

# Thomas Blanke

## Die Auflösung des Arbeitnehmerbegriffs

### Von der Bekämpfung zur Förderung von Scheinselbstständigkeit und geringfügiger Beschäftigung

Für die Entwicklung des Arbeitsrechts in Deutschland grundlegend ist der juristische Begriff des Arbeitnehmers. Er steht zudem im Zentrum des partiell weiter gefassten Beschäftigtenbegriffs des Sozialrechts. Die Reformgesetzgebung der rot-grünen Bundesregierung zielte zu Beginn ihrer ersten Legislaturperiode darauf, den Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff zu erweitern, um die »Flucht aus dem Arbeitsverhältnis« zu erschweren und durch die Reformen zur geringfügigen Beschäftigung das Anwachsen atypischer und prekärer Beschäftigungsverhältnisse einzudämmen. Die »Hartz-Reformen« stehen für die gegenläufige Tendenz. Dies ist, wie nachstehend verdeutlicht werden soll, mehr als nur eine Trendwende. Es handelt sich um einen Richtungswechsel, an dessen Fluchtpunkt nicht weniger steht als der Abschied vom tradierten Arbeitsrecht des vergangenen Jahrhunderts.

#### 1. Von der »Abhängigkeit« als Legitimationsbasis des Arbeitsrechts zur Massenarbeitslosigkeit als Legitimationsbasis des Mobilisierungskonzepts

Der Arbeitnehmer ist dadurch definiert, dass er in *persönlicher Abhängigkeit* Arbeit leistet. Diese Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft ist historisch wie systematisch die *Ausgangsnorm*, auf der sich die gesamte Architektur des Sozialstaats mit seiner Trias von Arbeitsschutzgesetzen, Tarifautonomie und sozialer Sicherung in Deutschland erhebt und auf die sie bezogen bleibt. Nach frühen Ansätzen,<sup>1</sup> die zunächst auch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers einbezogen, hat erstmals in den Anfangsjahren des 20. Jahrhunderts Hugo Sinzheimer<sup>2</sup> im Anschluss an Otto v. Gierke<sup>3</sup> die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers als zentrales Merkmal des Arbeitsverhältnisses herausgestellt und sich mit dieser Charakterisierung in der rechtswissenschaftlichen Doktrin des entstehenden Arbeitsrechts erfolgreich durchsetzen können.<sup>4</sup>

Damit war der Weg frei für eine rechtswissenschaftliche Konstruktion insbesondere des kollektivrechtlichen Überbaus des Individualarbeitsrechts, die die Strukturen der tradierten individualistischen Privatrechtsdoktrin sprengte: Das Kollektivrecht konnte als die notwendige rechtliche Gestaltungsform zur Korrektur der Abhängigkeit des Arbeitnehmers dargestellt und als solches dogmatisch ausgearbeitet werden. Die »Abhängigkeit« stand für fehlende Autonomie des Arbeitnehmers und signalisierte

1 Vgl. Wank, in: BMA (Hrsg.), Empirische Befunde zur »Scheinselbstständigkeit«, Bd. 2, Bonn 1997, S. 86 ff. unter Hinweis auf Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes von 1891 und 1892 sowie die frühe Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts.

2 Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1907/1908, Bd. 1 S. 16. und Bd. 2, S. 274.

3 Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, S. 1037; ders., Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 40 f.

4 Vgl. im Detail s. Blanke, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? – Hugo Sinzheimers Konstruktion des Tarifvertrages. Zeitgenössische Rezeption und Kritik, unveröff. Ms., 2002, S. 21.

sierte einen Mangel an Freiheit und Gleichheit, der auf ein fundamentales Legitimations- und Gerechtigkeitsdefizit des individuellen Arbeitsvertrages im System des Privatrechts verwies. Zum freien und gleichen Marktbürger wurde der individuelle Arbeitnehmer erst in dem Maße, wie die Arbeitnehmer das Recht erhielten, sich in Gewerkschaften zu kollektiver Interessenvertretung zusammenzuschließen und anerkannt war, dass deren tarifvertragliche Ergebnisse die Arbeitsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder mit zwingender und unabdingbarer normativer Wirkung ausgestalteten. Dies war nämlich die Voraussetzung dafür, die Regelung der Arbeitsinhalte als Resultante gleicher Kräfteverhältnisse und paritätischer Einflussmöglichkeiten der kollektiven Arbeitsmarktparteien interpretieren und damit der Entgeltfestsetzung die Verbürgung von Lohngerechtigkeit zuschreiben zu können.

Angesichts dieser Fundierung der Instrumentarien des kollektiven Arbeitsrechts in der juristischen Bestimmung des Rechtscharakters des Arbeitsverhältnisses und der Definition des Arbeitnehmerbegriffs finden Debatten über grundlegende Veränderungen im Arbeits- und Sozialrecht<sup>5</sup> ihren Widerhall immer auch in Kontroversen über die zutreffende Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs. Diese Debatte soll hier nur kurz gestreift werden: Sie begann Mitte der 80er Jahre mit der Entdeckung der »Krise des Normalarbeitsverhältnisses«,<sup>6</sup> welches sich mehr und mehr in eine bunte Vielfalt »atypischer«, zumeist prekärer Beschäftigungsverhältnisse auflöst. In Reaktion darauf wurden seit Beginn der 90er Jahre sozialwissenschaftlich solide belegte und juristisch fundierte Vorstöße zu einer Präzisierung und methodisch reflektierten Reformulierung des Arbeitnehmerbegriffs erarbeitet, die darauf ausgingen, die rapide anwachsenden Phänomene sog. »Scheinselbständigkeit« in den arbeitsrechtlichen Schutzbereich einzubeziehen.<sup>7</sup>

Dem Geltungsbereich des Arbeits- und Sozialrechts war nicht zuletzt deshalb leicht zu entkommen, weil sich das Merkmal der »persönlichen Abhängigkeit«, welches in einer ebenso ausufernden wie widersprüchlichen Kasuistik wesentlich mit der Leistung sachlich, zeitlich und örtlich »fremdbestimmter«, »weisungsabhängiger« Arbeit und der Eingliederung in den betrieblichen Organisationszusammenhang identifiziert worden war, als wenig trennscharf und abgrenzungstauglich gegenüber den neuen Gestaltungsformen von wirklicher oder vermeintlicher »Selbständigkeit« erwiesen hatte.<sup>8</sup>

Zu Beginn der ersten Legislaturperiode der rot-grünen Bundesregierung schienen die Ansätze zur Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs mit Inkrafttreten des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte (Korrekturgesetz 1999) zum 1. 1. 1999<sup>9</sup> von Erfolg gekrönt. Dies Gesetz entfachte aber nicht nur auf Arbeitgeberseite einen Sturm der Entrüstung, sondern erwies sich auch bald aufgrund zahlreicher juristischer wie verwaltungstechnischer Mängel, die auf miteinander unvereinbaren Zielsetzungen beruhten,<sup>10</sup> als

5 Wie etwa derzeit die aktuelle Auseinandersetzung um die privatrechtliche oder öffentliche Legitimationsgrundlage der Tarifautonomie, vgl. hierzu die unterschiedlichen Ansätze und Ergebnisse etwa bei Dieterich, in: Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), FS Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 117, 121; Löwisch, ZfA 1996 S. 293 ff.; Löwisch/Rieble, MünchKomm, 2. Aufl. § 259 Rn. 23; Schwarze, ZTR 1996, S. 1, 4 f.; Singer, ZfA 1995, 611 ff.; Schiek, in: Däubler, W. (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 4. Aufl., 2003 (im Erscheinen), Einleitung Teil C, Rn. 163 ff.; Wiedemann, A., Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere Art. 12 GG, Heidelberg.

6 Grundlegend: Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform 1985, S. 415 ff., 457 ff.; ders., Deregulierendes Arbeitsrecht, KJ 3/85, S. 255 ff.

7 Vgl. BMA (Hrsg.), Empirische Befunde zur »Scheinselbständigkeit«, Bd. 1 (Bearbeiter: Dietrich), Bd. 2 (Bearbeiter: Wank), Bonn 1997.

8 Ausführlich zuletzt Wank, in: Blanke u. a., Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002, S. 20 ff.

9 Gesetz v. 19. 12. 1998, BGBl. I S. 3843, in dem hier relevanten Teil in der Öffentlichkeit auch unter dem Titel »Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit« geführt.

10 Treffend spricht Reindl, Scheinselbständigkeit. Ein deutsches Phänomen und ein verkorkster Diskurs, in:

seinerseits korrekturbedürftig.<sup>11</sup> Das daraufhin erlassene »Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit« vom 20. 12. 1999<sup>12</sup> vollzog, wie der die Gesetzesmotive ins Gegenteil verkehrende Titel anzeigt, zwar semantisch eine komplette Kehrtwende. Es verfolgte jedoch auf der Basis der gebotenen Einhaltung rechtsstaatlicher Prämissen und begrifflicher Klarstellungen die mit dem ursprünglichen Gesetz angestrebten Ziele einer besseren Durchsetzung der Sozialversicherungspflicht und der Verringerung von Scheinselbständigkeit im Grundsatz weiter.<sup>13</sup>

Die im Korrekturgesetz noch vorgesehene Veränderung des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffs in § 7 Abs. 4 SGB IV, der weithin deckungsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist, durch gesetzliche Vermutungstatbestände, die nicht länger auf die klassischen Definitionsmerkmale des Arbeitnehmerbegriffs, sondern auf die Art und Weise seines Auftretens am Markt Bezug nehmen, wurde jedoch erheblich abgeschwächt. Nach der ursprünglichen Fassung sollte als Maßstab der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft in Abgrenzung zum unternehmerisch tätigen Selbständigen in Zweifelsfällen die Verteilung von Marktchancen und Marktrisiken und damit das Ausmaß an wirtschaftlichem Entscheidungsspielraum dienen. Deshalb war zwingend vom Vorliegen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auszugehen, wenn zwei der vier Kriterien (keine Beschäftigung eigener Arbeitnehmer, Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, typische Arbeitsleistung von Arbeitnehmern, keine unternehmerische Tätigkeit) gegeben waren.

Die Neuregelung durch das Selbständigenförderungsgesetz 2001 erhöhte nicht nur die Vermutungstatbestände von vier auf fünf (die Tätigkeit wurde zuvor als Arbeitnehmer ausgeübt) und fasste sie enger. Zugleich wurde in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV für die Bestimmung der nichtselbständigen Arbeit ausdrücklich auf die traditionell anerkannten Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation (als »Anhaltspunkten«) Bezug genommen. Zwar wird nach wie vor die Ansicht vertreten, durch die Novellierung des § 7 Abs. 4 SGB IV sei es zu einer gesetzlichen Neuregelung des Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriffs gekommen; die Argumentationslast, die diese Auffassung zu tragen hat,<sup>14</sup> war jedoch durch die Bezugnahme auf die klassischen Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV deutlich erhöht worden.

Was sich bereits in der Umkehrung der Gesetzesmotive mit dem Titel der Neuregelung 2001 als »Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit« andeutete, wurde mit der Vorlage des sog. Hartz-Konzepts gegen Ende der ersten Legislaturperiode der Regierung Schröder zum Programm erhoben<sup>15</sup> und mit ihrer nach der gewonnenen Wiederwahl erfolgten Umsetzung gesetzliche Wirklichkeit:<sup>16</sup> Die *Förderung der*

LEVIATHAN H. 4./2000, S. 413 ff., 421 f., von einer »Logik des Sanierungsansatzes« in Bezug auf die Sozialkassen einerseits und einer »Logik des Schutzansatzes« andererseits: »Im einen Falle herrscht der Diskurs des Verdachts, des Missbrauchs, ja des Betruges des Sozialstaates vor, was einer Polizeilogik Auftrieb gibt. Im anderen Falle dominiert der Diskurs des Schutzes, der Hilfe und Unterstützung, was eine Logik der Anerkennung, Wertschätzung und Rücksichtnahme nach sich zieht«.

<sup>11</sup> Eingehende Darstellung bei Reindl (Fn. 9), S. 413 ff. und Bieback, KJ H. 1/2001, S. 29 ff.

<sup>12</sup> BGBl. I S. 2 ff.

<sup>13</sup> So Bieback, KJ H. 1/2001, S. 29 ff.; nach Reindl (Fn. 9), S. 413 ff., 421, ist der Gesetzgeber dagegen bereits mit dieser Korrektur des »Korrekturgesetzes« »auf der ganzen Linie in den hegemonialen Diskurs eingeschwenkt«, »hat vor den ideologischen und ökonomischen Apparaten kapituliert« und den Versuch aufgegeben, der Erosion der sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisse entgegenzuwirken.

<sup>14</sup> Vgl. insbesondere Wank (Fn. 7), Teil I Rn. 131 ff.; ders., AuR 2001, 291 ff.; a. A. Bieback, KJ H. 1/2001, 29 ff., 36 jeweils mit weiteren Nachw.

<sup>15</sup> Vgl. Geschäftsstelle der Kommission »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt«, Berichte der Teilprojekte I bis III (Entwurf: Stand v. 7. 6. 2002) sowie die Darstellung der Eckpunkte des Konzepts unter REGIERUNGOnline-Hartz v. 21. 10. 2002.

<sup>16</sup> Erstes und Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BR Drs. 831/02 und 832/02 v.

*Selbständigkeit* genießt in der arbeitsmarktpolitischen Konzeption der Regierung nunmehr ausgesprochene Priorität. Zu diesem Zweck wurde als Ergebnis der Beratungen im Vermittlungsausschuss nicht nur die Regelung in § 7 Abs. 4 SGB IV aus der ersten Regierungsperiode mit ihrer Ausweitung und Präzisierung des Arbeitnehmerbegriffs zur Erfassung der Fälle der Scheinselbständigkeit rückgängig gemacht.<sup>17</sup> Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in Gestalt der »Ich-AG«<sup>18</sup> jetzt selbst eine neue, gesetzliche Form der (Schein-)Selbständigkeit geschaffen.<sup>19</sup>

Auch wenn die rechtlichen und praktischen Auswirkungen beider Maßnahmen nicht überschätzt<sup>20</sup> werden dürfen: Schon der (zum »Unwort des Jahres« gekürte) Begriff der »Ich-AG«, der Arbeitslose, die einen »Existenzgründungszuschuss« nach § 42 I m SGB IV erhalten, zu Unternehmern ihrer eigenen Arbeitskraft ummünzt und damit dem in der sozialwissenschaftlichen Literatur zu heuristischen Zwecken eingeführten Typus des »Arbeitskraftunternehmers«<sup>21</sup> arbeitsmarktpolitisches Leben einhaucht, signalisiert, dass in diesem konzeptionellen Sinneswandel die Differenz zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen zu einer unerheblichen, marginalen Größe geworden ist.<sup>22</sup> Rechtlich verbindlichen Ausdruck erhält diese Kehrtwende der sozialpolitischen Optik mit der in § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV i.V. b. m. § 42 I m SGB III ausdrücklich aufgenommenen Anordnung, eine solche »Ich-AG« gelte für die Dauer

15. 11. 2002. Durch die Aufspaltung der Gesetze wurde für das Erste Gesetz die Zustimmungspflichtigkeit des Bundesrates vermieden. Aufgrund der Einsprüche des Bundesrates wurden beide Gesetze im Vermittlungsausschuss beraten und zu einem Gesamtkonzept geschnürt.

17 Die Aufhebung des bisherigen § 7 Abs. 4 SGB IV, der durch den vom Bundestag bereits zuvor (BR-Drs. 832/02 v. 15. 11. 02, Art. 2 Nr. 2) beschlossenen neuen Abs. 5 ersetzt wurde, erfolgte aufgrund der Beratungen im Vermittlungsausschuss, vgl. BT-Drs. 15/202 v. 17. 12. 2002, zu Art. 2, Nr. 2. Die Aufhebung des bisherigen Abs. 4 des § 7 SGB IV entsprach der von der CSU bereits am 22. 10. 02 erhobenen Forderung, vgl. die homepage der CSU zum Hartz-Papier.

18 Der Begriff findet im Gesetzestext selbst keine Verwendung, wird aber umso häufiger und unbekümmerter in der Begründung des Gesetzesentwurfs gebraucht. Hier taucht er in vielfältigen Varianten auf; teils ist eher relativierend von der »sog. Ich-AG bzw. Familien-AG« die Rede, teils in Übernahme unternehmensrechtlicher Begrifflichkeit von der »Gründung einer Ich-AG« oder gar von dem »Inhaber der Ich-AG«, Begründung zum Gesetzentwurf zu Nr. 52, § 42 I m SGB III, BT-Drs. 15/25 und 15/26 S. 33 f. »Inhaber der Ich-AG« kann nach der Gesetzesbegründung, die wahlweise vom »Arbeitseinkommen« bzw. den »Einnahmen« des Existenzgründers spricht (ebd., S. 34), im Regelfall auch ein Arbeitnehmer sein, der folglich als Inhaber seiner selbst zugleich sein eigener Arbeitgeber ist.

19 Auf Grund der Gesetzesnovelle »gibt es nunmehr kraft gesetzlicher Fiktion den gesetzlich legitimierten Scheinselbständigen, sofern er eine Anerkennung als Ich-AG erhalten hat«, so zu Recht Gaul, DB 2003, S. 94 ff., 96.

20 Die Streichung des Kriterienkatalogs und der Vermutungsregelung zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit in dem früheren § 7 Abs. 4 SGB IV dürfte nach verbreiteter Ansicht für die Praxis deshalb ohne größere Relevanz sein, weil diese Regelungen nur dann zur Anwendung kamen, wenn der Beschäftigte seinen Mitwirkungspflichten nach §§ 206 SGB V, 196 Abs. 1 SGB VI nicht nachgekommen war und weil im übrigen der Amtsermittlungsgrundsatz des § 20 SGB X ebenso fortgilt wie die vom BSG entwickelten Abgrenzungskriterien von Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung, so Gaul, DB 2003, S. 94 ff., 96 und Kossens, AuA H. 2/2003, S. 21 ff., 22. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass nunmehr der Versicherungsträger wie bereits nach der Rechtslage vor 1999 wieder auf das Anfrageverfahren und die Mitwirkung von Auftraggeber und Beschäftigten angewiesen ist und ansonsten die volle Beweislast für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung trägt, der er aufgrund der früher gemachten Erfahrungen schwerlich nachkommen kann, so DGB (Hrsg.), Änderungen im Arbeits- und Sozialrecht infolge der sog. »Hartz-Vorschläge« ab 1. 1. 03/1. 4. 03/1. 7. 03/1. 1. 04, Informationen zum Arbeits- und Sozialrecht 1/2003, S. 9.

Die »Ich-AG« war als zentrales Element im »Hartz-Konzept« vorgesehen, ist aber in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung auf einen Existenzgründungszuschuss für zuvor Arbeitslose und Teilnehmer an ABM- oder SAM-Maßnahmen reduziert worden. Die ursprünglich vorgesehene steuerrechtliche Privilegierung in Form einer Pauschalsteuer von 10% ist aufgrund der Verhandlungen im Vermittlungsausschuss ebenso entfallen wie die geplante Änderung des § 8 Handwerksordnung und damit die Erstreckung des Tätigkeitsfeldes der »Ich-AG« auf handwerkliche Berufe, vgl. Kossens, AuA H. 2/2003, S. 21 ff. und den Bericht in FAZ v. 17. 12. 2002, S. 11. Bisher werden nur wenige Existenzgründer nach diesem Modell registriert: In Nordrhein-Westfalen 55, in Hessen dagegen nur vereinzelte, vgl. den Bericht in FAZ v. 6. 2. 2003, S. 13.

21 Voß/Pongratz, Der Arbeitskraftunternehmer. Eine neue Grundform der Ware Arbeitskraft, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1998, S. 131 ff.

22 Kurz-Scherf/Scheele, Hartz-Stück der Arbeitsmarktpolitik; Einwände gegen die Übergabe der Politik an die Wirtschaft. In: Gewerkschaftliche Monatshefte, 2002, S. 617 ff.

des Bezuges des Existenzgründungszuschusses, der doch erst den Weg in die Selbständigkeit eröffnen soll, *unwiderleglich* als Selbständige(r).

Die Einebnung der Unterscheidung von Arbeitnehmern und (»arbeitnehmerähnlichen«) Selbständigen mag unter zwei Bedingungen unproblematisch sein: Einmal dann, wenn die Geltung dieser Regelung strikt auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts, in dessen Systeme die »Ich-AG« und die »Familien-AG« – wiewohl Selbständige(r) – teilweise einbezogen werden,<sup>23</sup> begrenzt bleibt und nicht in den Bereich des Arbeitsrechts hineinwirkt. Andernfalls wäre sie der bedenkliche Vorstoß, für diesen gesetzlichen Typus des Scheinselbständigen, zuvor arbeitslosen Existenzgründers das Prinzip aufzuheben, wonach vom zwingenden Charakter der Anwendung der *arbeitsrechtlichen* Regeln, sobald die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses gegeben sind, kein Dispens erteilt werden kann. Wird eine »Ich-AG« im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses eingesetzt und krank, dann erscheint nach der gesetzlichen Neuregelung nicht länger zweifelsfrei gesichert, dass sie als das, was sie de facto (und damit bislang auch zwingend: de jure) ist, nämlich als Arbeitnehmer wie jeder andere Arbeitnehmer auch den gesetzlichen Anspruch auf Lohnfortzahlung besitzt. In Streitfall werden erst die Gerichte zu prüfen haben, ob der Gesetzgeber befugt ist, die Reichweite des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes beliebig zu bestimmen, indem er willkürlich über den Begriff des Arbeitnehmers verfügt.<sup>24</sup>

Zum anderen ist Voraussetzung für eine sozial nicht benachteiligende Aufhebung der Differenz zwischen Arbeitnehmern und abhängigen Selbständigen, dass letztere in gleicher Weise wie Arbeitnehmer in den Schutz der Sozialversicherungen einbezogen werden. Auch dies ist bezüglich der »Ich-AG's« nicht zuverlässig gesichert: Mit dem ihnen, sofern sie voraussichtlich nicht mehr als 25.000,- € im Jahr verdienen, für die Dauer von drei Jahren gewährten, degressiven Existenzgründungszuschuss von monatlich 600,- € im ersten, 360,- € im zweiten und 240,- € im dritten Jahr sollen sie in die Lage versetzt werden, ihre Sozialversicherungsbeiträge bezahlen zu können. Allerdings sind sie nicht beitragspflichtig zur Unfallversicherung und zur Arbeitslosenversicherung. Ersteres erscheint als ein systemwidriges Redaktionsversehen, letzteres nimmt ihnen eine Rückfallposition, die das Risiko des Scheiterns beim Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit mindern könnte.

## 2. Geringfügige Beschäftigung und »Minijobs«

Ein paralleler Richtungswechsel von der Logik des Schutz- und Sanierungsansatzes hin zu einer Strategie der Beschäftigungsmobilisierung außerhalb arbeits- und sozialrechtlicher Normalitätsvorgaben lässt sich auch in Bezug auf die im Zuge der »Hartz-Reformen« erfolgte gesetzliche Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung beobachten. Hierzu muss kurz auf die Vorgeschichte eingegangen werden.

In den 90er Jahren war eine deutliche Zunahme an geringfügiger Beschäftigung sowohl in absoluten Zahlen wie hinsichtlich ihres Anteils an der Gesamtbeschäftigung zu verzeichnen: Allein innerhalb des Zeitraums von 1992 bis 1997 wurde ein Anstieg von 4,45 Millionen auf 5,63 Millionen Personen registriert. Im Jahr 1992 standen einem geringfügig Beschäftigten Arbeitnehmer noch 6,5 sozialversicherungspflichtig Beschäftigte gegenüber. 1997 betrug dies Verhältnis nur noch 1:4,8.<sup>25</sup> Als Grund für die

<sup>23</sup> Dies gilt für die Rentenversicherung und die Krankenversicherung, nicht aber für die Arbeitslosen- und Unfallversicherung.

<sup>24</sup> Vgl. Däubler, AiB 2002, 729 ff., 734.

<sup>25</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf des Neuregelungsgesetzes v. 24. 3. 1999, BT-Drs. 14/280, S. 32.

steigende Attraktivität der geringfügigen Beschäftigung auf Kosten sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse wurde neben der in die Festsetzung der Entgeltgrenzen eingebauten Dynamik,<sup>26</sup> die ihren jährlichen Anstieg bewirkte, insbesondere die vergleichsweise geringe Abgabenbelastung in Höhe des Pauschalsteuersatzes von 20% des Arbeitslohnes angesehen.<sup>27</sup>

Das Gesetz zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung vom 24. 3. 1999<sup>28</sup> verfolgte noch arbeitsmarktpolitische und arbeitsrechtliche Ziele, die sich gut in das Konzept des Korrekturgesetzes 1999 einfügten: Es ging um die Eindämmung der Zunahme geringfügig entlohnter Beschäftigungsverhältnisse, die Verhinderung der Erosion der Finanzgrundlagen der beitragsfinanzierten Sozialversicherung durch Erhebung von Beiträgen zur Sozialversicherung »von der ersten Mark an«, die Verbesserung der Möglichkeiten zur Alterssicherung für die in diesem Arbeitsmarktsegment überwiegend beschäftigten Frauen und um verbesserte Kontrollmöglichkeiten, um das Ausweichen in Schwarzarbeit zu verhindern.<sup>29</sup>

Zur Verwirklichung dieser Ziele wurde die Automatik der steigenden Entgeltgrenze für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse und der damit verbundenen Versicherungsfreiheit aufgehoben, die Beitragspflicht der Arbeitgeber zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung eingeführt, den Arbeitnehmern eine Option zu ihrer Einbeziehung in die Beitragspflicht zur und den Schutz der Rentenversicherung eingeräumt und eine umfassende Meldepflicht begründet. Danach hatte der Arbeitgeber für Beschäftigte, deren Verdienst 630,- DM (325,- €) nicht überstieg und deren Arbeitszeit unter 15 Wochenstunden lag, bei bestehender Versicherungspflicht<sup>30</sup> 10% des Arbeitsentgeltes als Beitrag an die Krankenversicherung und 12% an die Rentenversicherung zu leisten. Die geringfügig Beschäftigten erwarben volle Rentenansprüche aus dieser Zahlung nur, wenn sie den fehlenden Arbeitnehmeranteil zur Rentenversicherung in Höhe von 7,5% leisteten (§§ 5 Abs. 2, 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI).<sup>31</sup> Die Einnahmen aus geringfügiger Beschäftigung wurden begrenzt von der Steuerpflicht freigestellt.<sup>32</sup>

Das Konzept der Hartz-Kommission knüpft dagegen wieder an den vorherigen Rechtszustand an: Es geht danach nicht um Eindämmung, sondern Beförderung von geringfügiger Beschäftigung, allerdings zu Bedingungen, die es attraktiv machen sollen, sie nicht in Schwarzarbeit auszuüben. Diese veränderte Zielsetzung bestimmt ungeachtet der nicht unerheblichen Modifikationen der Kommissionsvorschläge<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Das höchst zulässige monatliche Einkommen aus einer geringfügig entlohnten Beschäftigung durfte 1/7 der jährlich steigenden Bezugsgröße (= das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorletzten Kalenderjahr. Es betrug 1999 4.410,- DM in den alten und 3.710,- DM in den neuen Bundesländern) und bei höherem Einkommen 1/6 der Gesamteinkünfte nicht übersteigen: Damit war ein jährlicher Anstieg der Geringfügigkeitsgrenze vorprogrammiert.

<sup>27</sup> Diese wurde von den Arbeitgebern auf der Grundlage von § 40a Abs. 2 EStG durchgeführt; unter Hinzurechnung der pauschalierten Kirchensteuer von regelmäßig 7% und dem Solidaritätszuschlag von 5,5% der Steuersumme addierte sich die Steuerbelastung auf ca. 22% des Arbeitsentgeltes, vgl. Marschner, ZTR 1999, 449 ff., 451; ebenso Bauer/Schuster, DB 1999, 689 ff., 692; Boecken, NZA 1999, 393, 398. Die geringfügige Beschäftigung war ansonsten – mit Ausnahme der gesetzlichen Unfallversicherung – regelmäßig sozialversicherungsfrei, wobei allerdings mehrere geringfügige Beschäftigungen zusammengerechnet wurden, § 8 Abs. 2 SGB IV.

<sup>28</sup> Gesetz v. 24. 3. 1999, BGBl. I S. 388; § 8 SGB IV, § 249 b SGB V, § 168 Abs. 1 Nr. 1b, § 5 Abs. 2 SGB VI.

<sup>29</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf des Neuregelungsgesetzes v. 24. 3. 1999, BT-Drs. 14/280, S. 32.

<sup>30</sup> Oder auch bei freiwilliger Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung.

<sup>31</sup> Dies galt zwischen einem monatlichen Bruttoentgelt von 300,- DM bis 630,- DM; bis zu einem Entgelt von 300,- DM errechnete sich der Aufstockungsbetrag des Arbeitnehmers auf der Basis der Differenz zwischen dem vom Arbeitgeber zu zahlenden Betrag (12% des Entgeltes) und dem sich für ein Entgelt von 300,- DM ergebenden Mindestbetrag (19,5% = 58,50 DM). Zu diesen Fallgruppen im Detail vgl. Marschner, ZTR 1999, 451 ff., 452.

<sup>32</sup> Näher dazu Boecken, NZA 1999, 393 ff., 400 f.

<sup>33</sup> Danach sollte im Bereich der haushaltsnahen Dienstleistungen der Grenzwert der Geringfügigkeit von 325,- € auf 500,- € angehoben und für diese eine Sozialversicherungspauschale von lediglich 10% erhoben

auch die Ergebnisse des gesetzlichen Umsetzungsprozesses: Danach wird die allgemeine Grenze für eine geringfügige Beschäftigung ab dem 1. 4. 2003, zu dem die Änderungen in Kraft treten,<sup>34</sup> auf 400,- € pro Monat angehoben (§§ 346, 347 SGB III, 7 Abs. 1a, 8 Abs. 1 SGB IV). Diese Grenze gilt auch für haushaltsnahe Arbeiten (§ 8 a SGB IV).<sup>35</sup> Für diese Beschäftigungsverhältnisse gilt, auch wenn sie neben einer bestehenden Vollzeitbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber ausgeübt werden,<sup>36</sup> dass der Verdienst für die Beschäftigten bis zu 400,- € abgabenfrei bleibt. Abgabepflichtig in Höhe einer Pauschale von grundsätzlich 25 %<sup>37</sup> ist lediglich der Arbeitgeber (§§ 249b S. 1 SGB V, 40a Abs. 2 EStG);<sup>38</sup> bei haushaltsnahen Dienstleistungen beträgt die Abgabepauschale 12 % (§§ 249 S. 2 SGB V, 168 Abs. 1 Nr. 1c, 172 Abs. 3a SGB VI, 40a Abs. 2 EStG).<sup>39</sup>

Erzielt ein geringfügig Beschäftigter – ggf. auch aus mehreren Beschäftigungsverhältnissen – ein Arbeitsentgelt zwischen 400,01 € und 800,- €, so unterliegt dieser »Gleitzonejob« einer allmählich ansteigenden sozialversicherungsrechtlichen Abgabepflicht<sup>40</sup> sowie der Individualbesteuerung und erst bei Überschreiten der 800,- €-Grenze der vollen Abgabenlast. Als »Faustformel« gilt: Die Arbeitgeber zahlen in der Gleitzone 21 % der Sozialversicherungsbeiträge, während die Beiträge der Arbeitnehmer allmählich von 4 % auf 21 % ansteigen. Durch den Abbau der vollen Lohnnebenkostenbelastung für die Arbeitnehmer bei einem Verdienst über 400,- € und den Einbau einer sanften Abgabenprogression soll vermieden werden, dass der Nettoverdienst in dieser Gleitzone geringer liegen kann als bei einer geringfügigen Beschäftigung. Dadurch soll in diesem Segment die Entstehung gemeldeter Arbeitsplätze gefördert werden.

Dem gleichen Ziel dient die auf Haushaltsdienstleistungen beschränkte steuerliche Absetzbarkeit durch den Arbeitgeber/Auftraggeber. Sie ist danach gestaffelt, ob die Tätigkeit im Rahmen von Minijobs (10 %, maximal 510,- €), sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen (12 %, maximal 2400,- €) oder durch Einschaltung von Dienstleistungsagenturen (20 %, maximal 600,- €) erfolgt.

Ob diese gesetzlichen Neuregelungen die erhofften Wirkungen der Verringerung von Schwarzarbeit im Niedriglohnsegment und damit mittelbar der Stärkung der Sozial- und Steuerkassen sowie der Verbesserung der Arbeitsmarktstatistik haben werden, bleibt abzuwarten. Sowohl auf Seiten der Gewerkschaften<sup>41</sup> wie des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit<sup>42</sup> besteht insoweit –

werden, die jeweils zur Hälfte auf die gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung entfallen sollte. Ansprüche gegenüber den Versicherungsträgern sollten hierdurch nicht begründet werden. Dem Ziel, auf diese Weise die Schwarzarbeit zu reduzieren, sollte ferner eine teilweise steuerliche Absetzbarkeit der Ausgaben für solche geringfügigen Haushaltsdienstleistungen dienen. Außerdem war erwogen worden, Arbeitsverhältnisse im Niedriglohnbereich dadurch zu fördern, dass zwischen 501,- € und 1000,- € die Sozialabgaben stufenweise auf den Durchschnittssatz ansteigen sollten.

<sup>34</sup> Zu den komplizierten Übergangsregelungen vgl. Gaul, DB 2003, 94 ff., 94.

<sup>35</sup> Die ursprünglich geplante Differenzierung zwischen haushaltsnahen Arbeiten, für die eine Entgeltgrenze von 500,- € gelten sollte, und sonstigen Tätigkeiten, für die es bei dem Schwellenwert von 325,- € bleiben sollte, wurde fallen gelassen.

<sup>36</sup> Geringfügige Beschäftigungen sind zusammenzurechnen (§ 8 Abs. 2 SGB IV), nicht jedoch eine geringfügige und eine nicht geringfügige Beschäftigung. Folglich kann jetzt wieder neben einer sozialversicherungspflichtigen Voll- oder Teilzeitbeschäftigung *eine* geringfügige Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber ausgeübt werden, ohne dass Versicherungsbeiträge hierfür entrichtet werden müssen.

<sup>37</sup> Davon 12 % gesetzliche Rentenversicherung, 11 % gesetzliche Krankenversicherung, 2 % Pauschalsteuer.

<sup>38</sup> Einzugsstelle und zuständig für die Verteilung der Gelder ist die Bundesknappschaft mit Sitz in Cottbus.

<sup>39</sup> Davon je 5 % für die gesetzliche Renten- und Krankenversicherung, 2 % Steuer.

<sup>40</sup> Die Berechnung erfolgt gem. §§ 344d Abs. 4 SGB III, 226 Abs. 4 SGB V, 163 Abs. 10 SGB VI nach einer komplizierten Formel, vgl. näher dazu Gaul, DB 2003, 94 ff., 94.

<sup>41</sup> Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands, in: Soziale Sicherung, 2002, S. 261 ff., 262 (unter Ziff. 9); zu weiteren kritischen Stellungnahmen vgl. die Internet-Seiten der einzelnen Gewerkschaften, z. B. [www.igmetall.de/themen/hartz\\_kommission](http://www.igmetall.de/themen/hartz_kommission).

<sup>42</sup> Stellungnahme v. 16. 11. 2002 (im Internet unter der homepage des BMWA).

jedenfalls bezogen auf die ursprünglichen Vorschläge der Hartz-Kommission – deutliche Skepsis. Bemängelt wurde insbesondere, dass die Beschäftigten auf diese Weise schlechter abgesichert wären als auf der Basis des bisherigen 325,- €-Arbeitsverhältnisses, dass die gesetzlichen Renten- und Krankenversicherungen erhebliche Einnahmeverluste zu tragen hätten, dass die Gefahr der Umwandlung bisher regulär versteuerter und sozialversicherungspflichtiger Tätigkeiten in Minijobs bestehe und das System der tariflichen Mindestlöhne ausgehöhlt werde<sup>43</sup>. Zudem betreffe die mit diesen Regelungen erfolgte Subventionierung von geringfügiger Beschäftigung zu mehr als 75 % Personen (verheiratete Frauen, Schüler, Studenten, Rentner), die als »Zweitverdiener« anderweitig sozial abgesichert und damit nicht wirklich schutzbedürftig seien.

Was an diesen Einwänden »dran« ist, wird angesichts der eingangs bereits angesprochenen Empiriedefizite in Bezug auf arbeitsmarktpolitische Maßnahmen erst die Zukunft weisen. Sollte es gelingen, das Ausmaß an Schwarzarbeit im Niedriglohnssektor drastisch zu senken, so wäre dies nicht nur arbeitsmarktstatistisch von erheblichem Wert: Es würde in- wie ausländischen ArbeitnehmerInnen in weiten Bereichen erstmals die Möglichkeit einer legalen Beschäftigung und damit die Perspektive einer Arbeitsmarkt- und Sozialversicherungskarriere verschaffen,<sup>44</sup> die die materielle Bedingung ihrer erfolgreichen Sozialintegration darstellt.

### 3. Abschied vom Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts?

Die Kehrtwende der in besten sozialpolitischen und juristischen Absichten begonnenen Debatte über die Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs mit ihrer rapiden Umkehrung der Schutzperspektive von der Bekämpfung der »Scheinselbständigkeit« und der Sozialversicherungsfreiheit von geringfügig Beschäftigten als Formen staatlich subventionierter Billigjobs hin zu ihrer gezielten staatlichen Einführung und Förderung ist dramatisch: Sie zeigt an, dass nach der Ökonomie auch der Gesetzgeber Abschied nimmt von der Orientierung auf das (Normal-)arbeitsverhältnis und von dem Bemühen, ihm trotz aller bloß privatvertraglichen Grundlage, trotz aller Abhängigkeit und Fremdbestimmung und trotz aller Unwägbarkeit der existenziellen Risiken der Lohnarbeit durch arbeits- und sozialrechtliche Sicherungen eine Grundlage zu verschaffen, die halbwegs verlässlich genug ist, um auf ihr die Perspektive einer konsistenten sozialen Existenz zu begründen.

Grundzug des veränderten arbeits- und sozialrechtlichen Orientierungsrahmens der Bundesregierung ist die Abkehr von dem für das Arbeitsrecht in Deutschland konstitutiven Grundmotiv der Unterstützung des Arbeitnehmers (wie auch des »Scheinselbständigen«) angesichts seiner strukturell gegebenen, unverschuldeten sozialen Abhängigkeit, die den Aufbau eines kollektivrechtlichen wie gesetzlichen Kranzes von Schutzbestimmungen forderte. An Stelle dieser traditionellen normativen Orientierung, die den Paternalismus des sowohl einseitig weisungsbefugten als auch zur Fürsorge gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichteten Arbeitgebers in der höheren Rationalität kollektivvertraglicher und staatlicher Normen aufzuheben trachtete, ist eine Zielvorstellung getreten, deren Lösung nicht länger *die Befreiung im, sondern die Befreiung vom Arbeitsverhältnis* ist.

<sup>43</sup> Wendt, Jenseits des »Tarifgitters«, Krise und Erosion des Flächentarifvertrages in Deutschland, in: PROKLA 129, H. 4/2002, S. 537 ff.

<sup>44</sup> Zur informellen Erwerbsarbeit in Privathaushalten vgl. die eindrucksvollen Fallstudien von C. Gather, »Aus meiner Familie weiß niemand, dass ich putzen gehe«, in: PROKLA 129, H. 4/2002, S. 577 ff.



In diesem *Abschied vom Arbeitsrecht* äußert sich ein fundamentaler arbeits- und sozialpolitischer Perspektivenwechsel: Die politisch Verantwortlichen – quer durch alle relevanten politischen Parteien in der Bundesrepublik – sind nicht länger bereit, der Abhängigkeit und Fremdbestimmung der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis und in neuen Formen abhängiger Selbständigkeit mit einer Fortschreibung des Traditionsbestandes des Arbeits- und Sozialrechts zu wehren. Angesichts der finanziellen Lage der Sozialversicherungskassen, der kaum mehr als steigerungsfähig angesehenen Beitragslasten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern und der weiter steigenden Arbeitslosenzahlen, deren Höhe zum entscheidenden Gradmesser von Erfolg und Misserfolg der Regierungspolitik geworden ist, besitzt die Senkung der Arbeitslosenquote absoluten Vorrang in den Vorschlägen der Hartz-Kommission und den zu ihrer Umsetzung beschlossenen Gesetzen. Gegenüber dem Elend der Massenarbeitslosigkeit erscheint bereits das »Normalarbeitsverhältnis« als Privileg und jedes prekäre – sei es sozialversicherungsrechtliche, scheinselbständige oder auf Zwangsleiharbeit beruhende – Beschäftigungsverhältnis als vorzugswürdige Alternative. Das Raster der Wahrnehmung unvollständiger Autonomie von Arbeitsbürgern ist angesichts des Problemdrucks der Massenarbeitslosigkeit und der Globalisierung auch der Arbeitsmärkte<sup>45</sup> in diesem Politiktypus um ein vielfaches gröber als bisher geworden: Beschäftigung, welcher Art und Güte auch immer, und durch Arbeit verdientes Einkommen, aus welcher Quelle auch immer gespeist, gelten bereits als zulängliche Verbürgungen jener Minimalbasis an sozialer Autonomie, die die Gesellschaft den Erwerbslosen anzubieten bereit oder in der Lage ist. Damit einher geht eine Umzeichnung der Bilder, die sich diese Optik von den Armen, Bedürftigen und Ausgegrenzten macht. Wurden sie früher noch zu den Opfern der Marktvergesellschaftung gerechnet, so gelten sie jetzt als Nutznießer unverdienter öffentlicher Wohltaten.<sup>46</sup> Mehr und mehr wird von ihnen verlangt, dass sie sich bereitwillig den beständig verschärften Zumutungen und Zwängen einer angebotsorientierten, »aktivierenden« Sozialpolitik mit ihren wechselnden Modulen vom »Fördern und Fordern« fügen müssen.

Der aktivierenden Sozialpolitik gilt die Differenz zwischen dem Status des Arbeitnehmers und demjenigen des Selbständigen als *quantité négligeable* – Hauptsache, die Arbeitslosigkeit wird bekämpft. Dabei verbündet sie sich mit dem herrschenden neoliberalen Zeitgeist und der von ihm geschaffenen, »allseits imaginierte(n) Phantasiewelt, die keine Interessengegensätze, sondern nur noch Unternehmer kennt.«<sup>47</sup> Die Unbekümmertheit, mit der vorübergehend subventionierte Arbeitslose gesetzlich in prekäre Selbständigkeit gezwungen und regierungsamtlich als »Ich-AG« vermarktet werden, ist mehr als nur ein Lapsus. Sie tritt in die Fußstapfen der »Selbst-GmbH«, die vor wenigen Jahren von Personalleitern aus den Vorstandsetagen führender deutscher Unternehmen ins Leben gerufen worden war, und bestärkt eine ideologische Offen-

45 Dass beide Phänomene auch am Selbstverständnis der kritischen Industriesoziologie nicht spurlos vorübergehen, sondern deren Neuorientierung verlangen, thematisiert der Direktor des sozialwissenschaftlichen Forschungsinstituts in Göttingen (SOFI), M. Schumann, *Das Ende der kritischen Industriesoziologie?*, in: LEVIATHAN H. 3/2002, S. 325 ff.

46 Eine politisch inszenierte »Faulheitsdebatte« ist ritueller Vorläufer jeder rechtlichen Erhöhung des Drucks auf die Arbeitslosen durch die seit 1975/76 viermalige Verschärfung der Zumutbarkeitsregelungen und die Verlängerung von Sperrzeiten. Dass diese Gesetzmäßigkeit, die immun ist gegenüber dem empirischen Verhalten der Arbeitslosen, auch für die Präsentation der Ergebnisse der »Hartz-Kommission« gilt, belegt F. Oschmiansky, *Faule Arbeitslose? Zur Debatte über Arbeitsunwilligkeit und Leistungsmissbrauch*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, 6–7/2003 v. 3. 2. 2003, S. 10 ff.

47 Reindl, LEVIATHAN H. 4/2000, S. 413 ff.; seinen empirischen Untersuchungen zufolge empfinden die Beteiligten in der »Dyade Auftraggeber-Auftragnehmer« die wechselseitige Bindung und die Abhängigkeit des Scheinselbständigen nicht als problematisch. Denn: »Was alle Welt als den Schein in der Selbständigkeit kritisiert, gereicht den beiden Parteien zu ihrem Nutzen« – auch wenn dieser bei objektiver Betrachtung einseitig bei dem Auftraggeber zu Buche schlägt«.

sive, die sich nichts geringeres als den Abschied vom Arbeitsrecht, dem Herzstück des sozialdemokratischen Wohlfahrtsstaatskonzepts des vergangenen Jahrhunderts, auf die Fahnen geschrieben hat.