch jährlichen Kapazitätsbedarf kann durch eine genaue Einsatzplanung das vorhandene Arbeitsvolumen genau verteilt werden⁵⁸⁸.

Aber auch immer mehr Arbeitnehmer halten die am Leitbild der Normalarbeitszeit fixierte gleichförmige Verteilung der Arbeitszeit für nicht mehr zeitgemäß⁵⁸⁹. Sie wünschen sich mehr Flexibilität und vor allem fordern sie das Recht auf die Gestaltung von Lage und Dauer der Arbeitszeit, was mit dem Begriff „Zeitsouveränität“ umschrieben werden kann. Die individuellen Wünsche der Erwerbstätigen nach mehr Zeitsouveränität entsprechen einer allgemeinen Entwicklungstendenz der letzten Jahre. Es stehen folgende Arbeitszeitwünsche im Vordergrund: Arbeitszeitverkürzung in Form von Blockfreizeiten, Wahlmöglichkeiten bei Arbeitsbeginn und -ende, Möglichkeit von Teilzeit und unbezahlten Langzeiturlauben sowie

⁵⁸⁶ Bährle (2000), S. 46; Breu (1999), S. 10 f.

⁵⁸⁷ Mülder (2000), S. 39.

⁵⁸⁸ Mülder (2000), S. 40.

⁵⁸⁹ Breu (1999), S. 11.

flexible oder gleitende Pensionierung. Die Beschäftigten erhoffen sich mehr Freizeit, Zeit für die Familie oder Weiterbildung und insgesamt eine bessere Vereinbarkeit von beruflichen und privaten Verpflichtungen.

Flexibel ist die Arbeitszeit dann, wenn sie sich permanent abwandeln und anpassen lässt. Sie kann in vier Dimensionen flexibilisiert werden⁵⁹⁰. Bewusst und willentlich flexibilisiert werden können lediglich die ersten zwei Dimensionen, d.h. die Dauer (chronometrische Dimension) und die Lage (chronologische Dimension) der Arbeitszeit. Die weiteren Dimensionen, Autonomie und Intensität der Arbeit, verändern sich mit zunehmender Flexibilisierung der ersten beiden Dimensionen, sollen hier aber nicht weiter vertieft werden⁵⁹¹. Entsprechend ihrer zeitlichen Reichweite können die Arbeitszeitflexibilisierungen jeweils auf der Mikroebene (innerhalb eines Arbeitstages), der Mesoebene (Tages-, Wochen- und Jahresarbeitszeit) und schließlich der Makroebene (Lebensarbeitszeit) betrachtet werden.

Die chronometrische Dimension der Arbeitszeitflexibilisierung betrifft den quantitativen Aspekt der Dauer der Arbeitszeit⁵⁹². Sie bezieht sich auf verschiedene Zeiteinheiten, d.h. auf die Dauer der täglichen Arbeitszeit sowie auf die Wochen-, Jahres-, bzw. Lebensarbeitszeit. Die gesetzlich festgelegte Arbeitszeit hat sich seit der Industrialisierung fortwährend verkürzt. Dies betrifft die Tages- und die Wochenarbeitszeit, wirkt sich damit entsprechend auf die Jahresarbeitszeit aus. Mit der Industrialisierung hat sich die moderne Zeitstruktur und die Zeitökonomie etabliert. Die Zeit wurde zu einem Gut, das der Logik des Kapitals folgend, effizient bewirtschaftet werden kann. Zeit hat damit die Eigenschaften von Geld angenommen, wurde wertvoll, käuflich und verwertbar. Eine Auswirkung davon ist die Disziplinierung der Arbeitnehmer zu möglichst wenig Zeit beanspruchenden Arbeitsmethoden und Verhaltensweisen.

Der chronologische Aspekt befasst sich mit der Lage und dem Bezugszeitraum der Arbeitszeit⁵⁹³. Darunter wird auf der Mikroebene der Tagesarbeitszeit die Schicht- und Nachtarbeit, bei der wöchentlichen Arbeitszeit die Wochenend- bzw. Sonntagsarbeit und in der Jahressicht die saisonale Arbeit gefasst. Die lageverschobenen Arbeitszeiten dienen primär der Verlängerung von Betriebszeiten und der Aufrechterhaltung eines Angebotes von Dienstleistungen. In diesem Zusammenhang ist die Einführung flexibler Arbeitszeitregelungen zu nennen.

Die heute noch übliche Arbeitszeit von 8 Stunden in einer 5-Tage-Woche weicht zunehmend Vereinbarungen über Jahresarbeitszeiten und anderen Flexibilisierungsmodellen. Die rechtliche Gestaltung der Erwerbsarbeit wird differenzierter und flexibler; die Anforderungen

⁵⁹⁰ Breu (1999), S. 20; siehe auch Bährle (2000), S. 46.

⁵⁹¹ Vgl. zu diesen beiden Dimensionen aber Breu (1999), S. 26 ff.

⁵⁹² Breu (1999), S. 23 ff.

⁵⁹³ Breu (1999), S. 25 f.

an berufliche, regionale und wirtschaftliche Arbeitszeitflexibilität nehmen ständig zu⁵⁹⁴. Altersteilzeitmodelle, kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit, Sabbaticals und nicht zuletzt Arbeitszeitkonten und Zeit-Wert-Konten zeigen, dass sich die Struktur der Arbeitswelt und das Gefüge des Normalarbeitsverhältnisses von 40 Wochenstunden an fünf Arbeitstagen in den vergangenen Jahren grundsätzlich und nachhaltig verändert haben. Eine Weiterentwicklung variabler Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitszeit ist die Aufweichung der Grenzen zwischen Arbeit und Nichtarbeit in größeren zusammenhängenden Zeitphasen.

1.6 Der Zerfall des Normalarbeitsverhältnisses

Im Zusammenhang mit der Änderung der Beschäftigungsstruktur vollzog sich der Zerfall des unsere traditionellen Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehungen und auch das soziale Sicherungssystem konstituierenden Normalarbeitsverhältnisses. War der herkömmliche Begriff der Arbeitslosigkeit das Gegenstück zum Normalarbeitsverhältnis, so nimmt, indem die Dominanz des Normalarbeitsverhältnisses schwindet, auch die Arbeitslosigkeit vielfältige Gestalt an⁵⁹⁵. Das Normalarbeitsverhältnis tritt zu den „atypischen“ Beschäftigungen in Konkurrenz⁵⁹⁶.

War das arbeitsvertraglich geregelte Normalarbeitsverhältnis Ausfluss des Industriezeitalters, sind die neuen Beschäftigungsverhältnisse „normale“ Erwerbsformen der globalisierten Informationsgesellschaft. Sie weichen vom Normalarbeitsverhältnis im Hinblick auf Dauer und Kontinuität ab. Das Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers wird relativiert. Es verändern sich die Bedingungen der Abhängigkeit. In einem entmaterialisierten, im Wesentlichen nur noch virtuellen Betrieb, in dem das Know-How hochqualifizierter Mitarbeiter das wichtigste und oft auch einzige Betriebskapital ist, die versprochene Arbeit zu jeder Zeit und an jedem Ort der Welt verrichtet und ihr Ergebnis in Sekunden per Datenträger vorgelegt werden kann, spielen Weisungsrechte des Arbeitgebers bezüglich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit, also die bisher geläufigen und wichtigsten Abgrenzungskriterien, nur noch eine untergeordnete Rolle⁵⁹⁷. An deren Stelle kann aber z.B. eine Einbindung in das Informations- und Datennetz des Auftraggebers, die Abhängigkeit von dessen Datenorganisation und die Überwachung mittels Datenschatten treten⁵⁹⁸. An die Stelle der weisungsgebundenen persönlichen tritt zunehmend die wirtschaftliche Abhängigkeit.

⁵⁹⁴ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 460; Michaelis/Thiede (2000), S. 426.

⁵⁹⁵ vgl. dazu Zacher (1999), S. 35 f.

⁵⁹⁶ Linnenkohl (2001), S. 44.

⁵⁹⁷ Schlegel (2000), S. 425.

⁵⁹⁸ Schlegel (2000), S. 425; Linnenkohl (1998), S. 48; Bieback (1999), S. 171.

Diese Tendenz beseitigt nicht die Konstruktionselemente des Normalarbeitsverhältnisses in Gänze. Sie entzieht lediglich der Wirkkraft des Normalarbeitsverhältnisses die faktischen Voraussetzungen⁵⁹⁹.

Entfallen einzelne Kriterien des Normalarbeitsverhältnisses, vor allem das Grundkriterium der Beschäftigungsdauer und -kontinuität („Seniorität“), tritt das entsprechende Arbeitsverhältnis gleichsam aus der Geltungszone der Arbeits- und Sozialordnung heraus. Häufen sich die Beschäftigungsverhältnisse, die die „Normal“kriterien nicht erfüllen, weist die Rechtsordnung zunehmende Geltungs- und Implementationsdefizite auf. Hört aber das Normalarbeitsverhältnis auf, eine „herrschende Fiktion“ zu sein, also der rechtskonstruktive Bezugspunkt für „normalisierende“ Eingriffe und Regelungen, wandelt sich das Sozialmodell um, und es fragt sich, welches an seine Stelle tritt⁶⁰⁰.

2 Sozialpolitische Anpassungszwänge

Aus den Veränderungen der Arbeitswelt erwächst in der Folge eine sozialpolitische Notwendigkeit der Anpassung.

Der Zerfall des Normalarbeitsverhältnisses erzeugt ohne Rechtsanpassung Prekarität der atypischen Beschäftigungsverhältnisse. Prekarität bedeutet hier eine im Vergleich zum Normalarbeitsverhältnis im oben definierten Sinne unzureichende soziale Sicherung.

Probleme im Hinblick auf eine zureichende soziale Sicherung weisen insbesondere die „Neue Selbständigkeit“ und die „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ auf⁶⁰¹.

Dies folgt hinsichtlich der „Neuen Selbständigen“ aus dem eingeschränkten Zugang zu den Elementen des Wertes Arbeit: Sie können in ihrer Erwerbsarbeit zwar Einkommen, Wirksamkeit und soziale Einbindung finden. Doch fehlen ihnen zumeist der (internalisierende) soziale Schutz und auch die (externalisierende) soziale Sicherung. Die Frage ist, ob das in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Abhängigkeit von einem Unternehmer steht.

⁵⁹⁹ Mückenberger (1985), S. 463 f.

⁶⁰⁰ Mückenberger (1985), S. 429.

⁶⁰¹ Im Vergleich dazu: Unter den atypischen Beschäftigungsverhältnissen erfahren z.B. die Arbeitnehmerüberlassung auf Zeit und die Teilzeitarbeit nur eine geringe Einschränkung. Die Arbeitnehmerüberlassung verschafft grundsätzlich Zugang zu allen Elementen des Wertes Arbeit: Einkommen, Wirksamkeit, soziale Einbindung und soziale Sicherheit. Sie stellt sich aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht zumeist unproblematisch dar. Durch Teilzeitarbeit wird ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV wie bei Vollzeitarbeit begründet, so dass sozialversicherungsrechtlich grundsätzlich dieselben Rechtsbeziehungen zwischen Sozialversicherungsträger und Beschäftigtem entstehen, soweit man von der Versicherungsfreiheit in einer geringfügigen Beschäftigung absieht (§ 8 Abs. 1 SGB IV) und andere sozialversicherungsrechtlich problematische Arbeitsbeziehungen wie etwa mithelfende Familienangehörige, Au-pairs, Praktikanten und viele Formen von Bildungsverhältnissen außer Betracht lässt. Das Teilzeitarbeitsverhältnis verschafft diesen Zugang jedoch nur mit den Einschränkungen, die sich aus der geringen Arbeitszeit ergeben. Was das real bedeutet, hängt von den konkreten Umständen ab. In der gesetzlichen Rentenversicherung zum Beispiel, in der die soziale Sicherheit proportional ausgestaltet ist, erhöhen lange und zudem starke individuelle Arbeitszeitreduktionen das Risiko eines für den Mindestlebensunterhalt unzureichenden Renteneinkommens im Alter. Fehlt es dagegen – wie etwa bei der sozialen Gewährleistung der medizinischen Versorgung im Falle der Krankheit – um die Deckung eines gewissen Bedarfes geht, kann diese Leistung nur entweder ganz oder gar nicht gewährt werden.

Durch „Flexible Arbeitszeitregelungen“ wird das klassische Austauschverhältnis „Arbeitsleistung gegen Entgelt“ zunehmend aufgelöst. Die Einbeziehung in die Sozialversicherung wird dadurch erschwert.

2.1 Mangelnde Einbeziehung der „Neuen Selbständigen“ in den sozialen Schutz

Anknüpfungspunkt für die Sozialversicherungspflicht ist der Beschäftigtenbegriff i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV. In Sozialversicherungssysteme einbeziehen heißt abgrenzen. Die Abgrenzungsprobleme konzentrieren sich auf diejenigen zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit; damit wird zugleich die „Grenze“ zwischen den obligatorischen Systemen staatlicher Vorsorge und den freiwilligen Systemen privater Vorsorge gezogen⁶⁰². Die genannte Abgrenzung entscheidet also über Zwang und Freiheit, denn dem Versicherungszwang der Sozialversicherung unterliegen im Grundsatz alle abhängig Beschäftigten, während selbständig Tätige nur ausnahmsweise versicherungspflichtig sind. Übergänge, Zwischenformen gibt es kaum, das System ist extrem inflexibel⁶⁰³. Nur ein Teil der „alten Selbständigen“ ist explizit ins Sozialversicherungssystem einbezogen (Landwirte, Handwerker, freie Berufe).

Da die „Neuen Selbständigen“ nun aber nicht typischerweise unselbständig oder unternehmerischen Tätigkeiten zuzuordnen sind und auch nicht unter den Beschäftigtenbegriff fallen, gibt es bei ihnen erhebliche Lücken. Die Schließung der Lücken hängt maßgeblich von der Abgrenzung Beschäftigter/Selbständiger und damit (bei Beibehaltung des derzeitigen Systems) von der Definition des sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriffs ab.

Wie bereits dargestellt wird historisch danach abgegrenzt, ob „persönliche Abhängigkeit“ vorliegt. Maßgeblich dabei ist die Einordnung in das vom Arbeitgeber bereitgestellte Ordnungsgefüge, aus der die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit resultiert. Der herkömmliche Beschäftigtenbegriff orientiert sich an der traditionell hierarchischen Struktur industrieller Arbeitsverhältnisse. Er ist daher nur wenig geeignet, moderne Arbeitsformen zu erfassen, die sich durch immer größere Selbständigkeit und Eigenverantwortung auszeichnen⁶⁰⁴.

Die mangelnde Einbeziehung der „Neuen Selbständigkeit“ in die Sozialversicherung und ein daraus folgender Anpassungsbedarf lässt sich zum einen anhand der „Lehre der juristischen Begriffsbildung“ darstellen. Zum anderen verdeutlicht dies die rechtstatsächliche empirische Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für

⁶⁰² Schlegel (2000), S. 421.

⁶⁰³ Bieback (1999), S. 166.

⁶⁰⁴ Tomandl (1999), S. 295.

Arbeit (IAB) aus dem Jahre 1996⁶⁰⁵, die das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung in Auftrag gegeben hatte; sie stellt die quantitativen Auswirkungen verschiedener Definitionsmodelle zur Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigteneigenschaft dar.

2.1.1 Darstellung der mangelnden Einbeziehung anhand der „Lehre der juristischen Begriffsbildung“

Nach der Lehre der juristischen Begriffsbildung ist der Beschäftigtenbegriff ein Statusbegriff. An einen Tatbestand knüpfen mehrere Rechtsfolgen, nämlich die Einbeziehung in die verschiedenen Sozialversicherungszweige, an. Der Beschäftigtenbegriff muss vom Statusbegriff „Selbständiger“ abgegrenzt. Da der Beschäftigtenbegriff gleichzeitig ein Typusbegriff ist, erfolgt die Abgrenzung durch eine nicht abschließende Anzahl von Merkmalen bzw. Unterbegriffen.

Im Zuge des Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse zeigte sich, dass sich zwar weiterhin die Merkmale des Beschäftigtenbegriffs problemlos subsumieren ließen, das Gesamtergebnis aber unbefriedigend blieb. Die Rechtsfolge war unpassend bzw. der Tatbestand wurde falsch gebildet. Das Merkmal persönliche Abhängigkeit erfasste viele Fälle nicht, in denen zwar Schutzbedürftigkeit, aber keine persönliche Abhängigkeit vorlag, da an die Stelle der weisungsgebundenen persönlichen die wirtschaftliche Abhängigkeit getreten war.

Eine Anpassung kann beim Tatbestand und/oder bei der Rechtsfolge ansetzen. Wie oben dargelegt⁶⁰⁶ ist dabei zu beachten, dass die Begriffe auf der Tatbestandsseite nur teleologisch im Hinblick auf den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge gebildet werden dürfen. Zur Festlegung der Sozialversicherungspflicht ist ein Tatbestand mit Sinnzusammenhang zur Rechtsfolge zu bestimmen. Dieser Sinnzusammenhang wird seit je her zwischen Schutzbedürftigkeit und Sozialversicherungspflicht gesehen, wobei die Schutzbedürftigkeit immer mit dem Merkmal persönliche Abhängigkeit umschrieben wurde. Es mussten nun Merkmale gefunden werden, die diese Schutzbedürftigkeit neu beschreiben, das historische Merkmal persönliche Abhängigkeit durch das der wirtschaftlichen Abhängigkeit ersetzt oder zumindest ergänzt werden.

⁶⁰⁵ Siehe Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996); Wank (1997); zentrale Ergebnisse abgedruckt in: NZA 1997, 590 ff.; RdA 1997, S. 171 ff.; siehe eine Zusammenfassung der Ergebnisse auch bei Olk (1998), S. 108; Kleinhenz (1999), S. 1 f.

⁶⁰⁶ siehe dazu Teil I, Kapitel 4, 1.2.1.

2.1.2 Darstellung der mangelnden Einbeziehung anhand der durchgeführten Rechtstatsachenforschung

Mit der Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (IAB) sollte der Wissensstand in dem Grenzbereich zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem nachhaltig verbessert werden, um Handlungsbedarf aufzuzeigen. Ausgehend von einer Grauzone mit Erwerbstätigen, die sowohl Merkmale abhängiger als auch selbständiger Tätigkeit erfüllten, wurden die unterschiedlichen Auswirkungen dreier Definitionsmodelle (BAG-, Alternativ-, Verbandsmodell) im Rahmen der Studie dargestellt. Da die Abgrenzungskriterien im Arbeits- und Sozialrecht im Wesentlichen übereinstimmen, wurde für die Untersuchung auf eine Differenzierung verzichtet.

2.1.2.1 Grauzone

In einem ersten Erhebungsschritt wurden die Erwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit identifiziert, die nach ihren Angaben sowohl Merkmale aufweisen, die auf eine selbständige, als auch solche, die auf eine abhängige Beschäftigung hinweisen⁶⁰⁷. Danach fielen 3,9% der bundesdeutschen Wohnbevölkerung in die Grauzone. 2,9% aller Erwerbstätigen waren hinsichtlich ihrer Haupterwerbstätigkeit, 1,8% hinsichtlich ihrer Nebentätigkeit und 3,1% der Nichterwerbstätigen (Schüler und Studenten, Arbeitslose, Hausfrauen, Frührentner und Pensionäre und sonstiger Personengruppen) in der Grauzone zu verorten.

2.1.2.2 Das BAG-Modell

Angesichts der offenen Definition durch Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht („persönliche Abhängigkeit“) wurden der Befragung fünf Merkmale zugrunde gelegt: örtliche, zeitliche, inhaltliche Weisungsbindung, Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers. Entsprechend der Rechtsprechung wurde dann, wenn diese Merkmale im Einzelfall weitgehend erfüllt waren, eine abhängige Erwerbstätigkeit angenommen.

Danach wurden 48% der sich in der Grauzone befindlichen Personen hinsichtlich ihrer Haupterwerbstätigkeit als beruflich selbständig eingestuft und 19% als abhängig Beschäftigte. 30% wiesen Merkmale als Selbständige und abhängig Beschäftigte gleichermaßen auf („Semiabhängige“). 3% konnten aufgrund fehlender Informationen nicht angemessen zugeordnet werden.

⁶⁰⁷ vgl. die zu erfüllenden Kriterien bei der Selbsteinstufung von 21.486 Befragten in: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), S. 18.

Hinsichtlich ihrer Nebentätigkeit wurden 21% als abhängig Beschäftigte angesehen.

2.1.2.3 Das Alternativmodell

Das Alternativmodell wurde nach der Lehre von *Wank*⁶⁰⁸ entwickelt. Die aufgestellten Kriterien zur Feststellung abhängiger Beschäftigung lauteten demnach: keine eigene Unternehmensorganisation, kein Marktauftritt, Vertrag sieht keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken vor⁶⁰⁹. Diese drei Hauptmerkmale lassen sich wiederum in Untermerkmale aufgliedern. So fehlt es an einer eigenen Unternehmensorganisation bei einem Erwerbstätigen, der keine oder nur wenige Mitarbeiter beschäftigt, keine eigenen Geschäftsräume und kein eigenes Betriebskapital einsetzt. Wer nur für einen Auftraggeber arbeitet, tritt nicht am Markt auf. An einer angemessenen Verteilung von Chancen und Risiken fehlt es, wenn keine unternehmerische Freiheit im Hinblick auf Ort, Zeit und Inhalt des Arbeitseinsatzes besteht. Insofern kann auf dieselben Kriterien zurückgegriffen werden, die das BAG bei der persönlichen Abhängigkeit zugrunde gelegt hat, mit dem Unterschied, dass der Gesamtheit von Bindungen die Gesamtheit von Chancen und Risiken gegenübergestellt wird. Durch diese Merkmale mit ihren Untermerkmalen, die anders als die Merkmale der Rechtsprechung abschließend sind, wurde ein hoher Grad von Übereinstimmung zwischen der juristischen Aussage und den empirisch zu ermittelnden Angaben erwartet.

Das Alternativmodell ordnete 30% der Befragten hinsichtlich ihrer Haupttätigkeit in der Grauzone dem Bereich der Selbständigkeit zu, hingegen wurden 44% als abhängig Beschäftigte eingestuft. Weitere 24% waren als „Semiabhängige“ zu beurteilen. 2% ließen sich nicht einstufen. Es bewertete 59% aller hier betrachteten Nebentätigkeiten als eine Form der abhängigen Beschäftigung.

2.1.2.4 Das Verbandsmodell

Das Verbandsmodell entstand aufgrund des Vorschlags einer Arbeitsgruppe der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger. Hier stand die Frage der Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung im Vordergrund. Der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung sollten diejenigen Personen unterliegen, die (1) erwerbsmäßig tätig sind und im Zusammenhang mit einer Tätigkeit – mit Ausnahme von Familienangehörigen – keine Arbeitnehmer mehr als geringfügig beschäftigen, (2) regelmäßig nur für einen Auftraggeber tätig sind **und** (3) nach der Verkehrsanschauung für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen. Diese entscheidenden Kriterien mussten kumulativ erfüllt sein.

⁶⁰⁸ siehe dazu Teil II, Kapitel 1, 2.3.

⁶⁰⁹ vgl. Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), S. 4.

Dementsprechend wurden hinsichtlich der Haupterbstätigkeit 14% der Befragten aus der Grauzone als Selbständige eingestuft. 46% waren als abhängig Beschäftigte zu bewerten. Beachtlich war, dass 40% der Befragten in diesem Modell nicht eindeutig zuzuordnen waren. Hinsichtlich der analysierten Nebentätigkeiten stufte das Verbandsmodell 66% als eine Form der abhängigen Beschäftigten ein.

2.1.2.5 Schlussfolgerungen aus der Studie

Der Vergleich der Modelle zeigte u.a., dass je nach Wahl der Kriterien die Eindeutigkeit der Zuordnung in der Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit schwankt; am eindeutigsten erfolgt sie beim Alternativmodell (nur 24% Semiabhängige) und erst dann beim BAG-Modell (30% Semiabhängige) sowie beim Verbandsmodell (40% Semiabhängige). Daraus folgte, dass die bisherigen Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung neue Erwerbsformen nicht mehr eindeutig erfassten und zur Einordnung ins Sozialversicherungssystem einer abhängigen oder einer selbständigen Tätigkeit zuweisen konnten.

2.2 Mangelnde Einbeziehung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ in den sozialen Schutz

Durch die Auflösung des klassischen Austauschverhältnisses „Arbeitsleistung gegen Entgelt“ wird die Einbeziehung „Flexibler Arbeitszeitregelungen“ in die Sozialversicherung erschwert.

Alle Versicherungszweige lassen die Versicherungspflicht mit der Aufnahme einer Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV entstehen. In der gesetzlichen Krankenversicherung, Pflegeversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung wird die Versicherungspflicht nur begründet, wenn die Beschäftigung gegen Entgelt ausgeübt wird (§ 5 Abs. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 Nr. 1 SGB VI, und § 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 SGB III). Dagegen knüpft die Entstehung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung allein an die tatsächliche Ausübung einer Beschäftigung an, unabhängig von ihrem zeitlichen Umfang und dem erzielten Verdienst (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII)⁶¹⁰.

Nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 SGB IV ist es für das Vorliegen einer Beschäftigung jedoch nicht ausreichend, dass ein Entgelt gezahlt wird, es muss vielmehr auch eine physische Arbeitsleistung erbracht werden⁶¹¹. Gemäß § 22 Abs. 1 SGB IV entstehen Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen vor-

⁶¹⁰ Husmann (2002), S. 26.

⁶¹¹ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 461; Diller (1998), S. 792; Gaul (1998), S. 1634.

liegen, also in Fällen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung sobald die Arbeitsleistung gegen Entgelt erbracht wird (Grundsatz der unmittelbaren Beitragserhebung). Die Entstehung des Beitragsanspruchs knüpft allein an die arbeitsrechtliche Entstehung des Arbeitsentgeltanspruchs, nicht aber an die arbeitsrechtliche Fälligkeit an. Fällig wird der Beitragsanspruch hingegen grundsätzlich spätestens am 15. des Folgemonats der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist, § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV. Auf die tatsächliche Auszahlung kommt es nicht an⁶¹². Versicherungspflicht und Beitragserhebung sind also an Zeiträume mit einer tatsächlichen Arbeitsleistung gekoppelt. Somit orientiert sich das Sozialversicherungsrecht grundsätzlich an einer durchgehend ausgeübten Beschäftigung mit regelmäßiger Arbeitszeit und regelmäßiger Entgeltzahlung.

Damit führen Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigungsausübung zwar nicht zu einer Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, in der Regel aber zu einer Unterbrechung des sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses. Sie berühren nur dann nicht die Versicherungspflicht, wenn das Gesetz eine abweichende Regelung trifft. Dies gilt z.B. für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit oder aus Witterungsgründen (§ 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 Nr. 1 SGB VI und § 24 Abs. 3 SGB III), des Arbeitskampfes (§ 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) oder bei Bezug von Lohnersatzleistungen, z.B. Bezug von Krankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld oder Arbeitslosengeld (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI, § 3 Abs. 1 Nr. 3 SGB VI, § 26 Abs. 2 SGB III). Darüber hinaus hat das Bundessozialgericht abweichende Grundsätze für weitere Unterbrechungstatbestände entwickelt, in denen der Unterbrechungszeitraum relativ kurz und offensichtlich ist, so z.B. in Fällen des Erholungsurlaubs, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der Freistellung für Bildungsmaßnahmen⁶¹³. Ferner gilt gemäß § 7 Abs. 3 S. 1 SGB IV eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt als fortbestehend, solange das „Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt“ fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat.

Mit Blick auf diese Systematik des Versicherungs- und Beitragsrechts sind flexible Arbeitszeitregelungen darauf hin zu untersuchen, ob die Arbeitszeit kontinuierlich verläuft oder das Beschäftigungsverhältnis „unterbrochen“ wird und dadurch eine Anpassung erforderlich ist⁶¹⁴.

⁶¹² Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 461; BSG, Urteil v. 30.08.1994 – 12 RK 59/92, BSGE 75, 61 ff.; Das BSG hat sich damit von der im Steuerrecht geltenden Zuflusstheorie gelöst, nach der Arbeitsentgelt nur und erst dann zu verbeitragen ist, wenn es dem Arbeitnehmer tatsächlich zufließt, er also frei über das Entgelt verfügen kann, und sich der Anspruchs- oder Entstehungstheorie angeschlossen.

⁶¹³ Rombach (1999), S. 197 (Fn. 19); Ständige Rspr. BSG, Urteil v. 21.06.1960 – 3 RK 71/57, BSGE 12, 190; BSG, Urteil v. 13.02.1964 – 3 RK 94/59, BSGE 20, 154; BSG, Urteil v. 15.12.1971 – 3 RK 87/68, BSGE 33, 254; BSG, Urteil v. 18.09.1973 – 12 RK 15/72, BSGE 36, 161; BSG, Urteil v. 12.11.1975 – 3/12 RK 13/74, BSGE 41, 24; BSG, Urteil v. 18.04.1991 – 7 RAr 106/90, BSGE 68, 236.

⁶¹⁴ Vgl. zu einzelnen Arbeitszeitmodellen und ihrer Verbreitung in der Praxis Seifert (2001), S. 84 ff.

2.2.1 Das „klassische“ Modell der kontinuierlichen Beschäftigung

Ursprünglich zeichneten sich die traditionellen Arbeitszeitsysteme durch gleichmäßig proportionierte Dauer der Arbeitszeit mit kontinuierlich ausgeübter Beschäftigung gegen ein je nach Tarifergebnis erhöhtes Entgelt aus. Die Arbeitszeit wird dabei entweder an jedem Wochenarbeitstag oder regelmäßig wiederkehrend an einzelnen Tagen in einem vorher festgelegten Rhythmus erbracht⁶¹⁵. Der Umstand, dass eventuell an einzelnen Tagen nicht gearbeitet wird, wirft keine besonderen sozialversicherungsrechtlichen Probleme auf; denn sozialversicherungsrechtlich gilt die Beschäftigung als fortbestehend, solange die Nichtarbeit einen Monatszeitraum nicht überschreitet.

2.2.2 Gleitzeitmodelle

Die ersten Flexibilisierungsformen wurden durch so genannte Gleitzeitmodelle geschaffen, die schon seit vielen Jahren in unterschiedlicher Form von zahlreichen Unternehmen praktiziert werden. Die „Gleitzeit“ kam Ende der 50er und zu Beginn der 60er Jahre vorwiegend für den Bürobereich auf. Bei ihr handelt es sich um einen Beitrag zur Steigerung der Attraktivität der Arbeitsbedingungen angesichts von Arbeitskräftemangel infolge „überhitzter“ Konjunktur im Zeichen des beginnenden „Wirtschaftswunders“ der Nachkriegszeit⁶¹⁶. Allgemeine Struktur ist eine starr festgelegte tägliche Kernarbeitszeit, sowie ein begrenzter Ausgleichsrahmen, innerhalb dessen der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit variabel verteilen kann. Die Begrenzung der Gleitzeitmodelle liegt in der relativ kurzen Ausgleichsphase, in der das Arbeitsstundensoll ausgeglichen werden muss. Überstundenkonten führen diese Modelle fort, indem sie über einen bestimmten Zeitraum Freizeitausgleich der zuviel geleisteten Arbeitszeit ermöglichen. Beide Modellvarianten sind auf Grund des sehr begrenzten und überschaubaren Ausgleichszeitraumes sozialversicherungsrechtlich weitgehend unproblematisch⁶¹⁷.

2.2.3 Arbeit auf Abruf

Arbeit auf Abruf liegt vor, wenn der Betrieb den/die Arbeitnehmer/in nach Bedarf heranziehen kann. Diese Form der Arbeitszeitflexibilisierung ist auch unter den Begriffen „Bavaz“ (bedarfsorientierte variable Arbeitszeit) und „Kapovaz“ (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) bekannt. Entsprechend den arbeitsrechtlichen Vorgaben gemäß § 12 TzBfG muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt werden. Ist dies nicht geschehen, gelten wöchentlich 10 Stunden und täglich drei aufeinander folgende

⁶¹⁵ Husmann (2002), S. 25.

⁶¹⁶ Linnenköhl/Rauschenberg (1996); S. 20.

⁶¹⁷ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 460; Husmann (2002), S. 25.

Stunden als vereinbart. Sozialversicherungsrechtlich wirft auch dieses Modell keine besonderen Probleme auf, da Wertguthaben nicht angespart werden und Unterbrechungen von mehr als einem Monat nicht die Regel sind⁶¹⁸.

2.2.4 Vertrauensarbeitszeit

Dem System der Vertrauensarbeitszeit liegt ein üblicher Arbeitsvertrag zugrunde, in dem u.a. die regelmäßige Arbeitszeit und der entsprechende Verdienst festgelegt werden. Der Arbeitgeber gibt keine Zeiten vor, in denen die Arbeit tatsächlich zu erbringen ist, sondern nur einen täglichen Zeitrahmen, in dem sie erbracht werden kann. Es erfolgt keine Zeitkontrolle und -erfassung. Der Arbeitgeber kontrolliert die Arbeitsleistung allein über die Arbeitsergebnisse. Sozialversicherungsrechtlich ergeben sich keine Besonderheiten⁶¹⁹.

2.2.5 Ansparmodelle

Mit den so genannten Ansparmodellen wird die tatsächliche Arbeitszeit nicht mehr auf die tarifvertraglich vereinbarte Arbeitszeit erbracht, sondern für spätere Verwendungen angespart. In ihnen arbeiten die Arbeitnehmer/innen während eines bestimmten Zeitraumes tatsächlich länger als an sich vereinbart. Je nach Modellvariante kann der Beschäftigte hier Geld- oder Zeitguthaben auf einem Konto ansparen und in späteren Jahren in erster Linie für Freistellungsphasen einsetzen. Festgelegt wird zunächst eine Grundarbeitszeit, die auch die Höhe der Vergütung bestimmt. In der Ansparphase leistet der/die Arbeitnehmer/in zusätzlich zur Grundarbeitszeit eine Anspaarbeitszeit, die der Differenz bis zur zulässigen Höchstarbeitszeit entsprechen kann. Die angesparte Arbeitszeit oder das angesparte Arbeitsentgelt werden auf einem Ansparkonto verbucht. Dauer und Vergütung der Freizeitphase bestimmen sich nach der auf dem Konto angesammelten Zeit bzw. dem Entgelt.

Diese Zeitwertkonten, bei denen die Arbeitsleistung gerade nicht mit der Auszahlung des Arbeitsentgelts zusammen fällt, waren sozialversicherungsrechtlich nicht erfasst. Hier wird während der Freizeitphase das Entgelt kontinuierlich weiter gezahlt, eine tatsächliche Arbeitsleistung jedoch nicht erbracht. Damit fehlt es in der Freizeitphase an der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung von Entgelt zu einer Phase der Beschäftigung, an dem zeitlichen Zusammentreffen von physischer Arbeitsleistung und Entgelt. Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis wird unterbrochen. Auch § 7 Abs. 3 SGB IV hilft hier nicht weiter, da er nur Unterbrechungen ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt erfasst. Die Entgeltfortzahlung in der Freizeitphase war also nicht mit dem Grundsatz der unmittelbaren

⁶¹⁸ Husmann (2002), S. 25.

Beitragserhebung vereinbar. Nach der Anspruchs- bzw. Entstehungstheorie hätte das Arbeitsentgelt schon in der Ansparphase verarbeitet werden müssen⁶²⁰.

Ein weiteres ungeregeltes Problem war die mangelnde Absicherung der Wertguthaben gegen Insolvenz des Arbeitgebers⁶²¹. Nach der bisherigen Rechtslage waren die Arbeitnehmer in der Insolvenz ihres Arbeitgebers praktisch nur über das Insolvenzgeld nach § 183 ff. SGB III geschützt. Danach sind lediglich die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgedeckt.

2.3 Schlussfolgerungen der mangelnden Einbeziehung

Aus der mangelnden sozialversicherungsrechtlichen Einbeziehung der „neuen Selbständigkeit“ sowie der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ entsteht in Verbindung mit den verfassungsrechtlichen Anpassungsgeboten, insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip, der Garantie der Menschenwürde sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz, die sozialpolitische Notwendigkeit zur Anpassung.

Bei vielen „Neuen Selbständigen“ ist das Einkommen nicht höher als bei den klassischen Lohnempfängern und sie unterliegen denselben Risiken wie abhängig Beschäftigte auch (Krankheit, Berufsunfähigkeit, Alter, Pflegebedürftigkeit)⁶²². Zum anderen müssen die allgemeinen Interessen gewahrt werden. Wegen ihres oft unsteten Einkommens und mangelnder Vorsorgefähigkeit und -bereitschaft ist der Gefahr vorzubeugen, dass Selbständige selbst zu wenig zu ihrer sozialen Sicherung beitragen und im Risikofall von der allgemeinen Sozialhilfe unterhalten werden müssen. Es sollen auch jene die Finanzierung der allgemeinen Systeme des sozialen Schutzes mittragen, die sich in gleicher oder zumindest vergleichbarer sozialer und ökonomischer Lage befinden wie die Arbeitnehmer. Zudem kann eine stärkere soziale Sicherung der Selbständigen die Akzeptanz der Selbständigkeit erhöhen und sie dort fördern, wo sie ökonomisch sinnvoll ist. Eine sozialpolitische Anpassungsnotwendigkeit lässt sich auch mit dem bestehenden Sozialversicherungssystem begründen. Je selektiver die Einbeziehung in die Sozialversicherung ist, desto gefährdeter ist die Aufrechterhaltung eines hohen Standes sozialer Sicherheit und desto weniger Beiträge fließen auf der anderen Seite in die Kassen der Sozialversicherungen⁶²³, desto anfälliger wird das System bei Verschiebungen in der Erwerbstätigkeit sein.

⁶¹⁹ Im Ergebnis so auch Neumann (2001), S. 14 ff., der die von den Sozialgerichten entwickelte Dogmatik zur Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Arbeit als ausreichend ansieht, um diese neuen Erscheinungen zu erfassen und klaren Zuordnungen zuzuführen

⁶²⁰ vgl. Husmann (2002), S. 29.

⁶²¹ Diller (1998), S. 794.

⁶²² Zur Schutzbedürftigkeit der „neuen Selbständigen“ auch Kleinhenz (1999), S. 3.

⁶²³ Döring (2000), S. 304.

Die Gründe, den sozialen Schutz im Rahmen der „neuen Arbeitszeitmodelle“ anzupassen, liegen in der Schließung der Lücken, die allein durch die besondere Arbeitszeitgestaltung entstehen.

3 Arbeitsmarktpolitische Anpassungszwänge

Neben den dargestellten sozialpolitischen Überlegungen geht es bei der Anpassung von Sozialversicherungsrecht auch um arbeitsmarktpolitische Aspekte, die Berücksichtigung finden sollten⁶²⁴. Ziel der Arbeitsmarktpolitik unter den Bedingungen von Arbeitsplatzknappheit ist es, das vorhandene Erwerbsarbeitsvolumen möglichst breit zu streuen, durch Förderung der Qualifikation und Mobilität die Arbeitsuchenden in geeignete Arbeitsplätze zu vermitteln sowie durch gezielte Fördermaßnahmen die Arbeitgeber bei der Erhaltung bzw. Schaffung sozial akzeptierter Arbeitsplätze zu unterstützen⁶²⁵. Hierzu können vor allem eine sozialpolitisch flankierte Teilzeitstrategie sowie die Förderung einer höheren Durchlässigkeit zwischen Erwerbs- und Nichterwerbstätigkeit beitragen. In diesem Zusammenhang steht die Schaffung von Übergangsmärkten⁶²⁶.

Diese Übergangsmärkte sehen vor, Übergänge in Form sog. Beschäftigungsbrücken zu schaffen bzw. auszubauen⁶²⁷

- zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung („Neue Selbständigkeit“) bzw. Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigung (Arbeitszeitflexibilisierung),
- zwischen Arbeitslosigkeit und Beschäftigung,
- zwischen Bildungs- und Beschäftigungssystem,
- zwischen privater Haushalts- und Erwerbstätigkeit,
- zwischen Erwerbstätigkeit und Rente.

Das Konzept der Übergangsmärkte hat sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Orientierung. Erstere setzt auf eine sozial abgesicherte „Umverteilung des Mangels“ an vorhandenen Arbeitsverhältnissen in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit. Verringert werden soll, entweder temporär oder dauerhaft, das Angebot an Arbeitskraft, ohne jedoch die Nachfrage wirksam beeinflussen und das bestehende Ungleichgewicht von Angebot und Nachfrage nach Arbeitsplätzen vollständig beseitigen zu können. In qualitativer Hinsicht zielt es auf die Verbesserung der Anpassungs- bzw. Beschäftigungsfähigkeit der Arbeitnehmer sowie der Anpassungsfähigkeit der Betriebe und soll dadurch die Bewältigung des Struktur-

⁶²⁴ Siehe zur beschäftigungsfördernden Wirkung sozialrechtlicher Regelungen grundsätzlich Rolfs (2000 A), S. 429 ff.

⁶²⁵ Landenberger (1987), S. 23; Untersuchungen belegen jedoch die durchaus geringen Konsequenzen von Deregulierung des Arbeitsmarktes: diese beeinflusst eher Dynamik und Zusammensetzung und weniger das Niveau der Arbeitslosigkeit, Keller/Seifert (2000), S. 293 m.w.N.

⁶²⁶ siehe dazu insbesondere Keller/Seifert (2000), S. 294.

⁶²⁷ siehe zu diesen fünf typischen Übergängen auch Klammer (2000), S. 318.

wandels fördern. Entsprechend der Schwerpunktsetzung „Neue Selbständigkeit“ und „Arbeitszeitflexibilisierungen konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Übergangsmärkte zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung sowie zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigung, sprich auf Beschäftigungsförderung durch „Selbständigen-Kultur“ und „Arbeitszeitflexibilisierung“.

3.1 Beschäftigungsförderung durch „Selbständigen-Kultur“

Grundsätzlich kommt angesichts eines rigiden Sockels von Arbeitslosen, unter denen sich eine erhebliche Zahl von Langzeitarbeitslosen befindet, dem Thema „Selbständigen-Kultur“ arbeitsmarktpolitische Bedeutung zu⁶²⁸. Zur Ankurbelung von Wachstum und Beschäftigung besitzt die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen, aber insbesondere von beruflicher Selbständigkeit und Unternehmensgründungen, einen zentralen Stellenwert⁶²⁹. Von großen Unternehmen sind durch verstärkte Internalisierung und Restrukturierung der Konzerne kaum noch Beschäftigungseffekte zu erwarten. Für eine Selbständigen-Kultur sind damit insbesondere die staatlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen von Bedeutung. Ein gewisser Freiheitsgrad auf der einen und die Vermeidung bzw. Abschaffung einer übermäßigen und einer falschen Regulierung auf der anderen Seite sind notwendig. Der Gesetzgeber muss zum einen die Interessen der Sozialversicherung und der in tatsächlicher Hinsicht Schutzbedürftigen wahren, zum anderen dürfen Eigeninitiativen zur Gründung neuer (auch Kleinst-) Unternehmen mit ihren potentiellen positiven Auswirkungen wie Innovationsgeist oder Schaffung zukünftiger Arbeitsplätze nicht behindert werden. Gerade darin liegt nämlich auch eine Chance der Formen der „neuen Selbständigkeit“⁶³⁰.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie die „Neue Selbständigkeit“ in diesem Zusammenhang zu sehen ist, ob sie wirklich das Resultat eines neuen Entrepreneurship- bzw. Unternehmergeistes ist und folglich die gewünschte Beschäftigungswirkung erzielt oder sie lediglich aus den neuen Arbeitsmarkt- bzw. Erwerbsbedingungen resultiert. Verweist die Entwicklung auf ein verändertes Erwerbsverhalten von Personen (im Sinne einer neuen „Kultur beruflicher Selbständigkeit“), die ihre Arbeitskraft nun mit dem Versuch größtmöglicher Selbstbestimmung vermarkten oder handelt es sich eher um ein modernes Tagelöhntum, in welchem „freie“ Mitarbeiter dieselbe Arbeit leisten, die sie zuvor in abhängiger Stellung verrichteten?

Die Gesamtzahl der Selbständigen ist in Westdeutschland im 20-Jahreszeitraum bis 1998 um eine Dreiviertel Million gestiegen. Jedoch stieg über die Jahre parallel zur Zunahme

⁶²⁸ Vgl. Linnenkohl (1999 A), S. 48 ff.

⁶²⁹ Bögenhold/Leicht (2000), S. 779.

⁶³⁰ vgl. Dürschke (1998), S. 69.

der beruflichen Selbständigkeit die Rate der Arbeitslosigkeit⁶³¹. In diesem Zusammenhang ist die Frage bedeutend, wie viele der Selbständigen außer für sich noch einen weiteren Arbeitsplatz schaffen. Hier ist zu beobachten, dass fast genau die Hälfte aller Selbständigen ohne weitere Beschäftigte arbeitet. Spätestens seit 1994 zeigt sich deutlich, dass die Solo-Selbständigen weitaus stärker zugenommen haben als die Selbständigen mit Arbeitsplätzen.

Pessimistisch betrachtet ist das Emporkommen von Selbständigen und Kleinbetrieben weniger auf deren endogene Potenziale, sondern viel eher auf exogene Bedingungen zurückzuführen⁶³². Das Wachstum der „Kleinen“ resultiert vor allem aus sektoralen Struktureffekten und wenigstens teilweise aus den Restrukturierungs- und Dezentralisierungsstrategien der größeren Unternehmen. Ursächlich für einen Großteil der Formen „neuer Selbständigkeit“ ist vor allem der Rückgang an Arbeit in zentralen Strukturen und zu festen Zeiten und Orten. Die Zunahme selbständiger Erwerbsarbeit ist somit weniger auf die vermehrten Chancen als vielmehr auf die Zwänge zurückzuführen, die sich durch die veränderten Bedingungen der Erwerbsgesellschaft, insbesondere durch die Flexibilisierung des Beschäftigungssystems ergeben. Diese Entwicklungen erklären sich insbesondere durch den Druck drohender oder bereits erfahrener Arbeitslosigkeit⁶³³. Die hohe Arbeitslosigkeit erzeugt „push-Effekte“ in Richtung Selbständigkeit.

In einer optimistischen Einschätzung jedoch erzeugt die Innovationskraft der modernen Technologien viele Solo-Selbständigen, die nur in einer Anfangsphase keine eigenen Mitarbeiter beschäftigen. Solo-Selbständigkeit wird nicht als „Sackgasse“ angesehen, sondern als typisches Anfangs- und Versuchsstadium bei jungen Selbständigen, die neue Wege erproben wollen. Ein-Personen-Firmen werden dabei als Ausgangsbasis und Chance für zukünftiges Wachstum und Beschäftigung begriffen. Wer zum Beispiel ein selbständiges Kleinunternehmen aufbauen will, erreicht dies oft nur durch die Anbindung an einen festen Auftraggeber, der eine gewisse Gewähr für regelmäßige Einkünfte bietet⁶³⁴. In dieser Phase beschäftigen Selbständige eben oft noch keine eigenen Mitarbeiter. Eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht wäre hier förderlich. Wäre dieser Selbständige sozialversicherungspflichtig, würde er nach und nach in ein Arbeitsverhältnis drängen. Denn wenn er schon sozialversicherungsrechtlich mit erheblichen Zahlungsverpflichtungen versehen wird, könnte er doch wenigstens seinen Auftraggeber mit einbeziehen, damit dieser einen Teil der Kosten durch Übernahme des Arbeitgeberanteils mitträgt. Dies könnte jedoch fatale Folgen für die Arbeitsmarktsituation insgesamt haben⁶³⁵.

⁶³¹ Vgl. zur Entwicklung der Selbständigkeit Bögenhold/Leicht (2000), S. 782 f.

⁶³² Bögenhold/Leicht (2000), S. 779.

⁶³³ Bögenhold/Leicht (2000), S. 781 m.w.N.

⁶³⁴ Postler (1999), S. 925, 926.

⁶³⁵ Reiserer (1998), S. 1258.

Geht man in einer realistischen Einschätzung davon aus, dass beide Ausformungen der Selbständigkeit der Wirklichkeit entsprechen, muss das Sozialrecht dahingehend angepasst werden, dass durch ausreichenden Freiraum beschäftigungsfördernde Wirkung erzielt wird, auf der anderen Seite aber die sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürftigkeit derer, die nur in die neuen Erwerbsformen gedrängt wurden, nicht unberücksichtigt bleibt.

3.2 Beschäftigungsförderung durch Arbeitszeitflexibilisierung

Auch in der Flexibilisierung der Arbeitszeit liegen beschäftigungssichernde bzw. -fördernde Potentiale. Verlängerung der Betriebslaufzeiten, bessere Ausnutzung der möglichen Maschinenlaufzeiten, Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall, Vermeidung teurer Überstunden und gleichzeitig höhere Arbeitsproduktivität, Vermeidung von Kündigung und statt dessen vielleicht sogar Neueinstellungen sind Schlagworte, die sich mit dem Begriff „flexible Arbeitszeit“ oder „flexible Arbeitszeitmodelle“ verbinden⁶³⁶. Die hohe Arbeitslosigkeit lässt sich mit flexiblen Lebensarbeitszeiten eindämmen. Lebensarbeitszeitmodelle erleichtern die ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit im Laufe des Berufslebens. Junge Menschen erhalten mit geringeren Arbeitsstunden die Chance zum Einstieg in das Berufsleben, für bestimmte Lebensabschnitte (Kindererziehung, Hausbau, Alter) kann die normale Arbeitszeit reduziert werden⁶³⁷. Diese interne Flexibilisierung tritt neben die externe, substituiert sie vielleicht sogar. Sie wirkt damit beschäftigungssichernd, wenn nicht beschäftigungsfördernd.

4 Zwischenergebnis

In den letzten Jahrzehnten begann sich die durch die Industriegesellschaft geprägte Arbeitswelt zu verändern.

Die IuK-Technologien machten die Arbeit in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht flexibler.

Die Informatisierung ermöglichte – nicht zuletzt unter Rationalisierungsdruck – Globalisierung, die zu neuen Formen der internationalen Arbeitsteilung führte.

Dadurch setzte ein Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft ein, in der informationsbezogene Dienstleistungen, also Ausbildung, Schulung, Wartung, Organisation, überwiegen.

Dies hatte wiederum eine Flexibilisierung der Beschäftigungsformen zur Folge. Eine „Neue Selbständigkeit“ durch vermehrte Werkvertragsvergabe entstand. Arbeitszeit wurde flexibler gestaltet.

⁶³⁶ Bährle (2000), S. 46.

In diesem Zusammenhang vollzog sich der Zerfall des Normalarbeitsverhältnisses. Die „Neue Selbständigkeit“ und die „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ weichen vom Normalarbeitsverhältnis ab. An die Stelle der weisungsgebundenen persönlichen tritt zumeist die wirtschaftliche Abhängigkeit. Entfallen einzelne Kriterien des Normalarbeitsverhältnisses, treten die neuen Beschäftigungsformen aus dem Geltungsbereich der Arbeits- und Sozialordnung heraus. Häufen sich diese Fälle, wandelt sich das Sozialmodell um und es fragt sich, welche Kriterien das neue charakterisieren.

Somit erzeugt der das Normalarbeitsverhältnis im Sozialrecht verkörpernde Beschäftigtenbegriff Probleme bei der sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der neuen Beschäftigungsformen. Er ist ein organisatorischer Begriff, der sich an der traditionell hierarchischen Struktur industrieller Arbeitsverhältnisse orientiert. Er ist daher nur wenig geeignet, moderne Arbeitsformen zu erfassen, die sich durch immer größere Selbständigkeit und Eigenverantwortung auszeichnen. Dies belegt auch – für den Bereich der „Neuen Selbständigkeit“ – eine empirische Studie (IAB-Studie), die die Auswirkungen dreier unterschiedlicher Definitionen des Beschäftigtenbegriffs auf die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht aufzeigt. Unter den „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ bereiten die Ansparmodelle, bei denen die Freizeitphase länger dauert als einen Monat, Probleme bei der sozialversicherungsrechtlichen Erfassung. In der Freizeitphase wird in der Regel das Gehalt weiter gezahlt. Physische Arbeitsleistung und Entgelt treffen zeitlich nicht zusammen. Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis wird unterbrochen. Diese Probleme bei der Erfassung erzeugen sozialpolitischen Anpassungsbedarf.

Anpassungsbedarf ergibt sich auch aus arbeitsmarktpolitischen Erwägungen. In Zeiten von Arbeitsplätzeknappheit geht es darum, Übergangsmärkte zu schaffen, wie z.B. die „Neue Selbständigkeit“ zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung sowie Arbeitszeitflexibilisierungen zwischen Teilzeit- und Vollzeitarbeit. Diese Übergangsmärkte müssen, um beschäftigungsfördernde Wirkung zu erzielen, richtig sozialrechtlich flankiert werden. Unter den „Neuen Selbständigen“ ist zwischen denen zu unterscheiden, die aufgrund struktureller Zwänge in die Selbständigkeit gedrängt wurden und denen, die nur in einer Anfangsphase keine eigenen Mitarbeiter beschäftigen. Das Sozialrecht muss demnach gewährleisten, dass die Schutzbedürftigen den notwendigen Schutz erhalten, auf der anderen Seite eine aufkeimende Selbständigkeit nicht behindert, sondern gefördert wird. Auch die beschäftigungssichernde bzw. -fördernde Wirkung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ muss durch entsprechende sozialrechtliche Flankierung unterstützt werden. Es müssen daher alle Arbeitszeitregelungen, auch die Ansparmodelle, sozialversicherungsrechtliche Berücksichtigung finden.

⁶³⁷ Mülder (2000), S. 40.

Kapitel 3: Die Entwicklung des „Beschäftigtenbegriffs“ – Umsetzung in Recht

Zwischen 1998 und 2002 sind aufgrund der oben dargestellten Anpassungszwänge verschiedene Rechtsanpassungen zur sozialrechtlichen Flankierung der „Neuen Selbständigkeit“ und der „flexiblen Arbeitszeitregelungen“ erfolgt. Im Vorfeld gab es eine umfangreiche Reformdiskussion und zahlreiche Ansätze zur Rechtsanpassung.

1 Konkrete Ansätze zur Rechtsanpassung

Kernpunkt der Diskussion zur Anpassung des Beschäftigtenbegriffs waren daher nach den obigen Ausführungen u.a. folgende Fragen⁶³⁸: Nach welchen Kriterien ist in konkreten Einzelfällen abzugrenzen, wenn es sich um eine Tätigkeit in der Grauzone, d.h. in dem Übergangsbereich zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit handelt? Liegt eine Scheinselbständigkeit vor und wie kann diesem Rechtsmissbrauch begegnet werden? Wie lässt sich der Beschäftigtenbegriff fortentwickeln? Gibt es neue Kriterien, nach denen die Abgrenzung erfolgen könnte? Ist es überhaupt noch zeitgemäß, den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherung ausgehend vom herkömmlichen Beschäftigtenbegriff zu bestimmen oder ist der persönliche Geltungsbereich generell neu zu überdenken und z.B. auf sämtliche Erwerbstätige zu erstrecken? Und schließlich: Ist die Krise des Beschäftigtenbegriffs letztlich eine Krise der Sozialversicherung, weil ihre Lasten vornehmlich pflichtversicherten Beschäftigten auferlegt werden, andere Personenkreise aber „ungeschoren“ bleiben?

Die darauf fußenden Anpassungsbestrebungen lassen sich mit dem Konzept der „Flexicurity“ umschreiben. Daraus ergaben sich Reformansätze, die zum Teil von der Literatur⁶³⁹ entwickelt wurden und zum Teil auf legislative und politische Initiativen⁶⁴⁰ zurückgehen.

1.1 „Angelsächsisches Modell“ und „Flexicurity“

Das deutsche System sozialer Sicherung ist aufgrund des selektiven Zuschnitts der Sicherungssysteme und der starken Orientierung am Versicherungsgedanken keineswegs

⁶³⁸ vgl. Schlegel (2000), S. 424.

⁶³⁹ Vgl. Reinecke (1998), S. 581 ff.; Hromadka (1997 A), S. S. 569 ff.; Bieback (1999), S. 166 ff.; Hauser (1996); Kaltenborn (1995).

⁶⁴⁰ Vgl. Gesetzesantrag der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, in: BR-Drucks. 793/96 sowie den identischen Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, in: BT-Drucks. 13/6549; SPD-Bundestagsfraktion, Antrag „Strukturreform statt Leistungskürzungen in der Alterssicherung“, in: BT-Drucks. 13/8032, S. 2 f.; Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Antrag „Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz für abhängig Selbständige“, in: BT-Drucks. 13/7421; siehe zusammenfassend dazu: Sitte (1998), S. 154 ff.

optimal auf den Umgang mit Flexibilisierungsprozessen eingestellt⁶⁴¹. Die Übergänge zwischen verschiedenen Arbeits- und Erwerbsformen sowie Formen sonstiger Betätigung und der Nichterwerbstätigkeit erfordern eine Flexibilisierung der sozialen Sicherungssysteme, damit diese ihre Schutzfunktionen auch für Personen mit destandardisierten Erwerbsbiografien wahrnehmen können⁶⁴².

Auf die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und die damit einhergehende Deregulierung gibt es zwei Antworten, nämlich die marktradikale und die sozial abgesicherte⁶⁴³.

Für die erste Variante steht das „angelsächsische Modell“, das ausschließlich auf die Wirkung von „Marktkräften“ bzw. ausschließlich auf Flexibilität setzt und wegen seiner vor allem in den USA enormen Beschäftigungszuwächse gelobt wird⁶⁴⁴. Es beinhaltet aufgrund der vorherrschenden „Hire-and-Fire-Mentalität“ ein hohes Maß an (vor allem externer) Flexibilität zur Anpassung an den jeweiligen Arbeitskräftebedarf, krankt dafür allerdings an erheblichen Lücken in der sozialen Sicherung. Die vielfach nicht existierende Krankenversicherung sowie vor allem die Existenz einer großen Gruppe von „working poor“ gehören zu den zentralen Folgeproblemen dieses Modells.

Ansatzpunkte für die zweite Variante liefert das Konzept der „Flexicurity“. Der Ausdruck „Flexicurity“ ist eine englische Wortschöpfung; sie ist aus der Verbindung von „flexibility“ und „security“ entstanden⁶⁴⁵. Unter dieses Stichwort fallen zwei Probleme, nämlich zum einen Flexibilisierungstendenzen in der Arbeitswelt und zum anderen die Abstimmung in den sozialen Sicherungssystemen⁶⁴⁶. Flexibilisierungsprozesse müssen sozial abgefedert werden. Es muss eine vernünftige „Re-Regulierung in der De-Regulierung“ stattfinden, die neue Chancen anerkennt, ohne den Bedarf der Menschen nach sozialer Absicherung aus dem Auge zu verlieren.

Bei der Flexibilisierung der Arbeitswelt geht es a priori nicht um eine Flexibilisierung sämtlicher Elemente des Arbeitsverhältnisses und des flankierenden Sozialschutzes, sondern um eine kostengünstige und produktivitätssteigernde Kombination verschiedener Elemente⁶⁴⁷. Dadurch soll die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschland verbessert und ein beschäftigungsfördernder Effekt ausgelöst werden, der zum Abbau von Arbeitslosigkeit und damit zugleich zu einer Entlastung der Sozialsysteme führt.

⁶⁴¹ Klammer (2000), S. 320.

⁶⁴² Igl (1998), S. 293.

⁶⁴³ Vgl. Keller/Seifert (2000), S. 293.

⁶⁴⁴ Vgl. Keller/Seifert (2000), S. 294.

⁶⁴⁵ Klammer (2000), S. 277.

⁶⁴⁶ Husmann (2002), S. 23.

⁶⁴⁷ Husmann (2002), S. 23; Keller/Seifert (2000), S. 292.

Das Bindeglied zwischen tatsächlicher realer Arbeitswelt und sozialer Absicherung bildete wie bereits ausgeführt das „Normalarbeitsverhältnis“⁶⁴⁸. Durch seine Definition wurde die Einbeziehung in die soziale Sicherung bestimmt, die Realität zu beschreiben. Seine wesentliche und viel weitergehende Bedeutung lag jedoch darin, dass es gleichzeitig immer Leitbild und Maßstab war. Es sollte den Anspruch an die Akteure formulieren, Bedingungen zu erhalten und wieder zu schaffen, damit die Arbeitsbeziehungen durch die so definierte „Normalität“ geprägt sein würden. Ziel war es Arbeitsverhältnisse existenzsichernd, dauerhaft und kollektiv zu schützen.

Im Rahmen der Erosion des „Normalarbeitsverhältnisses“ zeigte sich, dass die neuen Beschäftigungsformen Chancen eröffnen, die betroffenen Menschen aber auch Schutz benötigen. Daraus wurde deutlich, dass das Normalarbeitsverhältnis keinesfalls ersatzlos aufgegeben werden kann und darf. Der hinter diesem Topos stehende Gedanke muss weiterhin die Politik bestimmen. Wer mehr Flexibilität in der Erwerbsarbeit wünscht und für unvermeidlich hält, darf nicht einfach deregulieren oder die Augen vor den Veränderungen und neuen Gestaltungserfordernissen verschließen. Er muss Regeln bereitstellen, die schützen, ohne zu gängeln, die ausgleichen und Solidarität ermöglichen, die dem Markt im Interesse der arbeitenden Menschen Grenzen setzen, ohne seine produktive Entwicklung zu hindern. Diese Regelungen werden in Teilen anders ausgeformt sein müssen als die des Normalarbeitsverhältnisses. Das Ergebnis kann dann als neues, die Vielfalt achtendes Normalarbeitsverhältnis verstanden und zur Hervorhebung der sozialen Gerechtigkeit „Flexicurity“ genannt werden⁶⁴⁹. Im Rahmen der Flexicurity besitzen die nachfolgenden Aspekte Einbeziehungssystem und Versichertenkreis große Relevanz. Dementsprechend stellt sich die Frage nach einer Reform im System (Änderung des Versichertenkreises) oder einer Reform des Systems (Änderung des Einbeziehungssystems)⁶⁵⁰.

1.2 Ansätze zur Anpassung des Versichertenkreises

Im Vorfeld der Rechtsanpassungen gab es Ansätze, die unter Beibehaltung des derzeitigen Sozialversicherungssystems den „richtigen“ Versichertenkreis festlegen und ggf. erweitern wollten:

Zum Teil wurde von einer Ausweitung der bestehenden Sozialversicherung abgeraten⁶⁵¹. Eine solche sei unter Berücksichtigung von Entwicklungen in der Zukunft zu würdigen: Die Altersrenten könnten nur gezahlt werden, wenn die Rentenkassen, die seit 1957 nach dem Umlageprinzip funktionieren, genügend Einnahmen haben, sei es aus Beiträgen,

⁶⁴⁸ Vgl. Teil II, Kapitel 1, 1.

⁶⁴⁹ Pfarr (2000), S. 281.

⁶⁵⁰ Rische (2000), S. 55 ff. und 60 ff.

sei es hilfsweise aus Steuermitteln. Das Prinzip sei aber prekär. Die Lebenserwartung habe sich seit Beginn dieses Jahrhunderts nahezu verdoppelt, die Kinderzahl stagniere auf niedrigem Niveau. Es bestehe eine hohe Dauerarbeitslosigkeit und eine hohe Quote von steuerfinanzierten Sozialleistungsempfängern, die keine Beiträge zahlten (Sozial- und Jugendhilfe, Arbeitslosenhilfe, Leistungen für Kriegsoffer und Verbrechensoffer, Asylantenleistungen, Wohngeld, Kindergeld, Ausbildungsförderung usw.). Im Hinblick auf die Bevölkerungsentwicklung und das höhere Lebensalter würden die Belastungen der gesetzlichen Rentenversicherung ab 2030 für die nächste Generation merklich steigen. Das neue Beitragsaufkommen würde nur von der erforderlichen Verschlinkung der Sozialversicherung abhalten, gleichzeitig jedoch neue Leistungsansprüche begründen, die dann in späteren Jahrzehnten zu weitaus tieferen Einschnitten in das soziale Netz nötigten.

*Wank*⁶⁵² verfolgte keine Ausweitung der Versicherungspflicht, sondern beschäftigte sich damit, die Abgrenzung richtig, d.h. methodisch korrekt und sachgerecht zu vollziehen. Nach seiner Ansicht muss die Begriffsbildung teleologisch erfolgen. Es könne mehr Rechtssicherheit erreicht werden, wenn die Rechtsprechung persönliche Abhängigkeit als unternehmerische Entscheidungsfreiheit interpretiere; ferner dadurch, dass es zur Feststellung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auf operationale Kriterien⁶⁵³ zurückgreife. Mehr Rechtssicherheit könne auch mit der Aufstellung einer Legaldefinition erreicht werden. In Betracht komme jedoch allenfalls eine Definition, die eine bestimmte, festgelegte Zahl von Kriterien verwendet, wie das im Rahmen der empirischen Untersuchung (IAB-Studie⁶⁵⁴) geschehen ist. Im Kern laufe die politische Entscheidung des Gesetzgebers darauf hinaus, ob er die „persönliche Abhängigkeit“ als tragendes Merkmal heranziehen will oder das „Auftreten am Markt“.

*Hromadka*⁶⁵⁵ und *Reinecke*⁶⁵⁶ leiteten im Zuge der Reformdiskussion aus der grundlegenden Entscheidung des Gesetzgebers für die drei Kategorien von Erwerbstätigen, nämlich Beschäftigte, Arbeitnehmerähnliche und Selbständige, einen abgestuften Sozialschutz her. Der Kreis der Versicherten bestimme sich klassisch durch den Beschäftigtenbegriff. Zudem seien einige Selbständige, Landwirte etc. durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung in den Versichertenkreis einbezogen. Der richtige Versichertenkreis sei also neben der ausdrücklichen Einbeziehung bestimmter Berufsgruppen zunächst von der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit einer Umdefinition des Beschäftigtenbegriffs abhängig. Da das Gesetz den Beschäftigtenbegriff nicht im Detail definiere, obliege es grundsätzlich der Rechtsprechung,

⁶⁵¹ Vgl. Merten (1998), S. 550.

⁶⁵² Wank (1997), S. 75, 119; ders. (1992), S. 90; vgl. dazu schon Teil II, Kapitel 1, 2.3.

⁶⁵³ Siehe dazu Wank (1997), S. 76.

⁶⁵⁴ Vgl. Teil II, Kapitel 2, 2.1.2.

⁶⁵⁵ Hromadka (1997 A), S. 576.

⁶⁵⁶ Reinecke (1998), S. 587.

eine Konkretisierung und situationsangemessene Anwendung des Typus vorzunehmen. Es sei aber fraglich, inwieweit es zulässig sei, dass die Rechtsprechung den Beschäftigtenbegriff grundlegend umdefiniere⁶⁵⁷. Das Bundesverfassungsgericht habe ausdrücklich bestätigt, dass die normative Offenheit des Beschäftigtenbegriffs seine Anpassung an geänderte soziale Strukturen erlaube⁶⁵⁸. Dabei stünden der soziale Schutzcharakter und die Vorstellungen des Gesetzgebers im Vordergrund. Demnach dürften die Gerichte den Arbeitnehmerbegriff nicht so umdefinieren, dass er die bisherigen Arbeitnehmerähnlichen mitumfasse. Hierzu bedürfe es einer gesetzlichen Entscheidung. Um eine angemessene sozialversicherungsrechtliche Absicherung zu gewährleisten, hielten *Hromadka* und *Reinecke* einen differenzierten Schutz für angemessen⁶⁵⁹. Das Leben kenne viele Abstufungen. Auch bei der Abhängigkeit gäbe es Zwischentöne, schon deshalb liege ein System abgestuften Schutzes nahe. Auf die – in bisheriger Terminologie – nicht persönlich, sondern nur wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmerähnlichen habe der Auftraggeber nur einen geringeren Einfluss als der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer. Auch deshalb solle die Schutzintensität geringer sein. Ein abgestufter Schutz ließe sich u.a. durch Ausweitung der Sozialversicherungspflicht für einige Personengruppen in einem oder mehreren Zweigen der Sozialversicherung erreichen. Zu erwägen sei auch, ob bestimmte soziale Schutzregeln, etwa die der Alterssicherung, überhaupt von der Art der Erwerbstätigkeit abhängig gemacht werden sollen. Denkbar sei auch, die Rentenversicherungspflicht für alle obligatorisch zu machen oder sie an die Höhe der Einkünfte anzuknüpfen⁶⁶⁰.

Den Weg einer abgestuften Sicherung schlug auch die *Rentenkommission des Bundesarbeitsministeriums (BMA)*⁶⁶¹ vor. Im Zusammenhang mit der Rentenreform sollten „arbeitnehmerähnliche Selbständige“ grundsätzlich Pflichtmitglied in der Rentenversicherung werden. Da nach Ansicht der Kommission die neuen Formen der Selbständigkeit nicht vornehmlich dazu genutzt werden sollen, sich der Solidargemeinschaft der Rentenversicherung zu entziehen und damit die Erosion ihrer Finanzierungsgrundlage zu ermöglichen, resultierte die geplante Neuregelung gleichermaßen aus der individuellen Problemsituation der Scheinselbständigen und aus fiskalischen Erwägungen.

Ein Gesetzentwurf von *Hessen und Nordrhein-Westfalen*⁶⁶² sowie der inhaltsgleiche Gesetzentwurf der *SPD-Fraktion*⁶⁶³ sahen lediglich eine partielle Konkretisierung bestehenden Rechts durch Weiterentwicklung des § 7 SGB IV vor. Dazu sollte eine unabgeschlossene

⁶⁵⁷ Zur Zulässigkeit der Umdefinition des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs: *Reinecke* (1998), S. 587; *Hromadka* (1997 A), S. 576.

⁶⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, AP Nr. 82 zu 5 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1996, S. 2644.

⁶⁵⁹ So z.B. *Hromadka* (1997 A), S. 577 ff., *Reinecke* (1998), S. 587.

⁶⁶⁰ *Reinecke* (1998), S. 588.

⁶⁶¹ Vgl. Sozialpolitische Informationen 2/1997, S. 1 ff.; siehe kritische Anmerkungen dazu von *Sitte* (1998), S. 156.

⁶⁶² BR-Drucks. 793/96; kritisch dazu *Dürschke* (1998), S. 69.

⁶⁶³ BT-Drucks. 13/6549; kritisch dazu *Brand* (1997), S. 552 und 555 f.; *Heinze* (1997), S. 854 ff.

Auswahl von Kriterien zur Bestimmung abhängiger Beschäftigung eingeführt werden, die vom Selbständigenstatus abgrenzen. Hierbei handelte es sich um das Fehlen weiterer Beschäftigter (Ausnahme: Familienangehörige), eine regelmäßige Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, für Arbeitnehmer typische Arbeitsleistungen und das Fehlen unternehmerischer Tätigkeit am Markt. Zwei der Kriterien sollten genügen, um die widerlegbare Vermutung einer abhängigen Beschäftigung herbeizuführen. Im Kern gehe es nicht um eine Ausweitung der Versicherungspflicht, sondern um die bessere Erfassung eines bereits bisher grundsätzlich versicherten Personenkreises.

Weiter ging der Antrag „Strukturreform statt Leistungskürzungen in der Alterssicherung“ der *Fraktion der SPD*⁶⁶⁴. Dieser forderte eine Neuordnung der Sozialversicherungspflicht. Alle Selbständigen sollten nach dem Vorbild der bereits bestehenden Handwerkerversicherung rentenversicherungspflichtig werden, soweit eine Einbeziehung in besondere Systeme nicht bereits obligatorisch stattgefunden habe⁶⁶⁵. Die „Scheinselbständigen“ seien beitragsrechtlich mit den Arbeitnehmern gleich zustellen.

Die *Initiative der Grünen*⁶⁶⁶ forderte zunächst zur Konkretisierung des bestehenden Rechts– wie der Gesetzesantrag der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit – eine Weiterentwicklung des § 7 SGB IV, so dass auch Erwerbstätige erfasst werden, die bisher formal als Selbständige behandelt wurden, deren Tätigkeit aber der eines abhängig beschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Hierzu seien Merkmale nichtselbständiger Arbeit einzuführen, die insbesondere Aspekte der wirtschaftlichen Abhängigkeit umfassen, wie z.B. keine eigene Unternehmensorganisation, die unabhängig von einem anderen Unternehmen Betriebsfähigkeit besitzt, kein eigenes Betriebskapital, kein unternehmerisches Auftreten am Markt. Zudem wurde eine volle Versicherungspflicht auch für „echte“ Selbständige gefordert, um den sozialen Sicherungssystemen durch eine generelle Versicherungspflicht der bisher versicherungsfreien Personenkreise gerecht zu werden. Darüber hinaus verlangten sie einen neuen Betriebsbegriff im Sinne einer „wirtschaftlichen Funktionseinheit“, um Filialen, Zweig- und virtuelle Büros erfassen und dadurch der Tendenz zur Lean production bzw. zum Outsourcing zu begegnen. Handlungsbedarf bei Selbständigen bestehe auch deshalb, weil deren Status „heute vielfach nicht mit einem Zugewinn an Handlungsoptionen einhergeht und von daher dasselbe Schutzbedürfnis angenommen werden muss wie bei Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen“.

*Bieback*⁶⁶⁷ sprach sich für eine Einbeziehung der „neuen Selbständigen“ in die Sozialversicherungspflicht aus. Dazu müsse der zu schützende Personenkreis neu umschrieben

⁶⁶⁴ BT-Drucks. 13/8032.

⁶⁶⁵ Vgl. auch Igl (1998), S. 292.

⁶⁶⁶ BT-Drucks. 13/7421.

⁶⁶⁷ Bieback (1999), S. 172 ff.

werden. Die bisherigen Lösungen für Selbständige erfassten immer klar nach beruflichen Kriterien abgegrenzte Gruppen. Bei den „neuen Selbständigen“ gehe das nicht mehr, da sie in allen möglichen beruflichen Feldern arbeiteten. Die zu schützende Gruppe müsse also nach allgemeinen Kriterien definiert werden. Da einzelne besonders schutzbedürftige Gruppen von Selbständigen nur sehr schwer abgegrenzt werden können, spreche deshalb viel für die Lösung, die schließlich in Österreich gefunden wurde, ab einem bestimmten Jahreseinkommen, konkret bei Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze, alle selbständigen Tätigkeiten versicherungspflichtig zu machen⁶⁶⁸. Eventuell könne man auch nach Schutzbedürftigkeit differenzieren und Selbständige aus der Sozialversicherungspflicht herausnehmen, die ein bestimmtes Einkommen überschreiten⁶⁶⁹. Die Einbeziehung der Selbständigen könne so dann in die bisherige öffentliche Sozialversicherung oder in eine private Pflichtversicherung erfolgen. Bei Einbeziehung in die Sozialversicherung könnten für Selbständige Sondersysteme mit modifizierten Leistungen und Beitragssätzen, z.B. Beschränkung auf einige der klassischen Risiken der sozialen Sicherung, nämlich Krankheit, Alter und Erwerbsminderung, Arbeits-, Berufsunfall sowie Pflegebedürftigkeit, geschaffen werden⁶⁷⁰. Insgesamt betrachtet sei die Einbeziehung der „neuen Selbständigen“ ein erster Schritt in Richtung einer allgemeinen Volksversicherung, die weitergehende Lösungen nicht verbaue, sondern sie vorbereite.

1.3 Ansätze zur Änderung des Einbeziehungssystems

Neben der dargelegten Anpassung des Versichertenkreises im bestehenden Einbeziehungssystem wurden im Zuge der zunehmenden Flexibilisierungen auch weitergehende Lösungen, sprich eine Änderung des Einbeziehungssystems, diskutiert. Dabei stand im Vordergrund, wie unser Sozialversicherungssystem auf Flexibilität am Arbeitsmarkt eingestellt ist und welche Systeme flexibilitätsfördernd sind.

Das historisch gewachsene Sozialversicherungssystem sichert im Wesentlichen die abhängig Beschäftigten und deren Angehörige. Wer nicht zur Produktivität beiträgt, aus welchen Gründen auch immer, muss aus Steuermitteln (Sozialhilfe) unterstützt werden, zu denen wiederum alle Bürger in unterschiedlichen Rollen, u.a. als Verbraucher beitragen. Die Anwartschaften der Versicherten auf Sozialversicherungsleistungen werden verfassungsrechtlich wie „Eigentum“ behandelt.

⁶⁶⁸ Vgl. dazu auch Tomandl (1998 B), S. 1117 ff., 1125.

⁶⁶⁹ Vgl. dazu auch Brand (1997), S. 556.

⁶⁷⁰ Ähnlich Kleinhenz (1999), S. 3, der nicht die Einbeziehung in die gesetzliche Pflichtversicherung präferiert, sondern nur eine Versicherungspflicht, mindestens in dem Umfang, der sonst von der Gesellschaft durch die Sozialhilfe geleistet werden müsste.

Als Alternative zum historisch gewachsenen Sozialversicherungssystem wurde eine Mindest- oder Grundsicherung vertreten⁶⁷¹.

Sei z.B. die Grundlage der Erwerbstätigkeit zu schmal (etwa bei Teilzeitarbeit über einen Großteil der Erwerbsphase oder bei längeren und/oder wiederholten Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit) könne es im bestehenden System mittel- und langfristig durchaus zu „Armut im Alter“ bzw. zu Ansprüchen an die Sozialhilfe kommen⁶⁷². Das Sozialhilfesystem sei jedoch nicht Ausfallbürge für Probleme, die aufgrund veränderter Arbeitsformen auftauchen⁶⁷³. Dass sich der Anteil der Bevölkerung, der auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sei, seit der Einrichtung des Systems fast vervierfacht habe (Anstieg von ca. 1% auf rund 3,5% der Bevölkerung), sei der beste Beweis für das Fehlschlagen der Anpassung der vorgelagerten Sicherungssysteme an die veränderten Rahmenbedingungen⁶⁷⁴.

Zudem habe das bestehende Sozialversicherungssystem keine flexibilitätsfördernde Wirkung. Die Einkommensproportionalität der gesetzlichen Rentenversicherung z.B. zwinge die Versicherten zu einer gewissen Vorsicht gegenüber Arbeitszeitvariationen nach unten. Dieser Effekt sei bei der ursprünglichen Systementscheidung durchaus intendiert gewesen⁶⁷⁵. Die Entscheidung der 50er Jahre für ein „leistungsgerechtes“ Rentensystem zielte erklärtermaßen auf positive Arbeitsanreize. Dieser Effekt sei jedoch heute bei zunehmenden Flexibilisierungen weit weniger wünschenswert.

Dagegen sehe die Grundsicherung im Zeichen der Flexibilisierung eine generelle Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle Erwerbsarbeit unter Abkehr vom selektiven Charakter der Versicherungspflicht vor⁶⁷⁶. Angesichts der vielen prekären Beschäftigungsformen jenseits der abhängigen Erwerbsarbeit gäbe es keinen Grund mehr für die Annahme, dass nur abhängige Beschäftigte, aber z.B. nicht Selbständige, des obligatorischen Schutzes durch staatlich organisierte Sicherungssysteme bedürften. Eine allgemeine Verpflichtung zur Vorsorge schein zumindest in dem Ausmaß angebracht, welches erforderlich ist, um im Rahmen einer Grundsicherung nicht der Gemeinschaft zur Last zu fallen. Ein System, das selbständige Tätigkeiten nicht in die Versicherungs- und Beitragspflicht einschließt, setze, wirtschaftlich betrachtet, Anreize für Arbeitgeber zur Bevorzugung selbständiger Beschäftigungsformen, da diese bei gleichem Arbeitsvolumen und gleicher gegebener Qualifikation kostengünstiger sind⁶⁷⁷.

⁶⁷¹ Dazu m.w.N. Rische (1998), S. 60 f.; Bieback (1999), S. 173 f; vgl. auch Keller/Seifert (2000), S. 296 f.; Stolleis (1998), S. 1092; ablehnend Igl (1998), S. 291, 293.

⁶⁷² Vgl. Keller/Seifert (2000), S. 296, vgl. auch Stolleis (1998), S. 1093 f.

⁶⁷³ Vgl. dazu Döring (2000), S. 304; Igl (1998), S. 293.

⁶⁷⁴ Klammer (2000), S. 321.

⁶⁷⁵ Döring (2000), S. 302.

⁶⁷⁶ Pfarr (2000), S. 282; Döring (2000), S. 304.

⁶⁷⁷ Döring (2000), S. 303.

Grundsicherung als Element einer Begünstigung von flexiblen Arbeits- und Lebensverhältnissen spielt zumindest in zwei Sicherungsbereichen eine nicht unerhebliche Rolle: In der Gesundheitssicherung und in der Alterssicherung⁶⁷⁸.

Zur Systemreform der Rentenversicherung sehen die Vorschläge eine Mindestsicherung im Alter und bei Invalidität mit einer gesetzlichen Basisrente und Aufstockung z.B. durch betriebliche oder private Vorsorge als Elemente der Altersversorgung vor⁶⁷⁹. Diese Vorschläge zur Grundsicherung unterscheiden sich im Wesentlichen im Hinblick auf Steuer- oder Beitragsfinanzierung⁶⁸⁰. Zum einen könne eine solche Grundsicherung die individuellen Anreize verstärken, den Arbeitsmarkt temporär und/oder teilweise zu verlassen – und positive externe Effekte im Sinne von Beschäftigungsmöglichkeiten für Arbeitslose zu schaffen –, da keine Nachteile in Bezug auf die Rentenleistung entstünden. Zum anderen solle sie die Altersarmut infolge langjähriger Beschäftigung in atypischen Beschäftigungsverhältnissen mindern⁶⁸¹. Denn schließen Erwerbsbiographien häufigere Wechsel zwischen Phasen abhängiger und nichtversicherter selbständiger Tätigkeit ein, würden Versicherungskarrieren im deutschen System lückenhaft, mit dem Ergebnis, dass die Niveaus der Lebensstandardsicherung absänken. Dies tangiere die individuelle soziale Sicherheit im Alter dann, wenn die entstehenden Lücken nicht konsequent durch andere (private) Sicherungen abgedeckt würden. In Verbindung mit einer nichtselektiven Einbeziehung der Erwerbstätigkeit insbesondere in die Rentenversicherung verbessere die Mindestsicherung die armutsvermeidende Qualität des Systems deutlich und erleichtere Flexibilisierung bzw. sei bei ihrer Flankierung hilfreich⁶⁸².

Mindestsicherungsleistungen für ältere Menschen kennen in Europa viele Länder⁶⁸³. Z.B. in Dänemark und den Niederlanden sichern die Alterssicherungssysteme allen älteren Menschen eine vom sonstigen Einkommen unabhängige Altersrente. Diese Leistung ist in Dänemark lediglich an eine Wohnzeit von mindestens 40 Jahren gebunden; in den Niederlanden wird die Leistung ungekürzt bei Vorliegen einer 50jährigen Wohnzeit gezahlt. Eine im internationalen Vergleich weitreichende Lösung besteht in der Schweiz⁶⁸⁴. Einbezogen in ein mehrstufiges Sicherungssystem sind unabhängig von ihrem Erwerbsstatus alle Staatsbür-

⁶⁷⁸ Klammer (2000), S. 316 f.

⁶⁷⁹ siehe die Grundsicherung in der Schweiz, in Dänemark und den Niederlanden, Klammer (2000), S. 316 f.; Keller/Seifert (2000), S. 297 m.w.N.; damit nicht zu verwechseln ist die bedarfsorientierte Grundsicherung, die nur eine subsidiäre Leistung gewährt, wenn der Lebensunterhalt nicht aus dem Einkommen und Vermögen bestritten werden kann: Durch Art. 12 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG – vom 26.06.2001, BGBl. I, S. 1310) wird die Grundsicherung mit dem Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG) eingeführt, die die Sozialhilfe als bedarfsorientierte Zusatzleistung für Rentner ablöst; vgl. zur Entstehung Klingbeil (2002); vgl. zu den Reformvorschlägen Hauser (1996), S. 46 ff.; Kaltenborn (1995), S. 56 ff.; siehe zum Grundsicherungsgesetz Hönig/Müller (2003), S. 29 ff.

⁶⁸⁰ zusammenfassend Jährling-Rahnefeld (2002), S. 82 ff.

⁶⁸¹ Keller/Seifert (2000), S. 296 ff.

⁶⁸² Klammer (2000), S. 317.

⁶⁸³ Klammer (2000), S. 317.

⁶⁸⁴ Keller/Seifert (2000), S. 297.

ger. Sie haben Anspruch auf (Mindest-)Leistungen in einer bestimmten Höhe, welche allerdings erst durch anderweitige Aufstockung ein ausreichendes Leistungsniveau gewährleisten. Ein solches Grundsicherungssystem für das Risiko Alter erleichtere erheblich die Ausbreitung von Nicht-Normalarbeitsverhältnissen, was insbesondere das Beispiel der Niederlande mit einer hohen Teilzeitquote gezeigt habe. Auch der Wechsel von einer abhängigen in eine selbständige Beschäftigung bleibe hier ohne Auswirkung auf die Höhe der Alterssicherungsleistung aus dem staatlichen Kernsystem⁶⁸⁵.

Zur Gesundheitssicherung hat eine Reihe europäischer Staaten einwohnerweite in der Regel vorwiegend steuerfinanzierte nationale Gesundheitsdienste. Hierzu gehören z.B. Dänemark, Irland, Italien, Portugal und Schweden⁶⁸⁶. In Deutschland wird in diesem Zusammenhang derzeit die Bürgerversicherung sowie das Modell der Kopfpauschale oder Gesundheitsprämie diskutiert⁶⁸⁷. Alle Erwerbsformen sollen dabei in unterschiedlicher Weise einbezogen werden. Das Vorliegen einer solchen einwohnerweiten Gesundheitssicherung erleichtere die Veränderung von Arbeits- und Lebensformen, da mit entsprechenden Veränderungen keine unmittelbare Beeinträchtigung des Schutzniveaus verbunden seien.

Als schwierig wird jedoch die Umsetzung eines Systemwechsels angesehen, dies schon deshalb, weil die Ansprüche aus der Sozialversicherung im Kern ja durch die Eigentumsgarantie gesichert sein sollen und nicht einfach nivelliert oder aufgegeben werden können⁶⁸⁸.

2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“

Die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“ enthielten zunächst u.a. eine Vermutungsregelung zur Bestimmung der Beschäftigteneigenschaft, eine Verfahrensregelung (Anfrageverfahren) sowie die Einbeziehung „arbeitnehmerähnlicher Selbständiger“ in die Rentenversicherung. Später wurde die Vermutungsregelung durch eine Vermutung zugunsten der Selbständigkeit von Existenzgründern (sog. „Ich-AGs“) abgelöst. Gleichzeitig wurden diese ausschließlich in die Rentenversicherungspflicht einbezogen.

⁶⁸⁵ Klammer (2000), S. 317.

⁶⁸⁶ Klammer (2000), S. 317.

⁶⁸⁷ Siehe zu dieser Diskussion u.a. Eichenhofer (2003), S. 264 ff.; Schmidt-Aßmann (2004), S. 1689 ff., insbes. S. 1693 f.; Isensee (2004), S. 393 ff.

⁶⁸⁸ Vgl. Bieback (1999), S. 174; Eichenhofer (2003), S. 267 f.; ablehnend auch Rische (2000), S. 5.

2.1 Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte

Mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998⁶⁸⁹ (sog. Korrekturgesetz) wurde ein erster Versuch der Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“ unternommen.

Die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger und die Bundesanstalt für Arbeit haben die sich aus den neuen gesetzlichen Regelungen für das Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht der Sozialversicherung (ohne Unfallversicherung) ergebenden Auswirkungen beraten und die erzielten Ergebnisse in den Rundschreiben vom 19.01.1999⁶⁹⁰ und 16.06.1999⁶⁹¹ zusammengefasst.

2.1.1 § 7 Abs. 4 SGB IV

Das Korrekturgesetz beinhaltete in Artikel 3 unter anderem eine Ergänzung von § 7 SGB IV, der einen zusätzlichen Abs. 4 erhalten hatte. Bezüglich § 7 IV SGB IV geht dieser Teil des Korrekturgesetzes auf den „Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit“⁶⁹² der Bundesländer NRW und Hessen vom 23.10.1996 zurück.

Bei Vorliegen von zwei der folgenden vier Kriterien wurde ein Beschäftigungsverhältnis vermutet, § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV:

1. Der „Selbständige“ beschäftigt außer Familienangehörigen keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer,
2. er ist in der Regel und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig,
3. er erbringt für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen, unterliegt insbesondere Weisungen des Auftraggebers und ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert,
4. er tritt nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auf.

Die Vermutungsregelung galt von vornherein nicht für Handelsvertreter, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können, § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV.

⁶⁸⁹ BGBl. 1998, Teil 1, Nr. 85, S. 3843 ff., vgl. zur Begründung auch den Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 17.11.1998, BT-Drucks. 14/45; Lit. zum Korrekturgesetz: Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 169 ff.; Bauer/Diller (1999), S. 745 ff.; Buchner, (1999 A), S. 146 ff.; ders. (1999 B), S. 533 ff.; Goretzki/Hohmeister (1999), S. 635 ff.; Hanau (1999), S. 252 ff.; Hohmeister (1999 B), S. 371 ff.; Kollmer (1999), S. 608 ff.; S. 846; Leuchten/Zimmer (1999), S. 381 ff.; Marschner (1999), S. 208 ff.; Reiserer (1999), S. 366 ff.; Reiserer/Biesinger (1999), S. 1006 ff.; Reinecke (1999), S. 729 ff.; Richardi (1999), S. 958 ff.; Schiefer (1999), S. 48 ff.; Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280 ff.; Wank (1999), S. 297 ff.; vgl. zum arbeitsrechtlichen Teil des Korrekturgesetzes Löwisch (1999), S. 102 ff.; Däubler (1999), S. 601 ff.

⁶⁹⁰ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, 471 ff. = ZIP 1999, S. 252 ff.

⁶⁹¹ Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 16.06.1999, NZA 1999, S. 746 ff.

⁶⁹² BR-Drucks. 703/96.

§ 7 Abs. 4 S. 3 SGB IV lege den Begriff des Familienangehörigen im Sinne von Satz 1 Nr. 1 fest.

Außerdem erfolgte eine gesetzliche Klarstellung, dass Auftraggeber als Arbeitgeber gelten, § 7 Abs. 4 S. 4 SGB IV.

Nach den Gesetzesbegründungen sollte mit dem Korrekturgesetz die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit den Sozialversicherungsträgern erleichtert und es ermöglicht werden, Scheinselbständige einfacher und eindeutiger als das zu kennzeichnen, was sie tatsächlich sind: abhängig Beschäftigte. Demzufolge ging es im Kern nicht um eine Ausweitung der Versicherungspflicht, sondern um die tatsächliche Erfassung eines bisher grundsätzlich versicherten Personenkreises.

Neben den vier Kriterien sollte der Katalog des § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV Raum lassen für weitere Gesichtspunkte, die im Einzelfall für ein Beschäftigungsverhältnis oder für eine selbständige Tätigkeit sprechen können⁶⁹³. Für die Entscheidung, ob ein Beschäftigungsverhältnis oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, war demnach eine Gewichtung und eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles maßgebend⁶⁹⁴. Liegen sowohl Merkmale vor, die für eine Beschäftigung sprechen, als auch solche, die eher auf die Selbständigkeit hindeuten, komme es – wie schon immer vom Bundessozialgericht betont – darauf an, welche Merkmale in ihrer Bedeutung überwiegen. Dieser sämtlicher Tatsachen sollte sich auch zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung bedient werden.

2.1.1.1 Keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV

Nach der Gesetzesbegründung war die in § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IV genannte Nichtbeschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ein wichtiges Merkmal für das Vorliegen einer Beschäftigung⁶⁹⁵. Anders als ein Selbständiger könne ein abhängig Beschäftigter die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung in der Regel nicht auf andere Personen übertragen, sondern habe sie persönlich zu erbringen. Auch die Beschäftigung von nahen Familienangehörigen schließe die Rechtsvermutung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nicht aus. Arbeitnehmer, die im Privathaushalt und somit nicht im Zusammenhang mit der zur beurteilenden Tätigkeit beschäftigt werden, blieben bei der Beurteilung unberücksichtigt. Im Übrigen komme es auf die Art der Tätigkeit nicht an.

Mit dieser Regelung wurde die Höchstpersönlichkeit der Leistung zentrales Kriterium für die Vermutung der Beschäftigung⁶⁹⁶. Da der zur Dienstleistung Verpflichtete gemäß

⁶⁹³ BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁶⁹⁴ BT-Drucks. 14/45, S. 19; vgl. auch das Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 472 = ZIP 1999, S. 254.

⁶⁹⁵ BT-Drucks. 14/45, S. 19; dies wird auch in dem Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999 betont, BB 1999, S. 472 = ZIP 1999, S. 254.

⁶⁹⁶ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 174.

§ 613 BGB die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat, entsprach dies der bisherigen Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht, wonach dem Umstand, ob ein Mitarbeiter die Leistung selbst erbringen muss oder sich von anderen vertreten lassen kann, große Bedeutung für die Feststellung persönlicher Abhängigkeit zukommt⁶⁹⁷.

Dagegen wurde in der Literatur eingewandt, dass die ausschließliche Beschäftigung von Familienangehörigen nicht gegen eine selbständige Tätigkeit spricht⁶⁹⁸. Zudem sei die Nichtbeschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer keinesfalls „Merkmal“ für das Vorliegen einer Beschäftigung, sondern käme allenfalls als Indiz in Betracht – auch als solches sei es schwach genug. Der Regelung liege die Annahme zugrunde, dass Betriebe auf die Dienste geringfügig Beschäftigter, die zum Zeitpunkt der Schaffung der Neuregelung noch nicht versicherungspflichtig waren⁶⁹⁹, nur sporadisch und aushilfsweise zurückgreifen. Jedoch ließen gerade kleinere und mittlere Unternehmen Vollzeitbeschäftigungen dauerhaft von geringfügig Beschäftigten erbringen⁷⁰⁰. Das genannte Merkmal helfe auch dort nicht weiter, wo es um die Beurteilung freiberuflicher Tätigkeit geht⁷⁰¹. Freiberuflich tätige Ärzte, Rechtsanwälte, Ingenieure, Architekten, Steuerberater etc.⁷⁰² werden gerade aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten im Wesentlichen persönlich, d.h. ohne Einschaltung von Hilfspersonen vorwiegend geistig schöpferisch tätig⁷⁰³.

2.1.1.2 Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, § 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV

Zweites Merkmal war die „Tätigkeit nur für einen Auftraggeber“, für die eine vertragliche Ausschließlichkeitsbindung nicht erforderlich sein sollte⁷⁰⁴. Es genüge eine faktische Bindung. Das Erfordernis einer regelmäßigen Tätigkeit für einen Auftraggeber sollte einerseits in Ausnahmefällen Rechnung tragen, andererseits aber auch sicherstellen, dass das Bestehen der Versicherungspflicht nicht durch eine gelegentliche Tätigkeit für weitere Auftraggeber manipuliert werden kann⁷⁰⁵. Das Erfordernis, wesentlich nur für einen Auftraggeber tätig zu sein, sei als erfüllt anzusehen, wenn der Betroffene mindestens fünf Sechstel seiner gesamten Einkünfte aus den zu beurteilenden Tätigkeiten alleine aus einer dieser Tätigkeiten erzielt⁷⁰⁶. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs⁷⁰⁷ seien die „zugrunde liegenden zivilrechtlichen Vereinbarungen“ maßgeblich. Mehrere Konzernunternehmen seien also prinzi-

⁶⁹⁷ Vgl. BAG, NJW 1966, S. 902, 903.

⁶⁹⁸ Vgl. Buchner (1999 B), S. 533.

⁶⁹⁹ auch nach der Reform der geringfügigen Beschäftigungen ist der Beschäftigte nicht versicherungspflichtig, sondern nur für den Arbeitgeber, der 10% Kranken- und 12% Rentenversicherungsbeiträge zahlt, vgl. Hohmeister (1999 B), S. 337, 340

⁷⁰⁰ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 170.

⁷⁰¹ Berndt (1999), S. 212.

⁷⁰² vgl. die Katalogberufe des § 18 I 2 EStG.

⁷⁰³ Berndt (1998), S. 896.

⁷⁰⁴ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 472 = ZIP 1999, S. 254; BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁷⁰⁵ BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁷⁰⁶ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 472 = ZIP 1999, S. 254.

piell auch mehrere Auftraggeber, wenn sie mehrere Verträge mit dem Auftragnehmer schließen.

Die Literatur brachte hiergegen vor, dass es in vielen Branchen (z.B. EDV-, Werbebranche) für einen Alleinunternehmer absolut üblich oder gar erforderlich sei – jedenfalls zeit- bzw. projektweise – nur einen Auftraggeber zu haben⁷⁰⁸. Zudem sei Anknüpfungspunkt für das Arbeitsverhältnis das einzelne Konzernunternehmen, konzerndimensional sei das Arbeitsverhältnis nur bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung⁷⁰⁹.

2.1.1.3 Für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen, § 7 Abs. 4 Nr. 3 SGB IV

Die Gesetzesbegründung hob bezüglich des Kriteriums „Erbringung von Arbeitsleistungen, die für Beschäftigte typisch sind“ hervor, es sei vor allem in den Fällen von Bedeutung, in denen ein Arbeitgeber neben festangestellten Personen auch freie Mitarbeiter beschäftige. Ließe sich bei Gesamtwürdigung der Tätigkeit des freien Mitarbeiters im Vergleich zu den festangestellten Personen kein wesentlicher Unterschied feststellen, spreche dies für ein Beschäftigungsverhältnis⁷¹⁰. Zur Einordnung weisen die Versicherungsträger wieder auf die herkömmlichen Kriterien der herrschenden Rechtslehre hin, wonach die Beschäftigtenstellung durch persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber infolge der Eingliederung in seinen Betrieb gekennzeichnet sei⁷¹¹.

In der Literatur wurde wiederum eingewandt, dass dieses Kriterium praktisch nichts bringe⁷¹². Wenn die für Arbeitnehmer typischen Merkmale festgestellt sind, liege ein Beschäftigungsverhältnis vor; es bedürfe dann keines Vermutenstatbestands mehr.

2.1.1.4 Fehlende unternehmerische Tätigkeit am Markt, § 7 Abs. 4 Nr. 4 SGB IV

Nach der Gesetzesbegründung sollte im Allgemeinen nur derjenige selbständig sein, der auch unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt und unternehmerische Chancen wahrnimmt. Wer über Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug, Einsatz von Kapital und Maschinen weitgehend nicht eigenständig entscheiden könne, sei in der Regel nicht selbständig tätig, sondern abhängig beschäftigt⁷¹³.

Hiergegen wurde eingewandt, die Kriterien, wann diese Eigenständigkeit gegeben sei, könnten in ihrer undifferenzierten Aufzählung nicht überzeugen⁷¹⁴. Bezüglich Verkaufsprei-

⁷⁰⁷ BT-Drucks. 14/45, S. 20.

⁷⁰⁸ Reiserer/Biesinger (1999), S. 1006, 1007.

⁷⁰⁹ Schaub (2000), § 17 1 b.

⁷¹⁰ BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁷¹¹ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 473 = ZIP 1999, S. 254.

⁷¹² Buchner (1999 B), S. 534.

⁷¹³ BT-Drucks. 14/45, S. 19; vgl. auch das Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 473 = ZIP 1999, S. 255.

⁷¹⁴ Buchner (1999 B), S. 534.

sen und Warenbezug könne auch ein selbständiger Unternehmer gebunden sein. Hingegen sei die Dispositionsbefugnis bezüglich Einstellung von Personal sowie Einsatz von Kapital und Maschinen schon immer eines der Kriterien zur Bestimmung der Selbständigkeit bzw. Arbeitnehmereigenschaft gewesen⁷¹⁵. Zudem forderte die Literatur, das Merkmal der „fehlenden unternehmerischen Tätigkeit am Markt“ für die freien Berufe zu modifizieren⁷¹⁶. Freiberuflich Tätige seien aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten im Wesentlichen persönlich, ohne Einschaltung von Hilfspersonen vorwiegend geistig-schöpferisch tätig. Im Gegensatz zur industriellen Produktion sei eine eigene Betriebsstätte/Organisation, Warenbezug und der Einsatz von Kapital und Maschinen in nennenswertem Umfang häufig nicht erforderlich⁷¹⁷. Der Freiberufler nähme unternehmerische Chancen durch seine persönlichen Fähigkeiten, seine Ausbildung und seinen Wissensvorsprung gegenüber Mitbewerbern wahr. Aggressive Werbung sei ihm durch das Standesrecht weitgehend verwehrt. Aus diesem Grund sei auch eine fehlende unternehmerische Tätigkeit am Markt kein Merkmal für eine Beschäftigung.

2.1.2 § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI

Durch Art. 4 des Korrekturgesetzes wurde dem Katalog des § 2 SGB VI die zusätzliche Mitarbeiterkategorie der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ unter Nr. 9 hinzugefügt⁷¹⁸. Damit wurden arbeitnehmerähnliche Selbständige ausschließlich in die Rentenversicherungspflicht einbezogen, wenn sie

1. im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigten sowie
 2. regelmäßig nur für einen Auftraggeber tätig waren,
- es sei denn, sie waren Beschäftigte nach § 7 Abs. 4 SGB IV.

Nach der Gesetzesbegründung sollte § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI nur tatsächlich selbständige Tätige erfassen. Personen, die sich als Selbständige gerieren, nach der tatsächlichen Ausgestaltung ihrer Erwerbstätigkeit aber als Beschäftigte anzusehen sind (sog. Scheinselbständige) sollten weiterhin von § 1 SGB VI erfasst werden⁷¹⁹. Folglich kam eine Rentenversicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche Selbständige unter den oben genannten Voraussetzungen nur in Betracht, wenn die vorrangige Vermutung einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV widerlegt war⁷²⁰.

⁷¹⁵ vgl. BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, BSGE 45, 199 = SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 8 = BB 1978, S. 966.

⁷¹⁶ Berndt (1999), S. 212.

⁷¹⁷ Berndt (1998), S. 896.

⁷¹⁸ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung der Einbeziehung von Selbständigen in die Rentenversicherung Ulmer (2001), S. 257 ff.

⁷¹⁹ BT-Drucks. 14/45, S. 20.

⁷²⁰ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 477 = ZIP 1999, S. 258.

Erfasst wurden unter den genannten Voraussetzungen auch Handelsvertreter (z.B. Einfirmenvertreter). Anders als bei der Vermutung für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses war dieser Personenkreis von der Versicherungspflicht nach § 2 Nr. 9 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht ausgeschlossen⁷²¹.

Die Einbeziehung der so definierten neuen arbeitnehmerähnlichen Selbständigen in die Rentenversicherungspflicht erschien angezeigt, da sie nicht weniger sozial schutzbedürftig erschienen als die bisher von § 2 SGB VI erfassten Selbständigen⁷²².

Die Einfügung der neuen Nummer 9 wurde durch eine Übergangsregelung in § 231 Abs. 5 SGB VI ergänzt, durch die den neu in die Rentenversicherungspflicht einbezogenen Selbständigen unter bestimmten Voraussetzungen ein befristetes Befreiungsrecht eingeräumt wurde. Auf Antrag gab § 231 S. 1 Nr. 1 SGB VI Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung bereits das 50. Lebensjahr vollendet und damit in der Regel anderweitig für die Fälle der Invalidität und des Alters vorgesorgt hatten, ein zeitlich befristetes Befreiungsrecht. Darüber hinaus ermöglichte § 231 S. 1 Nr. 2 SGB VI, ebenfalls zeitlich befristet, auch für jüngere arbeitnehmerähnliche Selbständige, die mit dem Inkrafttreten der Neuregelung rentenversicherungspflichtig wurden, eine Befreiung von der Versicherungspflicht, wenn diese ihre Alterssicherung bereits im Rahmen einer privaten Lebensversicherung aufgebaut hatten oder dies noch umgehend tun wollten.

2.2 Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit

Von der Bundesregierung wurde im April 1999 eine parlamentarische Experten-Kommission einberufen, um Nachbesserungen des Korrekturgesetzes zu prüfen. Diese hat ihre Vorschläge in dem Zwischenbericht vom 02.08.1999⁷²³ und ihrem Abschlussbericht vom 23.09.1999⁷²⁴ dargelegt. Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung hat diese Empfehlungen in einen entsprechenden Gesetzentwurf⁷²⁵ eingearbeitet. Mit Gesetz vom 20.12.1999⁷²⁶ trat das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit⁷²⁷ rückwirkend zum 01.01.1999 in Kraft. Durch dieses wurden u.a. in § 7 Abs. 1 SGB IV ein Satz 2 eingefügt und die Regelungen des § 7 Abs. 4 SGB IV und des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI des Korrekturgesetzes geändert.

⁷²¹ Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 19.01.1999, BB 1999, S. 477 = ZIP 1999, S. 258.

⁷²² BT-Drucks. 14/45, S. 20.

⁷²³ abgedr. NZS 1999, S. 443 ff.; RdA 1999, S. 350 ff.; AuR 1999, S. 304 ff., mit kritischen Anmerkungen dazu Dörner/Baeck (1999), S. 1136 ff.

⁷²⁴ abgedr. NZA 1999, S. 1260 ff.

⁷²⁵ BT-Drucks. 14/1855.

⁷²⁶ BGBl. I 2000, S. 2.

⁷²⁷ BT-Drucks. 14/1855 i.d.F. der BT-Drucks. 14/2046; Lit. zu diesem Gesetz: Bauer/Diller/Schuster (1999), S. 1297 ff.; Berndt (2000), S. 464 ff.; Bieback (2000 B), S. 121 ff.; Buchner (1999 C), S. 2514 ff.; Gaul/Wisskirchen (1999), S. 2466 ff.; Henrici (2000), S. 171 ff.; Reiserer (2000), S. 94 ff.; Rolfs (2000 B), S. 188 ff.; Schmidt (2000), S. 57 ff.; Sommer (2000), S. 127 ff.

Der gesetzgeberischen Bitte folgend, sich zu dem neuen Gesetz zu äußern, erließen die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger und die Bundesanstalt für Arbeit ein gemeinsames Rundschreiben⁷²⁸. Dieses Rundschreiben enthielt Auslegungsrichtlinien sowie Anhaltspunkte zur Durchführung der einzelnen Vorschriften und löste die gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 19.01.1999 und 16.06.1999 ab.

2.2.1 § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 SGB IV

Der neue § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV bestimmte nun, dass Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind.

Bei erwerbsmäßig tätigen Personen, die ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder nach § 196 Abs. 1 SGB VI nicht erfüllten, wurde gemäß dem neugefassten Absatz 4 vermutet, dass sie beschäftigt waren, wenn drei der auf fünf erhöhten Merkmale vorlagen:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis über der Geringfügigkeitsgrenze liegt,
2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig,
3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten,
4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen,
5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Nach wie vor wurde der Handelsvertreter aus der Regelung herausgenommen, § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV.

Die Gesetzesbegründung⁷²⁹ hob ausdrücklich hervor, dass die gesetzlichen Neuregelungen zur genaueren Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit an der vor ihrem Inkrafttreten bestehenden Abgrenzung zwischen beiden Tätigkeitsformen festhalten, diese Abgrenzung also nicht zu Lasten der Selbständigkeit verschoben werden sollte. Zudem betonte sie, dass die Vermutungsregelung nicht eingeführt wurde, um den Amtsermittlungsgrundsatz zu ersetzen, sondern ihn in den Ausnahmefällen zu ergänzen, in denen die Beteiligten ihre Mitwirkung im Rahmen der Amtsermittlung verweigerten.

⁷²⁸ abgedr. in Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 139 ff.; wesentlicher Inhalt des Rundschreibens in NZA 2000, S. 190 ff.

⁷²⁹ siehe BT-Drucks. 14/1855, S. 6.

Ziel war es, die Kriterien für die Feststellung von Scheinselbständigkeit zu präzisieren und damit praktikabler zu machen.

2.2.1.1 Keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV

Die Neuregelung übernahm das mit dem Korrekturgesetz eingeführte Merkmal „keine Beschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer“ und ergänzte es durch das Kriterium der Regelmäßigkeit sowie die Herausnahme von Beschäftigungsverhältnissen bis zur Geringfügigkeitsgrenze. Der Zusatz „außer Familienangehörige“ wurde gestrichen.

Nach dem Zwischenbericht der Experten-Kommission war die Nichtbeschäftigung von versicherungspflichtigen Arbeitnehmern ein allgemein anerkanntes und leicht zu überprüfendes Indiz dafür, dass der Betroffene die Arbeit höchstpersönlich zu erbringen habe und nicht auf andere Personen übertragen könne; dieses Merkmal solle deshalb beibehalten werden⁷³⁰. Allerdings müsste auch die Beschäftigung von Familienangehörigen die Vermutung der Scheinselbständigkeit widerlegen können. Zwar ging man davon aus, dass Verwandtenarbeitsverhältnisse leicht vorzutauschen sind und daher Umgehungsmöglichkeiten bieten daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass sie generell oder jedenfalls im Zweifel der Umgehung dienen.

Das Merkmal der Regelmäßigkeit sollte Manipulationen durch eine kurzfristige Beschäftigung von Arbeitnehmern verhindern. Auf der anderen Seite sollte es unschädlich sein, wenn die Erwerbsperson kurzfristig (z.B. nach Kündigung eines Arbeitnehmers) keinen Arbeitnehmer beschäftigt⁷³¹.

2.2.1.2 Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, § 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV

Auch das Kriterium „Tätigkeit nur für einen Auftraggeber“ wurde beibehalten, nur das „in der Regel“ durch ein „auf Dauer“ ersetzt. Die Experten-Kommission begründete dies mit einer Indizwirkung für eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit, wenn der Auftragnehmer nur für einen Auftraggeber tätig werden kann und darf⁷³². Es sollte auf die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit für nur einen Auftraggeber abgestellt werden, um Existenzgründungen nicht zu erschweren. Der Sachverhalt musste also die wirtschaftliche Situation des Auftragnehmers prägen. Bei der Beurteilung der Dauerhaftigkeit waren neben den zeitlichen auch wirtschaftliche Kriterien zu beachten und branchenspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen⁷³³.

⁷³⁰ Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZS 1999, S. 445.

⁷³¹ BT-Drucks. 14/1855, S. 6.

⁷³² Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZS 1999, S. 446.

⁷³³ BT-Drucks. 14/1855, S. 6 f.

2.2.1.3 Gleiche Tätigkeit wird regelmäßig von Arbeitnehmern ausgeübt, § 7 Abs. 4 Nr. 3 SGB IV

Da die Experten-Kommission das Merkmal aus dem Korrekturgesetz „gleiche Tätigkeit wird regelmäßig von Arbeitnehmern ausgeübt“ für aufschlussreich hielt⁷³⁴, wurde es wieder aufgegriffen. Dieses Kriterium werde von der Rechtsprechung ebenfalls berücksichtigt.

Hingegen wurde der Zusatz gestrichen, wonach es insbesondere auf Weisungsgebundenheit und Eingliederung ankommen soll. Dies seien keine indizierenden Merkmale, sondern Begriffe, mit denen die Rechtsprechung ganz allgemein Arbeitsverhältnisse kennzeichnet.

2.2.1.4 Typische Merkmale unternehmerischen Handelns, § 7 Abs. 4 Nr. 4 SGB IV

Das bisherige Kriterium „unternehmerisches Auftreten am Markt“ wurde durch das Kriterium „typische Merkmale unternehmerischen Handelns“ ersetzt. Die Kommission hielt es für richtig, als Indiz für ein Beschäftigungsverhältnis anzusehen, wenn die Arbeit nicht in Formen ausgeübt wird, die auf selbständige unternehmerische Tätigkeit schließen lassen⁷³⁵. Das Kriterium des Korrekturgesetzes sei zu abstrakt und damit als Vermutungskriterium ungeeignet. Auf Vorschlag der Kommission wurde nun auch in der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger zur Durchführung dieser Vorschrift kurzfristig branchenspezifische Kataloge erarbeiten, die unternehmenstypische Tätigkeiten charakterisieren⁷³⁶.

Das Kriterium griff Anregungen *Wanks*⁷³⁷ auf, den Begriff des Arbeitnehmers demjenigen des Selbständigen gegenüberzustellen und ausgehend von der freiwilligen Übernahme unternehmerischen Risikos und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit zu bestimmen. Auch das Bundessozialgericht hat bei der Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit dem „unternehmerischen Risiko“⁷³⁸ schon seit langem erhebliche Bedeutung beigemessen und dieses z.B. am Entgeltrisiko gemessen.

2.2.1.5 Unveränderte Tätigkeit

Das neu eingefügte Merkmal, nach dem bei einem Wechsel von abhängiger Tätigkeit zu behaupteter Selbständigkeit darauf abgestellt wurde, ob das äußere Erscheinungsbild der

⁷³⁴ Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZS 1999, S. 446.

⁷³⁵ Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZS 1999, S. 446.

⁷³⁶ BT-Drucks. 14/1855, S. 7.

⁷³⁷ Schlegel (2000), S. 424, Wank (1988), S. 127 ff., 390.

⁷³⁸ Schlegel (2000), S. 425; BSG, Urteil v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 RVO Nr. 45: selbständige Lehrbeauftragte; BSG, Urteil v. 08.08.1990 – 11 RAr 77/89, SozR3-2400 § 7 SGB IV Nr. 13 S. 36 m.w.N. zum Unternehmerrisiko.

Tätigkeit unverändert geblieben ist, sollte Umgehungsversuche in diesem Bereich wirksamer als bisher erfassen⁷³⁹.

2.2.2 §§ 7 a und b SGB IV

Zur Erleichterung des Verfahrens wurden u.a. folgende Änderungen vorgenommen:

1. Ein Anfrageverfahren zur Statusklärung⁷⁴⁰, mit dem die Beteiligten prüfen lassen können, ob eine Beschäftigung vorliegt, wurde eingeführt und dieses bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte konzentriert, § 7 a Abs. 1 SGB IV.
2. Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Beschäftigung vorliegt, § 7 a Abs. 2 SGB IV.
3. Die Versicherungs- und Beitragspflicht tritt erst mit der Bekanntgabe der Statusentscheidung ein, sofern die Anfrage einen Monat nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird. Dafür muss der Beschäftigte jedoch zustimmen und für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen haben, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Sozialversicherungsträger entspricht, § 7 a Abs. 6 SGB IV. Dies gilt auch bei Feststellung der Versicherungspflicht außerhalb des Anfrageverfahrens, wenn der Beschäftigte oder sein Auftraggeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist, § 7 b SGB IV.
4. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst mit Rechtskraft der Statusentscheidung im Anfrageverfahren fällig, § 7 a Abs. 6 SGB IV.
5. Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben aufschiebende Wirkung, § 7 a Abs. 7 SGB IV.

Diese Vorschrift gilt nach der Begründung des Gesetzentwurfs auch für die Statusentscheidungen der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Anfrageverfahrens.

2.2.3 § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI

§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI wurde in Folge der Änderung des § 7 Abs. 4 SGB IV angepasst.

Arbeitnehmerähnliche Selbständige und damit in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind entsprechend den ersten beiden Merkmalen des § 7 Abs. 4 SGB IV Personen

⁷³⁹ Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZS 1999, S. 446; BT-Drucks. 14/1855, S. 7.

⁷⁴⁰ Vgl. zur Einführung des Anfrageverfahrens Bieback (2000 A), S. 873 ff., Reiserer/Freckmann (2003), S. 180 ff.; Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 67 ff.; siehe auch Neumann (2000), S. 1138 ff.

1. die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt, und
2. auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Von der Versicherungspflicht befreit gemäß § 6 Abs. 1 a SGB VI wurden Personen, die nach § 2 S. 1 Nr. 9 versicherungspflichtig sind,

1. für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI erfüllt,
2. nach Vollendung des 58. Lebensjahres, wenn sie nach einer zuvor ausgeübten selbständigen Tätigkeit erstmals nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig werden.

Durch die Neufassung des § 231 Abs. 5 SGB VI wurde die bisherige Übergangsregelung zur Einführung der Versicherungspflicht nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI erweitert. Die Erweiterung bestand u.a. darin, dass neben einer Lebensversicherung oder privaten Rentenversicherung und einer betrieblichen Altersversorgung auch andere Formen der Altersvorsorge berücksichtigt wurden, wenn sie nach Art und Umfang den Anforderungen entsprechen, die an eine Alterssicherung im Rahmen einer Lebensversicherung oder privaten Rentenversicherung gestellt werden.

2.3 Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt

2.3.1 § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 SGB IV

Im Vermittlungsausschuss von Bundesrat und Bundestag zum Gesetzentwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen⁷⁴¹ wurde Einigung darüber erzielt, im Rahmen des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002⁷⁴² den Vermutungskatalog des § 7 Abs. 4 SGB IV aufzuheben und eine neue Regelung zu treffen.

Die Neufassung betrifft einen völlig anderen Sachverhalt als die bisherige Vermutungsregelung⁷⁴³:

Zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Beschäftigung⁷⁴⁴ sind durch Art. 1 Nr. 5 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt Voraussetzun-

⁷⁴¹ Gesetzentwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen für ein zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drucks. 15/26.

⁷⁴² BGBl I, 4621; Lit. zu diesem Gesetz: Rolfs (2003), S. 65 ff.; Sommer (2003), S. 169 ff.; Bauer/Krets (2003), S. 537 ff.; Christmann (2003), S. 121 f.

⁷⁴³ Siehe dazu Rolfs (2003), S. 65 ff.

⁷⁴⁴ Sprachlich ist diese Formulierung in der Begründung des Entwurfs in BT-Drucks. 15/26 S. 22 eher widersprüchlich: Entweder selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung.

gen für die Gewährung eines Existenzgründungszuschusses in das SGB III aufgenommen worden. Unter der Voraussetzung, dass ein Arbeitnehmer seine Arbeitslosigkeit (vgl. § 118 SGB III) beendet, besteht ein Anspruch auf einen monatlichen Existenzgründungszuschuss (§ 421 I Abs. 1 S. 1 SGB III), den der Inhaber der „Ich-AG“ für seine Beitragszahlungen zur Sozialversicherung verwenden kann⁷⁴⁵. Neben der Beendigung der Arbeitslosigkeit eines Arbeitnehmers durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit hat der Existenzgründungszuschuss nach § 421 I Abs. 1 S. 2 SGB III folgende Voraussetzungen:

- Bezug von Entgeltersatzleistungen in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit oder Ausübung einer Beschäftigung, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme oder Strukturanpassungsmaßnahme gefördert worden ist.
- Prognose des Einkommens im Sinn von § 15 SGB IV nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit von voraussichtlich nicht mehr als € 25.000,- im Jahr.
- Beschäftigung keines Arbeitnehmers oder nur von mitarbeitenden Familienangehörigen.

Diese Förderung selbständiger Tätigkeit geht auf Vorschläge der Hartz-Kommission zurück und dient dazu, Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zu erproben. Die zeitlich befristete Geltungsdauer bis zum 31.12.2005 (§ 421 I Abs. 5 SGB III) ist auch darin begründet, dass die Auswirkungen der neuen Regelungen im Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsförderungsrecht mit Blick auf den Abbau der Arbeitslosigkeit und die Beseitigung von Schwarzarbeit bewertet werden müssen⁷⁴⁶.

Korrespondierend zur Einführung des § 421 I SGB III wurde § 7 Abs. 4 SGB IV neu gefasst. Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Existenzgründungszuschuss nach § 421 I SGB III⁷⁴⁷ beantragen, also schon für die Antragsteller, wird nunmehr widerlegbar vermutet, dass sie ihre Tätigkeit als Selbständige ausüben. Damit soll die Gründung einer so genannten „Ich-AG“ durch Verwaltungsvereinfachung erleichtert werden⁷⁴⁸. Der Existenzgründungszuschuss, der über die Dauer von insgesamt drei Jahren gewährt wird, und der im ersten Jahr monatlich 600 Euro, im zweiten Jahr monatlich 360 Euro und im dritten Jahr monatlich 240 Euro beträgt (§ 421 I Abs. 2 SGB III), wird nämlich lediglich für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit gewährt. Der Arbeitnehmer oder Arbeitslose, der einen derartigen Zuschuss beantragt, trüge damit ohne die Regelung des neuen § 7 Abs. 4 SGB IV die materielle Beweislast für die Selbständigkeit seiner beabsichtigten Tätigkeit.

⁷⁴⁵ BT-Drucks. 15/26 S. 22.

⁷⁴⁶ BT-Drucks. 15/26 S. 23.

⁷⁴⁷ Durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl. I, S. 2954, wurde mittlerweile folgende Ergänzung vorgenommen: „...oder eine entsprechende Leistung nach § 16 des Zweiten Buches“.

⁷⁴⁸ BT-Drucks. 15/26, S. 23.

§ 7 Abs. 4 SGB IV n.F. bestimmt in Satz 2 weiter, dass die Bezieher von Existenzgründungszuschüssen⁷⁴⁹ für die Dauer des Bezugs dieser Leistung als selbständige Tätige gelten. Mit dieser unwiderlegbaren Vermutung wird für alle Zweige der Sozialversicherung Rechtsklarheit hergestellt und vermieden, dass es im Nachhinein zu divergierenden Entscheidungen kommt. Der Leistungsbezieher ist daher in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung nicht versicherungspflichtig.

Irgendwelche Vermutungsregeln für die Unselbständigkeit einer Beschäftigung bestehen damit nicht mehr. Den Einzugsstellen und Rentenversicherungsträgern obliegt damit im Rahmen der Beitragserhebung und -prüfung selbst dann, wenn der Erwerbstätige seine Mitwirkungspflichten nach den § 28 o SGB IV, § 206 SGB V oder § 196 SGB VI verletzt, wieder die volle materielle Beweislast dafür, dass der Betreffende seine Tätigkeit in nichtselbständiger Arbeit verrichtet. Das Gesetz ist insoweit zu dem bis zum 31.12.1998 geltenden Rechtszustand zurückgekehrt.

2.3.2 § 2 S. 1 Nr. 10 SGB VI

Für die Rentenversicherung trifft der durch Art. 4 des Gesetzes neu eingefügte § 2 S. 1 Nr. 10 SGB VI eine Sonderregelung. Danach besteht für die Dauer der Gewährung des Existenzgründungszuschusses Versicherungspflicht als Selbständiger in der Rentenversicherung⁷⁵⁰. Dabei geht die Versicherungspflicht nach dieser neuen Nr. 10 allen anderen Tatbeständen des § 2 S. 1 SGB VI vor.

Dagegen ist durch die Hartz-Gesetze im Grundsatz unangetastet geblieben der 1998 mit dem so genannten Korrekturgesetz neu eingeführte § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI, der in der Rentenversicherung die Versicherungspflicht für die so genannten arbeitnehmerähnlichen Selbständigen begründet.

2.4 Entwicklung der Rechtsprechung

Die Neufassung des § 7 Abs. 4 SGB IV hat in der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit kaum eine Rolle gespielt. Das Bundessozialgericht wies zutreffend schon früh darauf hin, dass die Vorschrift – lediglich – wesentliche Gesichtspunkte zu einem als nicht abschließend verstandenen Katalog zusammenfasste⁷⁵¹. An dieser Erkenntnis hat sich seitdem nichts geändert. Soweit höchstrichterliche Entscheidungen ergangen sind, haben sie die bisherigen Erkenntnisse bestätigt.

⁷⁴⁹ Oder entsprechender Leistungen nach § 16 SGB II (s.o.)

⁷⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/26, S. 23.

⁷⁵¹ BSG, Urteil vom 28.01.1999 - B 3 KR 2/98 R; vgl. BT-Drucks 14/45, S. 19; ferner Kollmer (1999), S. 608, 609.

So hat das Bundessozialgericht in seinem *Urteil vom 10.08.2000*⁷⁵² zur Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit bei Honorarkräften, die über Bildschirmtext Dialoge sexuellen Inhalts führen, dargelegt, der Betroffene sei in den Betrieb der Arbeitgeberin eingegliedert, d.h. in die von ihr vorgegebene Ordnung, innerhalb derer mit Hilfe sächlicher oder sonstiger Mittel ein von der Arbeitgeberin als Unternehmen bestimmter arbeitstechnischer Zweck verfolgt werden sollte. Maßgebend für diese Entscheidung waren ferner die Gesichtspunkte, dass der Arbeitnehmer in der Gestaltung seiner Arbeitszeit nicht frei war, er einem für Arbeitnehmer typischen Wettbewerbsverbot unterlag, und er letztlich kein unternehmerisches Risiko trug. Unabhängig von der Bestätigung der bekannten Abgrenzung hat das Bundessozialgericht dieses Urteil zum Anlass genommen, der in der Literatur⁷⁵³ vertretenen Ansicht, bei einem Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstoße, komme ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis nicht zustande, den folgenden das Prinzip gesetzlicher Sozialversicherung prägenden Grundsatz entgegen zu halten: Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit sollten nach dem System des Sozialversicherungsrechts jedenfalls zum Teil kraft Gesetzes zur Eigenvorsorge verwendet werden. Der Einzelne erwerbe hierdurch Ansprüche aus eigener Versicherung, damit er bei Ausfall seiner Einnahmen aus der Erwerbstätigkeit nicht auf staatliche Hilfe angewiesen sei. Außerdem solle jeder, der durch unselbständige Arbeit Geld verdiene, mit Beiträgen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung beitragen. Diese Ziele könnten nur dann erreicht werden, wenn auch bei etwaiger Sittenwidrigkeit der Tätigkeit eine versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung vorliege.

In seinem *Urteil vom 25.01.2001*⁷⁵⁴ zur Versicherungs- und Beitragspflicht eines Rechtsanwalts stellt das Bundessozialgericht dann klar, der Gedanke der Schutzbedürftigkeit dürfe nicht damit verwechselt werden, dass das Ziel der Sozialversicherung, die sozial Schwächeren vor den Wechselfällen des Lebens zu schützen, kein im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu beachtendes, eigenständiges Merkmal für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sei. Die Annahme einer Beschäftigung hänge nicht von der individuellen Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person ab⁷⁵⁵. Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts haben für die Beschäftigung (nur) insofern Bedeutung, als sie es ausschließen, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien und ihren Vereinbarungen zu entscheiden⁷⁵⁶. Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit, die maßgeblich für eine soziale Schutzbedürftigkeit

⁷⁵² BSG, Urteil v. 10.08.2000 – B 12 KR 21/98 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 15 = BSGE 87, 54-63.

⁷⁵³ Vgl. z.B. Gitter (1996 B), S. 75.

⁷⁵⁴ BSG, Urteil vom 25.01.2001, B 12 KR 17/00 R, USK 2001, 25; ebenso Parallelenentscheidung B 12 KR 18/00 R.

⁷⁵⁵ Vgl. BSG, Urteil v. 10.09.1975 – 3/12 RK 6/74, BSGE 40, 208 (209) = SozR 2200 § 169 RVO Nr. 1 S. 2; BSG, Urteil v. 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 19 S. 43.

⁷⁵⁶ Vgl. BSG, Urteil v. 29.01.1981 – 12 RK 63/79, BSGE 51, 164, 167/168 = SozR 2400 § 2 AVG Nr. 16.

sei, könne kein Merkmal der Beschäftigung sein⁷⁵⁷. Ebenso wenig könne eine Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts mit dem Hinweis auf eine fehlende rechtliche Schutzbedürftigkeit und damit verneint werden, dass die Berufung auf die Versicherungspflicht der Beschäftigung im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander treuwidrig sei. Auch dies würde dem Charakter einer öffentlich-rechtlichen Pflichtversicherung widersprechen. Ebenfalls in einer Gesamtwertung der Indizien hat das Bundessozialgericht auf die bekannten Kriterien wie Verfügungsmöglichkeit über eigene Arbeitskraft bei freier Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit⁷⁵⁸, Unternehmerrisiko durch Gefahr des Verlustes von eigenem Kapital und eigener Arbeitskraft, Dauer der Arbeitszeit, Einbindung in den Arbeitsablauf sowie Art und Weise der Vergütung der Tätigkeit abgestellt.

In der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18.12.2001⁷⁵⁹, in dem es sich mit der Versicherungspflicht einer Sportlehrerin, die als Übungsleiterin für einen Sportverein Gymnastikkurse abhält, befasste, hat es insbesondere noch einmal heraus gestellt, dass es darauf ankäme, welche für und gegen abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale überwiegen würden. Dabei seien die Umstände des Falles zu berücksichtigen. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, die unter Beachtung der Ansicht der beteiligten Berufskreise und der interessierten Öffentlichkeit zu bestimmen sei. Im vorliegenden Fall stellte das Bundessozialgericht u.a. auf folgende Kriterien ab: Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Organisation einer Vertretung im Krankheitsfall, finanzielle oder unternehmerische Beteiligung, Einschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers bei Diensten höherer Art sowie Versteuerung der Einkünfte.

In der letzten Entscheidung zu diesem Themenkreis vom 19.08.2003⁷⁶⁰ nimmt das Bundessozialgericht zwar nicht ausdrücklich Stellung zur sozialen Schutzbedürftigkeit als Merkmal zur Feststellung einer versicherten Beschäftigung. Es führt jedoch aus, die Vorinstanz habe in seinem Urteil an keiner Stelle eine „soziale Schutzwürdigkeit“ des Betroffenen erwähnt und sie deshalb (zu Recht) auch nicht als Merkmal zur Feststellung einer versicherten Beschäftigung angesehen. Abgesehen davon sei es aber nicht verwehrt gewesen, die sich für den Betroffenen negativen Gestaltungsmerkmale der Beziehungen zum Auftrag- bzw. Arbeitgeber im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung zusammenschauend zu betrachten und daraus die Feststellung abzuleiten, dass hier eine Kumulierung der sich sowohl aus einer abhängigen Beschäftigung als auch aus der Selbständigkeit ergebenden Nachteile zu Lasten des Betroffenen gegeben sei. Hier hebt das Bundessozialgericht ebenfalls wieder die

⁷⁵⁷ Vgl. BSG, Urteil v. 22.11.1973 – 12 RK 17/72, BSGE 36, 262 (263); BSG, Urteil v. 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 19 S. 41.

⁷⁵⁸ So schon BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, BSGE 45, 199 = SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 8 = BB 1978, S. 966.

⁷⁵⁹ BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 8/01 R, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 19.

⁷⁶⁰ BSG, Urteil vom 19.08.2003, B 2 U 38/02 R.

notwendige Gesamtbetrachtung hervor; darin wurden die bekannten Kriterien Gestaltung der Arbeitszeit, Mitspracherechte des Arbeitgebers bei Betriebsmitteln, Art und Weise der Vergütung, Gewichtung von Unternehmerrisiko und Unternehmerchance, Weisungsrecht sowie persönliche Leistungserbringung einbezogen.

Zusammengefasst werden also weiterhin soziale Schutzbedürftigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit nicht als eigenständige Kriterien zur Bestimmung der Beschäftigteneigenschaft und damit zur Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht herangezogen.

3 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „flexiblen Arbeitszeitregelungen“

3.1 Das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen

Rückwirkend zum 01.01.1998 sind wesentliche Teile des „Gesetzes zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen“ (nicht amtliche Kurzbezeichnung: Flexi-Gesetz) vom 06.04.1998⁷⁶¹ in Kraft getreten. Mit ihm wurden insbesondere die im Folgenden näher auszuführenden Vorschriften § 7 Abs. 1 a und Abs. 1 b SGB IV, § 7 d SGB IV⁷⁶² und § 23 b SGB IV eingefügt⁷⁶³.

Für Arbeitszeitkonten und die damit verbundene Freistellung von der Arbeit war vor der Rechtsanpassung keine besondere Regelung vorgesehen. Der Großteil der Fälle konnte über § 7 Abs. 3 SGB IV abgewickelt werden. Nach dieser Vorschrift dauert die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt für längstens einen Monat fort, wenn das Beschäftigungsverhältnis ohne Entgeltzahlung fortbesteht. Diese Regelung wirkt sich aber nur aus, wenn das durch die Mehrarbeit erzielte Arbeitsentgelt tatsächlich im Monat der Erarbeitung ausgezahlt und abgerechnet wurde. Eine solche Abwicklung entsprach dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV. Danach werden die Beiträge spätestens am 15. des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung ausgeübt worden ist.

Die mit dem Gesetzentwurf⁷⁶⁴ vorgeschlagenen Neuregelungen zielten darauf ab, den unterschiedlichen Ansätzen und Inhalten der Modelle, die derzeit zur Flexibilisierung der Arbeitszeit entwickelt werden, besser Rechnung zu tragen, als dies nach den bisherigen Rah-

⁷⁶¹ BGBl. I Nr. 21 vom 14.04.1998, S. 688 ff.

⁷⁶² Ursprünglich § 7 a SGB IV; geändert durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl. I 2000 S. 2)

⁷⁶³ siehe hierzu insbesondere Beiträge von Schmalor (1998), S. 289 ff.; Rombach (1999), S. 194 ff.; Diller (1998), S. 792 ff.; Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 459 ff.; Gaul (1998), S. 1634 ff.; Husmann (2002), S. 22 ff.; Buczko (1999), S. 73 ff.

⁷⁶⁴ BR-Drucks. 1000/97 vom 29.12.1997 (Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drucks. 13/9741 vom 3.2.1998 (Gesetzentwurf von CDU/CSU, FDP - textidentisch -), BT-Drucks. 13/9818 vom 09.02.1998 und 13/9976 vom 20.02.1998 (Gesetzent-

menbedingungen des Arbeits- und Sozialrechts möglich war. Dabei sollten die neuen Rahmenbedingungen nicht auf bestimmte Modelle zugeschnitten werden. Vielmehr komme es darauf an, das geltende Recht so weiterzuentwickeln, dass es den berechtigten Interessen der beteiligten Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger Rechnung trägt und für künftige Entwicklungen offen bleibt.

3.1.1 Fiktion des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses, § 7 Abs. 1 a SGB IV

Der neu eingefügte § 7 Abs. 1 a SGB IV betrifft die Sozialversicherungspflicht. Diese hängt gemäß § 7 SGB IV vom Vorliegen eines „Beschäftigungsverhältnisses“ ab. Dafür reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber an eine Person Arbeitsentgelt zahlt. Es muss auch eine „Beschäftigung“ stattfinden, also eine physische Arbeitsleistung⁷⁶⁵. Durch die Neuregelungen im Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen gelten jetzt auch bestimmte Zeiträume ohne Arbeitsleistung als versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, wenn die Arbeitnehmer während dieser Freistellungsphasen Arbeitsentgelt erhalten, das durch eine tatsächliche Arbeitsleistung vor oder nach der Freistellungsphase erzielt wird. Sowohl Unterbrechungen des Arbeitslebens (z.B. „sabbaticals“) als auch Freistellungsphasen gegen Ende des Arbeitslebens (z.B. Altersteilzeitarbeit in Blockbildung) können dadurch in den Sozialversicherungsschutz einbezogen werden.

Nach § 7 Abs. 1 a S. 1 SGB IV besteht eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt während einer Freistellung von der Arbeit unter den folgenden fünf Voraussetzungen:

1. Die Freistellung muss aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgen, § 7 Abs. 1 a Nr. 1 SGB IV. Das Schriftformerfordernis dient der Klarstellung und Dokumentation, vor allem gegenüber den Sozialversicherungsträgern.
2. Das Arbeitsentgelt muss in der Freistellungsphase fällig sein und kontinuierlich (§ 14 SGB IV) gezahlt werden; diesbezüglich ist eine Regelung in der schriftlichen Vereinbarung erforderlich.
3. Das Arbeitsentgelt muss mit einer vor oder nach der Freistellungsphase erbrachten eigenen Arbeitsleistung erzielt werden (Wertguthaben), § 7 Abs. 1 a S. 1 SGB IV.
4. Die Höhe des für die Freistellungsphase gezahlten Arbeitsentgelts darf nicht unangemessen von dem monatlich fälligen Arbeitsentgelt der vorausgegangenen 12 Kalendermonate einer flexiblen Arbeitszeitregelung abweichen, § 7 Abs. 1 a Nr. 2 SGB IV. Damit ist eine gleichmäßige Verteilung des Arbeitsentgeltes beabsichtigt. Dies führt dazu, dass weder den Versicherungsträgern noch dem Versicherten ein entscheidender Nachteil entstehen kann. Der bisherige Lebensstandard soll in etwa gewahrt bleiben. Es wird

auch verhindert, dass der Sozialversicherungsschutz mit „Minibeiträgen“ begründet wird (siehe aber auch Voraussetzung 5). Nach der Gemeinsamen Verlautbarung der Spitzenverbände vom 23.07.1998 gilt das Arbeitsentgelt während der Freistellungsphase dann noch als angemessen, wenn es im Monat mindestens 70% des durchschnittlich gezahlten Arbeitsentgelts der vorangegangenen 12 Kalendermonate der Arbeitsphase beträgt.

5. Die Arbeitsentgelte während der Arbeitsphase und der Freistellung müssen 1/7 der monatlichen Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) übersteigen, § 7 Abs. 1 a Nr. 2 SGB IV. Dass die Bezüge über der Geringverdienergrenze liegen müssen, soll verhindern, dass durch missbräuchliche Gestaltung mit Mini-Beiträgen Sozialversicherungsschutz herbeigeführt werden kann. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil das Arbeitsentgelt nicht unangemessen von dem sonst während der Arbeitsleistung erzielten Arbeitsentgelt abweichen darf.

Sind alle fünf Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 a SGB IV erfüllt, besteht auch während der Freistellungsperiode ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Dies führt zur Versicherungspflicht in allen Teilen der Sozialversicherung (Renten-, Kranken- und Pflege-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung).

Ob die Arbeitsleistung vor oder erst nach der Freistellung erbracht wird, ist für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses unerheblich. Nach § 7 Abs. 1 a S. 2 SGB IV kann ein Beschäftigungsverhältnis sogar mit einer Freistellungszeit beginnen.

§ 7 Abs. 1 a S. 3 SGB IV bestimmt, dass eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt während der Zeit der Freistellung auch besteht, wenn die Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, wegen einer im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorhersehbaren vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr erbracht werden kann.

Nach § 7 Abs. 1 a S. 4 SGB IV⁷⁶⁶ gilt die Fiktion des fortbestehenden Beschäftigungsverhältnisses nicht für Dritte, auf die Wertguthaben übertragen wird. Die Vorschrift schließt nicht aus, dass Dritte Wertguthaben, die ein Beschäftigter durch Arbeitsleistung angesammelt hat, erwerben kann, verhindert jedoch, dass sie sozialversicherungsrechtlichen Schutz ohne eigene Arbeitsleistung begründen können⁷⁶⁷. Für den Zessionar des Auszahlungsanspruchs entsteht also nicht rückwirkend ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis.

⁷⁶⁵ Diller (1998), S. 792.

⁷⁶⁶ Nach Einfügung eines zusätzlichen Satz 4 in der derzeitigen Fassung Satz 5.

⁷⁶⁷ BT-Drucks. 13/9741, S. 9

3.1.2 Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten, § 7 d SGB IV

Als zweite wichtige Regelung wurde in § 7 d SGB IV eine Regelung zum Insolvenzschutz eingeführt.

Mit Blick auf das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers verlangte § 7 d SGB IV seit dem für alle Arbeitszeitmodelle, die unter den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 a SGB IV fallen, eine Sicherung des angesparten Wertguthabens (galt nicht für den Bund, die Länder und juristische Personen des öffentlichen Rechts, bei denen das Insolvenzverfahren nicht zulässig ist, § 7 d Abs. 2 SGB IV). Danach sollten die Vertragsparteien „Vorkehrungen“ treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen.

Die Nummern 1 und 2 des § 7 d SGB IV steckten den Rahmen ab, innerhalb dessen der Gesetzgeber einen Regelungsbedarf für die Vertragsparteien sah. Ein Sicherungsbedürfnis bestand demnach nicht, soweit der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Insolvenzgeld hatte (Nummer 1). Nach Nummer 2 war ein Sicherungsbedürfnis erst gegeben, wenn ein Wertguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe des Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße und der vereinbarte Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift überstieg. Der Zeitraum von 27 Kalendermonaten trug den in der Praxis entwickelten Regelungen Rechnung, die einen Ausgleich innerhalb von 24 Kalendermonaten mit einem zusätzlichen Zeitpuffer von drei Monaten vorsahen.

Unbenommen blieb den Vertragsparteien bleiben, Wertguthaben unterhalb dieser Mindestvoraussetzungen abzusichern.

Eine Literaturmeinung⁷⁶⁸ sah § 7 d SGB IV als zwingend an. Er erschöpfe sich nicht bloß in einer Appellfunktion; dies folge sowohl aus den Gesetzesmaterialien⁷⁶⁹ als auch aus dem Gesetzeswortlaut („(...) treffen (...) Vorkehrungen“). Allerdings fehle eine Sanktion für den Fall, dass die Mobilzeitabrede keine Insolvenzschutzklausel vorsieht⁷⁷⁰. Verweigere der Arbeitgeber jedoch entsprechende Vorkehrungen, sei daran zu denken, ihn in Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB zu geeigneten Vorkehrungen zu verpflichten⁷⁷¹. Im Übrigen sei § 7 Abs. 1 a SGB IV als ein Schutzgesetz anzusehen, so dass eine Haftung des Arbeitgebers nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht komme⁷⁷².

Durch diesen Insolvenzschutz wurde im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers somit ein Dritter Schuldner des Arbeitsentgelts. Dieser hatte gemäß § 23 b Abs. 2

⁷⁶⁸ Rombach (1999), S. 197; eine andere Ansicht vertritt Diller, der eine "klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers sieht, den Insolvenzschutz zunächst nur als freiwillige Angelegenheit auszugestalten", Diller (1998), S. 795.

⁷⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. 13/10033, S. 19.

⁷⁷⁰ Rombach (1999), S. 197; vgl. auch BT-Drucks. 13/10033, S. 19.

⁷⁷¹ Husmann (2002), S. 27.

⁷⁷² Husmann (2002), S. 27; Diller (1998), S. 795.

S. 9 SGB IV die Arbeitgeberpflichten zu erfüllen, also das Arbeitsentgelt aus dem angesparten Wertguthaben und die hierauf entfallenden Beiträge zu zahlen.

Die vorsichtige Formulierung des § 7 d SGB IV, ohne konkrete inhaltliche Vorgabe der Vorkehrungen zum Zwecke des Insolvenzschutzes, hatte der Gesetzgeber angesichts der Vielzahl bereits vorhandener und sich noch entwickelnder Arbeitszeitkontenmodelle gewählt, deren Weiterentwicklung bei restriktiven Vorgaben gefährdet würde⁷⁷³. In der Anlaufphase sollte es zunächst Sache der Vertragsparteien sein, entsprechend diesen Erfordernissen zweckmäßige Modelle zur Sicherung der Wertguthaben zu entwickeln⁷⁷⁴. Vorbild für diese Offenheit war die Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung. Bei dieser stand auch nicht ein durch den Gesetzgeber ausgeformter Insolvenzschutz am Anfang, sondern am Ende einer jahrzehntelangen Entwicklung.

3.1.3 Beitragsstundung, § 23 b Abs. 1 SGB IV

Die dritte wichtige Kernregelung im „Flexi-Gesetz“ war die Einfügung von § 23 b SGB IV als Folgeänderung zu § 7 Abs. 1 a SGB IV; sie betrifft die Beitragserhebung.

Seitdem stellt § 23 b Abs. 1 SGB IV klar, dass die Beiträge für die Zeit der tatsächlichen Arbeitsleistung und der Freistellung entsprechend der in der schriftlichen Vereinbarung geregelten Fälligkeit der jeweiligen anteiligen Arbeitsentgelte zu zahlen sind. Die Fälligkeit der Beiträge, die auf das – sukzessiv aufzulösende – Wertguthaben zu entrichten sind, richtet sich daher nicht nach der arbeitsrechtlichen Entstehung, sondern nach der arbeitsrechtlichen Fälligkeit (entsprechend der Vereinbarung) des Entgeltanspruchs⁷⁷⁵.

Die Notwendigkeit der Regelung ergibt sich aus der Tatsache, dass Arbeitsentgelt im Zeitpunkt seiner Entstehung eigentlich sofort verbeitragt werden muss und diese Beiträge normalerweise am 15. des Folgemonats ihrer Entstehung fällig sind, § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV⁷⁷⁶. Die Beiträge werden infolge der Gesetzesänderung nunmehr gestundet oder kreditiert. Die Beiträge während der Arbeitsphase bemessen sich dementsprechend aus einem gegenüber dem erarbeiteten Arbeitsentgelt geminderten Entgelt und während der Freistellungsphase aus dem in dieser Phase ausgezahlten Entgelt⁷⁷⁷. Die Gesetzesbegründung weist insbesondere daraufhin, dass ein Schuldnerwechsel, z.B. aufgrund der Absicherung der Wertguthaben über einen Investmentfonds, nicht die Fälligkeit der Beiträge zum Zeitpunkt der Zuführung der Mittel an den Fonds, sondern erst bei

⁷⁷³ Rombach (1999), S. 197 f.

⁷⁷⁴ BT-Drucks. 13/9818, S. 11; Gaul (1998), S. 1636; Rombach (1999), S. 198; Schmalor (1998), S. 296 f.

⁷⁷⁵ Husmann (2002), S. 29.

⁷⁷⁶ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 462.

⁷⁷⁷ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 463; Buczko (1999), S. 75.

Inanspruchnahme der Wertguthaben in der Freistellungsphase herbeiführt, da die Identität der Schuld des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt davon unberührt bleibt⁷⁷⁸.

Im Übrigen tritt Fälligkeit beispielsweise dann ein, wenn das Wertguthaben auf einen Dritten übertragen wird, so dass ein Gläubigerwechsel eintritt⁷⁷⁹. Mit der Übertragung gibt der das Wertguthaben abgebende Arbeitnehmer zu erkennen, dass er seine erbrachte Arbeitsleistung nicht für eine Freistellungsphase nutzen will. In diesem Fall sind die Regelungen des § 23 b Abs. 2 SGB IV (siehe Teil II, Kapitel 3, 3.1.4) zu beachten. Die Beiträge werden dann allerdings zugunsten des Übertragenden abgeführt, der die abzugeltende Vorarbeit auch tatsächlich erbracht hat.

3.1.4 Störfälle, § 23 b Abs. 2 SGB IV

Als vierte wichtige Regelung wurde § 23 b Abs. 2 SGB IV eingefügt.

Im Regelfall werden die Parteien des Arbeitsverhältnisses sich bemühen, rechtzeitig vor der Beendigung des Dienstverhältnisses die Arbeitszeit- bzw. Wertkonten auf „Null“ zu stellen. Dann ergeben sich weder arbeitsrechtliche noch sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten. Wird das Beschäftigungsverhältnis aber während der Anspar- oder Freistellungsphase beendet, ist eine zweckentsprechende Verwendung des Wertguthabens – teilweise – nicht mehr möglich.

Daher sollte § 23 b Abs. 2 SGB IV den beitragspflichtigen Umfang von Arbeitsentgelt und die Fälligkeit (Verteilung) von Beiträgen in den Fällen regeln, in denen zunächst ein Wertguthaben aus vorgeleisteter Arbeit für Zwecke der Freistellung entsprechend den einzelnen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 a SGB IV angesammelt wird, dieses Guthaben aber dann zu einem späteren Zeitpunkt nicht wie vereinbart verwendet oder wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht gezahlt wird („Störfälle“⁷⁸⁰). Störfälle sind insbesondere⁷⁸¹:

- die vollständige oder teilweise Auszahlung des Wertguthabens außerhalb einer Freistellung,
- die Beendigung des Arbeitsverhältnisses z.B. durch Kündigung oder wegen des Eintritts einer Erwerbsminderung beim Arbeitnehmer,
- der Tod des Arbeitnehmers,
- die Verwendung des Wertguthabens für Zwecke einer betrieblichen Altersversorgung,
- die Übertragung von Wertguthaben auf andere Personen.

⁷⁷⁸ BT-Drucks. 13/9741, S. 10.

⁷⁷⁹ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 463; Schmalor (1998), S. 294; Diller (1998), S. 794; Gaul (1998), S. 1636.

⁷⁸⁰ Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben in ihrer gemeinsamen Verlautbarung vom 23.07.1998 diese nicht vereinbarungsgemäße Verwendung des Wertguthabens als "Störfälle" tituliert, s. Schmalor (1998), S. 294.

⁷⁸¹ dazu Rombach (1999), S. 198; Schmalor (1998), S. 294.

Nach § 23 b Abs. 2 SGB IV war das aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses für die Freistellungsphase noch ausstehende Arbeitsentgelt beitragspflichtig. Die Beiträge zur Sozialversicherung auf das im Arbeitszeitkonto verbrieftete Arbeitsentgelt wurden fällig.

Nach § 23 b Abs. 2 Satz 2 SGB IV war im Störfall zur Beitragsbemessung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags das jeweilige zu verbeitragende Arbeitsentgelt im Sinne von Satz 1 auf die in der Vergangenheit liegenden Kalendermonate zu verteilen, in denen von dem jeweiligen Arbeitgeber Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung gezahlt worden waren, unabhängig davon, in welchen Monaten Wertguthaben tatsächlich angesammelt worden war. Hierbei durfte Arbeitsentgelt einem Monat erst zugerechnet werden, wenn alle späteren Monate bereits mit Arbeitsentgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze belegt waren; es war mit dem Monat zu beginnen, in dem das Arbeitsentgelt nicht zweckentsprechend verwendet worden war. Die Ermittlung des beitragspflichtigen Restwertguthabens im Störfall, wenn also eine Freistellung nicht mehr möglich war, musste im Wege des geschilderten so genannten „Krebstanges“ ermittelt werden⁷⁸².

3.1.5 Leistungsrechtliche Folgeänderungen

Neben den vier Kernregelungen des Flexigesetzes sind u.a. leistungsrechtliche Folgeänderungen in den einzelnen Sozialversicherungszweigen eingefügt worden.

3.1.5.1 Arbeitslosenversicherung, § 134 SGB III

Nach § 134 Abs. 1 Nr. 2 SGB III⁷⁸³ bleibt ein bei Eintritt eines Störfalles bestehendes Wertguthaben für das Bemessungsentgelt außer Betracht.

Der Bemessung des Arbeitslosengeldes ist nach § 134 Abs. 2 Nr. 4 SGB III nicht das ursprünglich vereinbarte Arbeitsentgelt, sondern das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum für die geleistete Arbeitszeit erzielt hätte, wenn eine Vereinbarung nach § 7 Abs. 1 a SGB IV nicht geschlossen worden wäre (Halbsatz 1). Umfasst der Bemessungszeitraum Zeiten einer Freistellung, ist für diese Zeiten das Arbeitsentgelt maßgebend, das der Erhebung der Beiträge zugrunde lag (Halbsatz 2)⁷⁸⁴.

Somit ist für die Anspar- und Freistellungsphase, soweit sie in den Bemessungszeitraum gemäß § 130 SGB III fallen, das Bemessungsentgelt nach unterschiedlichen Prinzipien zu ermitteln. In der Ansparphase wird auf eine fiktive Rechtslage abgestellt und das Entgelt

⁷⁸² Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 464; Husmann (2002), S. 30.

⁷⁸³ ursprünglich § 134 I Nr. 3 SGB III.

⁷⁸⁴ BT-Drucks. 13/9741, S. 11 f.

entsprechend der Anspruchstheorie⁷⁸⁵ ermittelt: Es ist der Arbeitsentgeltanspruch zugrunde zu legen, der der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung entspricht. In der Freistellungsphase ist unter Zugrundelegung der – modifizierten – Zuflusstheorie⁷⁸⁶ das Entgelt zu berücksichtigen, das dem Arbeitslosen tatsächlich zugeflossen ist. Je nach dem Zeitpunkt, zu dem Arbeitslosigkeit eintritt, verändert sich das Bemessungsentgelt. Entscheidend ist, mit welchem zeitlichen Anteil Anspar- und Freistellungsphase in den 52-wöchigen Bemessungszeitraum fallen⁷⁸⁷.

Dauert die Ansparphase bis zu 52 Wochen, führt die Anwendung der Anspruchstheorie und der Zuflusstheorie immer dazu, dass das gesamte erarbeitete Entgelt in das Bemessungsentgelt einfließt. Diese Regelung steht nicht im Widerspruch zur Unbeachtlichkeit eines Wertguthabens im Störfall gemäß § 134 Abs. 1 Nr. 2 SGB III⁷⁸⁸, der nur für den Fall gelten kann, dass die Ansparphase länger als die 52 Monate dauert. Das außerhalb des Bemessungszeitraums erarbeitete, aber erst bei Eintritt des Störfalles fällig werdende und zufließende Restwertguthaben wird nicht berücksichtigt.

3.1.5.2 Krankenversicherung

Die beiden dem § 47 Abs. 2 SGB V angefügten Sätze 4 und 5 stellen sicher, dass der Versicherte Krankengeld nur auf der Basis des tatsächlich gezahlten Entgelts erhält⁷⁸⁹.

Wird das Arbeitsverhältnis durch eine längere Krankheit unterbrochen, hat der Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen Anspruch auf Krankengeld. Insofern bestimmt sich gemäß § 47 Abs. 2 S. 4 Halbsatz 1 SGB V das Regelentgelt nach den der Beitragsbemessung zugrunde liegenden, also nach den jeweils in der Anspar- und Freistellungsphase fällig werdenden – sprich den tatsächlich gezahlten – Entgelten⁷⁹⁰.

Tritt ein Störfall ein und kann das Wertguthaben nicht vereinbarungsgemäß aufgelöst werden, bleibt das noch bestehende Guthaben, obwohl es „verbeitragt“ wird, außer Betracht, führt somit nicht zu einem höheren Leistungsniveau, § 47 Abs. 2 S. 4 Halbsatz 2 SGB V.

⁷⁸⁵ Husmann (2002), S. 32; BSG, Urteil vom 28.06.1995 – 7 RAr 102/94, BSGE 76, 162 (166 ff.) = SozR 3-4100 § 112 Nr. 22.

⁷⁸⁶ Husmann (2002), S. 32; BSG, Urteil vom 28.06.1995 – 7 RAr 102/94, BSGE 76, 162 (166 ff.) = SozR 3-4100 § 112 Nr. 22.

⁷⁸⁷ Husmann (2002), S. 32; Wonneberger (1998), S. 983; eine andere Ansicht vertritt Diller, nach der das „Rosinen-Prinzip“ auf eine Gesamtbetrachtung beschränkt bleiben muss. Es müsse darauf ankommen, ob innerhalb des 52-wöchigen Bemessungszeitraums das insgesamt tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt höher sei als das gesamte Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose ohne Vereinbarung des flexiblen Modells im Bemessungszeitraum erhalten hätte. Dagegen gehe es nicht an, innerhalb des Bemessungszeitraums zu splitten und beispielsweise für drei Monate einer Freistellung das tatsächliche Arbeitsentgelt anzusetzen, für drei Monate einer Vor- oder Nacharbeit dagegen das fiktive Einkommen, das in diesen drei Monaten ohne Vereinbarung des flexiblen Modells aufgrund der tatsächlichen Arbeitszeit erzielt worden wäre, Diller (1998), S. 794.

⁷⁸⁸ Husmann (2002), S. 32.

⁷⁸⁹ BT-Drucks. 13/9741, S. 12.

⁷⁹⁰ BT-Drucks. 13/9741, S. 12.

Des weiteren stellt § 49 Abs. 1 Nr. 6 SGB V klar, dass bei einer Erkrankung während einer Freistellungsphase kein Krankengeldanspruch besteht, da der Arbeitnehmer sonst doppelt verdienen würde⁷⁹¹.

3.1.5.3 Rentenversicherung

§ 75 Abs. 1 SGB VI regelt für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, dass die nach § 23 b Abs. 2 SGB IV gezahlten Beiträge leistungrechtlich als rechtzeitig gezahlte Pflichtbeiträge zu behandeln sind und damit insbesondere bei Renten wegen Erwerbsminderung und Todes berücksichtigt werden⁷⁹². Abweichend von dem Grundsatz, nach dem nach Eintritt des Versicherungsfalls entrichtete Beiträge im Rahmen dieses Versicherungsfalles nicht zu beachten sind, werden somit auch nach Rentenbeginn die bei Eintritt eines Störfalles nachträglich aus dem Wertguthaben gezahlten Beiträge wie rechtzeitig entrichtete Pflichtbeiträge behandelt und bei der Ermittlung von Entgeltpunkten berücksichtigt.

3.2 Das Gesetz zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (4. Euro-Einführungsgesetz)

Schwerpunkte des zum 01.01.2001 in Kraft getretenen Gesetzes zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht vom 21.12.2000 (4. Euro-Einführungsgesetz)⁷⁹³ sind eine Änderung des Insolvenzschutzes und die Verbesserung der sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen, soweit die angesammelten Wertguthaben nicht zweckentsprechend für die Freistellung von der Arbeitsleistung verwendet werden können (Störfälle), einschließlich der in der Rentenberechnung daraus zu ziehenden Folgerungen⁷⁹⁴. Eine weitere Neuerung des 4. Euro-Einführungsgesetzes ist die beitragsfreie Überführung der Wertguthaben in die betriebliche Altersversorgung unter bestimmten Voraussetzungen, die erst im Rahmen der Ausschussberatungen Eingang in das Gesetz gefunden haben⁷⁹⁵. Nachfolgend sollen diese wesentlichen Änderungen dargestellt werden.

3.2.1 Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten, § 7 d SGB IV

Mit § 7 d Abs. 1 SGB IV ist der starre Mindest-Ausgleichszeitraum von 27 Kalendermonaten, ab dem erstmals ein Insolvenzschutz vereinbart werden sollte, aufgehoben und regelungsoffen für die Koalitionspartner gestaltet worden. Schon bisher blieb es den Vertragspar-

⁷⁹¹ Diller (1998), S. 794.

⁷⁹² BT-Drucks. 13/9741, S. 12.

⁷⁹³ BGBl. I S. 1983.

⁷⁹⁴ BT-Drucks. 14/4375, S. 44.

⁷⁹⁵ Vgl. Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages vom 16.11.2000, BT-Drucks. 14/4657.

teilen unbenommen, Wertguthaben unterhalb dieser Mindestvoraussetzung abzusichern. Die Neuregelung soll es den Tarifvertragsparteien nunmehr ermöglichen, die gesetzliche Grenze von 27 Kalendermonaten flexibel an besondere Verhältnisse in den jeweiligen Tarifbereichen anzupassen⁷⁹⁶. Nach ihr kann in den Fällen, in denen das Wertguthaben die Grenze des dreifachen der monatlichen Bezugsgröße übersteigt, eine Sicherung desselben tarifvertraglich auch dann verpflichtend sein, wenn der Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, von den gesetzlich vorgegebenen 27 Monaten abweicht. Damit wird einem Beschluss des Bündnisses für Arbeit Rechnung getragen, längerfristige Arbeitszeitguthaben beschäftigungswirksam zu fördern⁷⁹⁷. Erforderlich ist allerdings eine entsprechende Regelung in einem Tarifvertrag oder eine tarifvertragliche Regelung die eine entsprechende Betriebsvereinbarung zulässt. Ein einzelvertragliches Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben ist nicht möglich. Kommt keine kollektivrechtliche Vereinbarung zustande, gilt unverändert die gesetzliche 27-Monats-Grenze.

3.2.2 Störfälle, § 23 b Abs. 2 SGB IV

§ 23 b Abs. 2 SGB IV wurde durch das 4. Euro-Einführungsgesetz vollkommen neu gefasst. In ihm wird nunmehr explizit geregelt, inwieweit im Störfall das Wertguthaben zu verbeitragen ist, also der Umfang des beitragspflichtigen Arbeitentgelts im Störfall ermittelt wird.

Wegen möglicher Störfälle sind in den Lohnunterlagen zwei Konten einzurichten. Das eine weist das angesparte Wertguthaben ohne Berücksichtigung von Beitragsbemessungsgrenzen aus. Es dient als Grundlage für die Beitragsbemessung bei „normaler“ Durchführung der Freistellungsphase. Ein weiteres Konto weist den beitragspflichtigen Teil des Wertguthabens für den potentiellen Störfall aus.

Auf dem zweiten Konto wird ab der ersten Gutschrift auf dem Wertguthaben die Differenz zwischen dem Betrag der Beitragsbemessungsgrenze (je nach Versicherungszeit) und dem tatsächlich verbeitragten Arbeitentgelt ermittelt. Konkret heißt dies, dass in der monatlichen Lohn- und Gehaltsabrechnung vier Summenfelder (ein Feld pro Versicherungszweig: Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung) geführt und fortgeschrieben werden. Ob diese Beträge täglich, monatlich oder jährlich ermittelt werden, bleibt offen, um verwaltungspraktikable Regelungen zu ermöglichen⁷⁹⁸.

Im Normalfall wird also das gesamte Wertguthaben im Verlauf der Freistellungsphase beitragspflichtig aufgelöst. Tritt ein Störfall ein, dann ist das auf der Untergliederung „beitragspflichtiges Arbeitentgelt“ verbuchte Arbeitentgelt, höchstens aber das tatsächliche

⁷⁹⁶ Begründung zu Artikel 4 Nummer 3 des 4. Euro-Einführungsgesetzes (BT-Drucks. 14/4375, S. 47).

⁷⁹⁷ Knosppe/Ewert/Marx (2001), S. 463.

⁷⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/4375, S. 49.

Wertguthaben⁷⁹⁹, zu verrechnen. Maßgeblich ist die Beitragsbemessungsgrenze im Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsleistung, § 23 b Abs. 2 S. 1 SGB IV.

Außerdem werden Arbeitgeber, bei denen die Zeit der Freistellung eines Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung auf Grund des Wertguthabens 250 Stunden⁸⁰⁰ nicht überschreitet, von der Verpflichtung zur Führung besonderer Aufzeichnungen befreit. Bei „Gleitzeitguthaben“ wird insoweit ein besonderer Verwaltungsaufwand vermieden. Damit wurde ein Anliegen der Praxis umgesetzt und eine verwaltungsökonomische Verfahrensabwicklung geschaffen. Der Nachweis von Gleitzeitguthaben bei Arbeitgeberprüfungen ist jedoch über andere Unterlagen sicherzustellen⁸⁰¹.

3.2.3 Einstellung in Altersversorgung, § 23 III a SGB IV

§ 23 b Abs. 2 SGB IV wurde durch einen neuen Absatz 3 a dahingehend ergänzt, dass Restguthaben beitragsfrei in eine betriebliche Altersversorgung überführt werden können. Die Freistellung ist jedoch an enge Voraussetzungen geknüpft. So muss die Verwendung für Zwecke der betrieblichen Altersversorgung bereits beim Abschluss der Vereinbarung im Sinne des § 7 Abs. 1 a SGB IV für den Fall des Eintritts eines Störfalles vorgesehen sein. Als Störfall gilt hier nur die Beendigung der Beschäftigung auf Grund des Eintritts verminderter Erwerbsfähigkeit, des Erreichens einer Altersgrenze, zu der eine Rente wegen Alters beansprucht werden kann, und des Todes des Beschäftigten. Eine Abfindung darf die betriebliche Altersversorgung nicht beinhalten, außerdem hat ihr Leistungskatalog umfangreich zu sein, d.h. Leistungen für den Eintritt der Versicherungsfälle des Todes, der Invalidität oder des Alters sind zu gewährleisten⁸⁰². Zudem darf der Freistellungszweck nicht nur vorgeschoben werden.

Die gesetzliche Regelung zur Beitragsfreiheit des Wertguthabens geht dabei davon aus, dass bei Beendigung der Beschäftigung auf Grund verminderter Erwerbsfähigkeit oder wegen Erreichens einer Altersgrenze, zu der eine Rente wegen Alters beansprucht werden kann, eine entsprechende Rente auch wirklich bezogen wird⁸⁰³. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aus den genannten Gründen allein führt deshalb nicht zur Beitragsfreiheit des Wertguthabens. Lässt sich bereits im Zeitpunkt der Ansammlung von Wertguthaben vorhersehen, dass eine Freistellung nicht mehr realisiert werden kann (z.B. Wertguthaben von mehr als 12 Monaten bei einem 64-Jährigen), kann das Wertguthaben nicht beitragsfrei gestellt werden, denn hier liegt eindeutig eine Umgehung des SGB IV zur Beitragspflicht vor;

⁷⁹⁹ Husmann (2002), S. 30; Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 464.

⁸⁰⁰ Von 200 im ursprünglichen Gesetzentwurf angehoben auf 250 Stunden, vgl. Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages vom 16.11.2000, BT-Drucks. 14/4657, S. 3.

⁸⁰¹ BT-Drucks. 14/4375, S. 44.

⁸⁰² Husmann (2002), S. 30.

der Freistellungszweck wäre nur vorgeschoben. Die Beiträge auf Wertguthaben sind nur gestundet, und zwar nur, wenn ihr Abbau mit einer Freistellung von der Arbeitsleistung verbunden ist. Deshalb muss ihr Aufbau – die Ansparphase – diesem Ziel der Freistellung dienen. Sprich: Bis zu dem Zeitpunkt, ab dem vorhersehbar ist, dass eine Verwendung zu Freistellungszwecken unmöglich ist, bleiben angesammelte Wertguthaben beitragsfrei, wenn sie in eine betriebliche Altersversorgung überführt werden. Die danach angesammelten Wertguthaben sind auch bei einer Überführung in eine betriebliche Altersversorgung zu beitragen.

4 Zwischenergebnis

Aufgrund des Anpassungszwangs entstanden im Wesentlichen zwei konkrete Ansätze zur Rechtsanpassung: Das angelsächsische Modell und „Flexicurity“. In Abgrenzung zum marktradikalen angelsächsischen System, das ausschließlich auf Flexibilität setzt, will das Konzept der „Flexicurity“ Abstimmung der sozialen Sicherungssysteme auf die Flexibilisierungen in der Arbeitswelt. Dies lässt sich durch eine Änderung im oder des Systems verwirklichen. Eine Änderung im System erfolgt beispielsweise durch Anpassung des einzubeziehenden Versichertenkreises. Insofern verfolgen Literatur und Politik Reformvorschläge im Sinne einer besseren Erfassung der ohnehin schon versicherungspflichtigen (Scheinselbständigen), einer am Normzweck ausgerichteten Anpassung des Beschäftigtenbegriffs über einen abgestuften Schutz bis hin zur grundsätzlichen Einbeziehung der „Neuen Selbständigen“ und sogar aller Selbständigen. Als Änderung des Systems wird die Einführung einer bedarfsunabhängigen Grundsicherung in der Kranken- und Rentenversicherung mit einer generellen Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle Erwerbsarbeit unter Abkehr vom selektiven Charakter der Versicherungspflicht diskutiert.

Tatsächliche Rechtsanpassung erfolgte dann seit 1999 durch eine Reihe von Gesetzenovellen. Zur sozialrechtlichen Flankierung der „Neuen Selbständigkeit“ wurde mit Wirkung zum 01.01.1999 erstmals ein Kriterienkatalog mit Vermutungsregelung zugunsten einer Beschäftigung geschaffen. Gleichzeitig wurde die Mitarbeiterkategorie der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ eingeführt und in die Rentenversicherungspflicht einbezogen. Zur Verfahrenserleichterung wurde ein bis heute geltendes Anfrageverfahren zur Statusklärung eingeführt. Später wurde die Vermutungsregelung durch eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Selbständigkeit in den Fällen, in denen ein Existenzgründungszuschuss beantragt wird, ersetzt.

⁸⁰³ siehe hierzu Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages vom 16.11.2000, BT-Drucks. 14/4657, S. 3.

Ausweislich der Gesetzesbegründungen sollte der Katalog der Vermutungsregelung nicht abschließend sein, sondern weitere Merkmale, auch die der (bisherigen) Rechtsprechung zulassen. Soweit Urteile des Bundessozialgerichts zwischenzeitlich ergangen sind, haben diese jedoch keine neuen Kriterien ergeben. Festgestellt wurde aber, dass soziale Schutzbedürftigkeit und die dafür maßgebliche wirtschaftliche Abhängigkeit kein eigenständiges Merkmal für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ist.

Durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen gelten jetzt auch bestimmte Zeiträume ohne Arbeitsleistung als versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, wenn die Arbeitnehmer während dieser Freistellungsphasen Arbeitsentgelt erhalten, das durch eine tatsächliche Arbeitsleistung vor oder nach der Freistellungsphase erzielt wird (§ 7 Abs. 1 a SGB IV). Zudem verlangt die Neuregelung, dass die Vertragsparteien „Vorkehrungen“ treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen (Insolvenzschutz, § 7 d SGB IV). Gleichzeitig werden die Beiträge, die mit der Erarbeitung fällig würden, gestundet (§ 23 b Abs. 1 SGB IV) und Regelungen zur Abwicklung von Störfällen getroffen (§ 23 b Abs. 2 SGB IV). Das Gesetz zur Einführung des Euro im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (4. Euro-Einführungsgesetz) verbesserte den Insolvenzschutz sowie die Abwicklung von Störfällen und ermöglicht die Einstellung von Restguthaben in eine betriebliche Altersversorgung.

Kapitel 4: Die Entwicklung des Beschäftigtenbegriffs - Wirkungsgrad der Neuregelungen

In einem nächsten Schritt wird untersucht, welchen Wirkungsgrad die Rechtsanpassungen erzielt haben, d.h. wie die sozialpolitischen Ziele als Ergebnis der aufgezeigten tatsächlichen und rechtlichen Anpassungszwänge durch Umsetzung in Recht realisiert wurden.

1 Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“

1.1 Sozialpolitische Ziele

Die sozialpolitischen Überlegungen, die sich wie gezeigt in zahlreichen Reformvorschlägen ausgedrückt haben, sahen vor, entweder das System im Sinne einer Grundsicherung zu ändern oder im bestehenden System den Versichertenkreis anzupassen.

Letzteres sollte nach den Vorschlägen der Kritiker an der h.L. zur bisherigen Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs⁸⁰⁴ durch die richtige sozialrechtliche Erfassung der neuen Erwerbsformen in der Sache und durch Schaffung operationaler Kriterien für die Praxis erfolgen⁸⁰⁵. Es sollte im bestehenden System zum einen eine verbesserte sozialversicherungsrechtliche Erfassung der „Scheinselbständigen“, also derer, die vertraglich als Selbständige behandelt werden, die jedoch tatsächlich wie abhängig Beschäftigte arbeiten, erfolgen. Zum anderen bestand die Notwendigkeit, die „Neue Selbständigkeit“ unter sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsmarktpolitischen Aspekten sinnvoll gesetzlich zu flankieren.

Die Gesetzesbegründung zum Korrekturgesetz stellte in diesem Sinne dann die schnellere und erleichterte Erfassung scheinselbständiger Arbeitnehmer in der Sozialversicherung durch Kriterienkatalog und Vermutungsregelung und die Pflichtversicherung arbeitnehmerähnlicher Selbständiger in der Rentenversicherung in den Vordergrund⁸⁰⁶. Mit der Neuregelung sollte der Erosion des versicherten Personenkreises begegnet werden⁸⁰⁷.

Mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit sollten die Schwierigkeiten, zu denen die Neuregelung geführt hat, beseitigt werden. Diese Probleme beruhten auf Missverständnissen über die rechtliche Tragweite der Neuregelungen, auf divergierenden Entscheidungen über die Frage, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, auf nicht zumutbaren Beitragsnachforderungen, einem unzureichenden vorläufigen Rechtsschutz gegen Beitragsbescheide sowie auf der Einbeziehung von Existenzgründern in den Schutz der Rentenversicherung⁸⁰⁸. Dementsprechend wurden u.a. die Vermutungsmerkmale präzisiert und ergänzt, das Anfrageverfahren zur Statusklärung eingeführt und klargestellt, dass der Amtsermittlungsgrundsatz weitergilt.

Nachdem diese Ansätze vorrangig die Einbeziehung der neuen Erwerbsformen in die Sozialversicherungspflicht verfolgten, stellt das Hartz-Gesetz nun eindeutig arbeitsmarktpoli-

⁸⁰⁴ Siehe Teil II, Kapitel 1, 2.3.

⁸⁰⁵ Wank (1999), S. 307; ders. (1997), S. 12 ff.

⁸⁰⁶ BT-Drucks. 14/45, S. 19 f.

⁸⁰⁷ BT-Drucks. 14/45, S. 20.

⁸⁰⁸ BT-Drucks. 14/1855, S. 1.

tische Aspekte in den Vordergrund und ändert damit die sozialpolitische Zielrichtung. Mit dem unkonventionellen Ansatz der Einführung der „Ich-AG“ werde die Gründung selbständiger Existenzen angeregt. Durch die Vermutung der Selbständigkeit ab Antrag auf Gewährung eines Existenzgründungszuschusses werde die Gründung einer Ich-AG durch Verwaltungsvereinfachung (*Anm. d. Verf.:* durch Freistellung von der allgemeinen Sozialversicherungspflicht) erleichtert. Zugleich werde der Übergang in die Selbständigkeit zeitlich befristet sozial flankiert, in dem Gründerinnen und Gründer in den Schutz der Sozialversicherung (*Anm. d. Verf.:* wohl Rentenversicherung) einbezogen bleiben⁸⁰⁹.

Fasst man die Gesetzesbegründungen zusammen, verfolgte der Gesetzgeber die Ziele Verfahrenserleichterung, bessere Erfassung Schutzbedürftiger und Beschäftigungsförderung.

1.2 Umsetzung in Recht

Die Umsetzung dieser Ziele in Recht war jedoch nur zum Teil erfolgreich.

1.2.1 Verfahrenserleichterung

Zur Verfahrenserleichterung schuf der Gesetzgeber eine Vermutungsregelung zur Feststellung des Beschäftigtenstatus, die zuletzt durch das Zweite Hartz-Gesetz zu einer Vermutungsregelung zugunsten von Selbständigkeit umgewandelt wurde, und ein Anfrageverfahren zur Erzielung allseitiger Rechtssicherheit.

1.2.1.1 Vermutungsregelung, § 7 Abs. 4 SGB IV – Amtsermittlungsgrundsatz

Das Korrekturgesetz hat die Vermutungsregelung zugunsten abhängiger Beschäftigung eingeführt. Über Reichweite und Wirkung dieser Vermutungsregelung bestand zunächst keine Einigkeit⁸¹⁰. Streitig war bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der gesetzlichen Vermutung im Sozialrecht insbesondere, ob und inwieweit die Vermutung mit dem im Verwaltungsverfahren, § 20 SGB X, sowie im Sozialgerichtsverfahren, § 103 SGG, geltenden Amtsermittlungsgrundsatz in Einklang zu bringen ist und inwieweit die durch die Neuregelung eingeführte Voraussetzung der Verletzung einer Mitwirkungspflicht bedeutsam ist.

Der Amtsermittlungsgrundsatz ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips⁸¹¹. Er bestimmt, dass die Ermittlung und Feststellung des für die Entscheidung der Behörde maßgeblichen Sachverhalts in Verwaltungsverfahren Sache der Behörde ist, § 20 SGB X. Gleiches gilt für das Sozialgerichtsverfahren, § 103 SGG. Die Behörde ist zur umfassenden Aufklärung ver-

⁸⁰⁹ BT-Drucks. 15/26, S. 19, 23.

⁸¹⁰ S. dazu Wank (2001), S. 333 f.

pflichtet und hat dabei – so ausdrücklich § 20 Abs. 2 SGB X – auch die für den Betroffenen günstigen Umstände zu ermitteln⁸¹². Eine Beweisführungslast wie im Zivilrecht gibt es nicht⁸¹³. Bezüglich aller Feststellungen und Folgerungen der Behörde oder des Gerichts gilt strikt das Überzeugungsgebot.

Zum einen wurde vertreten, dass der Gesetzgeber mit der Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV gerade von dem grundsätzlich geltenden Amtsermittlungsgrundsatz abweiche⁸¹⁴.

Nach einer anderen Ansicht⁸¹⁵ sollte, trotz Eingreifens der Vermutungsregelung für die Verwaltung, der Amtsermittlungsgrundsatz uneingeschränkt hinsichtlich der Vermutungsfolge gelten. Da die materiellrechtliche Voraussetzung der Versicherungspflicht – das durch Abhängigkeit gekennzeichnete Beschäftigungsverhältnis – unberührt bliebe und die bei Vorliegen der Kriterien Nr. 1 bis 4 begründete Vermutung widerlegbar, wäre letztlich allein maßgebend, ob Abhängigkeit vorliege oder nicht. Dies sei gemäß den bislang entwickelten Kriterien durch die Sozialversicherungsträger zu entscheiden. Entgegen der vorgenannten Ansicht sei der Amtsermittlungsgrundsatz weder durchbrochen, noch abgeschafft. Zwar liege die Annahme nahe, dass durch die Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV die Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung begrenzt werden soll. In Bezug auf ähnliche Vorschriften im Verwaltungsrecht habe das Bundesverwaltungsgericht allerdings entschieden, dass gesetzliche Vermutungen zwar eine Umkehr der materiellen Beweislast bewirken, nicht aber die Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung berühren⁸¹⁶. § 20 SGB X entspräche inhaltlich § 24 VwVfG, so dass diese Rechtsprechung auf das Sozialrecht übertragbar sei⁸¹⁷. Die Einzugsstelle im Falle einer Neuanmeldung oder Vorabanfrage bzw. der Rentenversicherungsträger im Falle einer Betriebsprüfung seien nach wie vor verpflichtet, den Sachverhalt unter Berücksichtigung aller Umstände auszuermitteln und sämtliche pro und contra Beschäftigtenstatus sprechenden Umstände zu berücksichtigen, § 20 Abs. 2 SGB X.

Die Vermutungsregelung komme den Sozialversicherungsträgern nur insoweit zugute, als sie die materielle Beweislast (Feststellungslast) umkehre. Diese sei von der Amtsermittlungspflicht zu unterscheiden und lege die Nichterweislichkeit zu Lasten des Erwerbstätigen fest⁸¹⁸. Die Feststellungslast betreffe also die Frage, wer – nach durchgeführter Amtsermittlung – das Risiko der Unaufklärbarkeit zu tragen hat. Die Behörde sei in diesem Fall jedoch

⁸¹¹ Wank (2001), S. 334; Kopp/Ramsauer (2003), § 24 Rn. 2 m.w.N.

⁸¹² Wank (2001), S. 334; Pabst (1999), S. 457, § 20 Abs. 2 SGB X spricht zwar ausdrücklich nur von „berücksichtigen“, die Behörde hat diese günstigen Umstände aber auch zu ermitteln.

⁸¹³ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 173.

⁸¹⁴ Reiserer (1999), S. 366, 367.

⁸¹⁵ Buchner (1999 A), S. 148; Hohmeister (1999 B), S. 337, 338; Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280, 281; siehe auch Wank (2001), S. 334 ff.

⁸¹⁶ BVerwG, NJW 1988, 1227; BVerwG, Urteil v. 15.07.1986 – 9 C 9/86, NJW 1987, S. 2032 ff.

⁸¹⁷ Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280, 281.

⁸¹⁸ Hohmeister (1999 B), S. 339.

noch strenger an die Amtsermittlungspflicht gebunden, als wenn sie selbst die Feststellungslast zu tragen habe. Denn die Grenzen ihrer Ermittlungspflicht werden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogen. Sie könne von weiteren Ermittlungen absehen, wenn diese einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würden, müsse dann jedoch, wenn sie selbst die Feststellungslast trägt, vom Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes absehen. Wenn die Feststellungslast dem Adressaten des Verwaltungsaktes auferlegt sei, könne die Behörde unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht vorzeitig aus der Ermittlungspflicht entlassen werden.

Die Unklarheit hinsichtlich des Bestehens der Amtsermittlungspflicht in der ursprünglichen Fassung des § 7 Abs. 4 SGB IV hat dann das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit beseitigt. Nach der Begründung im Gesetzentwurf galt nun der Amtsermittlungsgrundsatz unverändert⁸¹⁹. Die umstrittene „Vermutungsregelung“ gemäß § 7 Abs. 4 SGB IV ersetzte ihn nicht, sondern sollte nur in dem Ausnahmefall greifen, dass die erwerbsmäßig tätige Person dem Versicherungsträger gegenüber ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder § 196 Abs. 1 SGB VI nicht erfüllten. Der Sozialversicherungsträger hatte auch weiterhin von sich aus die Tatsachen zu ermitteln, die zur Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine abhängige oder selbständige Beschäftigung vorliegt, notwendig waren. Die gesetzliche Vermutung stellte es aber dem Auftragnehmer anheim, ob er den Eintritt der Vermutung durch Beibringung von Informationen verhindert oder ob er darauf verzichtet und die Vermutung gegen sich gelten lassen will. Kam es zur Anwendung der Vermutungsregel, so war es sodann Sache des Betroffenen oder seines Auftraggebers nachzuweisen, dass im konkreten Fall gleichwohl eine selbständige Tätigkeit vorlag.

Die nach dem Zweiten Hartz-Gesetz neu gefasste Vermutungsregelung geht nun in die andere Richtung. Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Existenzgründungszuschuss beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie Selbständige sind. Für die Dauer des Bezugs gelten sie als Selbständige. Es muss also uneingeschränkt bei der Beantragung des Existenzgründungszuschusses eine echte selbständige Tätigkeit vorliegen, wie sie anhand der bekannten Kriterien zu bestimmen ist. Dies ist ausschließlich durch die Bundesanstalt für Arbeit zu prüfen und zu entscheiden. Der Amtsermittlungsgrundsatz muss uneingeschränkt zur Anwendung kommen.

Im Ergebnis brachte also die ursprüngliche Vermutungsregelung verfahrensmäßig keine Erleichterung, sondern in Anbetracht eines belastenden Verwaltungsakts durch Einbeziehung in die Sozialversicherung eine Verschärfung der Ermittlungspflicht. Diese Verschärfung gilt nun nicht mehr für die aktuelle Vermutungsregelung, da die Feststellung der Selbständigkeit keine belastende Wirkung hat. Insofern kann nun sogar von einer Verfahrenserleich-

terung ausgegangen werden. Eine nachhaltige beschäftigungsfördernde Wirkung bleibt jedoch noch abzuwarten. Festzuhalten ist, dass von 250.000 Gründungen aus der Arbeitslosigkeit, die in 2003 von der Bundesagentur für Arbeit gefördert wurden, bereits 93.000 auf die „Ich-AG“ entfielen. Im ersten Halbjahr 2004 konnten mit der „Ich-AG“ und dem Überbrückungsgeld bisher insgesamt 165.000 Arbeitslose den Weg in die Selbständigkeit verwirklichen⁸²⁰.

1.2.1.2 Anfrageverfahren

Das Anfrageverfahren in § 7 a SGB IV, eingeführt durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit und durch das Zweite Hartz-Gesetz nicht aufgehoben, soll den Beteiligten darüber Rechtssicherheit verschaffen, ob eine selbständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung gegeben ist. Es soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung des Status erreicht⁸²¹ und durch eine größerer Kooperation zwischen den Beteiligten und den Sozialversicherungsträgern die Rechtssicherheit erhöht und die Dunkelziffer verringert werden⁸²². Dieses Ziel soll dadurch erreicht werden, dass im Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen der Aufschub der Entstehung der Beitragspflicht sowie die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln (§ 7a Abs. 6 und 7 SGB IV) vorgesehen ist. Diese gesetzliche Regelung weicht von den im Sozialversicherungsrecht bislang bestehenden üblichen Grundsätzen des Beitragsverfahrens ab. Die Beitragspflicht entsteht nämlich grundsätzlich mit Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, die Beiträge werden zumeist spätestens zum 15. eines Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird, und die Ansprüche verjähren nach 4 Jahren (§§ 23, 25 SGB IV). Das Anfrageverfahren sieht deshalb Abweichungen von diesen üblichen Grundsätzen des Beitragsverfahrens vor, da die Beteiligten nur dann das Anfrageverfahren einleiten, wenn ihnen nicht zugleich hohe Beitragsnachforderungen (wie in der Vergangenheit) drohen⁸²³.

Weiter sollen mittels dieses Verfahrens divergierende Entscheidungen zwischen den Beitragseinzugsstellen und Prüfstellen verhindert werden⁸²⁴, in dem die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Anfrage bei einer Stelle, und zwar der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, konzentriert worden ist. Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte bot sich als die insofern kompetente Stelle an, als sie zumeist auch für die Auftragnehmer zuständig ist, bei denen es etwa um Fragen der Rentenversicherungspflicht als auftragneh-

⁸¹⁹ BT-Drucks. 14/1855, S. 6; vgl. auch Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 65; Reiserer/Freckmann (2003), S. 182.

⁸²⁰ Bundesrepublik Deutschland, Nationaler Beschäftigungspolitischer Aktionsplan 2004 (vorgelegt gem. Art. 128 EGV).

⁸²¹ BT-Drucks. 14/1855, S. 12.

⁸²² Vgl. Abschlussbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, S. 1260 ff.

⁸²³ Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 67 f.

⁸²⁴ BT-Drucks. 14/1855, S. 4.

mender Selbständiger gemäß § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI geht. Damit begründet das Anfrageverfahren eine deutliche Verbesserung gegenüber der bislang bestehenden Rechtslage⁸²⁵.

Zusammenfassend wurde mit dem Anfrageverfahren eine Verfahrenserleichterung geschaffen, die hilft, mehr Rechtssicherheit zu schaffen und die Dunkelziffer zu verringern.

1.2.2 Erfassung des „richtigen“ Versichertenkreises

Zur Eingrenzung des Versichertenkreises äußert sich der Gesetzgeber im Zuge der Neuregelungen mit der Beibehaltung des Typusbegriffs, der Aufstellung eines Kriterienkatalogs im Rahmen der Vermutungsregelung, dessen Abschaffung sowie der Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Selbständiger (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI) und Existenzgründern (§ 2 S. 1 Nr. 10 SGB VI) in die Rentenversicherung.

1.2.2.1 Typusbegriff, § 7 Abs. 1 SGB IV

Das Korrekturgesetz, das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit und zuletzt das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt haben eine Entscheidung zugunsten des Beschäftigtenbegriffs in der Form des Typusbegriffs getroffen. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV alter wie auch neuester Fassung ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Hier wird ein unbestimmter Rechtsbegriff, nämlich der der Beschäftigung, durch mehrere andere, nämlich den Begriff der Nichtselbständigkeit der Arbeit und den Begriff des Arbeitsverhältnisses ersetzt.

Damit ist der Begriff nicht starr, sondern hat sich an wandelnden sozialen Strukturen und den Vorstellungen des Gesetzgebers zu orientieren. Die das Beschäftigungsverhältnis und damit die Versicherungs- und Beitragspflicht begründenden, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale sind nicht vom Gesetzgeber ideal-typisch vorgegeben. Sie müssen und können sich wandelnden Arbeitsbedingungen der Arbeitswelt anpassen. Dabei stehen der soziale Schutzcharakter und die Vorstellungen des Gesetzgebers im Vordergrund.

1.2.2.2 Neudefinition des Beschäftigtenbegriffs - Vorstellung des Gesetzgebers

Fraglich ist, ob und wenn ja, welche Vorstellung der inhaltlichen Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs der Gesetzgeber durch die einzelnen Neuregelungen vorgegeben hat.

Im ursprünglichen Ansatz sollte die herkömmliche Definition des Beschäftigten durch eine neue Definition in Form einer Legaldefinition ersetzt werden. So waren im Entwurf des

⁸²⁵ Reiserer/Freckmann/Träumer (2002), S. 36, 67.

Korrekturgesetzes die später in § 7 Abs. 4 SGB IV enthaltenen Kriterien noch Teil dieser Legaldefinition⁸²⁶.

Die Neufassung durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit nahm dann in § 7 Abs. 1 SGB IV ausdrücklich auf den herkömmlichen Beschäftigtenbegriff Bezug.

In der Literatur⁸²⁷ wurde zu den Gesetzesnovellen vertreten, die Gesetze haben für eine Neudefinition nichts gebracht. Sie blieben letztlich ohne Einfluss auf die bis dahin in sich geschlossene Rechtsprechung insbesondere der Sozialgerichte zum Themenkomplex der Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung. Es liege nur eine prozessuale Regelung vor⁸²⁸. Indem aus der ursprünglichen Legaldefinition eine Vermutung geworden war und gleichzeitig das Amtsermittlungsprinzip aufrechterhalten wurde, habe sich an der Art der Abgrenzung von Beschäftigtem und Selbständigen nichts geändert. Ein Beschäftigter sei beitragspflichtig, wenn er Arbeitnehmer i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV sei. Nur als Aufgreifkriterien hätten die 4 Kriterien in § 7 Abs. 4 SGB IV in der Fassung des Korrekturgesetzes eine Bedeutung. Diese Bedeutung sei dann wiederum durch die Neufassung durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit dadurch gemindert worden, dass die Vorschrift nur bei einer Verletzung von Mitwirkungspflichten eingreife.

*Wank*⁸²⁹ dagegen vertrat schon zum Korrekturgesetz, § 7 Abs. 4 SGB IV enthalte nicht nur eine prozessuale Regelung, sondern implizit eine Legaldefinition zur Konkretisierung des Beschäftigtenbegriffs⁸³⁰ gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV. Der Gesetzgeber habe die Form einer Legaldefinition gewählt, die aus einem vor die Klammer gezogenen Merkmal (erwerbsmäßig) und aus vier Einzelkriterien bestehe⁸³¹. Das Korrekturgesetz äußere sich zum Beschäftigtenbegriff zumindest zweimal, in Absatz 1 und in Absatz 4. Darüber hinaus enthalte es mehrere Beschäftigtenbegriffe nebeneinander. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV solle der Arbeitnehmerbegriff des Bundessozialgerichts weitergelten, nach § 7 Abs. 4 SGB IV insgesamt ein neuer Beschäftigtenbegriff, der auf das Unternehmerrisiko abstellt, nach § 7 Abs. 4 Nr. 3 SGB IV innerhalb des neuen Beschäftigtenbegriffs wiederum der alte, nach Abs. 4 S. 2 ein Beschäftigtenbegriff der Rechtsgeschichte (§ 84 HGB)⁸³². Später gelangt er zu einer Neudefinition im Rahmen eines Kombinationsmodells⁸³³. Den alten Beschäftigtenbegriff wieder zu beleben und gleichzeitig einen neuen Ansatz einzuführen, stelle ein widersprüchliches Verhalten dar. Es wäre logisch widersinnig, die Arbeitnehmereigenschaft nur beim Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit zu bejahen, das Vorliegen der persönlichen

⁸²⁶ So noch der Bundesrats-Entwurf, BR-Drucks. 696/97, Grunddrucks.; BR-Drucks. 793/96.

⁸²⁷ Siehe dazu Wank (2001), S. 296 f.; Sommer (2000), S. 126; zuletzt Sommer (2003), S. 172.

⁸²⁸ Hanau (1999), S. 252.

⁸²⁹ zunächst Wank (1999), S. 297 ff; später ders. (2001), S. 296 ff.

⁸³⁰ Wank macht diese Ausführungen unter der arbeitsrechtlichen Terminologie des Arbeitnehmerbegriffs.

⁸³¹ Wank (1999), S. 307.

⁸³² Wank (2001), S. 297; ders. (1999), S. 297, 300, 307 f.

⁸³³ Wank (2001), S. 298 f.

Abhängigkeit aber mit den Kriterien der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu überprüfen. Sinn habe es nur zu sagen, Abhängigkeit i.S.d. Absatzes 1 sei als persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit i.S.d. Absatzes 4 zu interpretieren. Im Wege der Auslegung könne man aber ein stimmiges Ergebnis ableiten. Immer dann, wenn sich Weisungsbindung und Eingliederung leicht feststellen lassen, bestehe kein Grund, von der herkömmlichen Definition abzuweichen. Immer dann aber, wenn die Abgrenzung schwierig werde, helfen diese beiden Kriterien des alten Beschäftigtenbegriffs nicht weiter, und es müsse auf andere Kriterien zurückgegriffen werden. Diese seien zwar alle bereits in der bisherigen Rechtsprechung verwandt worden, aber unter dem irreführenden Aspekt der arbeitsbezogenen Weisungsbindung. Es gehe nicht mehr an, wie nach der bisher h.M. in Rechtsprechung und Literatur, Weisungsbindung im Hinblick auf irgendwelche Weisungen zu verstehen (arbeitsbezogene Weisungen); dabei fehle der teleologische Bezug. Vielmehr müsse Weisungsbindung in Absatz 1, wie Absatz 4 deutlich mache, in Bezug auf unternehmerische Weisungen verstanden werden. Bei dieser Interpretation enthalte Absatz 4 eine Erklärung und Konkretisierung des Arbeitnehmerbegriffs nach Absatz 1. Die in Absatz 4 genannten Kriterien entsprächen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und sämtlicher oberster Gerichtshöfe des Bundes, und zwar jeweils – allerdings unzutreffend – als Unterkriterien zur persönlichen Abhängigkeit⁸³⁴. Nunmehr stelle § 7 SGB IV klar, dass die Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 als unternehmerische Abhängigkeit i.S.d. Absatzes 4 zu verstehen sei. Der Gesetzgeber ziehe mit § 7 Abs. 4 SGB IV Kriterien wirtschaftlicher Abhängigkeit heran. Das Gesetz normiere damit ein Kombinationsmodell aus persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, an dem die Arbeits- und Sozialgerichte sich nun zu orientieren hätten.

Die Neufassungen des § 7 Abs. 4 SGB IV haben aber in der Rechtsprechung der Sozialgerichte kaum eine Rolle gespielt. Das Bundessozialgericht wies schon früh darauf hin, dass die Neufassung nach dem Korrekturgesetz – lediglich – wesentliche Gesichtspunkt zu einem als nicht abschließend verstandenen Katalog zusammenfasste⁸³⁵. Diese Auffassung hat sich auch nicht durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit geändert⁸³⁶.

Auch die Forderung des Bundesrates⁸³⁷ im Gesetzgebungs- und Vermittlungsverfahren zum Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt nach einer Überarbeitung der gesetzlichen Definition einer selbständigen Tätigkeit im SGB IV wurde nicht erfüllt. Durch eine Überarbeitung sollten die Hemmnisse für Existenzgründungen, die durch die

⁸³⁴ Wank (1999), S. 305 f. mit Verweis u.a. auf BAG, Urteil v. 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, BAG, Urteil v. 07.05.1980 – 5 AZR 293/78, AP Nr. 35 zu § 611 BGB Abhängigkeit und BAG, Urteil v. 13.08.1980 – 4 AZR 592/78, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG, Urteil v. 28.01.1960 – 3 RK 49/56, BSGE 11, 257; BSG, Urteil v. 31.10.1972 – 2 RU 186/69, BSGE 35, 20; BSG, Urteil v. 31.05.1978 – 3 RK 25/77, SozR 2200 § 1229 RVO Nr. 8; BSG, Urteil v. 01.12.1977 – 12 RK 27/76, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 9, BSG, Urteil v. 24.06.1981 – 12 RK 35/80, Nr. 34; BFH, Urteil v. 14.12.1978 – IR 121/76, DB 1979, S. 482 = BFHE 126, 311 ff.

⁸³⁵ BSG, Urteil vom 28.01.1999 – 7 KR 2/98 R, BSGE 83, 246 = BB 1999, S. 1663.

⁸³⁶ Sommer (2003), S. 170.

⁸³⁷ BT-Drucks. 15/133, S. 2.

Regelungen zur so genannten Scheinselbständigkeit im Jahre 1999 eingeführt worden seien, beseitigt werden. Grundsätzlich müsse künftig gelten, dass Selbständige auch sozialversicherungsrechtlich als selbständig eingestuft würden. In erster Linie müsse damit die echte Selbständigkeit gefördert werden und kein künstlicher Arbeitsmarkt konstruiert werden, der ohne massive Subventionierungen nicht existieren könne. Der richtige Weg sei, die Regelungen, wie sie durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit eingeführt wurden, zurückzunehmen und durch solche zu ersetzen, die zu einer angemessenen Abgrenzung zwischen der Sphäre der sozialrechtlichen Absicherung auf der einen Seite und der unternehmerischen Entfaltung, aber auch des unternehmerischen Risikos, auf der anderen Seite führen.

Mit der Gesetz gewordenen Neufassung ist dann jedoch keine Überarbeitung der gesetzlichen Definition einer selbständigen Tätigkeit im SGB IV erfolgt, sie ist sogar völlig abgeschafft worden⁸³⁸. Mit der Neuregelung hat der Gesetzgeber eine neue Form der Selbständigkeit geschaffen, die nur begrenzt eine Ähnlichkeit zum so genannten arbeitnehmerähnlichen Selbständigen nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI zeigt, weil dieser Selbständige in der Regel nur für einen Auftraggeber tätig ist. Die Versicherungspflicht knüpft allein daran, dass der Zuschuss nach § 421 I SGB III gezahlt wird, was ausschließlich durch die Bundesanstalt für Arbeit zu prüfen und zu entscheiden ist. Damit sind die Voraussetzungen für die Annahme der neuen Form der Selbständigkeit ausschließlich § 421 I SGB III zu entnehmen. Es muss uneingeschränkt bei der Beantragung des Existenzgründungszuschusses eine echte selbständige Tätigkeit vorliegen, wie sie anhand der in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu bestimmen ist. Hieran ändert auch § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV nichts, da mit der Antragstellung die Selbständigkeit nur widerlegbar vermutet wird⁸³⁹.

Zusammenfassend betrachtet hat der Gesetzgeber keine Vorgaben zur inhaltlichen Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs gemacht. Sie bleibt weiterhin der Rechtsprechung überlassen. Diese belässt es im Wesentlichen bei den bisherigen Abgrenzungskriterien und betont ausdrücklich, soziale Schutzbedürftigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit seien keine eigenständigen Kriterien zur Bestimmung der Beschäftigteneigenschaft und damit zur Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht.

1.2.2.3 Abgestuftes Einbeziehungssystem

Der Gesetzgeber hat sich vielmehr für ein abgestuftes Einbeziehungssystem entschieden. Über den inhaltlich durch die Rechtsprechung bestimmten Beschäftigtenbegriff werden die abhängig Beschäftigten umfassend in die Sozialversicherungspflicht einbezogen. Auf-

⁸³⁸ Sommer (2003), S. 170.

⁸³⁹ Sommer (2003), S. 173.

grund ihrer Schutzbedürftigkeit sind arbeitnehmerähnliche Selbständige und Existenzgründer zumindest in der Rentenversicherung versicherungspflichtig. Der Gesetzgeber untermauert damit die historische Differenzierung zwischen Beschäftigten, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen.

1.2.3 Beschäftigungsförderung

Korrekturgesetz und Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit verfolgten das Ziel, Scheinselbständigkeit und Neue Selbständigkeit zu erfassen und sozialrechtlich entsprechend zu flankieren. Unterstellt man gemäß der optimistischen Einschätzung, dass „Selbständigen-Kultur“ beschäftigungsfördernde Wirkung hat⁸⁴⁰, wirkte sich die Unsicherheit hinsichtlich Vermutungsregelung mit Kriterienkatalog hemmend auf Existenzgründungen und in der Folge eher beschäftigungshindernd aus.

Abzuwarten bleibt, ob das sozialpolitische Ziel der Beschäftigungsförderung durch die Regelungen des § 7 Abs. 4 SGB IV und des § 2 Nr. 10 SGB VI in der aktuellen Fassung erfüllt werden. Ungeachtet der Kritik⁸⁴¹ an der Ausgestaltung der „Ich-AG“ und den Zweifeln an ihrem „push-Effekt“ in Richtung Selbständigkeit, ist die sozialversicherungsrechtliche Flankierung durch die Einbeziehung dieser neuen Selbständigen in die Rentenversicherung grundsätzlich geeignet, diesen „push-Effekt“ – wenn er denn vorhanden ist – zu unterstützen. Dementsprechend liegt der praktische Nutzen der letzten Neufassung des § 7 Abs. 4 SGB IV letztlich darin, dass für einen Erprobungszeitraum von drei Jahren ein Personenkreis, bei dem sich durchaus die Frage nach abhängiger Beschäftigung oder Selbständigkeit stellen lässt, kraft gesetzlicher Anordnung als selbständig fingiert und von der Versicherungspflicht nach Maßgabe einer abhängigen Beschäftigung ausgenommen wird.

2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der Arbeitszeitflexibilisierungen

2.1 Sozialpolitische Ziele

Nach der Gesetzesbegründung zum „Flexi-Gesetz“ sollen den unterschiedlichen Ansätzen und Inhalten der unterschiedlichen flexiblen Arbeitszeitmodelle besser Rechnung getragen werden⁸⁴². Dabei sollen die neuen Rahmenbedingungen nicht auf bestimmte Modelle

⁸⁴⁰ Siehe dazu Teil II, Kapitel 2, 3.1.

⁸⁴¹ Vgl. z.B. Berthold/Berchem (2004), S. 21 ff.

⁸⁴² BT-Drucks. 13/9741, S. 8.

zugeschnitten werden. Das geltende Recht soll so weiter entwickelt werden, dass es den berechtigten Interessen der beteiligten Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger Rechnung trägt und für künftige Entwicklungen offen bleibt.

2.2 Umsetzung in Recht

Das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-Gesetz“) hat kein bestimmtes Arbeitszeitmodell festgeschrieben, sondern das geltende Recht für bestehende Modelle geöffnet. Es erfasst die verschiedensten Arbeitszeitgestaltungen, von einem bloßen Aufschub einzelner Arbeitsstunden bis zu einer Freistellung für mehrere Jahre („sabbatical“). Die Flexible Arbeitszeit (Wechsel zwischen Arbeits- und Freistellungsphasen) kann auf eine täglich gleichmäßige oder ungleichmäßige Arbeitszeit, innerhalb einer Woche, monatsweise oder langfristig (über Jahre oder sogar als Lebensarbeitszeit) verteilt werden⁸⁴³.

Durch die Vorschrift des § 7 Abs. 1 a SGB IV wird festgelegt, dass Zeiten der Freistellung, die nach ihrem Vereinbarungszweck typischerweise über kurzfristige Arbeitsunterbrechungen hinausgehen und für die Arbeitsentgelt fällig wird, das mit einer vor oder nach diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird, als eine zeitlich fortgeltende Beschäftigung zu werten sind. Die Zeiten der Arbeitsfreistellung gelten damit rentenrechtlich als Beschäftigungszeiten und bei längeren Freistellungen soll der Beschäftigte nicht aus dem Erwerbsminderungsschutz „herauswachsen“. Der Krankenversicherungsschutz besteht gleichfalls weiter⁸⁴⁴. Insofern kommt es insbesondere nicht auf den von der Rechtsprechung geforderten Fortsetzungswillen der Vertragsparteien für das Beschäftigungsverhältnis an⁸⁴⁵.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber mit der Fiktion des Beschäftigungsverhältnisses, dem Insolvenzschutz und der Beitragsstundung drei vorsichtige Eingriffe in die Regelungsmaterie Zeitwertkonten vorgenommen hat, um sicherzustellen, dass diese Guthaben innerhalb der Sozialversicherung nicht wirkungslos oder fehlgeleitet werden⁸⁴⁶. Der Gesetzgeber reagierte damit auf tatsächliche Veränderungen in der Arbeitswelt und betrat zugleich Neuland. Diese gesetzlichen Regelungen wurden sodann durch das 4. Euro-Einführungsgesetz weiterentwickelt und den sich verändernden Rahmenbedingungen angepasst. Der starre Mindest-Ausgleichszeitraum von 27 Monaten wurde aufgehoben, eine einfachere Methode zur Ermittlung des Rest-Wertguthabens bei Auflösung im Störfall

⁸⁴³ Rombach (1999), S. 195.

⁸⁴⁴ Allerdings ruht i.d.R. der Anspruch auf Krankengeld, § 49 I Nr. 6 SGB V.

⁸⁴⁵ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 462; BSG, Urteil v. 21.06.1960 – 3 RK 71/57, BSGE 12, 190; BSG, Urteil v. 13.02.1964 – 3 RK 94/59, BSGE 20, 154; BSG, Urteil v. 15.12.1971 – 3 RK 87/68, BSGE 33, 254; BSG, Urteil v. 18.09.1973 – 12 RK 15/72, BSGE 36, 161; BSG, Urteil v. 12.11.1975 – 3/12 RK 13/74, BSGE 41, 24; BSG, Urteil v. 18.04.1991 – 7 RA 106/90, BSGE 68, 236, Wonneberger (1998), S. 983.

⁸⁴⁶ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 463.

wurde eingeführt und eine beitragsfreie Überführung der Wertguthaben in die betriebliche Altersversorgung unter bestimmten Voraussetzungen wurde geschaffen. Es kann davon ausgegangen werden, dass damit der Rahmen sozialrechtlicher Flankierungsmaßnahmen für flexible Arbeitszeitgestaltungen noch nicht endgültig abgesteckt sein wird. Es bleibt abzuwarten, in welcher Weise und auf Grund welcher tariflicher oder betrieblicher Regelungen und der betrieblichen Praxis möglicherweise weitere Ergänzungen erforderlich werden. Es geht also weiterhin darum, dass die Sozialpolitik geeignete und ausgewogene Regelungen entwickelt und diese an die jeweiligen Gegebenheiten anpasst, um einerseits den Veränderungen im Arbeitsprozess wirkungsvoll begegnen zu können, aber auch um andererseits bestehende Vorbehalte gegen Flexibilisierungen aufzuheben. Der Gesetzgeber muss in der Folge darauf achten, dass diese Vereinbarungen sich mit den Grundsätzen der Sozialversicherung vereinbaren lassen und dass Fehlentwicklungen wirksam zurückgedrängt und vermieden werden.

3 Zwischenergebnis

Jede Neuregelung zur Erfassung der Neuen Selbständigkeit durch Neufassung des § 7 SGB IV wollte keine Änderung des Systems, sondern (nur) seine Anpassung. Korrekturgesetz und Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit hatten zum Ziel, der Erosion des Versichertenkreises zu begegnen und die „Neuen Selbständigen“ sozialversicherungsrechtlich besser zu flankieren. Die sollte durch eine bessere Erfassung der sozial Schutzbedürftigen und eine Verfahrenserleichterung geschehen. Das Zweite Hartz-Gesetz stellte dann arbeitsmarktpolitische Aspekte in den Vordergrund.

Eine Verfahrenserleichterung brachte die Vermutungsregelung zugunsten abhängiger Beschäftigung nach Korrekturgesetz sowie Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit faktisch nicht, da der Amtsermittlungsgrundsatz erhalten blieb. Sie wurde aufgehoben. Dagegen führte das Anfrageverfahren für die Beteiligten zu deutlich mehr Rechtssicherheit und zu einer Verringerung der Dunkelziffer.

Auch eine bessere Erfassung der sozial Schutzbedürftigen ist nicht ersichtlich. Mit der Beibehaltung des Beschäftigtenbegriffs als Typus hat der Gesetzgeber die Anpassung an sich wandelnde Umstände flexibel gehalten. Eine gesetzliche Neudefinition durch Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs hat aber durch das Korrekturgesetz und das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit nicht stattgefunden (a.A. *Wank*). Durch die Rücknahme des Kriterienkatalogs im Rahmen der Vermutungsregelung durch das Zweite Hartz-Gesetz ist die Ausfüllung wieder vollkommen offen und der Rechtsprechung überlassen. Der Wirkungsgrad dieser Anpassungen war folglich gering. Im Ergebnis brachten die Neuregelungen zur

Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“ lediglich das Anfrageverfahren zur Statusklärung hervor. Die beschäftigungsfördernde Wirkung der derzeitigen Fassung bleibt abzuwarten.

Die Anpassungen zur Flankierung der Arbeitszeitflexibilisierungen erfassen die derzeitigen Flexibilisierungen, bleiben aber für weitere Entwicklungen geöffnet. Sie sind damit effektiv, wenn auch nur in punktueller und eher temporärer Ausprägung.

Kapitel 5: Die Entwicklung des Beschäftigtenbegriffs - Bestandsschutz

Die aus der Entwicklung der Arbeitswelt resultierenden Anpassungszwänge in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip veranlassten die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Flankierung der „Neuen Selbständigkeit“ sowie der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“.

Diesen Anpassungen stand jedoch ein erheblicher Bestandsschutz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gegenüber, der den Wirkungsgrad der Neuregelungen eingrenzte. Dies zeigt sich insbesondere bei der sozialversicherungsrechtlichen Einbeziehung der neuen Erwerbsformen, die sich vermehrt durch wirtschaftliche Abhängigkeit auszeichnen.

In tatsächlicher Hinsicht wirkt grundsätzlich der vom bestehenden Sozialversicherungssystem ausgehende Bestandsschutz in seiner historischen wie politischen Dimension. Durch die Rechtsanpassungen ist das System der Einbeziehung in die Sozialversicherung nicht geändert worden. Insofern besteht eine große Abhängigkeit von ursprünglichen institutionellen Entscheidungen⁸⁴⁷. Bestandsschutz resultiert auch aus dem politischen System, im Wesentlichen aus den kurzen Legislaturperioden. Durch sie sind aktuelle und konkrete Interessen sehr viel durchsetzungsfähiger als langfristige und abstrakte. Die dadurch bedingte Konzentration auf das Partikulare verhindert eine gesamthafte Betrachtung und damit eine umfassende Umwälzung des Sozialstaats⁸⁴⁸.

Der Bestandsschutz, der im Einzelnen auf die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“ und der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ wirkte, ist vor allem – wie folgt dargestellt – rechtlicher Art.

⁸⁴⁷ vgl. dazu Teil I, Kapitel 3, 2.1.1.

⁸⁴⁸ vgl. dazu Teil I, Kapitel 3, 2.1.2.

1 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“

Bei den Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der Neuen Selbständigen wirkte schwerpunktmäßig die bestandsschützende Kraft des Verfassungsrechts.

Um soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit zu schaffen, also tätig zu werden, kann der Gesetzgeber sich auf das Sozialstaatsprinzip berufen. Dazu kann er Grundrechte einschränken. Diese Grundrechtseingriffe müssen wiederum verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, d.h. von einem Gesetzesvorbehalt gedeckt sein. Die Gesetzesvorbehalte erlauben dem Gesetzgeber, selbst in die Grundrechte einzugreifen. Sie erlauben ihm damit, dem Grundrechtsgebrauch Schranken zu ziehen. Für diese Schranken des Grundrechtsgebrauchs gelten wiederum Beschränkungen (Schranken-Schranken), die bestandsschützend wirken.

In diesem bestandsschützenden Verfassungsrahmen mussten die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der Neuen Selbständigkeit erfolgen. Um die Grenzen der Rechtsanpassungen aufzuzeigen, werden die tatsächlichen Auswirkungen der Neuregelungen, aber auch die intendierte Rechtsfolge – Einbeziehung der „Neuen Selbständigen“, die sich vermehrt durch wirtschaftliche und weniger durch persönliche Abhängigkeit auszeichnen – auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

Folgende Auswirkungen der Neuregelungen sind im Einzelnen verfassungsrechtlich zu würdigen: Beibehaltung des Typusbegriffs, Einführung und Abschaffung einer Vermutungsregelung, Herausnahme von Angehörigen-Arbeitsverhältnissen sowie Handelsvertretern aus der Vermutungsregelung sowie die Unklarheit des Kriteriums „Beschäftigung eigener Mitarbeiter“ im Korrekturgesetz (Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 1 und Abs. 4 SGB IV im Einzelnen).

Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt auf der verfassungsrechtlichen Beurteilung der intendierten sozialversicherungsrechtlichen Einbeziehung der „Neuen Selbständigkeit“, d.h. einer Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht durch Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger. Die Verfassungsmäßigkeit einer Ausweitung bzw. Verlagerung des Versichertenkreises ist auch im Hinblick auf zukünftige Neuregelungen der Sozialversicherungspflicht von großer Bedeutung. Grundsätzlich wird damit der verfassungsrechtliche Rahmen für eine Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht aufgezeigt (Verfassungsmäßigkeit der personellen Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht).

1.1 Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 1 und Abs. 4 SGB IV im Einzelnen

1.1.1 Verfassungsmäßigkeit des Typusbegriffs, § 7 Abs. 1 SGB IV

§ 7 Abs. 1 SGB IV bedient sich der Rechtsfigur des Typus. Das Korrekturgesetz, das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit sowie das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt führen den Beschäftigtenbegriff in § 7 Abs. 1 SGB IV als Typusbegriff fort. Seine inhaltliche Ausfüllung erfolgt damit weiterhin durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Seine Verfassungsmäßigkeit ist anhand des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen.

1.1.1.1 Eingriff in den Bestimmtheitsgrundsatz

Das Bundesverfassungsgericht hat die Abgrenzungsmethode mittels Typus nicht beanstandet.

Im Beschluss vom 20.05.1996⁸⁴⁹ hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass die für die Versicherungs- und Beitragspflicht maßgeblichen Bestimmungen des Rechts der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise unbestimmt sind, soweit sie an das Vorliegen einer Beschäftigung anknüpfen. Gewisse Unsicherheiten und eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung bestimmter Vorschriften durch die Gerichte verschiedener Instanzen und verschiedener Gerichtszweige seien jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent. Das Gesetz bediene sich nicht eines tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, sondern der Rechtsfigur des Typus. Die versicherten Personen würden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus setze das Gesetz stillschweigend voraus. Es übernehme ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit ideal-typisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall, vorfinde. Gerade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus sei es zu verdanken, dass die Vorschriften über die Versicherungs- und Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis bei geänderten sozialen Strukturen auch ihren Regelungszweck erfüllen, und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechender, einseitig bestimmter Vertragsgestaltungen, verhindern konnten. Dabei sei es nicht erforderlich, dass stets sämtliche als idealtypisch erkannte, d.h. den Typus kennzeichnende Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese könnten vielmehr in

⁸⁴⁹BVerfG, Beschluss v. 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 11, S. 25, 28 = NJW 1996, S. 2644; vgl. dazu auch Schlegel (2000), S. 423; Sommer (2000), S. 123.

unterschiedlichem Maße und unterschiedlicher Intensität gegeben sein; je für sich genommen hätten sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend sei jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich sei das Gesamtbild.

Die Verwendung der Rechtsfigur des Typus verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Das Bundesverfassungsgericht verlangt damit keine weitere Konkretisierung des Beschäftigtenbegriffs durch den Gesetzgeber. Zwar stammt der Typus des Beschäftigten aus der Arbeitswelt der Industriegesellschaft. Da der Typus aber anpassungsfähig und im Wesentlichen auch zeitlos ist⁸⁵⁰, behält er auch in einer von Technologie und Wissen geprägten Arbeitswelt seine Funktion. Nur so können die Vorschriften über die Versicherungspflicht auch in der Zukunft bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen.

1.1.1.2 Eingriff in den Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Der Beschäftigtenbegriff als Typusbegriff verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit bestehen aufgrund des Art. 3 Abs. 1 GG insofern, als der Gesetzgeber keine Differenzierung vornehmen darf, für die sachlich einleuchtende Gründe nicht auffindbar sind⁸⁵¹. Dagegen liegt eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon dann vor, wenn eine andere als die vom Gesetzgeber getroffene Regelung zweckmäßiger oder gerechter wäre oder dem Bedürfnis nach Gleichbehandlung besser entspräche⁸⁵².

Auf dieser Grundlage darf er generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen verwenden, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. So erkennt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung an, dass der Gesetzgeber bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie besonders im Bereich der Sozialversicherung auftreten, typisierende Regelungen treffen darf⁸⁵³. Handelt es sich um komplexe Sachverhalte, so kann es vertretbar sein, dass ihm zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird und dass er sich in diesem Anfangsstadium mit gröberen Typisierungen

⁸⁵⁰ Vgl. Schlegel (2000), S. 423; Schlegel (1996), § 13 Rn. 5 bis 7 m.w.N. zum Typus.

⁸⁵¹ BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (52) bzw. BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88); BVerfG, BVerfG, Beschluss v. 14.10.1997 – 1 BvL 5/89, BVerfGE 96, 315 (325); BVerfG, Urteil v. 28.04.1999 – 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97, BVerfGE 100, 138 (174); st. Rspr.; siehe dazu auch schon Teil I, Kapitel 3, 1.2.1.2.3 und 2.2.1.5.

⁸⁵² BVerfG, Urteil v. 17.12.1953 – 1 BvR 323/51, BVerfGE 3, 162 (182); siehe auch BVerfG, Urteil v. 16.03.1955 – 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144 (155); BVerfGE 83, 395 (401); BVerfG, Beschluss v. 08.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (359).

⁸⁵³ vgl. BVerfG, Beschluss v. 08.02.1983 – 1 BvL 28/79, BVerfGE 63, 119 (128) m.w.N.; BVerfG, Urteil v. 24.07.1963 – 1 BvL 30/57 u. 11/61, BVerfGE 17, 1 (25); BVerfG, Beschluss v. 03.04.1979 – 1 BvL 30/76, BVerfGE 51, 115 (122 f.) m.w.N.; st. Rspr.; vgl. auch Hong (1998), S. 129 ff.

und Generalisierungen begnügt⁸⁵⁴. Dabei braucht der Gesetzgeber auch nicht um die differenzierende Berücksichtigung aller denkbaren Fälle besorgt zu sein. Er ist vielmehr berechtigt, von einem Gesamtbild auszugehen, das sich aus den ihm vorliegenden Erfahrungen ergibt⁸⁵⁵. Bei der Bestimmung des Personenkreises, für den eine gesetzliche Regelung Anwendung finden soll, steht dem Gesetzgeber – wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben hat – ein weiter Spielraum zur Verfügung. Die Typisierung setzt allerdings voraus, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist⁸⁵⁶. Wesentlich ist ferner, ob die Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären; hierfür sind auch praktische Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht⁸⁵⁷. Außerdem kann sich eine Einschränkung der dem Gesetzgeber danach zustehenden Gestaltungsfreiheit aus anderen Verfassungsnormen ergeben⁸⁵⁸. Differenzierungen müssen also nicht ins Unendliche vorangetrieben werden. Eine moderne Massenverwaltung kommt ohne Typisierung nicht aus⁸⁵⁹. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht eine gesetzliche Mikrostruktur, er gestattet auch gröbere Raster, aber eben nicht so grobe, dass gewichtige sachliche Unterschiede ignoriert würden.

Misst man den Beschäftigtenbegriff als Typusbegriff an diesen Maßstäben, so ist zunächst festzustellen, dass durch ihn verursachte Ungerechtigkeiten unvermeidbar sind. Jeden Einzelfall zu würdigen, d.h. die Sozialversicherungspflicht eines jeden erwerbstätigen Menschen zu überprüfen, wäre nur mit einem außerordentlichen Verwaltungsaufwand durchzuführen. Deswegen wird bei dieser Massenerscheinung der Erwerbstätigkeit typisiert. Den Typus füllt die Rechtsprechung mit Kriterien für eine Beschäftigung auf.

Die Fortführung des Typusbegriffs auch in der aktuellen Gesetzesfassung ist verfassungsgemäß und gibt der Rechtsprechung den notwendigen Raum, Rechtsanpassungen durchzuführen.

⁸⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 14.05.1985 – 1 BvR 449, 523, 700, 728/82, BVerfGE 70, 1 (34).

⁸⁵⁵ vgl. BVerfG, Beschluss v. 28.06.1960 – 2 BvL 19/59, BVerfGE 11, 245 (254); BVerfG, Beschluss v. 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, BVerfGE 78, 214 (227).

⁸⁵⁶ BVerfG, Beschluss v. 02.07.1969 – BvR 669/64, BVerfGE 26, 265 (275 f.); BVerfG, Beschluss v. 09.11.1988, - 1 BvL 22/84, 71/86 und 9/87, BVerfGE 79, 87 (100); BVerfG Urteil v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 (255); BVerfG, Urteil v. 28.04.1999 – 1 BvL 22, 34/95, BVerfGE 100, 59 (90); BVerfG, Beschluss v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 (319).

⁸⁵⁷ vgl. BVerfG, Beschluss v. 08.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (360) m.w.N.; st. Rspr.; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 08.02.1983 – 1 BvL 28/79, BVerfGE 63, 119 (128); BVerfG, Urteil v. 28.04.1999 – 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97, BVerfGE 100, 138 (174).

⁸⁵⁸ BVerfG, Urteil v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 ff.

⁸⁵⁹ Stolleis (1984 A), S. N 37; vgl. insbesondere BVerfG, Urteil v. 24.07.1963 – 1 BvL 30/57 u. 11/61, BVerfGE 17, 1 (23); BVerfG, Beschluss v. 12.05.1976 – 1 BvL 31/73, BVerfGE 42, 176 (185); BVerfG, Beschluss v. 12.10.1976 – 1 BvL 9/74, BVerfGE 43, 13 (26); BVerfG, Beschluss v. 22.06.1977 – 1 BvL 2/74, BVerfGE 45, 376 (390); BVerfG, Beschluss v. 11.10.1977 – 1 BvL 8/74, BVerfGE 46, 55 (65); BVerfG, Beschluss v. 17.01.1979 – 1 BvR 446/77, 1 BvR 1174/77, BVerfGE 50, 177 (188); BVerfG, Beschluss v. 03.04.1979 – 1 BvL 30/76, BVerfGE 51, 115 (122 f.).

1.1.2 Verfassungsmäßigkeit der Vermutungsregelung, § 7 Abs. 4 SGB IV a.F.

Die ursprüngliche Vermutungsregelung nach dem Korrekturgesetz ließ bei Vorliegen der Voraussetzungen und Erfüllung der Kriterien ein Beschäftigungsverhältnis vermuten. Griff die Vermutungsregelung in diesen Fällen ein, so entschied der Sozialversicherungsträger über das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses; der Verwaltungsakt erging zu Lasten dessen, dem das Risiko der Unaufklärbarkeit auferlegt war⁸⁶⁰. Hierbei handelte es sich um einen Fall der Eingriffsverwaltung, da in Grundrechte der in die Sozialversicherungspflicht einbezogenen Personen und deren Arbeit-/ Auftraggeber eingegriffen wurde.

Eine in Betracht kommende Grundrechtsbeeinträchtigung musste sich folglich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen.

Nach *Söhnlein/Mocellin*⁸⁶¹ war angesichts des weitgehenden Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers die Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. in der Fassung des Korrekturgesetzes nicht generell unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Denn die grundsätzliche Versicherungsfreiheit des Selbständigen bleibe bestehen, nur der Nachweis der Selbständigkeit werde erschwert. Entscheidend dürfte sein, ob die mit der Umkehr der Beweislast zusammenhängenden Erschwernisse für die Betroffenen zumutbar seien⁸⁶². Die Erschwernisse dürften nicht dazu führen, dass der Nachweis der Selbständigkeit nur mit unzumutbarem Aufwand geführt werden könne. § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. müsse deshalb mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsgemäß ausgelegt und angewendet werden⁸⁶³. Die mit der gesetzlichen Regelung bezweckte Arbeitserleichterung für die Sozialversicherungsträger dürfe nicht dazu führen, dass die gesetzlichen Merkmale schematisch ohne Rücksicht auf den jeweiligen Einzelfall oder auf die Besonderheiten der betreffenden Branche angewendet werden. Da die Kriterien der Rechtsprechung vorrangig vor Anwendung der Vermutungsregelung ihre Geltung weiter behielten, dürften an den Umfang der Darlegungslast für die Betroffenen insoweit keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Die Vermutungsregelung sei demnach zumutbar und somit verhältnismäßig.

*Degenhart*⁸⁶⁴ ging weiter und kam zur Verfassungswidrigkeit der Vermutungsregelung. Zu § 7 Abs. 4 SGB IV (ebenfalls) nach dem Korrekturgesetz hat dieser ausgeführt, dass die verfassungsmäßige Problematik nicht in einer materiellen Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht liege, da § 7 Abs. 4 SGB IV keine Veränderung der materiellen Rechtslage wolle. Die Problematik liege vor allem im verfahrensrechtlichen Gehalt des § 7 Abs. 4 SGB IV. Dann, wenn die Vermutungsregelung dazu führe, dass ein Personenkreis, der nach mate-

⁸⁶⁰ Buchner (1999 A), S. 148.

⁸⁶¹ Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280, 282.

⁸⁶² Zur Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab: BVerfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 (48); BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (170).

⁸⁶³ Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280, 282.

⁸⁶⁴ Degenhart (1999), S. 531 ff.

riellem Recht dem Kreis der selbständigen Erwerbstätigen zuzuordnen sei, Gefahr laufe, als nichtselbständig behandelt zu werden, seien daher Erfordernisse grundrechtsgemäßer Verfahrensgestaltung berührt. D.h. grundsätzlich müsse bei der Verwendung von Beweislast- und Vermutungsregeln eine rechtsstaatliche und grundrechtssichernde Verfahrensgestaltung gewährleistet sein⁸⁶⁵.

Dies sei nicht der Fall, da zum einen der verfassungsrechtlich gebotene Untersuchungsgrundsatz verletzt sei. Der Untersuchungsgrundsatz habe im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess Verfassungsrang⁸⁶⁶. Er entspreche dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der seinerseits Verfassungsrang habe (Art. 20 Abs. 3 GG). Beweislastregeln wie im Zivilprozess seien daher für das verwaltungsgerichtliche Verfahren und das ihm vorgelagerte Verwaltungsverfahren verfassungsrechtlich grundsätzlich ausgeschlossen. Denn hier stünden sich, anders als im Zivilprozess, nicht Parteien in grundrechtlicher Gleichordnung gegenüber⁸⁶⁷. Vielmehr stehe im Regelfall ein privater Grundrechtsträger der hoheitlichen Gewalt des Staates gegenüber und nehme seinen grundrechtlich durch Art. 19 Abs. 4 GG gesicherten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung, auch der Sozialverwaltung, wahr. Dieser sei Korrelat der prinzipiellen Verfahrensunterworfenheit des Bürgers gegenüber dem Träger der öffentlichen Gewalt, der ja zunächst einseitig-verbindlich über die Rechtssphäre des Bürgers entscheide. Er stelle die prozessuale Waffengleichheit her, die im Hinblick auf die Stellung der Behörde nur durch ein Verfahren gewährleistet werden könne, das am Untersuchungsgrundsatz ausgerichtet sei⁸⁶⁸. Für die Eingriffsverwaltung gelte dies in besonderem Maße. Dieser zunächst für den Verwaltungsprozess geltende Untersuchungsgrundsatz gelte auch für das Verwaltungsverfahren, in dem ein dem gerichtlichen Verfahren vorgelagerter effektiver Rechtsschutz zu sichern sei⁸⁶⁹. So sehr einerseits im sozialrechtlichen Schrifttum Übereinstimmung darüber bestehe, dass im Fall des § 7 Abs. 4 SGB IV der Gegenbeweis geführt werden könne, sei andererseits nicht zu erkennen, wie die im Rahmen der Amtsermittlung zu hörenden und zu beteiligenden Auftraggeber und Auftragnehmer/Erwerbstätigen die Vermutung noch wirksam widerlegen können⁸⁷⁰. Es werde „nicht recht klar, welchen Spielraum der Mitarbeiter bzw. sein Auftraggeber noch habe, im Wege des Gegenbeweises geltend zu machen, dass der Mitarbeiter keine für einen Beschäftigten typische Arbeitsleistung erbringe“⁸⁷¹. Es sei die Normstruktur der Ver-

⁸⁶⁵ Vgl. zur Beweislastumkehr aus verfassungsrechtlicher Sicht Reinhardt (1994), S. 93 ff.; Huster (1995), S. 112 f.

⁸⁶⁶ Vgl. Schenke (2003), Art. 19 Abs. 4, Rn. 86 ff.; Huber (1999), Art. 19, Rn. 464; Berg (1985), S. 541 ff.

⁸⁶⁷ Vgl. zu Verfassungsbezug des Zivilprozesses einerseits, des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens andererseits Degenhart (1996), § 76 Rn. 2 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. Schmitt Glaeser/Horn (2000), Rn. 541.

⁸⁶⁹ Degenhart (1999); S. 541, Fn. 67 m.w.N.

⁸⁷⁰ Vgl. dazu auch Bengelsdorf (1999), S. 1824; Hohmeister (1999 A), S. 181; Richardi (1999), S. 959.

⁸⁷¹ Hohmeister (1999 A), S. 181.

mutungsregelung und deren Bezugspunkt, die der Entkräftung der Vermutung entgegenstünden und sie typischerweise erschwerten.

Die Vermutungsregelung nach dem Korrekturgesetz sei ihrer Fassung nach nicht darauf angelegt gewesen, die Behörde zu der nach materiellem Recht gebotenen Gesamtabwägung zu veranlassen. Vielmehr begünstige sie einen schematisierenden Gesetzesvollzug, der gerade nicht danach frage, ob die materiellen Eingriffskriterien tatsächlich erfüllt seien. Unabhängig davon, ob zunächst der Kriterienkatalog des § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV geprüft und die Vermutungsregel zur Geltung gebracht werden und erst bei deren Widerlegung eine Gesamtwürdigung stattfinden sollte – in diese Richtung ziele die Gesetzesbegründung⁸⁷² –, oder ob zunächst die materiell gebotene Gesamtabwägung statfinde und dann in Zweifelsfällen auf die Vermutung zurückgegriffen werde⁸⁷³, verschöbe sich bei Unaufklärbarkeit die Darlegungslast von der Verwaltung zum Eingriffsadressaten. Die Vermutungsregel mindere damit ungeachtet des unverändert gültigen Untersuchungsgrundsatzes entsprechend § 20 SGB X bzw. §§ 103, 106 SGG doch tendenziell die Anforderungen an die Sachaufklärung durch die Verwaltung.

Zum anderen dürfe der Eingriff nicht erfolgen, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff (hier die Feststellung der Beschäftigteneigenschaft i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV) nicht erweisbar seien. Insbesondere dürfe die jeweilige verfahrensmäßige, insbesondere prozessuale Konstellation, die ja auch von der Technik der Gesetzgebung abhängt, nicht für das pro oder contra eines Grundrechtseingriffs ausschlaggebend sein. Dort insbesondere, wo Grundrechte des Bürgers betroffen seien, könne es allein auf die materielle Eingriffssituation ankommen. Deshalb obliege es im Bereich der Eingriffsverwaltung der Behörde, die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs darzulegen. Wenn also nicht geklärt werden könne, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes und damit für einen Grundrechtseingriff vorliegen, dürfe die Behörde den Verwaltungsakt nicht erlassen.⁸⁷⁴

Folgt man der Auffassung *Degenharts*, bleibt festzuhalten, dass die durch Anwendung der Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV erzeugte Beweislastumkehr im Bereich der Eingriffsverwaltung gegen den verfassungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatz verstößt.

Da die Vermutungsregelung nach dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit (wenn auch mit veränderten Kriterien und mit eingeschränktem Anwendungsbereich) bestehen blieb, kann davon ausgegangen werden, dass auch ihre Anwendung den verfassungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatz verletzte.

⁸⁷² BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁸⁷³ So die ergänzenden Hinweise der Spitzenverbände vom 16. Juni 1999 zu den vorgenannten Hinweisen vom 19. Januar 1999.

⁸⁷⁴ Vgl. Schmitt Glaeser/Horn (2000), Rn. 544.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken sind durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt beseitigt worden. Die Anwendung der jetzigen Vermutungsregel führt dazu, dass Selbständigkeit vermutet wird und folglich keine Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht erfolgt. Damit liegt kein Fall der Eingriffsverwaltung vor. Die Frage nach der Verhältnismäßigkeit ist folglich obsolet.

1.1.3 Verfassungsmäßigkeit der Sonderregelung für Familienangehörige, § 7

Abs. 4 Nr. 1 SGB IV a.F.

Verfassungsrechtlich bedenklich war die Sonderregelung im Korrekturgesetz zu Lasten der Familienangehörigen⁸⁷⁵. Ein Erwerbstätiger, der einen Familienangehörigen beschäftigte, musste danach die Vermutung der Nichtselbständigkeit gegen sich gelten lassen, während ein Erwerbstätiger mit einem familienfremden Beschäftigten die Anerkennung als Selbständiger beanspruchen konnte. Angehörigen-Arbeitsverhältnisse wurden pauschal von der Regelung ausgenommen.

Es erfolgte eine Ungleichbehandlung, die am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG und, da es um den Schutzbereich der Familie geht, an Art. 6 Abs. 1 GG zu überprüfen war. Es fragte sich, ob die in § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV a.F. vorgenommene Anknüpfung an die Familienangehörigeneigenschaft sachgerecht im Sinne der durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Sozialgerechtigkeit und ob die hierdurch herbeigeführte Ungleichbehandlung mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Schutz von Ehe und Familie vereinbar war.

Art. 3 Abs. 1 GG verbietet, dass eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten⁸⁷⁶. Die rechtliche Unterscheidung muss also in sachlichen Unterschieden eine ausreichende Stütze finden. Da Art. 6 Abs. 1 GG zu den besonderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes gehört, der die weite Gestaltungsfreiheit im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG beschränkt⁸⁷⁷, verbietet sich jedenfalls bei staatlichen Eingriffen eine an Ehe oder Familie anknüpfende benachteiligende Sonderbehandlung, soweit nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund anzuerkennen ist. Dabei kommt es allein auf die Tatsache der Benachteiligung, nicht darauf an, mit welchen Mitteln der Eingriff erfolgt⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ Hanau (1999), S. 252, 253; Brand (1999), S. 1165.

⁸⁷⁶ BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88).

⁸⁷⁷ vgl. BVerfG, Urteil v. 24.01.1962 – 1 BvL 32/57, BVerfGE 13, 290, (298); BVerfG, Beschluss v. 26.11.1964 – 1 BvL 14/62, BVerfGE 18, 257 (269); BVerfG, Beschluss v. 10.07.1984 – 1 BvL 44/80, BVerfGE 67, 186 (195 f.).

⁸⁷⁸ vgl. BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 – BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (240); BVerfG, Beschluss v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, (71 f., 77); BVerfG, Beschluss v. 21.02.1957 – 1 BvR 241/56, BVerfGE 6, 273 (280); BVerfG, Beschluss v. 14.04.1959 – 1 BvL 23, 34/57, BVerfGE 9, 237 (247f.); BVerfG, Urteil v. 29.07.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58, BVerfGE 10, 59 (73); BVerfG, Urteil v. 21.02.1961 – 1 BvL 29/57, 20/60, BVerfGE 12, 151 (163 ff., 167).

Ein sachlich einleuchtender Grund für die Ablehnung der Anerkennung von Angehörigen-Arbeitsverträgen liegt nicht in der Natur des geordneten Lebensverhältnisses, wie z. B. im Familienrecht und auf gewissen Gebieten des Fürsorgerechts⁸⁷⁹. Ein sachlicher Anknüpfungspunkt fehlt.

Die Versagung der Anerkennung der Arbeitsverträge zwischen Angehörigen lässt sich auch nicht mit dem besonderen, durch die Angehörigeneigenschaft geprägten Charakter dieser Verträge rechtfertigen⁸⁸⁰. Die Arbeitsverhältnisse mit dem Angehörigen haben keine Eigenschaften, die sie von ernsthaften Arbeitsverhältnissen mit anderen Personen so unterscheiden, dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt wäre. Aus der verwandtschaftlichen Verbundenheit und der dadurch beeinflussten betrieblichen Position des mitarbeitenden Angehörigen lässt sich keine unterschiedliche Behandlung begründen. Insbesondere kann daraus nicht geschlossen werden, dass es ihnen grundsätzlich an der Ernstlichkeit der Gestaltung und der tatsächlichen Durchführung fehlt. Ernsthaften Arbeitsverträgen unter Angehörigen darf die rechtliche Anerkennung nicht allgemein versagt werden. Das gesetzgeberische Ziel, von verwandtschaftlicher Gefälligkeit bestimmtes Mit- und Zuarbeiten nicht zu berücksichtigen, wurde damit weit überschritten⁸⁸¹.

Zudem war es verfassungsrechtlich bedenklich, dass Eheleute ohne erkennbaren Grund anders behandelt wurden als eheähnliche Gemeinschaften⁸⁸². Nach dem Gesetzeswortlaut fielen eheähnliche Lebensgefährten auch dann nicht unter den Begriff „Familienangehörige“ i.S.d. § 7 Abs. 4 SGB IV a.F., wenn sie nach anderen gesetzlichen Vorschriften, wie z.B. § 194 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III, Ehepartnern gleichzustellen sind⁸⁸³. Die Vorschrift dürfte jedoch in derartigen Fällen verfassungskonform dahin auszulegen gewesen sein, dass jedenfalls solche nichtehelichen Lebensgefährten als Familienangehörige i.S.d. § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. gelten, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁸⁴ Eheleuten gleichstehen⁸⁸⁵.

Mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit hat der Gesetzgeber diese Sonderregelung zu Lasten Familienangehöriger gestrichen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken entfielen.

⁸⁷⁹ vgl. BVerfG, Beschluss v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, (79).

⁸⁸⁰ vgl. BVerfG, Urteil v. 24.01.1962 – 1 BvL 32/57, BVerfGE 13, 290 (303 f.).

⁸⁸¹ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 170.

⁸⁸² Buchner (1999 A), S. 147; Leuchten/Zimmer (1999), S. 381, 382.

⁸⁸³ vgl. hierzu BVerfG, Urteil v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, NJW 1993, S. 643 ff., 645 f.

⁸⁸⁴ BVerfG, Urteil v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, NJW 1993, S. 643 ff., 645 f.

⁸⁸⁵ Leuchten/Zimmer (1999), S. 381, 382.

1.1.4 Verfassungsmäßigkeit der Sonderregelung für Handelsvertreter, § 7

Abs. 4 S. 2 SGB IV a.F.

Für das gefestigte Berufsbild des selbständigen Handelsvertreters i.S.d.

§ 84 Abs. 1 HGB galt gemäß § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV nicht der Kriterienkatalog des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. Für die Bestimmung seiner Selbständigkeit war ausreichend, dass er im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Auch hier stellte sich das verfassungsrechtliche Gleichheitsproblem⁸⁸⁶, nämlich, ob andere Erwerbstätige, die im Wesentlichen ihre Tätigkeit entsprechend frei gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können, die Schlechterstellung gegenüber Handelsvertretern hinnehmen mussten.

Die Ungleichbehandlung lag in der unterschiedlichen Bestimmungsweise der Selbständigkeit. Der Handelsvertreter handelt rechtlich und wirtschaftlich für einen anderen und ist daher weder identisch mit dem Unternehmer noch mit dem Kunden. Es liegt ein Drei-Personen-Verhältnis vor. Die Vergleichsgruppe bilden solche Selbständige, deren Vertragsverhältnis sich auf zwei Personen beschränkt⁸⁸⁷.

Willkürlich ist eine solche Ungleichbehandlung, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist, sich also kein einleuchtender Grund für sie finden lässt⁸⁸⁸. Die sachliche Rechtfertigung kann sich dabei aus dem Zweck der betreffenden Regelung oder des gesamten Gesetzeswerkes ergeben.

Aus den Gesetzesmaterialien ließ sich im vorliegenden Fall kein sachlicher Differenzierungsgrund entnehmen. In der Begründung zu § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV hieß es lapidar, Absatz 4 Satz 2 stelle klar, dass sich die Abgrenzung von selbständigen und beschäftigten Handelsvertretern weiterhin nach § 84 HGB richte⁸⁸⁹. Das entscheidende Grundmerkmal für die dort definierte Selbständigkeit ist jedoch wie bei den übrigen Selbständigen die persönliche Freiheit⁸⁹⁰. Diese persönliche Freiheit bzw. Abhängigkeit ist aber ebenfalls wie bei anderen Berufsgruppen anhand des von der Rechtsprechung entwickelten Kriterienkatalogs zu bestimmen.

Auch der Zweck des § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV ließ einen Differenzierungsgrund nicht erkennen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass Handelsvertreter generell mehr verdienen und somit weniger schutzbedürftig sind als beispielsweise freie Mitarbeiter in der Computerbranche oder in Anwaltskanzleien⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Richardi (1999), S. 958, 959.

⁸⁸⁷ Leuchten/Zimmer (1999), S. 381, 383.

⁸⁸⁸ vgl. BVerfG, Beschluss v. 15.10.1985 – 2 BvL 4/83, BVerfGE 71, 39 (53); BVerfG, Urteil v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133 (157 f.).

⁸⁸⁹ BT-Drucks. 14/45, S. 19.

⁸⁹⁰ Hopt (1999), S. 235, 247.

⁸⁹¹ Söhnlein/Mocellin (1999), S. 280, 283.

Ein sachlicher Grund für die Herausnahme der Handelsvertreter aus der Vermutungsregelung war nicht ersichtlich. Sie erschien damit zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Sie wurde diesbezüglich durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit keiner Korrektur unterzogen, sondern entfiel erst durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.

1.1.5 Verfassungsmäßigkeit der Regelung zur Beschäftigung eigener Mitarbeiter, § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV

§ 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV a.F. ließ offen, ob es auf die tatsächliche Beschäftigung eigener Mitarbeiter ankommt, oder ob die Berechtigung dazu ausreicht. Die Vorschrift war daher im Hinblick auf das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verfassungsrechtlich bedenklich.

Das aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Bestimmtheitsgebot zwingt den Gesetzgeber nicht, einen Tatbestand mit genau erfassbaren Merkmalen zu umschreiben⁸⁹². Gesetzliche Vorschriften brauchen nur so bestimmt zu sein, wie dies nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Es genügt, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können⁸⁹³.

Der Wortlaut des § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV a.F. legte das Erfordernis einer tatsächlichen Beschäftigung nahe. Berücksichtigt man jedoch den Normzweck, Abhängigkeit aufgrund Bindung der eigenen Arbeitskraft zu erfassen, müsste eigentlich schon die Berechtigung zur Einstellung von Hilfspersonen ausreichen⁸⁹⁴. Es widerspräche dem Normzweck, wenn ein Auftragnehmer, dem es offen steht, Aushilfen einzustellen oder die Leistung insgesamt auf einen Vertreter zu übertragen, nur deshalb zum sozialversicherungspflichtigen „Beschäftigten“ würde, weil er sich entschließt, die Tätigkeit selbst auszuführen. Zudem ist zu bedenken, dass dem Auftraggeber die Kontrolle über die tatsächliche Beschäftigung von Mitarbeitern bei seinem Vertragspartner weitestgehend entzogen ist. Damit hätte es allein der Auftragnehmer in der Hand, ob er Dienstnehmer oder Beschäftigter kraft Vermutung i.S.d. § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. ist. Der Normzweck wurde durch die Regelung nicht hinreichend berücksichtigt. Die tatsächliche Rechtslage war von den Betroffenen nicht erkennbar. Es mangelte an der Bestimmtheit, die gemäß Art. 20 Abs. 3 GG geboten ist. Unter anderem aus diesem Grunde hat der österreichische Verfassungsgerichtshof eine mit dem Strukturgesetz 1996 in das österreichische Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eingeführte vergleichba-

⁸⁹² BVerfG, Urteil v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 ff.

⁸⁹³ BVerfG, Beschluss v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205(212); BVerfG, Urteil v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133 (149).

⁸⁹⁴ vgl. auch BAG, Urteil v. 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, S. 364.

re Legaldefinition des „dienstnehmerähnlichen Beschäftigten“ für verfassungswidrig erklärt⁸⁹⁵.

Auch diesen verfassungsrechtlichen Bedenken wurde mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit nicht begegnet. Sie entfielen erst mit Abschaffung des Kriteriums durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.

1.2 Verfassungsmäßigkeit der personellen Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht

Neben den genannten Auswirkungen der Neuregelungen im Einzelnen stößt auch eine Neuregelung, die eine Verschiebung innerhalb des sozialversicherungspflichtigen Personenkreises bewirkt, auf verfassungsrechtliche Grenzen. Wird die Sozialversicherungspflicht auf zusätzliche Personengruppen ausgeweitet bzw. verlagert, dann stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht u.a. die Frage nach der Vereinbarkeit der Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht mit den Grundrechten der hiervon betroffenen Bürger⁸⁹⁶. Verfassungsrechtlich relevant sind hierbei insbesondere eine Verschiebung innerhalb des Personenkreises bzw. dessen Erweiterung. Eine personelle Ausweitung der Sozialversicherungspflicht bzw. Verlagerung bedeutet Einbeziehung in eine öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung und Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Personen, die zuvor nicht dieser Pflicht unterfielen.

Eine personelle Ausweitung der Sozialversicherungspflicht erfolgt nicht schon durch den Typusbegriff in Form des Beschäftigtenbegriffs (§ 7 Abs. 1 SGB IV a.F. und n.F.). Durch die jeweilige Anpassung der Kriterien des Typus durch die Rechtsprechung soll entsprechend der aktuellen sozialen Strukturen eben genau der Kreis der Beschäftigten erfasst werden und Umgehungen vermieden werden. Somit liegt in verfassungsrechtlicher Sicht ein Scheinproblem vor, soweit es um die Sozialversicherungspflicht Scheinselbständiger geht⁸⁹⁷. Liegt tatsächlich nur eine scheinbare und damit keine wirkliche Selbständigkeit vor, so wird die Sozialversicherung nicht ausgeweitet, sondern nur umgesetzt.

Auch eine Ausweitung bzw. Verlagerung durch eine Neudefinition ist zu verneinen⁸⁹⁸.

Entgegen der Ansicht *Degenharts*, der die verfassungsrechtliche Problematik der Vermutungsregelung allein im verfahrensrechtlichen Gehalt sieht (siehe Teil II, Kapitel 5, 1.1.2) wurde jedoch vertreten, die Anwendung der Vermutungsregelung könne auch Ausweitung

⁸⁹⁵ Tomandl (1998 A), S. 11.

⁸⁹⁶ hierzu und zu den darüber hinaus mit der Sozialversicherungspflicht verbundenen verfassungsrechtlichen Problemen siehe u.a. Butzer (2001), S. 323 ff.; Kaltenborn (2001), S. 300; Kirchhof (2004), S. 1 ff., der zur Verfassungsmäßigkeit der Ausweitung der Sozialversicherungspflicht im Rahmen einer umfassenden Bürgerversicherung Stellung nimmt; Papier (1990), S. 344 ff.; Leisner (1974); Merten (1998), S. 545 ff.; vgl. auch Isensee (1973), insbesondere S. 60 ff.; Ebsen (1999), § 4 Rn. 7 ff.

⁸⁹⁷ Merten (1998), S. 550.

oder Verlagerung der Sozialversicherungspflicht bedeuten⁸⁹⁹. Zwar wollte § 7 Abs. 4 SGB IV keine Veränderung der materiellen Rechtslage und damit keine Erweiterung der materiellen Sozialversicherungspflicht bewirken, jedoch wurde mit der „Beschäftigung kraft Vermutung“ mit dem Instrumentarium des Verfahrensrechts ein vergleichbares Ergebnis erzielt. Die Vermutungsregelung nach dem Korrekturgesetz konnte so unter Vernachlässigung des Amtsermittlungsgrundsatzes, aber auch selbst nach durchgeführter Amtsermittlung z.B. bei Nichterweislichkeit faktisch zu einer Erweiterung des Kreises der Sozialversicherungspflichtigen führen. Obwohl weiterhin eine Gesamtbetrachtung aller Umstände für die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht ausschlaggebend sein sollte, wurde bei Anwendung der Vermutungsregelung der Beschäftigtenbegriff durch Anwendung des Kriterienkatalogs, der zwar durch die langjährige Rechtsprechung geprägt war, inhaltlich auf wenige der Kriterien reduziert. Durch das gröbere Raster dieser Gesetzessystematik mit Kriterienkatalog und Vermutungsregelung war es möglich, dass Selbständige, die vorher nicht sozialversicherungspflichtig und weder persönlich noch wirtschaftlich abhängig waren, der Sozialversicherungspflicht unterfielen. Folge war eine Veränderung, d.h. Verschiebung oder sogar Erweiterung, des Kreises der Sozialversicherungspflichtigen.

Zudem ist die richtige sozialversicherungsrechtliche Flankierung der Neuen Selbständigen, die sich zunehmend durch wirtschaftliche Abhängigkeit auszeichnen, wie bereits dargestellt, die eigentliche Herausforderung von Anpassungen. Daher sind die folgenden Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger in die Sozialversicherung und die damit verbundene Auferlegung von Sozialversicherungsbeiträgen – auch für zukünftige Anpassungen – von grundsätzlicher Bedeutung.

Die Auferlegung von Beitragspflichten ist vor allem am Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und den Freiheitsrechten, insbesondere den Art. 9, 12, 14 sowie 2 GG zu prüfen – dies bezüglich des versicherungspflichtig Beschäftigten als auch bezüglich des Arbeitgebers, da sie den Sozialversicherungsbeitrag hälftig tragen. Dabei sind stets zwei Rechtfertigungsdimensionen zu beachten⁹⁰⁰:

Zunächst geht es um eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung derjenigen Grundrechtsbeeinträchtigung, die durch die Heranziehung zu Sozialversicherungsbeiträgen entstehen, dem Grunde nach. Im Zentrum der Überlegungen steht dabei die Suche nach sachlichen Gründen, die die Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) zwischen den Beteiligten an der Sozialversicherung und den Personengruppen der Bevölkerung, die keine Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen haben, zu rechtfertigen vermögen.

⁸⁹⁸ siehe Teil II, Kapitel 4, 1.2.2.2.

⁸⁹⁹ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), S. 170: insgesamt erhebliche Erweiterung des Kreises der versicherungspflichtigen Personen durch § 7 IV SGB IV.

⁹⁰⁰ Butzer (2001), S. 352 f.

Darüber hinaus ist aber auch eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der gesamthaft erhobenen Sozialversicherungsbeiträge, also eine Rechtfertigung der Höhe nach, erforderlich. Diese zweite Rechtfertigungsebene zielt dabei vorrangig – im Gegensatz zur Rechtfertigung der Beitragserhebung dem Grunde nach – nicht auf die gleichheitsrechtliche, sondern auf die freiheitsrechtliche Dimension des Grundrechtseingriffs.

Mit § 7 SGB IV wird die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht dem Grunde nach geregelt. Daher ist bei einer Neuregelung im Wesentlichen die erste Rechtfertigungsdimension von Bedeutung (Art. 3 Abs. 1 GG). Die zweite Rechtfertigungsdimension wird jedoch relevant, soweit es um die Höhe der Gesamtabgaben bei den Arbeitgebern geht. Werden viele ehemals freie Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig, muss also auch der Arbeitgeber für sie seinen Arbeitgeberanteil entrichten, kann dies zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Gesamtbelastung des Arbeitgebers führen.

1.2.1 Eingriff in den Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es, dass eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten⁹⁰¹.

Der Gleichheitsgrundsatz prägt das gesamte System des nichtsteuerlichen Abgabensystems, wo keine Sondervorschriften der Finanzverfassung bestehen⁹⁰². Das Abgabensystem besteht zum einen aus der Steuer, die in Art. 105 ff. GG als Hauptfinanzierungsmittel ausführlich geregelt ist. Sie ist die Gemeinlast, die jeden trifft und wird von allen nach Maßgabe finanzieller Leistungsfähigkeit erhoben. Da die Steuer jeden Leistungsfähigen erfasst, gerät sie grundsätzlich nicht in Konflikt mit Art. 3 Abs. 1 GG.

Neben der Steuer stehen die Sonderlasten, die nicht von jedermann, sondern nur von bestimmten Personengruppen aufgrund besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Beziehungen erhoben werden. Im Rahmen der Sonderlasten stellt der Sozialversicherungsbeitrag eine besondere Abgabenart dar⁹⁰³. Er dient zur Eigenfinanzierung durch die Solidargemeinschaft, wird nach Art einer Versicherungsprämie entrichtet, aber nach dem generellen Risiko der Versichertengemeinschaft unter Berücksichtigung der sozialen Elemente des Ausgleichs, der Fürsorge und der Verantwortung berechnet. Er fließt überdies niemals in den

⁹⁰¹ BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88) BVerfG, Beschluss v. 14.10.1997 – 1 BvL 5/89, BVerfGE 96, 315 (325); BVerfG, Urteil v. 28.04.1999 – 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97, BVerfGE 100, 138 (174); st. Rspr.; siehe dazu auch schon Teil I, Kapitel 3, 2.2.1.5.

⁹⁰² Kirchhof (1999), S. 161, 162.

⁹⁰³ Zuerst BVerfG, Urteil v. 10.05.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105 (110); vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 16.10.1962 – 2 BvL 27/60, BVerfGE 14, 312 (317 f.); später dann Isensee (1973), S. 42; ders. (1980), S. 485 ff.; bestätigt durch BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75,

allgemeinen Staatshaushalt, sondern stets zweckgebunden in den Sonderhaushalt eines Versicherungsträgers. Die Sonderlasten werfen stets die Frage nach der Rechtsgleichheit auf, denn nicht alle, sondern nur bestimmte Personen aus dem Kreis gleich leistungsfähiger Bürger werden belastet⁹⁰⁴. Während bei der Steuer grundsätzlich die Vermutung gleichheitsgerechter Belastung besteht, muss die Sonderlast jedes Mal bereits den Zugriff auf besondere Personengruppen legitimieren⁹⁰⁵. Was dabei in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll⁹⁰⁶. Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher seine Präzisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs.

Da der Gleichheitssatz nicht auf eine Begrenzung der Beitragshöhe, sondern auf die gerechte Verteilung der Beitragslast abzielt⁹⁰⁷, geht es bei der Prüfung der Rechtfertigung im Rahmen des Gleichheitssatzes im Wesentlichen um eine Legitimation der Beitragserhebung dem Grunde nach⁹⁰⁸.

1.2.1.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen

Art. 3 Abs. 1 GG ist betroffen, wenn Erwerbstätige, die zuvor nicht sozialversicherungspflichtig waren, faktisch in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden, damit zu einem Sozialversicherungsbeitrag verpflichtet werden und im Vergleich zu anderen Erwerbstätigen ungleich behandelt werden. Fraglich ist, ob die Einbeziehung auch gerechtfertigt ist. Bei der Prüfung der Rechtfertigung unterscheidet man eigen- und fremdnützige Beitragsbestandteile.

1.2.1.1.1 Eigennützige Beitragsbestandteile

Hinsichtlich der eigennützigen Beitragsanteile dient gegenüber dem zahlungspflichtigen Versicherten als Rechtfertigung das Versicherungsprinzip⁹⁰⁹. Der Sozialversicherungsbeitrag ist funktionell Versicherungsprämie⁹¹⁰, soweit er den Vorteil der Risikoabdeckung und später die konkreten Versicherungsleistungen bezahlt. Der sozial schutzbedürftige Versicherte er-

108 (147, 149, 157 ff.); BSG, Urteil v. 17.12.1985 – 12 RK 38/83, SGB 1987, S. 169, 171; ausführlich dazu Butzer (2001), S. 264 ff.

⁹⁰⁴ Kirchhof (1999), S. 161, 163.

⁹⁰⁵ BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (158).

⁹⁰⁶ BVerfG, Beschluss v. 08.10.1963 – 2 BvR 108/62, BVerfGE 17, 122 (130); st. Rspr.

⁹⁰⁷ Butzer (2001), S. 564.

⁹⁰⁸ Siehe aber grundsätzlich zur Legitimation der Beitragserhebung der Höhe nach das Prinzip des sozialen Ausgleichs, das innerhalb der Versichertengemeinschaft für Umverteilung sorgt, vgl. Kirchhof (1999), S. 165 f.; Butzer (2001), S. 564 ff.

⁹⁰⁹ BVerfG, Beschluss v. 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, BVerfGE 90, 226 (240); BVerfG, Beschluss v. 09.11.1988 – 1 BvL 22/84, 71/86 und 9/87, BVerfGE 79, 87 (101); Kirchhof (1999), S. 164; Butzer (2001), der statt "Versicherungsprinzip" bewusst den Begriff "Äquivalenzprinzip" benutzt, S. 208 f.

⁹¹⁰ BVerfG, Beschluss v. 06.12.1988 gem. § 24 BVerfGG – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223 (236); BVerfG, Beschluss v. 26.04.1978 – 1 BvL 29/76, BVerfGE 48, 227 (235).

hält für den ihm abgeforderten Beitrag den Versicherungsschutz, der dem Gesetzgeber eben wegen der sozialen Schutzbedürftigkeit des Versicherten im Vergleich zu den nicht sozialversicherten Bevölkerungsteilen erforderlich schien. Der Versicherungsschutz rechtfertigt die Einbeziehung in die Sozialversicherung nach Art. 3 Abs. 1 GG. In der Funktion als risiko- und leistungsäquivalente Sozialversicherungsprämie ist die Belastung mit Sozialversicherungsbeiträgen also nach Grund und Höhe grundsätzlich verfassungsgerecht⁹¹¹.

1.2.1.1.2 Fremdnützige Beitragsbestandteile

Bezüglich der fremdnützigen Beitragsbestandteile, also der Beitragsleistungspflicht des Sozialversicherungspflichtigen, die über den beitragsäquivalenten Umfang und damit über die Abgeltung seines Sondervorteils hinausgeht, versagt der soeben dargestellte auf den empfangenen Sondervorteil aufgebaute Rechtfertigungsansatz. Denn in Bezug auf die nicht beitragsäquivalente „Mehr-Als-Erforderlich“-Beitragsleistung des Sozialversicherten mangelt es an der Ausgleichs- und Abschöpfungsfunktion des Beitrags für den im Gegenzug gewährten finanziellen Vorteil „Versicherungsschutz“.

Jedoch wird der „am Gerechtigkeitsgedanken orientierte sachlich einleuchtende Grund“⁹¹², dass ein Staatsbürger im Unterschied zu anderen Staatsbürgern über seine Steuerpflicht hinaus zu einem (teilweise oder sogar vollständig fremdnützigen) Sozialversicherungsbeitrag herangezogen werden darf, im Gedanken der Solidarität erkannt⁹¹³. In diesem Zusammenhang müssen drei Fragen beantwortet werden: nämlich, ob unter den Mitgliedern eines Sozialversicherungsträgers überhaupt ein sozialer Ausgleich stattfinden darf (generelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung) und wer Partei des sozialen Ausgleichs ist sowie in welchem Umfang der Gesetzgeber mittels Sozialversicherung sozialen Ausgleich zwischen den auf diese Weise ausgleichspflichtigen Staatsbürgern bewerkstelligen darf (individuelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung).

1.2.1.1.2.1 Generelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung – “Ob” des sozialen Ausgleichs

Dass der Gesetzgeber ein Sonder-Ausgleichssystem wie den sozialen Ausgleich mittels Sozialversicherung (in Abgrenzung zu dem von der Finanzverfassung des Grundgesetzes statuierten Steuerstaatsprinzips) überhaupt schaffen darf, ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Aus der positivrechtlichen Anerkennung der vorkonstitutionell entstandenen Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, Art. 87 Abs. 2 GG und Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG

⁹¹¹ ausführlich dazu Butzer (2001), S. 359 ff.

⁹¹² Vgl. BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (108 f., Ls. 3 und 4, 157 f.), wo auf BVerfG, Beschluss v. 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374 (388) verwiesen wird.

⁹¹³ ausführlich dazu Butzer (2001), S. 361 ff.; vgl. auch Jarass/Pieroth (2004), Art. 3 Rn. 55; BVerfG, Beschluss v. 16.05.1966 – 1 BvR 473, 578/65, BVerfGE 20, 52 (54 f.); BVerfG, Beschluss v. 06.12.1988 – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223 (236 ff.).

lässt sich schlussfolgern, dass nach dem Willen des Grundgesetzgebers Sozialversicherung auch unter dem Grundgesetz bestehen können und funktionieren können soll. Zum Gattungs- bzw. Typusbegriff „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gehören demnach die Strukturmerkmale Versicherungscharakter, die Organisation durch selbständige Träger, die Finanzierung durch Sozialversicherungsbeiträge und die soziale Ausgleichswirkung.

Somit sind Regelungen, die eine Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Erhebung teilweise fremdnütziger Beiträge bei einem Teil der Sozialversicherten erzeugen, aber die der Bewirkung des sozialen Ausgleichs dienen, gegenüber den gebenden Sozialversicherungspflichtigen prinzipiell verfassungsgemäß. Der von Art. 3 Abs. 1 GG zur generellen Rechtfertigung fremdnütziger Beitragspflichten in der Sozialversicherung verlangte, „am Gerechtigkeitsgedanken orientierte sachlich einleuchtende“ Grund, der die fremdnützige Beitragserhebung verfassungsrechtlich rechtfertigt, soweit sie zur Bewirkung sozialen Ausgleichs dient, ist das Bestehen-Sollen und Funktionieren von Sozialversicherung, dogmatisch vermittelt über den materiell-rechtlichen Gehalt des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG⁹¹⁴.

Insofern bestehen hinsichtlich der Veränderung des Versichertenkreises, also auch der Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger in die Sozialversicherung, noch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

1.2.1.1.2.2 Parteien des sozialen Ausgleichs

Wichtiger, zumindest unter dem hier bearbeiteten Aspekt der verfassungsgemäßen Einbeziehung in die Sozialversicherung, ist die zweite Frage, nämlich zwischen welchen Personen der prinzipiell verfassungsgemäße soziale Ausgleich mittels Sozialversicherung stattfinden darf, konkret, welche Staatsbürger in die Sozialversicherung einbezogen werden dürfen.

Aus dem prinzipiellen Vorrang der Steuerfinanzierung (Prinzip des Steuerstaates) ebenso wie aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnden Prinzip der Belastungsgleichheit aller Staatsbürger ist abzuleiten, dass dem Gesetzgeber bei der Bewirkung sozialen Ausgleichs mittels Sozialversicherung nicht etwa freie Hand zu Grundrechtsbeeinträchtigung gegeben ist, sondern dass dieser soziale Ausgleich von der steuerrechtlichen Umverteilung nach Art. 104 a ff. GG eindeutig abgegrenzt und mit Blick auf die Prinzipien des Steuerstaates und die Belastungsgleichheit aller Staatsbürger speziell gerechtfertigt werden muss.

Die Einbeziehung ist nicht bereits durch die Existenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gerechtfertigt, der nur das Strukturmerkmal „Sozialer Ausgleich“ garantiert.

Die Rechtfertigung des sozialen Ausgleichs ist im Gedanken der Solidarität auszumachen. Der Staat ist zur Organisation von Solidarität und zur Herstellung von Sozialstaatlich-

keit verpflichtet⁹¹⁵. Fraglich ist nur, welche Personen oder Personenkreise der Gesetzgeber in der Rolle des Organisators von Solidarität und Sozialstaatlichkeit einbeziehen und durch Auferlegung teilweise fremdnütziger Beitragsleistungen an der Finanzierung des sozialen Ausgleichs beteiligen darf. Konstituiert der Gesetzgeber also neben dem finanzverfassungsrechtlich vorgesehenen Ausgleichssystem der Steuer mit ähnlicher Zielrichtung ein weiteres außerfiskalisches Ausgleichssystem, so erscheint dies verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn zwischen den Verpflichteten und den Begünstigten dieses kleiner angelegten Systems ein besonderes, über das allgemeine staatsbürgerliche Niveau hinausgehendes Beziehungssystem besteht. Die Verpflichtung eines Teils der Sozialversicherung zur Aufbringung der Finanzmittel, mit denen sozialer Ausgleich im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bewirkt wird, ist vor Art. 3 Abs. 1 GG und dem Prinzip des Steuerstaates nur in dem Fall zu legitimieren, dass unter den Verpflichteten und den Begünstigten dieses sozialen Ausgleichs eine besondere Solidaritätsverpflichtung gegeben ist, die sich von der allgemeinen Solidaritätsverpflichtung, die zwischen allen Mitgliedern der im Staat verbundenen Gesellschaft besteht, abheben lässt⁹¹⁶. Eine solche besondere Solidaritätsverpflichtung wird angenommen bei Abgrenzbarkeit einer homogenen Gruppe⁹¹⁷, die eine gewisse Schutzbedürftigkeit aufweist⁹¹⁸. Wird eine neue gesellschaftliche Gruppe in die Sozialversicherungspflicht einbezogen, muss zudem externe Homogenität, also Homogenität zur Gesamtgruppe vorliegen. Ferner müssen die Gruppenzugehörigen sowohl füreinander als auch hinsichtlich der konkreten Aufgabe stärker Verantwortung tragen als die Gesamtbevölkerung⁹¹⁹.

Von einer abgrenzbaren homogenen gesellschaftlichen Gruppe kann gesprochen werden, wenn sich ein bestimmter Kreis von Personen durch eine in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgegebene gemeinsame Interessenlage oder durch gemeinsame Gegebenheiten in einer bestimmten Stellung (von vielen Stellungen, die jede Person in ihrem gesellschaftlichen Leben einnimmt und die je für sich bestimmte Rollenerwartungen ihrer jeweiligen Interaktionspartner an sie erzeugen) von der Allgemeinheit abgrenzen lässt. Diese Abgrenzbarkeit zielt besonders auf soziologische Gesichtspunkte. Sie muss jedoch, sei sie soziologisch, sei sie auch schon normativ angelegt, jedenfalls von der sozialen Wirklichkeit immer bereits vorgeformt sein, ehe durch den Gesetzgeber eine sozialversicherungsrechtliche Pflichtenbeziehung hergestellt werden darf⁹²⁰. Anderenfalls könnte der Gesetzgeber kraft seiner Organisationsgewalt heterogene Personengruppen zwangsweise in der Sozialversicherung zu-

⁹¹⁴ Butzer (2001), S. 371.

⁹¹⁵ siehe dazu Butzer (2001), S. 372 ff.

⁹¹⁶ Butzer (2001), S. 409.

⁹¹⁷ Siehe dazu Butzer (2001), S. 410 ff.

⁹¹⁸ Siehe dazu Butzer (2001), S. 414 ff.

⁹¹⁹ Siehe dazu Butzer (2001), S. 418 ff.

⁹²⁰ BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (158); Butzer (2001), S. 411; Leisner (1974), S. 88 ff. m.w.N. in Fn. 319; vgl. auch Hong (1998), S. 56, 59.

sammenschließen, nur um einen sozialen Ausgleich unter diesen Staatsbürgern in Gang zu setzen. Ein Teil der Literatur⁹²¹ fordert zu dieser äußeren Abgrenzbarkeit, dass die Zugehörigen sich als eine sachbezogene Interessengemeinschaft empfinden müssen und ein „Wir-Gefühl“ entsteht.

Das zweite Erfordernis, die Schutzbedürftigkeit, muss sich als Folge anderer vorgegebener Gemeinsamkeiten der homogenen Gruppe darstellen. Aus einem gleichgerichteten Schutzbedürfnis darf sich nicht allein wiederum die Interessengemeinschaft ergeben. Anderenfalls könnte sich der Gesetzgeber letztlich doch beliebige Konfigurationen zusammensuchen und vollkommen heterogene Personengruppen in der Sozialversicherung zwangsweise zusammenschließen, nur weil alle diese Gruppen einer sozialen Sicherung im Versicherungsfall bedürfen. Genügte dies, könnte leicht die ganze Gesellschaft als schutzbedürftig abgestempelt und solchermaßen die globale Einheitsversicherung gerechtfertigt werden. Die Frage der Abgrenzbarkeit der Gruppe ist damit der Frage nach ihrem sozialen Schutzbedarf vorgeordnet. Denn der Maßstab der Schutzbedürftigkeit bezieht sich dabei nicht auf den Einzelnen und seine individuellen Lebensumstände, sondern typisierend – hier greifen soziale Schutzbedürftigkeit und der Gedanke der Abgrenzbarkeit der Gruppe ineinander – auf die durchschnittlichen Lebenslagen der Zugehörigen zu bestimmten gesellschaftlichen Gruppen, die sich von der Gesamtbevölkerung, z.B. nach Berufsstand, Branche oder anderen gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgrenzen lassen⁹²².

Soll diese homogene Bevölkerungsgruppe in die Sozialversicherung einbezogen werden, bedarf es zu interner Homogenität zusätzlich der externen Homogenität.⁹²³ Erst wenn auch die Homogenität der neu einzubeziehenden mit der bisherigen Gesamtgruppe zu bejahen ist, liegt über die interne Verantwortungsbeziehung zwischen den jeweiligen Zugehörigen der homogenen Gruppe hinaus auch eine externe Verantwortungsbeziehung zwischen dieser Gruppe und der Gesamtgruppe der bisher Sozialversicherten vor. Diese externe Verantwortungsbeziehung kann der Gesetzgeber dann zum Anknüpfungspunkt für die Anordnung einer Zwangsmitgliedschaft beider Gruppen in der Sozialversicherung nehmen. Besteht eine interne, nicht aber eine externe Verantwortungsbeziehung, kann der Gesetzgeber beide homogene Gruppen nur je für sich mit Solidaritätspflichten überziehen. Der Solidaritätsgedanke wäre bei interner Homogenität nur geeignet, fremdnützige Beitragslasten im Verhältnis der jeweiligen Subgruppen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Externe Verantwortungsbeziehungen könnten dagegen auch fremdnützige Beitragslasten der einen zugunsten der anderen Gruppe rechtfertigen, weil die beiden Gruppen dann als je intern ho-

⁹²¹ Siehe Butzer (2001), S. 412, Fn. 303.

⁹²² BVerfG, Beschluss v. 09.11.1988 – 1 BvL 22/84, 71/86 und 9/87, BVerfGE 79, 87 (100); BVerfG, Beschluss v. 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, BVerfGE 90, 226 (238); BVerfG, Beschluss v. 15.03.2000 – 1 BvL 16/96, NJW 2000, S. 2730 ff.

⁹²³ Butzer (2001), S. 417 f.

mogene Subgruppen einer auch intern homogenen Gesamtgruppe anzusehen wären. Diese subgruppenübergreifende Homogenität darf wiederum nicht allein in dem gleichgerichteten Schutzbedürfnis der Gruppen bestehen. Werden alle sozial schutzbedürftigen Bevölkerungsgruppen, die bereits in die Sozialversicherung einbezogen sind oder noch einbezogen werden dürfen, ohne weiteres als eine einzige, intern homogene Gesamtgruppe angesehen, wird jeder mit jedem solidaritätspflichtig gemacht. Die Rechtfertigung zur Abgrenzung zum Steuerstaat würde fehlen, da die von fremdnützigen Beitragspflichten betroffenen Sozialversicherten der Unterstützung wirtschaftlich und sozial schwächerer Bevölkerungskreise nicht näher stünden als die Gesamtheit aller Staatsbürger. Käme es nicht auch auf externe Homogenität an, könnte auch eine neue, intern homogene Gruppe, die wirtschaftlich eher stärkere, aber immer noch schutzbedürftige Bevölkerungsgruppen erfasst, nur deshalb vom Gesetzgeber in die Sozialversicherung einbezogen werden, weil der Gesetzgeber von dieser Bevölkerungsgruppe erwartet, dass sie überdurchschnittlich zur Finanzierung des sozialen Ausgleichs beizutragen vermag. Zusammengefasst entsteht also eine homogene Risikogemeinschaft, die vom Gesetzgeber zu einer Umverteilungsgemeinschaft gemacht werden darf, nicht schon durch gemeinsame Schutzbedürftigkeit. Vielmehr kann Gruppensolidarität immer nur zwischen den Zugehörigen gesellschaftlicher Gruppen bestehen, die Gruppenhomogenität aufweisen.

Solidarität als Rechtfertigungsgrund erfordert zusätzlich, dass ein sachlicher Bezug zwischen der Gruppe und ihrem bedürftigen Zugehörigen (Gruppe-Person-Bezug) und zwischen der Gruppe und der von ihr finanzierten Aufgabe (Gruppe-Aufgabe-Bezug) besteht, dass also das Beitragsaufkommen für Personen oder Aufgaben verwendet wird, an denen die Beitragspflichtigen „näher dran“ sind als die Allgemeinheit der Staatsbürger⁹²⁴. Der Gedanke der Gruppensolidarität versagt deshalb als belastungslegitimierende causa zum einen, wenn Umverteilungen über die personellen Grenzen einer homogenen Gruppe von Sozialversicherten hinweg an Personen erfolgen, die außerhalb dieser Gruppe stehen, unabhängig davon, ob es sich bei diesen Außenstehenden um andere Gruppen von Sozialversicherten oder sogar um Nicht-Sozialversicherte handelt. Zum anderen greift Solidarität als Legitimation nicht bei Umverteilungen, die zwischen den Sozialversicherungsträgern in Form von Risikostruktur- und Finanzausgleichen ablaufen (extramurale korporative Umverteilungen)⁹²⁵. Auch der Aspekt der Finanzbedürfnisse der Sozialversicherung rechtfertigt eine zwangsweise Einbeziehung neuer Versicherter in die Sozialversicherung und die Grundrechtsbeeinträchtigung in Form der Belastung mit fremdnützigen Beiträgen nicht. So darf der Gesetzgeber nicht einfach durch Neuversicherung von Beitragszahlern mit überdurchschnitt-

⁹²⁴ Butzer (2001), S. 418 ff.

lichem Arbeitseinkommen, die einen Teil des von Ihnen selbst und von ihrem Arbeitgeber gezahlten Sozialversicherungsbeitrags als fremdnützigen Beitrag erbringen, die Versicherungsgemeinschaft personell erweitern, nur um die Beitragssätze der bisher Sozialversicherten nicht immer weiter steigen zu lassen und gleichzeitig auch nicht den Weg der Kürzungen sozialversicherungsrechtlicher Leistungen oder der verstärkten Steuerfinanzierung zu gehen⁹²⁶. Finanzierungsbedürfnisse haben nur Relevanz für die verfassungsrechtliche Beurteilung fremdnütziger Beitragspflichten, wenn es um die Abgrenzung des Mitgliederkreises einer Pflichtversicherung für eine homogene Bevölkerungsgruppe geht⁹²⁷. Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass auch mit Blick auf einen verfassungsrechtlich gerechtfertigten sozialen Ausgleich die fremdnützige Beitragslast immer nur Folge bleibt und nicht Sinn der Zugehörigkeit der Sozialversicherung. Die Legitimation der Finanzverfassung gilt allein für die Umverteilung des Aufkommens an Steuern, nicht aber für diejenige des Aufkommens an Sozialversicherungsbeiträgen.

Eine Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht durch § 7 SGB IV lässt sich demnach verfassungsrechtlich wie folgt beurteilen: § 7 SGB IV bestimmt mit dem bisherigen Beschäftigtenbegriff die Gruppe der Beschäftigten, an deren Eigenschaft der Gesetzgeber die Sozialversicherungspflicht knüpft. Diese Gruppe muss also homogen (intern/extern) sein, eine gewisse Schutzbedürftigkeit aufweisen und ferner müssen die Gruppenzugehörigen sowohl füreinander als auch hinsichtlich der konkreten Aufgabe stärker Verantwortung tragen als die Gesamtbevölkerung.

Der Beschäftigtenbegriff in seiner jeweiligen Definition ist geeignet, eine Gruppe zu bestimmen, die sich durch eine gemeinsame Interessenlage sowie durch die Gegebenheiten in einer bestimmten Stellung im gesellschaftlichen Leben von der Allgemeinheit abgrenzen lässt. Durch die flexible Ausfüllung des Beschäftigtenbegriffs durch die Rechtsprechung ist die Abgrenzbarkeit immer von der sozialen Wirklichkeit vorgeformt.

Werden Beschäftigte, wie in Rechtsprechung und Literatur, historisch durch ihre persönliche Abhängigkeit definiert, wird ein Merkmal herangezogen, das sich nicht mit sozialer

⁹²⁵ a.A. BSG, Urteil v. 16.11.1978 – 3 RK 29/76, BSGE 47, 148 (159); Butzer (2001), S. 420 m.w.N. in Fn. 317 zur Gegenmeinung in der Literatur.

⁹²⁶ Eine andere Überlegung beruht auf einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pflichtversicherung der Landwirte. Diese spreche dem Gesetzgeber das Recht zu, „bei Einführung einer berufsständischen Pflichtversicherung ... den Mitgliederkreis so abzugrenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist“, BVerfG, Beschluss v. 09.02.1977 – 1 BvL 11/74, 2, 11, 13, 22/75 und 5, 8, 9, 12/76, BVerfGE 44, 70 (90). Das Zitat hat ein erhebliches Eigenleben entfaltet. Siehe beispielhaft Osterloh (2003), Art. 3, Rn. 186; Papier (2003), Abschnitt 3, Rn. 96; Starck (1999), Art. 2 Abs. 1, Rn. 129; BSG, Urteil vom 14.09.1978 – 12 RK 57/76, BSGE 47, 60 (61 f.). In der späteren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts findet sich die in eine ähnliche Richtung zielende These, dass das Solidaritätsprinzip grundsätzlich einen Beitrag aller Beschäftigten zu den Systemen der sozialen Sicherung erfordert, unabhängig vom Vorliegen oder dem Umfang ihres individuellen Schutzbedürfnisses“. Deshalb sei die Zugehörigkeit und Beitragspflicht zur Versicherungsgemeinschaft auch für solche Personen gerechtfertigt, bei denen kein soziales Schutzbedürfnis vorhanden sei. Der Aspekt der Finanzbedürfnisses der Sozialversicherung soll damit eine hinreichende Legitimation für die zwangsweise Einbeziehung neuer Versicherter abgeben und die Grundrechtsbeeinträchtigung in Form der Belastung mit fremdnützigen Beitragsbelastungen rechtfertigen können; ablehnend Butzer (2001), S. 432 ff.

⁹²⁷ nur so sei BVerfG, Beschluss v. 09.02.1977 – 1 BvL 11/74, 2, 11, 13, 22/75 und 5, 8, 9, 12/76, BVerfGE 44, 70 (90) zu interpretieren, Butzer (2001), S. 432 ff.

Schutzbedürftigkeit deckt, sondern aus dem sie hergeleitet wird. Es wird davon ausgegangen, dass derjenige, der persönlich abhängig ist, auch sozialen Schutzes bedarf. Die soziale Schutzbedürftigkeit ist also Folge der persönlichen Abhängigkeit und nicht alleiniger Zweck der Gruppenbildung.

Werden nun durch eine Neuregelung des § 7 SGB IV auch Selbständige in die Sozialversicherungspflicht einbezogen, fehlt es grundsätzlich an interner sowie an externer Homogenität.

Bei Einbeziehung Erwerbstätiger, die lediglich wirtschaftliche Abhängigkeit gemeinsam haben, ergäbe sich die Homogenität lediglich aus der Schutzbedürftigkeit, da diese mit wirtschaftlicher Abhängigkeit gleichzusetzen ist. Hier fehlt es also mangels anderer Gemeinsamkeiten an interner Homogenität.

Anders verhält es sich bei den arbeitnehmerähnlichen Selbständigen i.S.d. § 2 Nr. 9 SGB VI. Ihre Abgrenzung wird durch die Kriterien „keine Beschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer über der Geringfügigkeitsgrenze“ und „auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig“ von der sozialen Wirklichkeit vorgegeben. Ihre soziale Schutzbedürftigkeit ist hier nicht alleinige Gemeinsamkeit. Aufgrund der Arbeitnehmerähnlichkeit besteht auch externe Homogenität. Insofern ergibt sich für die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen noch die Frage nach der individuellen Verfassungsmäßigkeit – dem „Wie“ des sozialen Ausgleichs.

1.2.1.1.2.3 Individuelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung – „Wie“ des sozialen Ausgleichs

Hat der Gesetzgeber bestimmte Mitglieder der Gesellschaft in verfassungsgemäßer Weise in einem Sozialversicherungsträger zusammengeschlossen und – gerechtfertigt durch den Gedanken der Solidarität – zu gegenseitigem sozialen Ausgleich verpflichtet, stellt sich als weitere die Frage nach etwaigen aufgabenbezogenen Grenzen dieser erzwungenen Pflichtenbeziehung. Es ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber den notwendigen Bezug der in dem Sozialversicherungsträger zusammengeschlossenen homogenen Gruppe zu der dem Träger konkret übertragenen Aufgabe hinreichend beachtet hat. Hierbei ist zum einen der Kreis der dem Sozialversicherungsträger übertragenen Aufgaben (= agendarische Grenzen⁹²⁸), zum anderen das Ausmaß der dem Träger übertragenen Aufgaben (= dimensionale Grenzen⁹²⁹) von Bedeutung.

Bei der Bestimmung sozialversicherungsrechtlicher Agenden muss der Gesetzgeber den Gedanken der Subsidiarität beachten. Die Freiheit des Individuums, auf der das Grundgesetz aufbaut, und die damit eng verbundene und vom Grundgesetz in Art. 1 Abs. 1 GG zum

⁹²⁸ S. dazu Butzer (2001), S. 452 ff.

⁹²⁹ S. dazu Butzer (2001), S. 508 ff.

obersten Gut der Verfassungsordnung erhobene Würde des Menschen fordern auch vom Sozialgesetzgeber, die Verantwortung Dritter oder des Gemeinwesens erst dann eingreifen zu lassen, wenn und soweit der einzelne Mensch seine Bedarfe nicht selbst verwirklichen kann. Die Geltung dieses Subsidiaritätsgedankens als Verfassungsgrundsatz wurde seit Mitte der 1970er Jahre überwiegend abgelehnt⁹³⁰. Mit der Erhebung von Subsidiarität durch die Schaffung von Art. 23 GG in der Fassung von 1992 in den Kreis anderer verfassungs-kräftiger Staatsstrukturbestimmungen ist Subsidiarität nunmehr nicht nur ein einfachgesetzlicher, sondern (auch) ein verfassungsrechtlicher Geltungsanspruch zuzubilligen⁹³¹.

Der Subsidiaritätsgrundsatz äußert sich zunächst zur Verteilung von materiell-rechtlichen Endzuständigkeiten zwischen dem Individuum, den verschiedenen privaten oder öffentlich-rechtlichen Gemeinschaften sowie dem Kollektiv „Allgemeinheit“. Demnach hat die autonome private bzw. privatversicherungsmäßige nach der Wertung des Subsidiaritätsgedankens immer Vorrang vor dem Schutz durch eine öffentlich-rechtlich organisierte Zwangsversicherung⁹³². Der Sozialversicherung dürfen nur diejenigen Bevölkerungsschichten unterstellt werden, die sich erfahrungsgemäß aus eigener Initiative und Kraft gegenüber den Wechselfällen des Lebens nicht ausreichend schützen können, wobei sich die Einbeziehung nicht nach der wirtschaftlichen und sozialen Lage des einzelnen Bürgers zu richten braucht, sondern nach der mutmaßlichen Sicherungsbedürftigkeit, die sich aus der durchschnittlichen Lebenslage derjenigen Bevölkerungsgruppe ergibt, zu der dieser Bürger gerechnet werden kann (Grundsatz der Typisierung). Auch ist vor dem Einbezug in die Sozialversicherung stets zu prüfen, ob sich das (typisierend beurteilte) Nichtvermögen des Individuums gleichermaßen auf alle oder nur auf einige Risiken (Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Unfall, Erwerbsfähigkeit, Alter, Arbeitslosigkeit usw.) bezieht. Die zwar auf Zwang beruhende, aber durch eigene Beiträge finanzierte Sozialversicherung trägt indes dem Primat der Eigenverantwortung des Individuums wiederum stärker Rechnung als die Gewährung steuerfinanzierter Sozialleistungen.

Sodann gibt der Subsidiaritätsgedanke Leitlinien für den Fall, dass nach der zuvor aufgrund von Subsidiaritätserwägungen getroffenen Entscheidung die Zuständigkeit nicht beim Individuum, sondern bei einer unter-staatlichen Gemeinschaft liegen soll, und der Gesetzgeber infolgedessen entscheiden muss, ob er die Aufgabe einer privatrechtlichen Gemeinschaft belässt oder sie einer öffentlich-rechtlichen, aber unter-staatlichen Gemeinschaft zuweist. Prinzipiell besteht ein Vorrang für eine Vorsorge durch den (freiwilligen) Abschluss einer Privatversicherung. Kann sich das Kollektiv „Allgemeinheit“ nicht auf eine Vorsorge

⁹³⁰ siehe ausführlich zur Verfassungsrechtsqualität der Subsidiarität Butzer (2001), S. 465 ff.; ablehnende Meinungen zur Verfassungsrechtsqualität von Subsidiarität (vor 1992) Nachweise bei Butzer (2001) S. 471 Fn. 462.

⁹³¹ siehe Nachweise bei Butzer (2001) S. 474 Fn. 474.

⁹³² Butzer (2001), S. 493, a.A. Nachweis bei dems. S. 493 Fn. 521.

durch den (freiwilligen) Abschluss einer privaten Versicherung verlassen, hat er als nächste Möglichkeit zu prüfen, ob es genügt, dem Individuum aufzugeben, (obligatorisch) eine private (Pflicht-) Versicherung bei freier Wahl des Versicherers abzuschließen. Diese Möglichkeit hat den Vorrang vor der (zwangsweisen) Einbeziehung in einen ganz bestimmten privaten (Pflicht-)Versicherer, letztere wiederum gegenüber der Vorsorge durch eine öffentlich-rechtliche Pflichtversicherung in berufsständischen Versorgungswerken und diese Möglichkeit wiederum gegenüber der (zwangsweisen) Einbeziehung in die öffentlich-rechtliche Sozialversicherung (vgl. § 2 Abs. 4 SGB V i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). Im Rahmen der Sozialversicherung besteht Vorrang für eine Versicherungspflicht mit Wahlfreiheit unter mehreren Versicherern gegenüber einer Versicherungspflicht ohne Wahlfreiheit.

Schließlich gibt Subsidiarität dem Gesetzgeber Orientierungsmarken, wenn die Zuständigkeit subsidiaritätsangeleitet einer öffentlich-rechtlichen Gemeinschaft, nämlich einem Zweig der Sozialversicherung, zuzuordnen ist und der Gesetzgeber nunmehr an die konkrete Ausgestaltung der sozialversicherungsrechtlichen Agenden herangeht⁹³³.

Nach der Gesetzesbegründung zeichnet sich der Personenkreis der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen weniger durch die Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen als vielmehr durch typische Tätigkeitsmerkmale aus. Da sie dadurch nicht weniger schutzbedürftig erschienen als die anderen von § 2 SGB VI erfassten Selbständigen, wurden sie ebenso wie diese in die Rentenversicherungspflicht einbezogen⁹³⁴. Insofern erscheint die Einbeziehung (nur) in die Rentenversicherung verfassungsgemäß.

1.2.1.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber

Für die Legitimation der Beitragspflicht der Arbeitgeber unter dem Aspekt der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ist das Verantwortungsprinzip⁹³⁵ relevant. Da das Versicherungsprinzip einen besonderen Sachgrund für die Belastung einer gar nicht versicherten Person nicht mehr bilden kann, wird dieser in der Verantwortung des Dritten für die Versicherung eines anderen gesehen. Es dient hauptsächlich zur Beitragslegitimation, wenn private Dritte für Leistungsrechte anderer zahlen. Dies ist neben der Zahlung des fremdnützigen Anteils des Beitrags durch den Sozialversicherungspflichtigen eben der Fall bei der Beitragspflicht der Arbeitgeber.

Teilweise wird zwar vertreten, der hälftige Arbeitgeberanteil beruhe nicht auf einer eigenständigen Beitragspflicht⁹³⁶. Aus ökonomischer Sicht handele es sich bei dem Arbeitgeberanteil um Lohnnebenkosten. Da sie dem Arbeitnehmer Versicherungsrechte erkaufen,

⁹³³ Siehe hierzu ausführlich Butzer (2001) S. 502 ff.

⁹³⁴ vgl. BT-Drucks. 14/45, S. 20.

⁹³⁵ Siehe zum Verantwortungsprinzip Kirchhof (1999), S. 164 f.; Butzer (2001), S. 596 ff.

⁹³⁶ Siehe Kirchhof (1999), S. 165 m. w. N.

flößen sie ihm rechtlich zu und müssten ihm zugerechnet werden. Daher seien sie schon durch das Versicherungsprinzip legitimiert.

Jedoch lehnen andere diese ökonomische Betrachtung ab und sehen den hälftigen Arbeitgeberanteil als eigenständige Beitragspflicht⁹³⁷, d.h. als eine hoheitlich auferlegte fremdnützige Last des Arbeitgebers, an.

Dieser Meinung folgend wird der die Beitragsbelastung rechtfertigende Verantwortungsbezug zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer deshalb – und dahin geht die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹³⁸ und die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum⁹³⁹ – aus der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht (§§ 617, 619 BGB) hergeleitet. Die Fürsorgepflicht wird abgeleitet aus dem Arbeitsvertrag bzw. aus dem Arbeitsverhältnis als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis, des weiteren aus dem Gedanken der Sozialstaatlichkeit nach Art. 20 Abs. 1 GG, sodann aus dem allgemeinen Schutzcharakter des Arbeitsrechts, ferner aus der schuldrechtlichen Schutzpflicht, nach der niemand einen anderen in seinen Interessen verletzen darf, sowie aus dem Prinzip von Treu und Glauben, das bei Arbeitsverhältnissen eine besonders starke Ausgestaltung erfahren habe⁹⁴⁰. Zur inhaltlichen Bestimmung der Fürsorgepflicht muss man sich vergegenwärtigen, dass der Arbeitnehmer nicht isolierte einzelne Arbeitsleistungen schuldet, sondern ein Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber selbst und in der Regel anderen Arbeitnehmern zur Erreichung eines ihm vorgegebenen Betriebszwecks. In diesem Sinne ist der Arbeitnehmer zu einem Gesamtverhalten verpflichtet, das darauf gerichtet ist, nach Maßgabe der übernommenen Funktion die berechtigten Interessen des Arbeitgebers nicht zu schädigen und im Rahmen des Zumutbaren wahrzunehmen. Ist aber der Arbeitnehmer zu einem betriebsförderlichen Gesamtverhalten verpflichtet, muss auch der Arbeitgeber nach Treu und Glauben nicht nur auf die Person des Arbeitnehmers bei Erbringung der einzelnen Leistungen Rücksicht nehmen, sondern seinerseits für die vom Arbeitnehmer geschuldete Verpflichtung einen umfassenden Ausgleich gewähren (Grundsatz des gegenseitigen Interessenschutzes)⁹⁴¹. Dieser Ausgleich schließt die Verpflichtung ein, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden berechtigten ideellen Interessen des Arbeitnehmers zu achten und zu fördern und den Arbeitnehmer vor vermeidbaren Nachteilen im Rahmen des Zumutbaren zu schützen. Der konkrete Inhalt der Fürsorgepflicht wird wesentlich von dem Aspekt der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers bestimmt, die zugleich den Grund für die soziale Schutzbe-

⁹³⁷ Butzer (2001), S. 586 ff.

⁹³⁸ BVerfG, Urteil v. 10.05.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105 (113, 116); BVerfG, Beschluss v. 16.10.1962 – 2 BvL 27/60, BVerfGE 14, 312 (317); siehe ferner BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (307, 312 ff., 317); BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (147, 158 f.); BSG, Urteil v. 19.12.1957 – 1 RKg 4/56, BSGE 6, 213 (227).

⁹³⁹ siehe Nachweise bei Butzer (2001), S. 596, Fn. 852; vgl. auch Hong (1998), S. 73.

⁹⁴⁰ Nachweise zur Diskussion um die dogmatische Grundlegung der Fürsorgepflicht bei Schaub (2000), § 53, Rn. 1 ff.

⁹⁴¹ Butzer (2001), S. 599 m. w. N.

dürftigkeit des Arbeitnehmers abgibt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit reflektiert dabei ganz besonders die Bedeutung von Arbeitsplatz und Arbeitsentgelt für das Erwirtschaften der Existenzgrundlage des Einzelnen⁹⁴². Dieser spezifischen Abhängigkeitslage ist nun der Vorteil gegenüber zu stellen, der dem Arbeitgeber erwächst: Dieser trägt zwar das Unternehmerisiko, besitzt aber vor allem die Chance, das Produkt der Arbeitskraft seines Arbeitnehmers zu seinem Gewinn zu verwerten. Zu den wichtigsten Interessen des Arbeitnehmers, auf die der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht Rücksicht zu nehmen hat, gehört – weil die Realisierung des Unternehmerrisikos unmittelbar auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers und damit auf seine Vermögensinteressen und die seiner Angehörigen durchschlägt – der vorsorgende Schutz gegen den Verlust oder die Einschränkung der Arbeitskraft, z.B. durch Krankheit, Unfall, Minderung der Erwerbsfähigkeit, Alter, Pflegebedürftigkeit sowie durch Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis oder durch eigene Kündigung.

Aus diesen Gründen gibt die Fürsorgepflicht, die im Wesentlichen durch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten bestimmt wird, eine Rechtfertigung ab, dass durch die gesetzliche Auferlegung der Pflicht zur (Mit-)Finanzierung von Vorsorgeaufwendungen im Rahmen der Sozialversicherung in die Grundrechtsposition des Arbeitgebers eingegriffen wird. Eine Beitragslegitimation gegenüber den Arbeitgebern ist somit grundsätzlich bei Vorliegen wirtschaftlicher Abhängigkeit der für ihn Tätigen gegeben.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen damit wiederum, wenn Selbständige, die weder persönlich noch wirtschaftlich abhängig sind, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden. Betrifft die Sozialversicherungspflicht jedoch Erwerbstätige, die sich durch wirtschaftliche Abhängigkeit auszeichnen, besteht folglich auch diesen gegenüber die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die die Belastung des Arbeitgebers mit Beiträgen rechtfertigt. Gegenüber den Arbeitgebern wäre sogar die Einbeziehung lediglich wirtschaftlich Abhängiger („Neue Selbständige“) verfassungsgemäß.

1.2.2 Eingriff in Freiheitsrechte

Bislang ist ausschließlich die gleichheitsrechtliche Seite der Beitragsrechtfertigung dem Grunde nach erörtert worden. Das findet seinen Grund darin, dass sich die entscheidenden Fragen der Beitragsfinanzierung von Aufgaben, die den Sozialversicherungsträgern vom Gesetzgeber übertragen worden sind, im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 GG stellen. Doch wirft auch der in der Beitragserhebung liegende Eingriff in den Schutzbereich von Freiheitsrechten der Versicherten einen Legitimationsbedarf auf.

⁹⁴² Schaub (2000), § 2, Rn. 5.

Die „freiheitlich demokratische Grundordnung“ schließt das Bekenntnis zum „Prinzip Freiheit“ ein und hat im Grundgesetz in der Voranstellung eines Grundrechtskataloges Ausdruck gefunden. Individualität und Eigenständigkeit, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung des Bürgers in der Gemeinschaft lassen sich aus einer Zusammenschau der Grundrechte ableiten. Zur eigenverantwortlichen Lebensführung gehört auch die freie Entscheidung des Individuums, wie es seine Einkünfte verwendet, insbesondere, ob es für einen komfortablen Ruhestand vorsorgen oder im Alter bescheidener und dafür in der Jugend aufwendiger leben will. Freiheit ist notwendigerweise risikobehaftet, so dass der einzelne gegebenenfalls die Folgen nachlässigen Verhaltens tragen muss. Die Einzelgrundrechte beinhalten jedoch Beschränkungsermächtigungen. Das Verhältnis von primärer Freiheitsverbürgung und sekundärer Beschränkungsermächtigung in den Einzelgrundrechten verdeutlicht einen Regel-Ausnahme-Grundsatz, wonach die Freiheit prinzipiell unbegrenzt, die Staatseinwirkung prinzipiell begrenzt ist, so dass jeder staatliche Eingriff einer Legitimation bedarf. Dies gilt auch für eine Einbeziehung in die Sozialversicherung als eine öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung.

1.2.2.1 Negative Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG

Eines der Freiheitsrechte, welches durch die zwangsweise Einbeziehung in die Sozialversicherung betroffen sein könnte, ist das in Art. 9 Abs. 1 GG verankerte Recht auf (negative) Vereinigungsfreiheit⁹⁴³. Aus der positiven Vereinigungsfreiheit als notwendige Ergänzung folgt eine negative Freiheitskomponente. Sie garantiert jedem Deutschen das Recht, bestimmten Vereinen und Gesellschaften nicht oder überhaupt keinen Vereinen oder Gesellschaften beizutreten. Immer wenn Grundrechte ein Verhalten gestatten, muss das negative Unterlassen mitgeschützt sein, weil andernfalls keine Freiheit besteht.

Nach der gerichtlichen Spruchpraxis⁹⁴⁴ und der (wohl noch) herrschenden Meinung in der Literatur⁹⁴⁵ bezieht sich der Schutz der negativen Vereinigungsfreiheit nur auf privatrechtliche Vereinigungen, nicht aber auf die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Dies ergebe sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Vorschrift, sondern auch auf Grund formallogischer Erwägungen. Da Art. 9 Abs. 1 GG nicht den (positiven) Anspruch gewähre, öffentlich-rechtliche Verbände zu bilden, könne er auch keinen (negativen) Anspruch auf Freiheit von öffentlich-rechtlichen

⁹⁴³ siehe dazu ausführlich Kaltenborn (2001), S. 300 ff.

⁹⁴⁴ BVerfGE, Urteil v. 29.07.1959 – 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89 (102); BVerfG, Beschluss v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281 (297 f.); BVerfG, Beschluss des 1. Senats v. 11.06.1995 – 1 BvR 892/88, BVerfGE 92, 53 (69); BVerwG, Urteil v. 24.09.1981 – 5 C 53/79, BVerwGE 64, 115 (117); BVerwG, Urteil v. 17.12.81 – 5 C 56/79, BVerwGE 64, 298 (301); BVerwG, Urteil v. 21.07.1998 – 1 C 32/97, BVerwGE 107, 169 (172 f.); BVerwG, Urteil v. 17.12.1998 – 1 C 7/98, BVerwGE 108, 169 (171 f.); BSG, Urteil v. 30.08.1966 – 1 RA 301/61, BSGE 25, 170 (176); 31, 136 (138 f.).

⁹⁴⁵ Merten (1998), S. 547; ders. (2001), § 144, Rn. 58 ff.; Starck (1999), Art. 2 Abs. 1, Rn. 125; Kemper (1999), Art. 9 Abs. 1, Rn. 131 ff.; weitere Nachweise bei Kaltenborn (2001), S. 300, Fn. 6.

Zwangsverbänden beinhalten. Ein solcher Zwangszusammenschluss sei infolgedessen ausschließlich an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.

Dieser Umkehrschluss wird hingegen von denjenigen, die sich für die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 GG auf öffentlich-rechtliche Zwangszusammenschlüsse aussprechen⁹⁴⁶, nicht als zwingend angesehen. Das Fernbleiben von einem öffentlich-rechtlichen Verband sei gerade keine – für den Privaten unmögliche – Inanspruchnahme öffentlich-rechtlicher Gestaltungsformen, vielmehr handele es sich hierbei um die Realisierung der klassischen grundrechtlichen Abwehrfunktion⁹⁴⁷. Die Funktion der Vereinigungsfreiheit bestehe darin, umfassend die Freiheit privatautonomer Selbstorganisation zu schützen; diese Freiheit sei aber in besonderem Maße tangiert, wenn Art. 9 Abs. 1 GG durch die staatliche Organisationsgewalt ausgeschaltet wird⁹⁴⁸.

Folgt man der Meinung, die die Betroffenheit von Art. 9 Abs. 1 GG bejaht, stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung für eine Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung.

Die Schranken des Art. 9 Abs. 2 GG sind nicht einschlägig. Die dort aufgeführten Verbotstatbestände ergeben nur Sinn, wenn sie auf die (positive) Freiheit, Vereine und Gesellschaften zu bilden, angewandt werden. Damit unterliegt der aus Art. 9 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrechtsschutz vor Zwangszusammenschlüssen keiner expliziten Schrankenregelung. Als alleinige Möglichkeit der Rechtfertigung eines solchen Verbandes bliebe der Rückgriff auf verfassungsimmanente Begrenzungen. Dies sind nach der Rechtsprechung, der das Schrifttum überwiegend gefolgt ist⁹⁴⁹, ausschließlich die kollidierenden Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte.

Eine solche verfassungsimmanente Schranke ergibt sich jedoch nicht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, wonach dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet der Sozialversicherung zusteht. Die bundesstaatlichen Zuständigkeitsregelungen lassen zwar als Folge einer Aufgabenzuweisung implizit die Vielfalt der durch Gesetzgebung zu verfolgenden Staatsaufgaben erkennen⁹⁵⁰, jedoch dürfen sie nicht mit Staatsaufgaben bzw. hieraus abzuleitenden (materiell-rechtlichen) Handlungsverpflichtungen gleichgesetzt werden⁹⁵¹, die anderweitig in der Verfassung festgelegte Modalitäten oder Begrenzungen staatlichen Handelns wieder aufheben oder einschränken⁹⁵². Ein materielles Kompetenzverständnis würde

⁹⁴⁶ Siehe u.a. Scholz (1999), Art. 9, Rn. 90; Hesse (1995), Rn. 413 f.; Bauer (1996), Art. 9, Rn. 42; Siekmann/Duttge (1999), Rn. 553; von Mutius (1973), S. 82 ff.; Rode (1976), S. 844 f.; Pieroth/Schlink (2002), Rn. 730; Murswiek (1992), S. 118 f., Höfling (2003), Art. 9, Rn. 22; Schöbener (2000), S. 403.

⁹⁴⁷ Murswiek (1992), S. 118 f.; Höfling (2003), Art. 9, Rn. 22 m. w. N.

⁹⁴⁸ Scholz (1975), S. 124 f.

⁹⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 26.05.1970 – 1 BvR 83, 244 und 345/69, BVerfGE 28, 243 (261); zu weiteren Nachweisen aus Rspr. und Lit. vgl. Sachs (2003), vor Art. 1, Rn. 120.

⁹⁵⁰ Schulze-Fielitz (1990), S. 21 m.w.N.

⁹⁵¹ Isensee (1996), § 57 Rn. 140 f.

⁹⁵² BVerfG, Urteil v. 24.04.1985 – 2 BvF 2, 3, 4/83 und 2/84, BVerfGE 69, 1 (60); s. dazu auch Kaltenborn (2001), S. 302 m.w.N.

Gefahr laufen, die Autorität der Grundrechtsartikel mit ihrer differenzierten Schrankensystematik zu untergraben⁹⁵³, und dürfte daher schwerlich mit Art. 1 Abs. 3 GG vereinbar sein⁹⁵⁴.

Auch das Sozialstaatsprinzip kann nicht als Rechtfertigung greifen. Zwar kann es im Rahmen qualifizierter und schlichter Gesetzesvorbehalte als materielle Legitimationsgrundlage von Grundrechtsbeschränkungen herangezogen werden. Außerhalb bestehender Gesetzesvorbehalte vermag das Sozialstaatspostulat jedoch wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit – jedenfalls für sich genommen – keine ausreichende Grundlage für eine unmittelbare Grundrechtsbegrenzung zu bieten⁹⁵⁵.

Andere Verfassungswerte oder kollidierende Grundrechte Dritter, die das in Art. 9 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beschränken und eine Pflichtversicherung legitimieren könnten, sind nicht ersichtlich.

Will man nun den Weg einer Schrankenübertragung aus Art. 2 Abs. 1 GG vermeiden und auch nicht allgemeine Formeln wie die „dringenden Belange der staatlichen Gemeinschaft“⁹⁵⁶ bzw. die „Erfordernisse sachgemäßer öffentlicher Verwaltung“⁹⁵⁷ als Rechtfertigungsgründe genügen lassen, so müsste man – greift man eben auf Art. 9 Abs. 1 GG als Grundlage der negativen Vereinigungsfreiheit zurück – zur Verfassungswidrigkeit der Einbeziehung in eine öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung kommen.

Ein ganz anderer Ansatz wird in der neueren Literatur⁹⁵⁸ vertreten. Danach stellt die Sozialversicherungspflicht an sich überhaupt keine Beeinträchtigung der (negativen) Vereinigungsfreiheit dar. Der Streit um das insoweit einschlägige Grundrecht – Art. 9 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG – besitzt demnach keine Relevanz, da man sich auf die Eingriffsqualität des die Pflichtmitgliedschaft begründenden staatlichen Organisationsaktes konzentriert und somit legitimationsbedürftige Grundrechtsbeeinträchtigungen durch einen belastenden Eingriffsakt hervorgerufen werden⁹⁵⁹. Nicht ausreichend sei eine lediglich vorteilhafte oder wirkungsneutrale Betroffenheit in einem abwehrrechtlich geschützten Interessenbereich⁹⁶⁰. Wenn nun in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur die Pflichtmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband als ein Eingriff in das (aus Art. 9 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG abzuleitende) Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit angesehen werde, dann unterstelle man, dass dem staatlichen Inkorporationsakt in der Regel auch eine belastende Wirkung zukomme. Bei näherer Betrachtung erweise sich diese Annahme jedoch als unzutreffend. Eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung seiner Freiheitssphäre

⁹⁵³ Vgl. Selk (1990), S. 897 f.; Stern (1994), § 82 IV 9 b, S. 683.

⁹⁵⁴ Schnapp (1978), S. 734 m.w.N.

⁹⁵⁵ Kaltenborn (2001), S. 302 m. w. N.

⁹⁵⁶ Quidde (1958), S. 524.

⁹⁵⁷ Hesse (1995), Rn. 414.

⁹⁵⁸ Kaltenborn (2001), S. 304; so wohl auch Kirchhof (2004), S. 2 mit Verweis auf BVerfGE 10, S. 354, 362; Hellermann (1993), S. 188 ff.; Laubinger (1983), S. 277 f.; Kluth (1997), S. 306; ablehnend Butzer (2001), S. 324 f.

⁹⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 08.01.1959 – 1 BvR 425/52, BVerfGE 9, 83 (88).

⁹⁶⁰ Sachs(1994 B), § 78 I 2.

erfahre der Bürger nämlich nicht schon durch die gesetzlich angeordnete Einbeziehung in den öffentlich rechtlichen Verband, sondern vielmehr erst durch die einzelnen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis konkret erwachsenen Pflichten⁹⁶¹. Im Sozialversicherungsrecht, aber auch in anderen Bereichen der funktionalen Selbstverwaltung, zähle hierzu vor allem die Beitragspflicht (§§ 20 ff. SGB IV). Sie sei ebenso wie alle anderen Einzelbelastungen, mit denen man sich als Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaft konfrontiert sehe, an den jeweils sachlich einschlägigen Grundrechten zu messen⁹⁶². Mit dem die Pflichtmitgliedschaft begründenden staatlichen Organisationsakt als solchem sei hingegen keine eigenständig belastende Wirkung verbunden⁹⁶³. Die Bezeichnung „Zwangsverband“ suggeriere zwar, dass es sich bei der gesetzlich begründeten Inkorporation in eine Selbstverwaltungskörperschaft um einen staatlichen Rechtsakt mit eigenständiger belastender Wirkung handele, tatsächlich erweise sich die Pflichtmitgliedschaft jedoch lediglich als Bezugspunkt für ein ganzes Bündel von Einzelmaßnahmen, die jeweils unabhängig voneinander auf ihre Grundrechtsrelevanz zu überprüfen seien. Da die an den Mitgliedstatus anknüpfenden Pflichten von durchaus unterschiedlicher Art und Güte sein können, erschiene es auch kaum sachgerecht, sie alle „schematisch über denselben grundrechtlichen Leisten zu schlagen“⁹⁶⁴. Im Unterschied zu den konkreten Einzelbeeinträchtigungen (insbesondere der Beitragspflicht) berühre hingegen die bloße Existenz und allgemeine Tätigkeit einer Selbstverwaltungskörperschaft die Mitglieder noch nicht in ihrer individuellen Freiheitssphäre.

Der letzten Meinung folgend, wird im Folgenden die Verfassungsmäßigkeit speziell der Einzelmaßnahme „Beitragspflicht“ anhand von Art. 12 Abs. 1 GG und 14 Abs. 1 GG betrachtet.

1.2.2.2 Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

1.2.2.2.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen

Für einen Eingriff in die Berufsfreiheit verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Beitragsbelastung in engem Zusammenhang zur Ausübung des Berufs steht und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lässt. Die Literatur kritisiert das Erfordernis dieses finalen Einwirkens und lässt auch faktische Eingriffe oder unmittelbare Folgewirkungen eines primär in eine andere Richtung zielenden Hoheitsaktes ausreichen⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ Vgl. Hellermann (1993), S. 188 ff.; Laubinger (1983), S. 277 f.; Kluth (1997), S. 306.

⁹⁶² Vgl. Kluth (1997), S. 307; Erichsen (2001), § 152, Rn. 72; Laubinger (1983), S. 278.

⁹⁶³ Vgl. Kluth (1997), S. 307 f.

⁹⁶⁴ Laubinger (1983), S. 278.

⁹⁶⁵ vgl. ausführlich dazu schon Teil I, Kapitel 3, 2.2.1.6.

Die Belastung mittels Sozialversicherungsbeiträge wird zumeist von berufsneutraler Zwecksetzung sein⁹⁶⁶ und eben nicht „objektiv berufsregelnde Tendenz“ haben. Denn die Intention des Gesetzgebers geht grundsätzlich nicht dahin, mit Hilfe der Sozialversicherungsbeiträge den Entschluss zur Art oder gar zur Wahl eines Berufs zu lenken. Folgt man der Literaturmeinung unter Abkehr von der Finalität des Eingriffs und damit unter Verzicht auf eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ genügt die – mittelbare – Belastung der Berufstätigkeit⁹⁶⁷ durch Sozialversicherungsbeiträge, um einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu bejahen, der der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

Gesetzliche Eingriffe in die Berufsfreiheit durch die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen sind dann dem Grunde nach zulässig, wenn das betreffende Grundrecht den Gesetzgeber hierzu ermächtigt und der Eingriff verhältnismäßig ist.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hängt davon ab, ob in die Berufsausübung oder die Berufswahl eingegriffen wurde. Bei Eingriffen in die freie Berufsausübung besitzt der Gesetzgeber einen größeren Gestaltungsspielraum als bei Beschränkungen des freien Berufszugangs⁹⁶⁸. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sollen schon immer dann zulässig sein, wenn „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen“⁹⁶⁹. Dagegen darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, „soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert“⁹⁷⁰. Bei der Belastung mit Sozialversicherungsbeiträgen geht es grundsätzlich um Beschränkungen der freien Berufsausübung und nicht der Berufswahlfreiheit⁹⁷¹, da wohl kein Versicherter den Nachweis, dass ein bestimmter Beruf mangels Verdienstchancen gar nicht erst ergriffen werden kann und damit die Berufswahlfreiheit betroffen und verletzt ist, erbringen kann⁹⁷². Somit müssen mit der Erhebung legitime Zwecke des Gemeinwohls verfolgt werden und sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. sein.

Die formellen Voraussetzungen für die Einschränkung des Berufgrundrechts sind erfüllt. Art. 12 Abs. 1 GG enthält einen allgemeinen Einschränkungs- bzw. Gesetzesvorbehalt. Die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht und die damit verbundene Auferlegung von Sozialversicherungsbeiträgen – geschieht dies über § 7 SGB IV – erfolgt auf gesetzlicher Grundlage.

⁹⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183 und 428/75, BVerfGE 47, 1 (22), zum Einkommenssteuergesetz.

⁹⁶⁷ Erforderlich – ansonsten gäbe es keine angemessene Verbindung zur Berufsfreiheit – ist allerdings, dass die Regelung an die Berufstätigkeit anknüpft.

⁹⁶⁸ BVerfG, Urteil v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 ff.

⁹⁶⁹ Grundlegend BVerfG, Urteil v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 Ls. 6 a; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 14.05.1985 – 1 BvR 449, 523, 700, 728/82, BVerfGE 70, 1 (28); BVerfG, Beschluss v. 10.05.1988 – 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, 155 (162); 85, 248 (259); BVerfG, Urteil v. 07.11.2000 – 1 BvR 335/97, BVerfGE 103, 1 (10).

⁹⁷⁰ Grundlegend BVerfG, Urteil v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 Ls. 6 b; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 12.03.1985 – 1 BvL 25, 45, 52/83, BVerfGE 69, 209 (218); BVerfG, Beschluss v. 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, 172 (183).

⁹⁷¹ Kaltenborn (2001), S. 304; vgl. Papier (1990), S. 344, 346; vgl. auch Schirmer (1994), § 14 Rn. 5.

⁹⁷² Butzer (2001), S. 561.

Mit einer Neuregelung zur Einbeziehung Schutzbedürftiger, die aufgrund der Entwicklungen in der Arbeitswelt durch Verlagerung von persönlicher auf wirtschaftliche Abhängigkeit aus der Sozialversicherungspflicht herausfallen, wird auch ein legitimer Zweck verfolgt.

Eine Neuregelung ist dann geeignet, wenn sie den Kreis der Schutzbedürftigen, die in die Sozialversicherung einbezogen werden sollen, einschließlich der lediglich wirtschaftlich Abhängigen einbezieht.

Zum Schutz der wirtschaftlich Abhängigen ist eine Neuregelung auch erforderlich, da bei diesem Personenkreis angenommen wird, dass er keine ausreichende Eigenvorsorge getroffen hat.

Die Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger in die Sozialversicherung und damit Belastung mit einem Sozialversicherungsbeitrag dem Grunde nach steht zudem in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Beitragserhebung verfolgten Interessen und ist den Beteiligten deshalb – jedenfalls dem Grunde nach – zumutbar. Eine Neuregelung, die die Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger regelt, ist demnach verhältnismäßig. Unverhältnismäßig wäre eine Neuregelung, soweit sie Selbständige, die weder persönlich noch wirtschaftlich abhängig sind, in die Sozialversicherung einbezieht.

Dafür spricht auch das Sozialstaatsprinzip⁹⁷³. Kann es auch Grundrechte nicht unmittelbar beschränken⁹⁷⁴, so ist es doch in der Lage, die Verfassungslegitimität eines gesetzgeberischen Eingriffs, der im Rahmen eines grundrechtlich eröffneten Regelungsspielraums und mit entsprechender Zielsetzung erfolgt, zu untermauern. Durch das Sozialstaatsprinzip ist der Gesetzgeber auf das Ziel der Schaffung sozialer Sicherheit und Gerechtigkeit verpflichtet, daher ist die Begründung einer sozialversicherungsrechtlichen Pflichtversicherung für sozial Schutzbedürftige, in der Regel bis zur Beitragsbemessungsgrenze, durchaus verfassungslegitim. Insoweit ist auch zu beachten, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG dem Gesetzgeber nicht nur die sachliche Regelungsbefugnis zur Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen gibt, sondern auch – das ist der materiell-rechtliche Wirkbereich der Kompetenznorm – diejenigen Grundrechtseingriffe dem Grunde nach zulässt, die mit der Aufrechterhaltung der bereits vor-konstitutionell entstandenen Sozialversicherung notwendig verbunden sind⁹⁷⁵.

Die Ausweitung bzw. Verlagerung der Sozialversicherungspflicht durch Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen ist damit dem Grunde nach verfassungsrechtlich gerechtfertigt, soweit soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist. Diese ist insbesondere beim Vorliegen wirtschaftlicher Abhängigkeit zu bejahen.

⁹⁷³ Jarass/Pieroth (2004), Art. 20 Rn. 111; BVerfG, Beschluss v. 25.02.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 (368 f.), BVerfG, Beschluss v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221 (235); BVerfG, Beschluss v. 09.02.1977 – 1 BvL 11/74, 2, 11, 13, 22/75 und 5, 8, 9, 12/76, BVerfGE 44, 70 (89); BVerfG, Beschluss v. 26.04.1978 – 1 BvL 29/76, BVerfGE 48, 227 (234); BVerfG, Beschluss v. 11.03.1980 – 1 BvL 20/76 und 1 BvR 826/76, BVerfGE 53, 313 (326).

⁹⁷⁴ Vgl. dazu Ebsen (1999), § 4 Rn. 39 f.

⁹⁷⁵ Butzer (2001), S. 559.

Da es bei der Bestimmung des sozialversicherten Personenkreises um das „ob“ der Beitragspflicht geht, findet gegenüber den Versicherungspflichtigen eine Rechtfertigung der Höhe nach nicht statt.

1.2.2.2.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber

Wie gegenüber den beitragspflichtigen Versicherten muss der Gesetzgeber bei der Auflegung einer Beitragspflicht in der Sozialversicherung auch gegenüber den Arbeitgebern/Unternehmern prinzipiell das Grundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG und die danach bestehenden Rechtfertigungserfordernisse im Auge behalten.

Obwohl es bei der Festlegung des sozialversicherten Personenkreises nur um das „ob“ der Einbeziehung in die Sozialversicherung, kann gegenüber den Arbeitgebern auch eine Rechtfertigung der Höhe nach Bedeutung erlangen. Die Rechtfertigung der Höhe nach als zweite Rechtfertigungsebene erstreckt sich auf das Maß der von diesen Beteiligten erhobenen Sozialversicherungsbeiträge. Sie wird relevant, soweit es um die Höhe der Gesamtabgaben bei den Arbeitgebern geht. Werden viele ehemals freie Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig, muss also auch der Arbeitgeber für sie seinen Arbeitgeberanteil entrichten. Dies kann zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Gesamtbelastung des Arbeitgebers führen.

Ungeachtet des oben dargelegten Streits, ob eine berufsregelnde Tendenz für einen Eingriff vorliegen muss oder nicht, kann daher im Fall der Arbeitgeber für eine berufsregelnde Tendenz mit der Folge einer Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit angeführt werden, dass wegen der Höhe der Beitragsverpflichtung mit einem Gesamtsozialversicherungsbeitrag von derzeit rund 40 Prozent des sozialversicherungspflichtigen Einkommens auch ohne den gesetzgeberischen Willen zur Berufsregelung jedenfalls objektiv bereits eine berufsregelnde Wirkung gegeben ist⁹⁷⁶.

Zudem sei in diesem Zusammenhang auf die Einheitswert-Beschlüsse des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts⁹⁷⁷ zur Prüfung des Berufs- und Eigentumsgrundrechts der Arbeitgeber/Unternehmer verwiesen, die eine Akzentverschiebung gebracht haben. „Neu“ gegenüber der früheren Rechtsprechung ist hier die Aussage, dass schon wegen der Möglichkeit einer (gezielten) Existenzgefährdung durch eine öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht eine Verschonung des Pflichtigen geboten sei. Zu der in den Beschlüssen behandelten Erbschaftssteuer kann in den nicht überwälzbaren Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung eine Parallele gesehen werden. Es soll also nicht mehr darauf ankommen, ob die wirtschaftliche Existenz des Abgabenschuldners (das Unternehmen des Abgabenschuld-

⁹⁷⁶ Butzer (2001), S. 349; so schon Helmut Simon, Sondervotum, BVerfGE 47, 34 (37 ff.); Scholz (2003), Art. 12, Rn. 415.

⁹⁷⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss des 2. Senats v. 22.06.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 (175 f.).

ners) durch exzessive Abgabenbelastungen aktuell bedroht ist und deshalb gegebenenfalls auch die Ausübung oder Wahl seines Unternehmer-Berufes mangels Verdienstchancen praktisch ausscheidet. Mit der nunmehr in den Vordergrund gestellten Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, die bereits die Verschonung eines nur gefährdeten Grundrechtsträgers verlangt, wird der Beurteilungszeitpunkt ins Vorfeld der realisierten Gefährdung verlagert, also in die Situation der „Noch-Nicht-Verletzung“ des Grundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG und damit in den Bereich des Prognostischen. Der Grundrechtsträger hat danach einen Anspruch auf Unterlassung bevorstehender Störungen, der sicherstellen soll, dass es erst gar nicht mehr zu einem Eingriff in den abwehrrechtlichen Schutzbereich kommt. Nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts in den Einheitswert-Beschlüssen ist der Gesetzgeber aufgrund dieses negatorischen Unterlassungsanspruchs zum Schutze des gefährdeten Abwehrrechts gehalten, Beeinträchtigungen bzw. Verletzungen des Art. 12 Abs. 1 GG, die erfahrungsgemäß („typischerweise“) durch hohe Belastungen mit Steuern und Sozialversicherungsabgaben sowie mit sonstigen Sozialkosten auftreten (können), bereits im vorhinein auszuschließen, indem er insoweit z.B. eine Steuerver-schonung vorsieht. Daran könnte gedacht werden, wenn voraussehbar die Gefahr besteht, dass die Gesamtabgabenbelastung das Unternehmen unrentabel macht und in seinem Fortbestand gefährdet oder wenn sogar Substanzeingriffe notwendig sind, um die Abgaben zu tragen. Ein so gefährdetes Unternehmen ist zugleich auch nicht die Basis für einen Un-ternehmer-Beruf, der in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Demnach ist in jedem Fall von einem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG auszugehen, der gerechtfertigt sein muss.

Eine Neuregelung, die zusätzlich lediglich wirtschaftlich Abhängige in die Sozialversiche-rung einbezieht, erscheint jedoch unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, wenn die Gesamtabgabenbelastung ein Unternehmen unrentabel machen würde. Bei der zusätzlichen Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger in die Sozialversicherung handelt es sich um eine Erweiterung der Sozialversicherungspflicht, d.h. der Arbeitgeber muss auch für diese Er-werbstätigengruppe Sozialversicherungsbeiträge bezahlen. Je nach Art des Unternehmens und Anzahl der dort wirtschaftlich abhängig tätigen Mitarbeiter kann dies zu einer Gesamt-abgabenbelastung des Unternehmens führen, die es unrentabel macht und seinen Fortbe-stand gefährdet. Selbst wenn man nur von einer Beeinträchtigung der Berufsausübung aus-geht, ist hier die Legitimation im Sinne einer „vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls“ fraglich. Die Existenzgefährdung der Unternehmen kann zu einer massenhaften Vernichtung von Arbeitsplätzen führen, was vom Gemeinwohlgedanken nicht mehr gedeckt sein dürfte.

1.2.2.2.3 Legitimation gegenüber privaten Versicherungsunternehmen

Zusätzliche verfassungsrechtliche Probleme stellen sich durch die Erweiterung der Sozialversicherungspflicht im Hinblick auf die Grundrechte der privaten Versicherungsunternehmen⁹⁷⁸. Eine Erweiterung der Pflichtversicherung verdrängt die Privatversicherung durch hoheitliche Maßnahmen mehr oder weniger weitgehend vom Markt, wodurch die Freiheitsphäre der Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt wird⁹⁷⁹. Zwar sichert die Berufs- und Gewerbefreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG keinen wirtschaftlichen status quo, so dass jeder Unternehmer mit einer Veränderung ökonomischer Rahmenbedingungen rechnen muss. Jedoch ist es dem Staat verwehrt, durch Schaffung neuer oder durch Ausbau vorhandener Monopole die Betätigung von Wirtschaftsunternehmen wesentlich zu erschweren⁹⁸⁰.

Fraglich ist hier wiederum die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, insbesondere die Verhältnismäßigkeit i.e.S. mit der Frage, ob die Berufswahl oder die Berufsausübung beschränkt wird. Am Beispiel der Krankenversicherung zeigt sich, dass durch die krankenversicherungsrechtlichen Verwaltungsmonopole die privatrechtliche Krankenversicherung nicht gänzlich ausgeschlossen wird, so dass formal ein Ausschluss oder eine Beschränkung des freien Berufszugangs nicht erfolgt⁹⁸¹. Es gibt jedoch auch Eingriffe in die Berufsfreiheit, die – mögen sie aus formaler Sicht auch nur die Freiheit der Berufsausübung tangieren – hinsichtlich ihrer materiellen Eingriffsschwere den Beschränkungen der Berufswahlfreiheit gleichkommen und deshalb den für sie geltenden Eingriffsschranken unterliegen müssen⁹⁸². Es fragt sich also wie erheblich der Sperrereffekt gegenüber der privatwirtschaftlichen Betätigung ist. Geht man davon aus, dass etwa 65% der Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind, ist der Sperrereffekt gegenüber der privatwirtschaftlichen Betätigung so erheblich, dass die Berufswahlfreiheit betroffen ist⁹⁸³.

Dann ist das Verwaltungsmonopol nur zulässig, wenn es den „Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ bezweckt und wenn die Monopolisierung unentbehrlich ist, um schwere und nachweisbare oder doch jedenfalls höchst wahrscheinliche Gefahren von diesem überragenden Gemeinschaftsgut abzuwehren⁹⁸⁴. Die etwaige Zulässigkeit des bisher erreichten Expansionszustandes der Sozialversicherung besagt dabei nichts für, sondern

⁹⁷⁸ Merten (1998), S. 549; siehe auch Kirchhof (2004), S. 3 f.

⁹⁷⁹ Leisner (1974), S. 35

⁹⁸⁰ Das Bundesverfassungsgericht prüft Verwaltungs- wie Finanzmonopole am Maßstab des Art. 12 GG, vgl. BVerfG, Urteil v. 04.04.1967 – 1 BvR 126/65, BVerfGE 21, 245 (248 f.); BVerfG, Beschluss v. 22.05.1962 – 1 BvR 301, 302/59, BVerfGE 14, 105 (113 f.).

⁹⁸¹ siehe dazu Merten (1998), S. 549; Papier (1990), S. 349; anders Leisner (1974), der durch die Ausdehnung der gesetzlichen Zwangsversicherung die Stufe der Berufswahlfreiheit betroffen sieht, S. 38 f.

⁹⁸² auch das BVerfG hat seine "Stufentheorie" nie schematisch gehandhabt, vgl. BVerfG, Urteil v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30 (42 f.); BVerfG, Beschluss v. 09.05.1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (161 f.).

⁹⁸³ Papier (1990), S. 350; siehe so auch schon Leisner (1974), S. 38 m.w.N.

⁹⁸⁴ BVerfG, Urteil v. 04.04.1967 – 1 BvR 126/65, BVerfGE 21, 245 (251 ff.).

alles gegen die Zulässigkeit weiterer Ausdehnung. Die nächsten Schritte bedürfen weit sorgfältigerer Begründung – wenn sie sich überhaupt noch legitimieren lassen⁹⁸⁵.

Die Sozialversicherungspflicht bezweckt den Schutz der sozial Schutzbedürftigen. Sie wird vom Solidarprinzip beherrscht.

Dieses Solidarprinzip zugunsten der sozial Schutzbedürftigen stellt einen überragenden Gemeinschaftsbelang dar. Es ist durch die Staatsfundamentalnorm der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) abgesichert und mit der prinzipiellen Entscheidung des Grundgesetzes für eine Sozialversicherung im Art. 74 Nr. 12 GG ausdrücklich zu einem verfassungsrechtlich gewollten und geforderten Schutzgut erhoben worden.

Als unentbehrlich können Versicherungszwang und Verwaltungsmonopolisierung nur dann als zum Schutz dieses Gemeinschaftsguts angesehen werden, wenn sie sich allein auf die Schutzbedürftigen erstrecken oder doch jedenfalls für die Funktionsfähigkeit des sozialen Sicherungssystems unerlässlich sind⁹⁸⁶. Da die für die Legitimation des Eingriffes erforderliche Schutzbedürftigkeit wiederum bei einer Mindestsicherung bis zur Beitragsbemessungsgrenze gegeben sein dürfte, sind Versicherungszwang und Verwaltungsmonopolisierung bis zu dieser Grenze unentbehrlich und eine Neuregelung insofern verfassungsrechtlich zulässig.

1.2.2.3 Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG

1.2.2.3.1 Legitimation gegenüber Versicherungspflichtigen

Über Jahrzehnte galt gegenüber der Auferlegung öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten und damit auch gegenüber der Auferlegung von Sozialversicherungsbeiträgen allein Art. 2 Abs. 1 GG in Form der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als einschlägig. Das Vermögen als solches schütze Art. 14 Abs. 1 GG als spezielleres Freiheitsgrundrecht gerade nicht⁹⁸⁷.

Ein Teil der Literatur und die Einheitswert-Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts sehen auch öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten als eine eigenständige, die Eigentumsgarantie berührende Belastung an. Ergänzend wird dazu ver-

⁹⁸⁵ Leisner (1974), S. 40.

⁹⁸⁶ Papier (1990), S. 350.

⁹⁸⁷ BVerfG, Urteil v. 20.07.1954 – BvR 459/52, BVerfGE 4, 7 (17 f.); sachlich übereinstimmend BVerfG, Beschluss v. 21.03.1957 – 1 BvR 65/54, BVerfGE 6, 290 (298); BVerfG, Beschluss v. 12.11.1958 – 2 BvL 4,26,40/56, 1, 7/57, BVerfGE 8, 274 (330); BVerfG, Urteil v. 24.07.1962 – 2 BvL 15, 16/61, BVerfGE 14, 221 (241); BVerfG, Beschluss v. 14.05.1968 – 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288 (315); BVerfG, Beschluss v. 09.03.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250 (271 f.); BVerfG, Beschluss v. 21.06.1977 – 2 BvR 70, 361/75, BVerfGE 45, 272 (296); BVerfG, Beschluss v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 (209); BVerfG, Beschluss v. 14.01.1987 – 1 BvR 1052/79, BVerfGE 74, 129 (148); BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108 (122); BVerfG, Beschluss v. 23.06.1993 – 1 BvR 133/89, BVerfGE 89, 48 (61); BVerfG, Beschluss v. 12.10.1994 – 1 BvL 19/90, BVerfGE 91, 207 (220); siehe dazu schon Teil I, Kapitel 3, 2.2.1.7.

treten, dass nicht nur die zwangsweise Erhebung von Steuern, sondern auch diejenige von Sozialversicherungsbeiträgen in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG eingreift. Dadurch wird die Beitragserhebung materiell-rechtlich am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG geprüft und nicht nur unter dem randständigen und ineffektiven Aspekt einer möglichen Verletzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Folgt man dem Zweiten Senat und bejaht die Eingriffsmöglichkeit in die Eigentumsfreiheit durch die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen, gilt Folgendes: Auch ein Eigentumseingriff, der in der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen dem Grunde nach liegt, kann als verfassungsrechtlich gerechtfertigt angesehen werden, wenn ein Einschränkungsvorbehalt vorliegt und die Beitragserhebung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. ist. Zu dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung und die daraus folgende Legitimation des Eingriffs wird auf die Ausführungen zur Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG verwiesen. Die Verpflichtung Schutzbedürftiger zur Beitragszahlung in der Sozialversicherung verstößt dem Grunde nach nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG⁹⁸⁸.

1.2.2.3.2 Legitimation gegenüber Arbeitgeber

Jede Erweiterung der Sozialversicherungspflicht, die zudem die Arbeitgeber zu weiteren Beitragszahlungen verpflichtet, ist auch im Lichte des Eigentumsgrundrechts der Arbeitgeber verfassungsrechtlich bedenklich. Für die Rechtfertigung der Pflichtbeiträge dem Grunde und der Höhe nach unter dem Gesichtspunkt einer Eigentumsverletzung gemäß Art 14 Abs. 1 GG sei auf die Ausführungen zur Verletzung der Berufsfreiheit der Arbeitgeber gemäß Art 12 Abs. 1 GG verwiesen. Nach den Einheitswert-Beschlüssen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts⁹⁸⁹ reicht auch für eine Eigentumsverletzung die Möglichkeit einer (gezielten) Existenzgefährdung durch eine öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht aus. Insofern ist auch hier für die Beitragspflicht der Arbeitgeber die Rechtfertigung der Höhe nach von Bedeutung. Eine Neuregelung, die den Versichertenkreis erweitert und von den Arbeitgebern erhöhte Abgaben fordert, ist im Lichte des Art. 14 Abs. 1 GG ebenfalls zumindest verfassungsrechtlich bedenklich.

⁹⁸⁸ Vgl. zu der im Zusammenhang mit der Verfassungsmäßigkeit der Höhe nach stehenden Globaläquivalenz und den Vorgaben des Halbteilungsgrundsatzes Butzer (2001), S. 562 f.; BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, BVerfGE 75, 108 (148); BVerfG, Beschluss v. 25.09.1992 – 2 BvL 5, 8, 14/91, BVerfGE 87, 153 (169); BVerfG, Urteil v. 08.07.1976 – 1 BvL 19, 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 263 (295); BVerfG, Urteil v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (341); BVerfG, Beschluss des 2. Senats v. 22.06.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (138).

⁹⁸⁹ BVerfG, Beschluss des 2. Senats v. 22.06.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 (175 f.).

1.2.2.3.3 Legitimation gegenüber privaten Versicherungsunternehmen

Tangiert durch die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht ist Art. 14 GG auch in Bezug auf die privaten Versicherungsunternehmen. Das private Versicherungsunternehmen stellt einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Dieser wird daher vom verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz umfasst⁹⁹⁰, der auch gegen „Eingriffe und Störungen von Seiten der öffentlichen Gewalt“ wirkt⁹⁹¹. Eigentumsrechtlich gesichert ist nicht nur ein Bestand sächlicher Mittel, sondern alle wirtschaftlichen Werte des Betriebes⁹⁹², soweit sie bereits konkret vorhanden sind⁹⁹³. Der Bundesgerichtshof hat in Erweiterung des Schutzbereiches des Gewerbebetriebes auch den „Good Will“ eines Unternehmens als Eigentumsbestandteil anerkannt⁹⁹⁴. So greift die Errichtung eines Verwaltungsmonopols, welche jede Geschäftsberührung zu einem nicht ganz unbedeutenden Kreis potentieller Kunden unmöglich macht, während sie bisher gepflegt werden konnte, in den Eigentumsschutz des Betriebes ein.

Der Eigentumseingriff durch Erweiterung der Pflichtversicherung ist auch nicht etwa begrifflich eine Sozialbindung, die ohne Entschädigung in beliebiger Intensität zulässig wäre. Es kommt vielmehr hier wie auch sonst auf die Schwere des hoheitlichen Eingriffs an⁹⁹⁵. Die Gründe, die die Regelung vor Art. 14 Abs. 1 GG rechtfertigen, sind „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“, die sie auch als Berufsausübungsregelung tragen. Die Schwere des Eingriffs betreffend werden vom Bundesverfassungsgericht Maßnahmen, welche nur die Berufsausübung regeln, nicht aber die Berufswahl berühren, in der Regel auch als zulässige Eigentumsbeschränkungen im Rahmen der Sozialbindung angesehen⁹⁹⁶. Insofern dürfen ebenfalls nur Schutzbedürftige in die Sozialversicherung einbezogen werden, ohne dass es zu einer Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG kommt.

⁹⁹⁰ vgl. f. viele BGH, Urteil v. 09.12.1958 – IV ZR 199/57, BGHZ 29, 65; BGH, Urteil v. 09.05.1956 – V ZR 95/55, BGHZ 20, 338 (355); BGH, Urteil v. 31.01.1966 – III ZR 110/64, BGHZ 45, 150 (154), das BVerfG hat die Anwendbarkeit von Art. 14 GG offen gelassen, BVerfG, Beschluss v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, 1468, 1623/82, BVerfGE 77, 84 (118); BVerfG, Beschluss v. 23.01.1990 – 1 BvR 306/86, BVerfGE 81, 208 (227 f.); BVerfG, Beschluss v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 307/94, BVerfGE 96, 375 (397); BVerfG, Beschluss v. 26.06.2002 – 1 BvR 558, 1428/91, BVerfGE 105, 252 (278).

⁹⁹¹ BVerfG, Urteil v. 30.04.1952 – 1 BvR, 25, 167/52, BVerfGE 1, 264 (277).

⁹⁹² BGH, Urteil v. 31.01.1966 – III ZR 127/64, BGHZ 45, 83 (87).

⁹⁹³ BGH, Urteil v. 30.09.1954 – III ZR 134/54, BGHZ 14, 363 (367); BGH, Urteil v. 25.06.1959 – III ZR 220/57, BGHZ 30, 338 355; BGH, Urteil v. 25.05.1961 – III ZR 163/59, MDR 1961, S. 752.

⁹⁹⁴ BGH, Urteil v. 28.01.1957 – III ZR 141/55, BGHZ 23, 157 (162 f.); BGH, Urteil v. 09.12.1958 – IV ZR 199/57, BGHZ 29, 65 (68).

⁹⁹⁵ Leisner (1974), S. 43.

⁹⁹⁶ vgl. BVerfG, Urteil v. 13.02.1964 – 1 BvL 17/61, 1 BvR 494/60, BVerfGE 17, 232 (248); BVerfG, Urteil v. 27.01.1965 – 1 BvR 213, 715/58, 66/60, BVerfGE 18, 315 (339); BVerfG, Beschluss v. 14.02.1967 – 1 BvL 17/63, BVerfGE 21, 150 (155 f.).

2 Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der flexiblen Arbeitszeitregelungen

Auch der auf die Neuregelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der flexiblen Arbeitszeitregelungen wirkende Bestandsschutz ist neben den tatsächlichen Wirkungen des bestehenden Sozialversicherungssystems rechtlicher Art. Er ergibt sich hier im Wesentlichen direkt aus dem Sozialrecht, genauer aus den Grundsätzen der Sozialversicherung.

Die Zeitwertkonten-Modelle sind Gegenstand der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie und auf der Ebene der Tarifparteien Ausfluss der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit oder Tarifautonomie⁹⁹⁷. Das öffentlich-rechtlich strukturierte Sozialversicherungsrecht kann diese Modelle und die privatrechtlichen Vereinbarungen dazu weder vorgeben noch ermöglichen, sondern allenfalls flankieren. Die Tätigkeit des Gesetzgebers ist also dadurch eingeschränkt, dass die Zeitwertkonten privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gegebenenfalls unter Beteiligung der kapitalanlegenden Bank, Fondsgesellschaft oder sonst das Guthaben absichernden Institution, sind und er allenfalls darauf achten kann, dass diese Vereinbarungen nicht die Grenzen der Privatautonomie überschreiten – beispielsweise durch einseitige Belastungen der Beschäftigten – und andererseits das öffentlich-rechtliche Sozialversicherungssystem nicht seine solidarischen Grundlagen einbüßt, nämlich die Erhebung von paritätisch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu leistenden Versicherungsbeiträgen aus gezahltem Entgelt.

Jedoch ist der Gesetzgeber insbesondere durch die Grundsätze der Sozialversicherung – das Versicherungsprinzip, die Beschäftigungsbezogenheit und die Unmittelbarkeit der Beitragsleistung – eingeschränkt⁹⁹⁸.

Das Versicherungsprinzip besagt, dass mit gleichartigen und schätzbaren Risiken belastete Personen zu Fahrgemeinschaften zusammengeschlossen werden und ein Risikoausgleich stattfindet. Ebenso wie in der Privatversicherung ergibt sich auch in der Sozialversicherung aufgrund der gezahlten Beiträge ein bestimmter Leistungsanspruch im Versicherungsfall⁹⁹⁹. Im konkreten Fall der flexiblen Arbeitszeitregelungen verbietet es z.B. die völlige Freiheit, dass der Beschäftigte das Guthaben für Freistellung, betriebliche Altersversorgung oder bei guter Konjunktur überhaupt nicht für Freistellungen verwendet, sondern als Geldleistung wieder ausbezahlt bekommt. Eine solche unbedingte Freigabe des Verwendungszwecks würde es in die Entscheidung des Beschäftigten legen, ob er beitragspflichtiges Entgelt erwirbt oder nicht bzw. er könnte entscheiden, ob er versicherungspflichtig oder

⁹⁹⁷ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 461.

⁹⁹⁸ Knospe/Ewert/Marx (2001), S. 463.

⁹⁹⁹ Frerich (1996), S. 3 ff.

versicherungsfrei ist, wenn er beispielsweise die Freistellung in betriebliche Altersversorgung umwandelt.

Die Beschäftigungsbezogenheit der Sozialversicherung ergibt sich aus § 7 SGB IV und daraus, dass die einzelnen Sozialversicherungszweige die Sozialversicherungspflicht an das Vorliegen einer Beschäftigung knüpfen. In Bezug auf die flexiblen Arbeitszeitregelungen verhindert sie die Übertragbarkeit von Zeitwertkontenanteilen auf Familienangehörige oder andere Beschäftigte, ohne dass auf diese Weise die Fälligkeit der Beiträge ausgelöst wird.

Der Grundsatz der unmittelbaren Beitragserhebung ergibt sich aus § 22 Abs. 1 SGB IV. Danach entstehen Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen vorliegen, also in Fällen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung sobald die Arbeitsleistung gegen Entgelt erbracht wird. Die Entstehung des Beitragsanspruchs knüpft allein an die arbeitsrechtliche Entstehung des Arbeitsentgeltanspruchs, nicht aber an die arbeitsrechtliche Fälligkeit an. Durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beitragsleistung wird z.B. die Freigabe des Zeitpunktes, zu dem die Wertanteile verarbeitet werden, also die Schaffung der Möglichkeit, die Beiträge sofort zu entrichten oder wie jetzt gesetzlich geregelt, zunächst zu stunden, eingeschränkt.

3 Zwischenergebnis

Bestandsschützende Wirkung auf die Neuregelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der Neuen Selbständigen hatte im Wesentlichen das Verfassungsrecht. So hat es die Aussage des § 7 SGB IV teilweise erhalten und teilweise verändert, also insgesamt geformt:

Die Beibehaltung des Typusbegriff in § 7 Abs. 1 SGB IV ist verfassungsgemäß. Der Typusbegriff verstößt nicht gegen den Bestimmtheits- und den Gleichheitsgrundsatz. Vielmehr ist er zur ständigen inhaltlichen Anpassung des Beschäftigtenbegriffs an die Veränderungen in der Arbeitswelt unerlässlich.

Die Vermutungsregelung im Korrekturgesetz und Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit hingegen war verfassungsrechtlich bedenklich. Wenn sie nicht sogar mangels Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes verfassungswidrig war, so musste sie zumindest verfassungskonform ausgelegt werden und durfte keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungslast des Darlegungspflichtigen stellen.

Verfassungsrechtlich bedenklich war auch die Sonderregelung im Korrekturgesetz zu Lasten der Familienangehörigen. Sie wurde bereits durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit aufgehoben. Die ebenfalls verfassungsrechtlich bedenkliche Herausnahme der Handelsvertreter aus der Vermutungsregelung wurde nicht korrigiert. Ebenfalls erfolgte keine Klarstellung, ob die tatsächliche Beschäftigung eigener Mitarbeiter als Vermutungskri-

terium erforderlich ist oder ob die bloße Möglichkeit ausreicht. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG blieb evident. Durch Ablösung der ursprünglichen Vermutungsregelung durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen entfielen diese Bedenken.

Von übergeordneter Bedeutung über die konkreten Neuregelungen hinaus ist die Verfassungsmäßigkeit einer Verschiebung bzw. Ausweitung der Sozialversicherungspflicht. Hier werden die verfassungsmäßigen Grenzen der sozialversicherungsrechtlichen Flankierung der neuen Erwerbsformen deutlich.

Werden auch lediglich wirtschaftlich Abhängige ohne weitere Gemeinsamkeiten in die Sozialversicherung einbezogen, fehlt es an interner Homogenität, da über die Schutzbedürftigkeit hinaus noch weitere gemeinsame Merkmale vorliegen müssen. Eine Belastung Selbständiger mit fremdnützigen Beiträgen verstößt mangels externer Homogenität und Missachtung des Subsidiaritätsgedankens gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Da die Beitragslegitimation durch die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber erfolgt und diese im Wesentlichen durch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten bestimmt wird, ist die Einbeziehung wirtschaftlich Abhängiger gegenüber den Arbeitgebern mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar. Soweit Selbständige durch eine Neuregelung in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden, liegt mangels Abhängigkeit gegenüber den Auftraggebern ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor.

Betrachtet man die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht im Lichte der Freiheitsrechte, stellt man zunächst fest, dass nach der hier vertretenen Ansicht die negative Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG nicht verletzt ist. Eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung seiner Freiheitssphäre erfährt der Bürger nämlich nicht schon durch die gesetzlich angeordnete Einbeziehung in den öffentlich rechtlichen Verband, sondern vielmehr erst durch die einzelnen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis konkret erwachsenen Pflichten, z.B. die Auferlegung der Beitragspflicht, die anhand Art. 12 und 14 GG zu würdigen ist.

Die Auferlegung der Beitragspflicht gegenüber lediglich wirtschaftlich Abhängigen verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, da sie sozial schutzbedürftig sind. Für die Arbeitgeber kommt es bei der Bestimmung des sozialversicherungspflichtigen Personenkreises auch auf die Kriterien der Beitragslegitimation der Höhe nach an. Werden massenweise wirtschaftlich Abhängige in die Sozialversicherungspflicht einbezogen und somit auch die Arbeitgeber mit zusätzlichen Sozialabgaben belastet, besteht die Möglichkeit einer (gezielten) Existenzgefährdung. Die Beitragsbelastung der Arbeitgeber erscheint in diesem Fall zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Die privaten Versicherungsunternehmen sind in ihrer Berufswahlfreiheit betroffen. Da der Schutz der sozial Schutzbedürftigen den Rang eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts hat, ist der Eingriff in die Berufswahlfreiheit der wirtschaftlich

Abhängigen als auch der Selbständigen bei einer Mindestsicherung bis zur Beitragsbemessungsgrenze gerechtfertigt.

Auch eine Betroffenheit des Art. 14 Abs. 1 GG ist hier bezüglich Versicherungspflichtigen, Arbeitgebern und Privaten Versicherungsunternehmen zu bejahen. Diese ist dem Grunde nach auch gerechtfertigt. Bei den Arbeitgebern besteht die Möglichkeit einer (gezielten) Existenzgefährdung, so dass ihre Belastung zumindest verfassungsrechtlich bedenklich ist. Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht stellt für die Privaten Versicherungsunternehmen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar, der aber im Rahmen von Schutzbedürftigkeit wie ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit gerechtfertigt ist.

Zusammengefasst bewegt sich eine Neuregelung der Sozialversicherungspflicht im Verfassungsrahmen, soweit sie durch Schutzbedürftigkeit der Sozialversicherungspflichtigen legitimiert ist. Die Schutzbedürftigkeit kann sich dabei aus wirtschaftlicher Abhängigkeit ergeben, die wiederum jedoch nicht einziges Merkmal einer neuen Gruppe Einzubeziehender sein darf.

Die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der flexiblen Arbeitszeitgestaltungen wurden bestandsschützend eingeschränkt durch die Grundsätze der Sozialversicherung, insbesondere das Versicherungsprinzip, die Beschäftigungsbezogenheit und die Unmittelbarkeit der Beitragsleistung.

Kapitel 6: Würdigung und Ausblick

Im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse aus Teil I und Teil II sind die Versuche, das Sozialrecht an die sich ändernden Lebensumstände anzupassen, wie folgt zu würdigen:

Die Rechtsanpassungen zur sozialrechtlichen Erfassung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ sind typische Beispiele einer unproblematischen sozialrechtlichen Anpassung an die ständigen Entwicklungen. Sie wurden durch zunehmende Arbeitszeitflexibilisierungen notwendig. Sie sind punktuelle Anpassungen im bestehenden System, erfassen den derzeitigen status quo der Flexibilisierungen und sind für künftige Entwicklungen offen. Eine Anpassung konnte in diesem Fall ohne Weiteres erfolgen, da sich die bestandsschützenden Grenzen im Wesentlichen lediglich aus den Grundsätzen der Sozialversicherung, wie dem Versicherungsprinzip, der Beschäftigungsbezogenheit und der Unmittelbarkeit der Beitragsleistung, ergaben.

Größere Schwierigkeiten zeigten sich jedoch bei den Neuregelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigen“. Dabei ging es um die Frage der

Inhaltsbestimmung des Beschäftigtenbegriffs und damit der Festlegung der Sozialversicherungspflicht.

Im Vorfeld des Korrekturgesetzes fand zunächst eine umfassende Rechtstatsachenforschung durch die IAB-Studie statt, die die Auswirkungen der herkömmlichen Begriffsbildung denen einer teleologischen Begriffsbildung gegenüberstellte. Der Gesetzgeber entschied sich in der Folge für die Beibehaltung des Beschäftigtenbegriffs und eine partielle Änderung des Tatbestands zur Festlegung der Sozialversicherungspflicht (Vermutungsregelung mit Kriterienkatalog). Die Festlegung der Merkmale bzw. Unterbegriffe erfolgte durch den Kriterienkatalog im Rahmen der Vermutungsregelung und sollte im Übrigen der Rechtsprechung überlassen bleiben.

In der Praxis zeigte sich Unsicherheit über die Reichweite der Vermutungsregelung, woraufhin das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit klarstellte, in welchem Umfang die Vermutungsregelung Anwendung finden soll. Mit dem Zweiten Hartz-Gesetz wurde für einen Erprobungszeitraum von drei Jahren wiederum die Vermutungsregelung geändert – diesmal zugunsten von Selbständigkeit. Deutlich wird hierbei, dass es auch bei der jüngsten Novelle bei dem für das Sozialrecht typischen „trial-and-error“-Verfahren geblieben ist und auch bleiben musste, zumal im Vorfeld der Neuregelungen keine ausreichende Rechtstatsachenforschung stattgefunden hat.

Nach dem heutigen Gesetzesstand ist es wieder, wie schon vor dem Korrekturgesetz, ausschließlich Aufgabe der Rechtsprechung, den Beschäftigtenbegriff auszufüllen. Eine Neudefinition ist durch die Gesetzesneufassungen nicht erfolgt. Nach wie vor besteht der Bedarf, den Versichertenkreis neu zu definieren bzw. festzulegen. Insbesondere eine Gesamtkonzeption eines neuen Beschäftigtenbegriffs und damit einer den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen angepassten Sozialversicherungspflicht ist nicht erkennbar. Ein Anpassungsbedarf besteht fort.

Dieses unbefriedigende Ergebnis findet seinen Grund nicht zuletzt in den verfassungsrechtlichen Grenzen, an die die Neuregelungen mit der zunächst eingeführten Vermutungsregelung, der Sonderregelung für Familienangehörige sowie Handelsvertreter und der Regelung zur Beschäftigung eigener Mitarbeiter stieß. Eine Neuregelung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigen“ erweist sich zudem als schwierig, da die Auferlegung von Beitragspflichten bei Erwerbstätigen, die zwar schutzbedürftig sind, jedoch lediglich wirtschaftliche Abhängigkeit gemeinsam haben, auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt: Bis zur Grenze der Schutzbedürftigkeit ist eine Verschiebung des zu erfassenden Personenkreises an sich verfassungsrechtlich zulässig; die erforderliche interne Homogenität zur Wahrung des Gleichheitssatzes darf sich aber nicht allein aus der Schutzbedürftigkeit ergeben. Wirtschaftliche Abhängigkeit als alleiniges Kriterium ist daher nicht ausreichend.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass das abgestufte System, für das sich der Gesetzgeber entschieden hat, eine verfassungsgemäße Lösung ist. Es differenziert zwischen Beschäftigten, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen mit einer dementsprechenden abgestuften Einbeziehung in die einzelnen Sozialversicherungszweige. Fraglich ist nur, wie zukunftssträftig diese Lösung ist. Zwar ist die Ausfüllung dieser Begriffe zur schnelleren Anpassung an sich ändernde Verhältnisse der Rechtsprechung überlassen geblieben, jedoch unter Beibehaltung des selektiven Charakters durch die vom Gesetzgeber vorgegebene Dreiteilung.

Für zukünftige Rechtsanpassungen zur Erfassung der „Neuen Selbständigen“ gilt daher Folgendes: Zum einen ist der Tatbestand, der die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht regelt, so zu fassen, dass er in einem teleologischen Zusammenhang zur Rechtsfolge steht, d.h. tatsächlich alle Schutzbedürftigen erfasst werden. Dabei verbietet sich zur Flankierung der ständigen Flexibilisierungsprozesse ein zu selektives Einbeziehungssystem, da es dadurch starr und im Zuge weiterer Entwicklungen anpassungsbedürftig bliebe. Zum anderen muss ein umfassender – vor allem verfassungsrechtlicher – Bestandsschutz beachtet werden.

In diesem Sinne offen für zukünftige Entwicklungen wäre ein System, das alle Erwerbsformen einbezieht – auch die „Neuen Selbständigen“. Um den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen, müsste in diesem System nach Schutzbedürftigkeit differenziert werden, z.B. dadurch, dass Erwerbstätige, die ein bestimmtes Einkommen überschreiten, aus der Sozialversicherungspflicht heraus genommen werden. Die Schutzbedürftigkeit dürfte nur nicht alleinige Gemeinsamkeit sein. Ein gänzlicher Systemwechsel zu einer umfassenden Grundsicherung, wie sie als Bürgerversicherung diskutiert wird, erscheint daher (zumindest derzeit) als verfassungsrechtlich äußerst bedenklich¹⁰⁰⁰; hier werden auch Personen in den Sozialversicherungsschutz einbezogen, obwohl sie z.B. aufgrund anderweitiger Absicherung nicht schutzbedürftig sind.

¹⁰⁰⁰ Kirchhof (2004), S. 1 ff.

Zusammenfassende Thesen

1. Sozialpolitik zielt auf den Ausgleich sozialer Ungleichheiten (Praktische Sozialpolitik) und beschäftigt sich mit ihren Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen (Wissenschaftliche Sozialpolitik). Sozialrecht institutionalisiert Sozialpolitik und ist das Resultat ihrer Umsetzung.
2. Die Entstehung von Sozialpolitik lässt sich auf politische, rechtliche, wirtschaftliche, soziale und institutionelle Bedingungsbeziehungen zurückführen. Welches Konglomerat an Bedingungen zusammentreffen muss, um das Entstehen von Sozialrecht zu erklären, ist mangels einer gesicherten Erfahrungsbasis jedoch nicht erwiesen.
3. Die Entwicklung von Sozialpolitik erfolgt zwischen Anpassungszwängen und Bestandsschutz. Zu den tatsächlichen Anpassungszwängen zählen die innere Dynamik der Sozialpolitik, die Entwicklungsdynamik der Industriegesellschaft, wirtschaftliche Rahmenbedingungen und die gesellschaftliche (demographische) Entwicklung. Rechtliche Anpassungszwänge ergeben sich aus der Verfassung (Sozialstaatsprinzip, Schutz der Menschenwürde, Gleichheitssatz), aber auch aus dem Europarecht durch aktive Gesetzgebung der Europäischen Union, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und De facto-Druckkonstellationen. Bestandsschutz aufgrund tatsächlicher Umstände gebieten das geschichtlich Gewachsene und das politische System. Rechtlich bestandsschützend wirkt das Grundgesetz durch die (Sozial-)Gesetzgebungskompetenz des Bundes, das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip und das Grundrecht der Berufs- sowie der Eigentumsfreiheit.
4. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist für die Fortbildung des Sozialrechts insbesondere die Rechtsdogmatik zur Schaffung eines übergreifenden Systems in der Flut der Sozialrechtsanpassungen, die Rechtstatsachenforschung zur Ermittlung von gesicherten Erkenntnissen der sozialen Gegebenheiten sowie die juristische Begriffsbildung zur flexiblen Rechtsgestaltung von Bedeutung. Die tatsächliche Umsetzung der Entwicklungsdynamik in das Rechtssystem ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Aber auch die Bedeutung der Rechtsprechung ist – in Anbetracht des raschen gesellschaftlichen Wandels – aufgrund ihrer Fähigkeit zur schnelleren Anpassung bei der Fortentwicklung des Sozialrechts stark ausgeprägt.
5. Der sozialversicherungsrechtliche „Beschäftigtenbegriff“ des § 7 SGB IV ist Bestandteil der durch das Gesetz vorgegebenen Trias „Beschäftigte, Arbeitnehmerähnliche und

Selbständige“. Er geht zurück auf das sogenannte Normalarbeitsverhältnis, das seit dem Industriezeitalter durch das Sozialmodell „abhängige Arbeit“ geprägt wird. Die Rechtsprechung konkretisierte ihn kontinuierlich. Reichsversicherungsamt, Bundessozialgericht, Europäischer Gerichtshof und die herrschende Literatur nehmen die Abgrenzung der Erwerbsformen anhand der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber vor. Die neuere Literatur favorisiert eine teleologische Definition, gleitende Übergänge vom Sonderschutz besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen bis hin zum Schutz vielleicht nur zeitweise oder in bestimmter Hinsicht schutzbedürftiger Selbständiger in einem abgestuften Sozialrecht.

6. Auf den historischen Beschäftigtenbegriff wirkten und wirken tatsächliche Anpassungszwänge, insbesondere durch eine sich verändernde Arbeitswelt. Die Informatisierung führte zu einer Flexibilisierung der Beschäftigungsformen, u. a. zur „Neuen Selbständigkeit“ und zu „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“; das an der Struktur industrieller Arbeitsverhältnisse orientierte Normalarbeitsverhältnis zerfiel. An die Stelle der weisungsgebundenen persönlichen Abhängigkeit trat zumeist eine wirtschaftliche. Die Schutzbedürftigkeit, die den teleologischen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge herbeiführt, wurde durch das Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ nicht mehr zeitgemäß beschrieben. Zudem entstand die Notwendigkeit, das Sozialrecht anzupassen, aus arbeitsmarktpolitischen Überlegungen. Um diesen Umständen Rechnung zu tragen, muss das Sozialrecht auf der einen Seite den Schutzbedürftigen den notwendigen Schutz zukommen lassen, darf auf der anderen Seite jedoch eine aufkeimende Selbständigkeit nicht behindern, sondern soll sie fördern. Die „Neue Selbständigkeit“ und die „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“ müssen sozialrechtlich adäquat flankiert werden. Die Flexibilisierungen in der Arbeitswelt erfordern eine Flexibilisierung der sozialen Sicherheit durch eine Anpassung im oder des Systems.
7. Reformansätze sahen eine bessere Erfassung der Schutzbedürftigen bzw. eine Änderung des Versichertenkreises (Anpassung im System) bis hin zu einer Einführung einer bedarfsunabhängigen Grundsicherung unter Abschaffung des selektiven Charakters der Versicherungspflicht (Anpassung des Systems) vor.
8. In den letzten Jahren erfolgten Rechtsanpassungen im System. Mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte (Korrekturgesetz) wurde eine Vermutungsregelung zugunsten der Beschäftigteneigenschaft mit Kriterienkatalog eingeführt, der verstärkt auf wirtschaftliche Abhängigkeit abhob. Dieser Kriterienkatalog wurde durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit modifiziert

unter besonderer Betonung, dass der Amtsermittlungsgrundsatz neben der Vermutungsregelung fortbesteht. Die Vermutungsregelung wurde schließlich mit dem Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt unter gänzlicher Streichung des Kriterienkatalogs durch eine Vermutungsregelung zugunsten von Selbständigkeit ersetzt. Vom Gesetzgeber wurde insbesondere hervorgehoben, dass neben den Kriterien der Vermutungsregelung und im Rahmen der Amtsermittlung sämtliche, also im Wesentlichen die durch die Rechtsprechung entwickelten und zu entwickelnden Kriterien, für die Abgrenzung herangezogen werden können. Das Korrekturgesetz bezog zudem arbeitnehmerähnliche Selbständige und das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt Selbständige während der Gewährung des Existenzgründungszuschusses in die Rentenversicherungspflicht ein. Diese Regelungen wurden bis heute beibehalten. Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit schuf ein ebenfalls noch gültiges Anfrageverfahren zur Statusklärung.

9. Neue Kriterien zur Abgrenzung der Erwerbsformen wurden seitens des Bundessozialgerichts in der Zwischenzeit nicht entwickelt. Es äußerte sich nur insoweit, als Schutzbedürftigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit, die maßgeblich für eine soziale Schutzbedürftigkeit sei, keine eigenständigen Merkmale für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung darstellten.
10. Die Rechtsanpassungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung flexibler Arbeitszeitregelungen erweiterten den Sozialversicherungsschutz bei Auseinanderfallen von Arbeits- und Entgeltleistung und führten einen Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten sowie ein Verfahren zur Abwicklung von Störfällen ein.
11. Der Wirkungsgrad der Neuregelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigen“ war gering. Das Korrekturgesetz und das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit zielten auf eine verbesserte Erfassung der Scheinselbständigen, eine sozialrechtliche Flankierung der „Neuen Selbständigkeit“ sowie eine Verfahrenserleichterung. Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt stellte arbeitsmarktpolitische Ziele in den Vordergrund. Mehr Rechtssicherheit und zugleich eine Verfahrenserleichterung erzeugte jedoch lediglich das Anfrageverfahren. Die Vermutungsregelung in den Fassungen des Korrekturgesetzes sowie des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit brachte durch die Beibehaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes faktisch nichts. Der Beschäftigtenbegriff wurde nicht neu definiert. Ob der durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt geschaffene § 7 Abs. 4 SGB IV beschäftigungsfördernde Wirkung hat, bleibt – wie vom Gesetz selbst

durch den 3-jährigen Erprobungszeitraum vorgesehen – abzuwarten. Als erfolgreich angesehen werden können die Anpassungen zur Flankierung der „Flexiblen Arbeitszeitregelungen“; sie haben einen hohen Wirkungsgrad.

12. Insbesondere das Verfassungsrecht setzte der Neuregelung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigkeit“ Grenzen und wirkte bestandsschützend hinsichtlich des bestehenden Systems. Die zunächst eingeführte Vermutungsregelung, die Sonderregelung für Familienangehörige sowie Handelsvertreter und die Regelung zur Beschäftigung eigener Mitarbeiter waren verfassungsrechtlich fragwürdig. Eine Rechtsanpassung zur sozialversicherungsrechtlichen Erfassung der „Neuen Selbständigen“ erweist sich auch insofern als schwierig, als die Auferlegung von Beitragspflichten bei Erwerbstätigen, die zwar schutzbedürftig sind, jedoch lediglich wirtschaftliche Abhängigkeit gemeinsam haben, auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt: Bis zur Grenze der Schutzbedürftigkeit ist eine Verschiebung des zu erfassenden Personenkreises zwar an sich verfassungsrechtlich zulässig; die erforderliche interne Homogenität zur Wahrung des Gleichheitssatzes darf sich aber nicht allein aus der Schutzbedürftigkeit ergeben. Wirtschaftliche Abhängigkeit als alleiniges Kriterium ist daher nicht ausreichend.
13. Das vom Gesetz vorgegebene abgestufte System der Einbeziehung in die einzelnen Sozialversicherungszweige, das zwischen Beschäftigten, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen differenziert, ist verfassungskonform. Zwar ist die Ausfüllung dieser Begriffe zur schnelleren Anpassung an sich ändernde Verhältnisse der Rechtsprechung überlassen geblieben, jedoch unter Beibehaltung des selektiven Charakters durch die vom Gesetzgeber vorgegebene Dreiteilung. Ein Anpassungszwang besteht fort.
14. Für zukünftige Regelungen zur Erfassung der „Neuen Selbständigen“, aber auch grundsätzlich für die Begründung der Sozialversicherungspflicht, gilt daher Folgendes: Zum einen ist der Tatbestand, der die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht regelt, so zu fassen, dass er in einem teleologischen Zusammenhang zur Rechtsfolge steht, d.h. tatsächlich alle Schutzbedürftigen erfasst werden. Dabei verbietet sich zur Flankierung der ständigen Flexibilisierungsprozesse ein zu selektives Einbeziehungssystem, das zwischen den einzelnen Facetten der modernen Erwerbsformen differenziert, da es dadurch starr und im Zuge weiterer Entwicklungen anpassungsbedürftig bliebe. Zum anderen muss ein umfassender – vor allem verfassungsrechtlicher – Bestandsschutz beachtet werden.

15. Offen für zukünftige Entwicklungen wäre ein System, das alle Erwerbsformen einbezieht – auch die „Neuen Selbständigen“. Um den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen, müsste in diesem System nach Schutzbedürftigkeit differenziert werden, z.B. indem Erwerbstätige, die ein bestimmtes Einkommen überschreiten, aus der Sozialversicherungspflicht heraus genommen werden. Die Schutzbedürftigkeit der in die Sozialversicherung einbezogenen Erwerbstätigen dürfte nur nicht ihre alleinige Gemeinsamkeit sein. Ein gänzlicher Systemwechsel zu einer umfassenden Grundsicherung, wie sie etwa als Bürgerversicherung diskutiert wird, erscheint daher als verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, da auch Personen in den Sozialversicherungsschutz einbezogen werden, obwohl sie z.B. aufgrund anderweitiger Absicherung nicht schutzbedürftig sind.

Literaturverzeichnis

- Alber, Jens Die Entwicklung sozialer Sicherungssysteme im Licht empirischer Analysen, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 123 ff.
- Baden, Eberhard Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess – Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre, 1. Auflage, Baden-Baden 1977.
- Badura, Peter Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts – Verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Schriftenreihe des deutschen Sozialrechtsverbandes, Band X, Bonn/Bad Godesberg 1973, S. 40 ff.
- Der Sozialstaat, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1989, S. 491 ff.
- Bäcker, Gerhard Normalarbeitsverhältnis und soziale Sicherung: Sozialversicherung und/oder Grundsicherung? Sozialpolitische Handlungsnotwendigkeiten und –alternativen bei Dauerarbeitslosigkeit und Ausbreitung ungeschützter Arbeitsverhältnisse, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1988, S. 595 ff.
- Bährle, Ralph Jürgen Flexible Arbeitszeitmodelle – was ist möglich?, Lohn + Gehalt, 2000, S. 46 ff.
- Bauer, Hartmut in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band 1, Art. 1-19, Tübingen 1996.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Diller, Das Ende eines Alptraums?, Neue Zeitschrift für

- Martin
Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 745 f.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Diller,
Martin / Lorenzen, Stefanie
Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, Neue
Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 169 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Diller,
Martin / Schuster, Doris-Maria
Das Korrekturgesetz zur „Scheinselbständigkeit“, Neue
Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 1297 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Krets,
Jérôme
Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeits-
markt, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003,
S. 537 ff
- Benda, Ernst
Gedanken zum Sozialstaat, Recht der Arbeit
(RdA) 1981, S. 137 ff.
- Bengelsdorf, Peter
Die (neue) Scheinselbständigkeit – zur schwierigen
Handhabung des § 7 IV SGB IV, Neue Juristische Wo-
chenschrift (NJW) 1999, S. 1817 ff.
- Benöhr, Hans-Peter
Rechtshistorische Bemerkungen zur Begründung der
Sozialversicherung, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedin-
gungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozial-
versicherung, Schriftenreihe für Internationales und Ver-
gleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 295 ff.
- Berg, Wilfried
Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens,
in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/v. Mutius, Al-
bert: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschut-
zes – Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70.
Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 1985,
S. 537 ff.
- Berndt, Joachim
Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter (Zur aktuellen Dis-
kussion um die Scheinselbständigkeit), Der Betriebsbe-
rater (BB) 1998, S. 894 ff.

Einbeziehung der „Scheinselbständigen“ und der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ in die Sozialversicherung zum 01.01.1999, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1999, S. 210 ff.

Von der Scheinselbständigkeit zur Förderung der Selbständigkeit – Neuregelungen in der Sozialversicherung für abhängig Beschäftigte und arbeitnehmerähnliche Selbständige, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, S. 464 ff.

Berthold, Norbert / v. Berchem, Sascha

Rot-grüne Reformen am Arbeitsmarkt – ein Armutszeugnis, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftsordnung und Sozialpolitik, Nr. 72, Würzburg 2004.

Bieback, Karl-Jürgen

Neue Selbständigkeit und soziale Sicherheit – Notwendigkeit einer Neuorientierung, Sozialer Fortschritt 1999, S. 166 ff.

Das neue Anfrageverfahren bei der Feststellung der Sozialversicherungspflicht, Betriebsberater (BB) 2000 (A), S. 873 ff.

Die Neuregelung der Scheinselbständigkeit im SGB IV, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 2000 (B), S. 121 ff.

Bleses, Peter/Offe, Claus/
Peter, Edgar

Der Wandel normativer Rechtfertigungen in der sozialpolitischen Reformgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland 1969 – 1994, ZeS-Arbeitspapier Nr. 13/95, Bremen 1995.

Bley, Helmar

Das Recht der Sozialleistungsverwaltung als Teil des Systems öffentlich-rechtlicher Kompensationsleistungen, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1973, S. 479 ff.

Die Relevanz verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen im materiellen Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1974, S. 321 ff.

Sozialleistungen ohne Güterdefizit?, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1979, S. 363 ff.

- Bögenhold, Dieter/Leicht, René „Neue Selbständigkeit“ und Entrepreneurship: Moderne Vokabeln und damit verbundene Hoffnungen und Irrtümer, WSI-Mitteilungen 2000, S. 779 ff.
- Bogs, Harald Die Beurteilung der Selbständigkeit von Handelsvertretern als Methodenfrage der Sozialversicherungspflicht-Rechtsprechung, Versicherungsrecht 1977, S. 197 ff.
- Brand, Jürgen Die Behandlung des Problems „Scheinselbständigkeit“ durch die Sozialgerichte, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1997, S. 552 ff.
- Das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, Der Betrieb (DB) 1999, S. 1162 ff.
- Braun, Hans (Hrsg.) Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft – Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswille des Bürgers, mit Beiträgen von Hans Braun u.a., 1. Auflage, Baden-Baden 1981.
- Breu, Marianne Arbeitszeitflexibilisierung und gesellschaftlicher Wandel – Eine soziologische Analyse von Ursachen und Wirkungen der Arbeitszeitflexibilisierung, Abhandlung zur Erlangung der Doktorwürde der Philosophischen Fakultät I der Universität Zürich, Zürich 1999.
- Brockhaus Der Brockhaus in fünfzehn Bänden, Band 10, 2., durchgesehene und aktualisierte Auflage, Leipzig, Mannheim 2001.

- Buchner, Herbert
- Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1998, S. 1144 ff.
- Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung – Gesetz zu „Korrekturen in der Sozialversicherung“, Der Betrieb (DB) 1999 (A), S. 146 ff.
- Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht für scheinselbständige Arbeitnehmer, Der Betrieb (DB) 1999 (B), S. 533 ff.
- Von Scheinselbständigen und Scheinlösungen – Das „Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit“ -, Der Betrieb (DB) 1999 (C), S. 2514 ff.
- Buczko, Gerhard
- Zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen, Die Angestellten-Versicherung (DAngV) 1999, S. 73 ff.
- Bundesrepublik Deutschland
- Nationaler Beschäftigungspolitische Aktionsplan 2004 (vorgelegt gemäß Art. 128 EGV)
 Url: <http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/NA P-2004-deutsch.property=pdf.pdf>
- Butzer, Hermann
- Fremdlasten in der Sozialversicherung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung, Tübingen 2001.
- Cherry, Colin/Müller, Peter
- Kommunikationsforschung, eine neue Wissenschaft, Frankfurt a.M. 1963.
- Christmann, Alfred/Schönholz Siegfried
- Die Errichtung des Reichsversicherungsamts und seine geschichtliche Entwicklung, in: Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe aus An-

lass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. vom Deutschen Sozialrechtsverband e.V., Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 3 ff.

Christmann, Verena

Erstes und Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz-Gesetze“), Deutsches Steuerrecht (DStR) 2003, S. 119 ff.

Claßen, Manfred

Die staatliche Sozialpolitik von 1839 bis 1918 – Eine Betrachtung unter dem Gesichtswinkel des Subsidiaritätsprinzips, Dissertation, Köln 1962.

Däubler, Wolfgang

Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte – Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, S. 601 ff.

Degenhart, Christoph

Staatsorganisationsrecht, 19., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2003.

Vermutungsregeln im Sozialrecht – Verfassungsfragen des § 7 Abs. 4 SGB IV, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1999, S. 531 ff.

in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland - Das Handeln des Staates, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 2., durchgesehene Auflage, Band 3 , Heidelberg 1996.

Diller, Martin

Das Neue Gesetz zur Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-Gesetz), Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1998, S. 792 ff.

Döring, Diether

Ansätze zur Umgestaltung der sozialen Sicherung im Hinblick auf Flexibilisierung und Beschäftigungsförderung, WSI-Mitteilungen 2000, S. 300 ff.

- Dörner, Klemens / Baeck, Ulrich Die Vorschläge der Kommission „Scheinselbständigkeit“ – Geht der Alptraum weiter?, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 1136 ff.
- Dreher, Wolfgang Grundsätzliche Überlegungen zur sozialrechtlichen Rechtstatsachenforschung, in: Schulin, Bertram/Dreher, Wolfgang (Hrsg.): Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, Konstanz 1987, S. 21 ff.
- Dürschke, Joachim Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht, Wege zur Sozialversicherung (WZS) 1998, S. 65 ff.
- Ebsen, Ingwer in: Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Schulin, Bertram (Hrsg.), Band 3, Rentenversicherungsrecht, München 1999.
- Eichenhofer, Eberhard Missbrauch von Sozialleistungen – Vorläufige Bemerkungen zu einem aktuellen und kontroversen Thema, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1982, S. 137 ff.
- Reform des Sozialstaats – von der Arbeitnehmersicherung zur Einwohnerversicherung?, Recht der Arbeit (RdA) 2003, S. 264 ff.
- Erdmann, Gerhard Die Entwicklung der deutschen Sozialgesetzgebung, 2. erweiterte Auflage, Berlin/Frankfurt 1957.
- Erichsen, Hans-Uwe in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Freiheitsrechte, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 2., durchgesehene Auflage, Band 6, Heidelberg 2001.
- Evers, George/Wijmans, Luuk Selbständige ohne Mitarbeiter: Erwerbstätige zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer? – Einheitlichkeit und Differenz, WSI-Mitteilungen 2000, S. 788 ff.

- Felix, Dagmar Die Wertneutralität des Sozialrechts – Zum Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses bei sittenwidrigem oder verbotenem Tun –, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2002, S. 225 ff.
- Fischer, Wolfram Wirtschaftliche Bedingungen und Faktoren bei der Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 91 ff.
- Frerich, Johannes Sozialpolitik, Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland – Darstellung, Probleme und Perspektiven der sozialen Sicherung, 3. Auflage, unveränderter Nachdruck der 2. Auflage, München, Wien 1996.
- Gastell, Roland Scheinselbständigkeit und Arbeitnehmerbegriff – Bekämpfung der Scheinselbständigkeit durch eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs?, Dissertation, Lüneburg 1999.
- Gaul, Björn Das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen, Betriebsberater (BB) 1998, S. 1634 ff.
- Gaul, Björn / Wisskirchen, Gerlind Das letzte Gesetz zur „Förderung der Selbständigkeit“?, Der Betrieb (DB) 1999, S. 2466 ff.
- Geis, Max-Emanuel Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung - Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtschöpfung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 1025 ff.

- Gitter, Wolfgang Die abhängigen Selbständigen – Zur Flucht aus der Sozialversicherungspflicht, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1996 (A), S. 263 ff.
- Sozialrecht, 4., neubearbeitete Auflage, München 1996 (B).
- Sozialrecht, fortgef. von Jochen Schmitt, 5., wesentlich überarb. Auflage, München 2001.
- Goretzki, Susanne / Hohmeister, Frank Scheinselbständigkeit – Rechtsfolgen im Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrecht, Der Betriebsberater (BB) 1999, S. 635 ff.
- Griebeling, Gert Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1998, S. 1137 ff.
- Grimm, Dieter Grundrechte und soziale Wirklichkeit – Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer, Winfried, Hoffmann-Riem, Wolfgang, Limbach, Jutta (Hrsg.): Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 39 ff.
- Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat, in: Koslowski, Peter/Kreuzer, Philipp/Löw, Reinhard (Hrsg.): Chancen und Grenzen des Sozialstaats, Staatstheorie – Politische Ökonomie – Politik, Band 4, Tübingen 1983, S. 41 ff.
- Gruner, Erich Soziale Bedingungen und sozialpolitische Konzeptionen der Sozialversicherung aus der Sicht der Sozialgeschichte, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 103 ff.

- Häberle, Peter Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 30, Berlin 1972, S. 43 ff.
- Hanau, Peter Einführung zum Rundschreiben der Spitzenverbände zur Sozialversicherung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1999, S. 252 ff.
- Hauser, Richard Ziele und Möglichkeiten einer Sozialen Grundsicherung, 1. Auflage, Baden-Baden 1996.
- Haverkate, Görg / Huster, Stefan Europäisches Sozialrecht – Eine Einführung, 1. Auflage, Baden-Baden 1999.
- Heinze, Meinhard Zum Merkmal der Selbständigkeit, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 849 ff.
- Hellermann, Johannes Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993.
- Henke, Klaus-Dirk Abhängigkeit der Sozialpolitik von wirtschaftlichen und demographischen Rahmenbedingungen, in: v. Maydell, Bernd/Kannengießer, Walter: Handbuch Sozialpolitik, Pfullingen 1988.
- Henkel, Michael Sozialpolitik in Deutschland und Europa, Erfurt 2002.
- Henning, Friedrich-Wilhelm Die Industrialisierung in Deutschland – 1800 bis 1914, 9. Auflage, Paderborn, München, Wien, Zürich, 1995.
- Henrici, Horst Ausstrahlung des § 7 Abs. 4 SGB IV n.F. auf das Arbeitsrecht?, Arbeit und Recht (AuR) 2000, S. 171 ff.
- Hentschel, Volker Geschichte der deutschen Sozialpolitik (1880-1980) – Soziale Sicherung und kollektives Arbeitsrecht, Frankfurt a.M. 1983.

- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1995.
- Hilf, Meinhard/Pache, Eckhard Der Vertrag von Amsterdam, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 705 ff.
- Hong, Wan Sik Verfassungsrechtliche Schranken der Belastung mit Sozialversicherungsbeiträgen, Köln 1998.
- Höfling, Wolfram in: Grundgesetz Kommentar, Sachs, Michael (Hrsg.), 3. Auflage, München 2003.
- Hönig, Franz/Müller, Helmut Soziale Sicherung, Band 24, hrsg. von der Bayerischen Verwaltungsschule, München 2003.
- Hohmeister, Frank Anwendbarkeit arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften auf Mitarbeiterverhältnisse seit dem 1. 1. 1999 durch das sog. Korrekturgesetz, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1999 (A), S. 179 ff.
- Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999 (B), S. 337 ff.
- Hopt, Klaus J. Neue Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit, Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999.
- Hoyningen-Huene, Gerrick Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild? in: Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 353 ff.

Der „freie Mitarbeiter“ im Sozialversicherungsrecht, Betriebs-Berater (BB) 1987, S. 1730 ff.

Hromadka, Wolfgang

Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht (Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“), Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1997 (A), S. 569 ff.

Arbeitnehmerähnliche Personen (Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen), Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1997 (B), S. 1249 ff.

Zukunft des Arbeitsrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1998 (A), S. 1 ff.

Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers – Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzentwürfe, Der Betrieb (DB) 1998 (B), S. 195 ff.

Huber, Peter Michael

in: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, v. Mangoldt, Herrmann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Band 1, 4. Auflage, München 1999.

Hümmerich, Klaus

Arbeitsverhältnis als Wettbewerbsgemeinschaft, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 2625 ff.

Husmann, Manfred

Teilzeitarbeit in Deutschland aus sozialrechtlicher Sicht, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 2002, S. 22 ff.

Huster, Stefan

Beweislastverteilung und Verfassungsrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1995, S. 112 f.

Igl, Gerhard

Neue Arbeitsformen und sozialrechtlicher Änderungsbedarf, Sozialer Fortschritt 1998, S. 287 ff.

Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“ – Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher

und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 262, Nürnberg 1996 (Zentrale Ergebnisse abgedruckt in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 590-595, Recht der Arbeit, 50 Jg., 1997, S. 171-175).

Isensee, Josef

Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge – Eine finanzverfassungsrechtliche Studie über den Solidar- ausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 1973.

Rechtswissenschaftliche Untersuchung – Die Rolle des Beitrags bei der rechtlichen Einordnung und Gewährleistung der sozialen Sicherung, in: Zacher, Hans F. (Hrsg.): Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, Berlin 1980, S. 461 ff.

in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Das Handeln des Staates, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 2., durchgesehene Auflage, Band 3, Heidelberg 1996.

„Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZZ) 2004, S. 393 ff.

Jährling-Rahnefeld, Brigitte

Verfassungsmäßigkeit der Grundrente – Verfassungsprobleme eines Systemwechsels in der gesetzlichen Rentenversicherung, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Brüssel, New York, Oxford, Wien 2002.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Auflage, München 2004.

- Kalisch, Ines Die Entwicklung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht – Grundlagen, Analyse und exemplarische Anwendung auf Gesetze im Rentenrecht, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1999.
- Kaltenborn, Bruno Modelle der Grundsicherung: Ein systematischer Vergleich, 1. Auflage, Baden-Baden 1995.
- Kaltenborn, Markus Negative Vereinigungsfreiheit als Schutz vor Einbeziehung in die Sozialversicherung?, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2001, S. 300 ff.
- Kaufmann, Franz-Xaver Der Sozialstaat als Prozess – für eine Sozialpolitik zweiter Ordnung, in: Ruland, Franz/Baron von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 307 ff.
- Keller, Berndt/Seifert, Hartmut Flexicurity – Das Konzept für mehr soziale Sicherheit flexibler Beschäftigung, WSI-Mitteilungen 2000, S. 291 ff.
- Kemper, Michael in: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, v. Mangoldt, Herrmann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Band 1, 4. Auflage, München 1999.
- Kirchhof, Ferdinand Sozialversicherungsbeitrag und Finanzverfassung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1999, S. 161 ff.
- Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2004, S. 1 ff.
- Kirchhof, Paul Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Ju-

ristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 ff.

- Klammer, Ute
Auf dem Weg zu mehr Flexicurity in Europa, WSI-Mitteilungen 2000, S. 313 ff.
- Kleinhenz, Gerhard
Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, Sonderheft S. 1 ff.
- Klingbeil, Wolfgang
Der Weg zur bedarfsorientierten Grundsicherung, Die Angestelltenversicherung (DAngV) 2002.
- Kluth, Winfried
Funktionale Selbstverwaltung – verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997.
- Knospe, Armin/Ewert, Marion/
Marx, Stefan
Die Flexibilisierung der Arbeitszeit in der Sozialversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2001, S. 459 ff.
- Köhler, Peter A.
Entstehung von Sozialversicherung – Ein Zwischenbericht, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 19 ff.
- Kollmer, Norbert
Das neue „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ – Der sozialversicherungsrechtliche Teil, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, S. 608 ff.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer,
Ulrich
Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8., wesentlich überarbeitete Auflage, München 2003.

- Krause, Peter Die sozialen Risiken und Gefahrenlagen – Zuordnung zu den einzelnen Zweigen der sozialen Sicherheit, Zeitschrift für Sozialreform (ZfS) 1972, S. 385 ff., S. 509 ff.
- Der Beitrag der Sozialrechtswissenschaft zur Sozialpolitik, Juristen Zeitung (JZ) 1992, S. 845 ff.
- Kreikebohm, Ralf / Splittberger, Joachim Neue Erwerbsformen und Sozialversicherungsrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1986, S. 269 ff.
- Krejci, Heinz Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis nach österreichischem und deutschem Recht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1977, S. 301 ff.
- Kretschmer, Hans-Jürgen Abhängige und selbständige Erwerbstätigkeit in der Sozialversicherung – Bemerkungen zum Problem der „abhängigen Selbständigkeit“ –, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1994, S. 462 ff.
- Lampert, Heinz Notwendigkeit, Aufgaben und Grundzüge einer Theorie der Sozialpolitik, in: Lampert, Heinz, Pagenstecher, Ulrich, Widmaier, Hans Peter: Theoretische Grundlagen der Sozialpolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge Band 193, Berlin 1990, S. 9 ff.
- Lampert, Heinz/Althammer, Jörg Lehrbuch der Sozialpolitik, 6., überarb. Auflage, Berlin 2001.
- Landenberger, Margarete Flexible Arbeitszeitformen im Spannungsfeld von ökonomischer Liberalisierung und sozialem Schutzbedarf, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, B21, 87, 1987, S. 15 ff.

- Larenz, Karl
Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1965, S. 1 ff.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1995.
- Laubinger, Hans-Werner
Zum Anspruch der Mitglieder von Zwangsverbänden auf Einhaltung des gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs, Verwaltungsarchiv 1983, S. 263 ff.
- Leibfried, Stephan/Pierson, Paul
Die sozialrechtliche Dimension der Europäischen Integration, ZeS-Arbeitspapier Nr. 12/95, Bremen 1995.
- Leisner, Walter
Sozialversicherung und Privatversicherung – Dargestellt am Beispiel der Krankenkasse, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 248, Berlin 1974.
- Leuchten, Alexius / Zimmer, Mark
Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“ – Problem in der Praxis; Der Betrieb (DB) 1999, S. 381 ff.
- Lieb, Manfred
Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, Recht der Arbeit (RdA) 1974, S. 257 ff.

Beschäftigung auf Produktionsdauer – selbständige oder unselbständige Tätigkeit, Recht der Arbeit (RdA) 1977, S. 210 ff.
- Linnenkohl, Karl
Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, Betriebsberater (BB) 1998, S. 45 ff.

Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt, Der Betriebsberater (BB) 1999 (A), S. 48 ff.

Arbeitszeitflexibilisierung, betriebliche Virtualisierung und neue Selbständigkeit, in: Pichler, Johannes W.

(Hrsg.): Die „Neue Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen, Wien 1999 (B), S. 133 ff.

Cyberspace und Arbeitsbeziehungen, Der Betriebsberater (BB) 2001, S. 42 ff.

Linnenkohl, Karl/Rauschenberg,
Hans-Jürgen

Arbeitszeitflexibilisierung: 140 Unternehmen und ihre Modelle, unter Berücksichtigung des neuen Arbeitszeitgesetzes und wichtiger Tarifverträge, Heidelberg 1996.

Löwisch, Manfred

Der arbeitsrechtliche Teil des sogenannten Korrekturgesetzes, Der Betriebsberater (BB) 1999, S. 102 ff.

Maihofer, Werner

Rechtstatsachenforschung und Gesetzgebungswissenschaft, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung, in: Heinz, Wolfgang (Hrsg.): Rechtstatsachenforschung heute, Konstanz 1986, S. 157 ff.

Marburger, Horst

Zur Sozialversicherungspflicht von Vertretern und ähnlichen Personen, Betriebs-Berater (BB) 1979, S. 840 ff.

Marschner, Andreas

Gesetzliche Korrekturen des Sozialversicherungs- und Arbeitsrechts zum 1. 1. 1999, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1999, S. 208 ff.

Martens, Wolfgang

Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 30, Berlin 1972, S. 7 ff.

Maurer, Alfred

Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung: Zusammenhänge mit der Entwicklung der Privatversicherung, in: Hans F. Zacher (Hrsg.): Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Berlin 1979, S. 355 ff.

- v. Maydell, Bernd
- Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe aus Anlass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. vom Deutschen Sozialrechtsverband e.V., Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 757 ff.
- Hundert Jahre sozialgerichtliche Rechtsprechung, in: Hundert Jahre sozialgerichtliche Rechtsprechung, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Wiesbaden 1985, S. 29 ff.
- Sozialrecht und Sozialpolitik, in: v. Maydell, Bernd/Kannengießer, Walter: Handbuch Sozialpolitik, Pfullingen 1988.
- Hans F. Zacher und das Sozialrecht, Ansprache aus Anlass der Übergabe der Festschrift an Hans F. Zacher am 03. Juli 1998 in München, Zeitschrift für ausländisches und internationales Sozialrecht (ZIAS) 1998, S. 268 ff.
- Merten, Detlef
- Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht und die Grenzen der Verfassung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1998, S. 545 ff.
- in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Freiheitsrechte, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 2., durchgesehene Auflage, Band 6, Heidelberg 2001.
- Michaelis, Klaus/Thiede, Reinhold
- Reform der gesetzlichen Rentenversicherung: Zwischen Kontinuität und Paradigmenwechsel, Die Angestelltenversicherung (DAngV) 2000, S. 426 ff.
- Mückenberger, Ulrich
- Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses – Hat das Arbeitsrecht noch Zukunft? Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1985, S. 415 ff.

- Mülder, Wilhelm Trends in der Arbeitszeitwirtschaft, Lohn + Gehalt, April 2000, S. 39 ff.
- Müller, Knut Arbeitnehmer und Freie Mitarbeiter, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1998, S. 1061 ff.
- Murswiek, Dietrich Grundfälle zur Versicherungsfreiheit – Art. 9 I, II GG, Juristische Schulung (JuS) 1992, S. 116 ff.
- v. Mutius, Albert Grundrechtsschutz vor öffentlich-rechtlichen Zwangszusammenschlüssen, Verwaltungsarchiv 1973, S. 81 ff.
- Neumann, Daniela Last Minute: Beitrags-Amnestie für Scheinselbständige, Betriebs-Berater (BB) 2000, S. 1138 ff.
- Neumann, Volker Auswirkungen neuer Arbeitszeitmodelle auf die Versicherungspflicht, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2001, S. 14 ff.
- Olk, Jürgen Scheinselbständigkeit aus sozialrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Sozialrecht (ZfS) 1998, S. 106 ff.
- Opp, Karl-Dieter Soziologie im Recht, Reinbek bei Hamburg 1973.
- Osterloh, Lerke in: Grundgesetz Kommentar, Sachs, Michael (Hrsg.), 3. Auflage, München 2003.
- Ossenbühl, Fritz Soziale Gleichheit in der Zeit, in: Ruland, Franz/Baron von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 673 ff.
- Pabst, Heinz-Joachim Scheinselbständigkeit und Amtsermittlungsprinzip – Zum Umfang der Amtsermittlungspflicht im Sozialverwaltungsverfahren- und prozessrecht am Beispiel des

- neuen § 7 Abs. 4 SGB IV, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGB) 1999, S. 456 ff.
- Pappai, Friedrich Die Bedeutung von Rechtstatsachen für die Sozialgesetzgebung, in: Schulin, Bertram/Dreher, Wolfgang (Hrsg.): Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, Konstanz 1987, S. 45.
- Papier, Hans-Jürgen Sozialversicherung und Privatversicherung – verfassungsrechtliche Vorgaben –, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1990, S. 344 ff.
- Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht in: von Maydell, Bernd (Hrsg.): Sozialrechtshandbuch (SRH), 3. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Pawlowski, Hans-Martin Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1999.
- Pfaff, Martin Veränderungen in der Arbeitswelt als Folge neuer Technologien und wirtschaftlicher Innovationen, in: Veränderungen in der Arbeitswelt und soziale Sicherung, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Wiesbaden 1986, S. 25 ff.
- Pfarr, Heide Soziale Sicherheit und Flexibilität: Brauchen wir ein „Neues Normalarbeitsverhältnis“?, WSI-Mitteilungen 2000, S. 279 ff.
- Pfarr, Heide/Bothfeld, Silke/
Bradtke, Marcus/Kimmich, Martin/
Schneider, Julia REGAM-Studie: Atypische Beschäftigung in den Betrieben – eingesetzt zur Umgehung des Kündigungsschutzes?, Betriebs-Berater (BB) (2004), S. 602 ff.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard Grundrechte Staatsrecht II, 18., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2002.

- Postler, Markus Das Ende der Scheinselbständigkeit und gleichzeitig der freien Mitarbeiter?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, S. 925 ff
- Preis, Ulrich / Kellermann, Britta Reform des Sozialstaats zwischen Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsschutz, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1999, S. 329 ff.
- Quidde, Torsten Grundrechtsschutz vor Zwangsmitgliedschaften, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1958, S. 521 ff.
- Redeker, Konrad Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, S. 409 ff.
- Reichenbach, Peter Zur Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Beschäftigung im Dienstleistungszeitalter – Dargestellt am Beispiel von Promotionskräften, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 2001, S. 412 ff.
- Reinecke, Gerhard Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1998, S. 581 ff.
- Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft – prozessuale, materielle und taktische Probleme, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 729 ff.
- Reinhardt, Michael Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, S. 93 ff.
- Reiserer, Kerstin „Scheinselbständigkeit“ – Arbeitnehmer oder Selbständiger?, Der Betriebsberater (BB) 1998, S. 1258 ff.
- Schluss mit dem Missbrauch der Scheinselbständigkeit, Der Betriebsberater (BB) 1999, S. 366 ff.

Endlich Schluss mit der „Scheinselbständigkeit“! – Das neue Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit, Der Betriebsberater (BB) 2000, S. 94 ff.

Reiserer, Kerstin / Biesinger,
Karl Benedikt

Scheinselbständigkeit – Strategien zur Vermeidung,
Der Betriebsberater (BB), 1999, S. 1006 ff.

Reiserer, Kerstin / Freckmann,
Anke

Scheinselbständigkeit heute noch ein schillernder
Rechtsbegriff, Neue Juristische Wochenschrift (NJW)
2003, S. 180 ff.

Reiserer, Kerstin / Freckmann,
Anke / Träumer, Stefan

Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung,
Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht,
München 2002.

Reiserer, Kerstin/Schulte, Knut

Der GmbH-Geschäftsführer im Sozialversicherungs-
recht, Betriebs-Berater (BB) 1995, S. 2162 ff.

Richardi, Reinhard

Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, in: Wilke, Dieter
(Hrsg.): Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juris-
tischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin, New York 1984,
S. 607 ff.

„Scheinselbständigkeit“ und arbeitsrechtlicher Arbeit-
nehmerbegriff, Der Betrieb (DB) 1999, S. 958 ff.

in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Richardi,
Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.), Band 1, Individualar-
beitsrecht, 2. Auflage, München 2000.

Rische, Herbert

Wandel der Arbeit – Folgen und Probleme für die Ge-
setzliche Rentenversicherung, in: Wandel der Arbeit und
Soziale Sicherung, Bundestagung des Deutschen Sozi-
alrechtsverbandes e.V., 25. und 26. September 1997 in
Erfurt, Wiesbaden 1998.

- Die gesetzliche Rentenversicherung im 21. Jahrhundert – Standortbestimmung und Ausblick –, Die Angestelltenversicherung (DAngV) 2000.
- Rode, Karlheinz Negative Vereinigungsfreiheit und Zwangsmitgliedschaft in öffentlichen Körperschaften, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1976, S. 841 ff.
- Rolfs, Christian Welche sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2000 (A), S. 429 ff.
- Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit – Neues Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2000 (B), S. 188 ff.
- Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung und „Gleitzone“ nach dem zweiten Hartz-Gesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2003, S. 65 ff.
- Rombach, Wolfgang Das sozialversicherungsrechtliche Flexigesetz unter Berücksichtigung seiner Anwendung im Rahmen der Altersteilzeitarbeit, Recht der Arbeit (RdA) 1999, S. 194 ff.
- Rother, Klaus Die Reichsversicherungsordnung 1911 – Das Ringen um die letzte große Arbeiterversicherungsgesetzgebung des Kaiserreichs unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Sozialdemokratie, 1. Auflage, Aachen, Mainz 1994.
- Rürup, Bert Die Zukunft der Erwerbsarbeit, in: Pichler, Johannes W. (Hrsg.): Die „Neue“ Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen, Wien 1999, S. 73 ff.
- Ruland, Franz Gesellschaftliche Veränderungen und Rentenversicherung, in: Ruland, Franz/Baron von Maydell,

Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 835 ff.

Sachs, Michael

Die Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1994 (A), S. 33 ff.

in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, hrsg. von Klaus Stern unter Mitwirkung von Michael Sachs, Band III/2. Halbband, München 1994 (B).

in: Grundgesetz Kommentar, Sachs, Michael (Hrsg.), 3. Auflage, München 2003.

Schaub, Günter

Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 9., überarbeitete Auflage, München 2000.

Schellhaaß, Manfred

Wandel der Arbeit – Sozial- und arbeitsmarktpolitische Probleme, in: Wandel der Arbeit und Soziale Sicherung, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., 25. und 26. September 1997 in Erfurt, Wiesbaden 1998.

Schenke, Wolf-Rüdiger

in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus/Graßhof, Karin (Hrsg.), 46. Lieferung (Zweitbearbeitung Art. 19 Abs. 4/Dezember 1982), Heidelberg 2003.

- Scherrer, Walter Neue Technologie und Flexibilität des Arbeitsmarktes, in: Pichler, Johannes W. (Hrsg.): Die „Neue Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen, Wien 1999, S. 101 ff.
- Schiefer, Bernd Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, Der Betrieb (DB) 1999, S. 48 ff.
- Schirmer, Helmut in: Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Schulin, Bertram (Hrsg.), Band 1, Krankenversicherungsrecht, München 1994.
- Schlegel, Rainer in: Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Schulin, Bertram (Hrsg.), Band 2, Unfallversicherungsrecht, München 1996.
- Wen soll das Sozialrecht schützen? – Zur Zukunft des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs im Sozialrecht, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2000, S. 421 ff.
- Schlenker, Rolf-Ulrich Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz – Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen, Berlin 1986.
- Schmalor, Michael Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen, Wege zur Sozialversicherung (WzS) 1998, S. 289 ff.
- Schmidt, Bettina Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit und seine Folgen für die Praxis, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2000, S. 57 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, S. 1689 ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied,

- Franz
Kriftel 1999.
- Schmitt, Jochem
Unfallversicherung, in: von Maydell, Bernd (Hrsg.) in: Sozialrechtshandbuch (SRH), 3. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Schmitt Glaeser, Walter/Horn, Hans-Detlef
Verwaltungsprozessrecht – Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung 15., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2000.
- Schnapp, Friedrich E.
Grenzen der Grundrechte, Juristische Schulung (JuS) 1978, S. 729 ff.
- Schneider-Danwitz, Norbert
Das Beschäftigungsverhältnis in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, in: Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe aus Anlass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. vom Deutschen Sozialrechtsverband e.V., Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 541 ff.
- Schöbener, Burkhard
Verfassungsrechtliche Aspekte der Pflichtmitgliedschaft in wirtschafts- und berufsständischen Kammern, Verwaltungsarchiv 2000, S. 374 ff.
- Scholz, Rupert
Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1975, S. 80 ff.
- in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, Band I, Art. 1-11, Lieferungen 1 bis 42, München 2003, Lieferung 35 Februar 1999.
- in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, Band II, Art. 12-20, Lieferungen 1 bis 42, München 2003, Lieferung 42 Februar 2003.

- Schulin, Bertram
Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit, in: Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft – Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswille des Bürgers, mit Beiträgen von Hans Braun, Walther Ecker, Rudolf Günther, Werner Hüttche, Peter Krause, Walter Schmitt, Bertram Schulin, Christian Starck, Jürgen Volkmann, Baden Baden, 1981, S. 77 ff.
- Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung
in: Heinz, Wolfgang (Hrsg.): Rechtstatsachenforschung heute, Konstanz 1986, S. 95 ff.
- Schulze-Fielitz, Helmuth
Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung – Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1. Auflage, Baden-Baden 1990, S. 11 ff.
- Seifert, Hartmut
Zeitkonten: Von der Normalarbeitszeit zu kontrollierter Flexibilität, WSI-Mitteilungen 2001, S. 84 ff.
- Selk, Michael
Einschränkung von Grundrechten durch Kompetenzregelungen? Juristische Schulung (JuS) 1990, S. 895 ff.
- Seiter, Hugo
Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1976, S. 179 ff.
- Siekmann, Helmut/Duttge, Gunnar
Staatsrecht I: Grundrechte, 2., überarbeitete Auflage, Thüngersheim 1999.
- Sitte, Ralf
Fortschritte im Stillstand, Sozialer Fortschritt 1998, S. 152 ff.

- Söhnlein, Bernd/Mocellin, Marianne Die Neuregelung der Sozialversicherungspflicht von Scheinselbständigen nach dem Rentenkorrekturgesetz - Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1999, S. 280 ff.
- Sommer, Thomas Vom Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit – Zur Neufassung des § 7 SGB IV und der Regelungen des arbeitnehmerähnlichen Selbständigen im SGB VI, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2000, S. 122 ff.
- Das Ende der Scheinselbständigkeit? – Zur Neufassung des § 7 IV SGB IV ab 01.01.2003 als Folge der „Ich-AG“ nach § 421 I SGB III, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2003, S. 169 ff.
- Sozialpolitische Informationen Kommission legte ihre Vorschläge vor – Ein demographischer Faktor soll die Rentenformel ergänzen – An Beitragsbezogenheit festhalten in: Sozialpolitische Informationen 2/1997 (herausgegeben vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung), S. 1 ff.
- Starck, Christian in: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Band 1, 4. Auflage, München 1999.
- Stern, Klaus in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, hrsg. von Klaus Stern unter Mitwirkung von Michael Sachs, Band III/2. Halbband, München 1994.

Rechtsprobleme einer umfassenden Sozialversicherung,
Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (ZAS)
1998 (A), S. 9 ff.

Die Problematik horizontaler Anknüpfung der Sozialversicherungspflicht bei Selbständigen, in: Ruland, Franz/Baron von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998 (B), S. 1117 ff.

Reicht der Zuschnitt unseres Arbeitsrechts zur Bewältigung der Zukunftsaufgaben? in: Pichler, Johannes W. (Hrsg.): Die „Neue“ Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen, Wien 1999, S. 293 ff.

Ulmer, Mathias

Im Schatten der Selbständigkeit, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, S. 257 ff.

Umbach, Dieter C./Clemens,
Thomas

Sozialrecht und Verfassungsrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1992, S. 265 ff.

Wank, Rolf

Die juristische Begriffsbildung, München 1985.

Arbeitnehmer und Selbständige, Habilitationsschrift, München 1988.

Die „neue Selbständigkeit“, Der Betrieb (DB) 1992, S. 90 ff.

Franchisenehmer und Scheinselbständigkeit, Zeitschrift für Sozialreform (ZfS) 1996, S. 387 ff.

Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“ – Juristischer Teil des IAB-Projekts 4-448 V „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, hrsg. vom Bundes-

ministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 262a, Bonn 1997.

Die Gesetzesänderung zum Arbeitnehmerbegriff, Recht der Arbeit (RdA) 1999, S. 297 ff.

§ 7 Abs. 1 und 4 SGB IV – Was bleibt für Sozialrecht und Arbeitsrecht? (Teil 1 und 2), Arbeit und Recht (AuR) 2001, S. 291 ff., 327 ff.

Wannagat, Georg

Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Schriftenreihe des deutschen Sozialrechtsverbandes, Band X, Bonn, Bad Godesberg 1973, S. 17.

100 Jahre Sozialversicherung in Deutschland – Beständigkeit und Wandel -, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1981, S. 373 ff.

Funktionsspezifische Aspekte sozialgerichtlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, hrsg. von Thomas Dieterich, Franz Gamillscheg, Herbert Wiedemann, München 1983, S. 687 ff.

Das verpflichtende Erbe, in: Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe aus Anlass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. vom Deutschen Sozialrechtsverband e.V., Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 827 ff.

Hundert Jahre sozialgerichtliche Rechtsprechung, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1985, S. 38 ff.

Weinkopf, Claudia

Zukunft der Arbeit – Arbeit der Zukunft – Anmerkungen aus arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitischer Sicht,

in: Pichler, Johannes W. (Hrsg.): Die „Neue Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen, Wien 1999, S. 91 ff.

Wonneberger, Wolfgang

Das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen, Der Betrieb (DB) 1998, S. 982 ff.

Wulfhorst, Traugott

Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin, Bert-ram/Dreher, Wolfgang (Hrsg.): Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, Konstanz 1987, S. 53 ff.

Zacher, Hans F.

Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), Band 4, 1976, S. 1 ff.

Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?
in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.): Hamburg, Deutschland, Europa – Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 207 ff.

Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1979 (A), S. 145 ff.

Rechtswissenschaft und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1979 (B), S. 206 ff.

Chancen und Grenzen des Sozialstaats – Rolle und Lage des Rechts, in: Peter Koslowski, Philipp Kreuzer, Reinhard Löw (Hrsg.): Chancen und Grenzen des Sozialstaats, Staatstheorie – Politische Ökonomie – Politik, Band 4, Tübingen 1983 (A), S. 66 ff.

Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, 1983 (B), S. 943 ff.

Das soziale Staatsziel (§ 25), in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, S. 1045 ff.

Das soziale Staatsziel, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (A), S. 3 ff.

Der Sozialstaat als Prozess, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (B), S. 73 ff.

Soziale Gleichheit, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (C), S. 129 ff.

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (D), S. 166 ff.

Was ist Sozialrecht?, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (E), S. 249 ff.

Grundtypen des Sozialrechts, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (F), S. 257 ff.

Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (G), S. 279 ff.

Sozialrecht und Gerechtigkeit, in: Baron von Maydell, Bernd (Hrsg.): Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (H), S. 308 ff.

Der Wandel der Arbeit und der sozialen Sicherheit im internationalen Vergleich, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1999, S. 1 ff.

Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 2000, S. 185 ff.