

Von der Schwierigkeit zum nachhaltigen Reformentwurf

Felipe Temming

A. Einleitung

Drängende Probleme im Arbeits- oder Sozialversicherungsrecht anzugehen und überzeugende Lösungen dort in Gesetzesform zu gießen, stößt bei Parlamentsmehrheit, Regierung und Ministerialbürokratie auf Schwierigkeiten. Das gilt im Großen wie im Kleinen. Es sei vor allem die Prognose gewagt, dass eine systemische Reform vergleichbar derjenigen im Personengesellschaftsrecht, wie sie Anfang dieses Jahres in Kraft getreten ist,¹ in beiden Rechtsgebieten (momentan) wohl nicht möglich wäre.² Die Gründe für das Ausbleiben guter Gesetzgebungskunst mögen dabei sicherlich unterschiedlich sein. Doch im Ergebnis ist es häufig so, dass einschlägige Reformvorschläge keinen Konsens bei den in Verbänden organisierten Sozialpartnern finden oder unnötige Angriffsfläche bieten, weil sie in rechtspolitischer Hinsicht nicht oder nur zum Teil überzeugen – falls es überhaupt zu einem Vorschlag kommt und man nicht *volens* im *status quo* verharret.

Dieser Beitrag möchte diese Schwierigkeit, nachhaltige Reformvorschläge im Arbeits- oder Sozialversicherungsrecht zu präsentieren, anhand von zwei Beispielen illustrieren. Im Arbeitsrecht betrifft dies einen Referentenentwurf des BMAS, der auf ein grundlegendes Urteil des EuGH reagiert und das Arbeitszeitrecht punktuell reformieren möchte (unter B.). Im Sozialversicherungsrecht geht es um die Altersvorsorge von Selbständigen, die in der ersten Säule der Alterssicherung bislang nur lückenhaft geregelt

-
- 1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. I, S. 3436 ff.; vorbereitet durch den sog. Mauracher Entwurf, hierzu statt vieler *Schäfer*, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149 ff.
 - 2 Zum gescheiterten Versuch, das Arbeitsvertragsrecht größtenteils im Sinne eines *re-statements* zu kodifizieren, vgl. NZA-Beilage 2007 zu Heft 21; statt vieler hierzu *Preis*, Nachlese der gescheiterten Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in: Deckenbrock/Höpfner/Kilian/Markworth/Sittard (Hrsg.), Arbeit, Wirtschaft, Recht – Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 483.

ist und die das BMAS im Rahmen des sog. Rentenpakets III³ weiter entwickeln möchte (unter C.). Der Beitrag endet mit einem Fazit (unter D.).

B. Die Pflicht zur Messung der Arbeitszeit

I. Ausgangslage

Zunächst soll das Arbeitsrecht beleuchtet werden. Hier geht es um die *allgemeine* Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitszeit zu messen. Sie geht auf das kontroverse CC.OO.-Urteil des EuGH zurück.⁴ Es muss legislativ umgesetzt werden, weil das ArbZG eine solche allgemeine Pflicht nicht ausdrücklich kennt, insbesondere nicht sein § 16 ArbZG.⁵ Das BAG ist mit Blick auf diese Pflicht im September 2022 mutig vorgeprescht und hat ein im Ansatz flexibles Erfassungskonzept ausdekliniert. Allerdings hat der Erste Senat des BAG sich auf die allgemeinere Norm, nämlich § 3 ArbSchG, gestützt, was rechtsmethodisch arg herausfordernd ist, aber zumindest eine Perspektive bietet.⁶ Denn auf eine Reform des ArbZG durch den Gesetzgeber wartet

3 Renten Anpassungs- und Erwerbsminderungsrenten-Bestandsverbesserungsgesetz v. 28.6.2022, BGBl. I Nr. 22, S. 975 ff. – Rentenpaket I; mit dem Rentenpaket II soll das Rentenniveau von 48 Prozent für alle Neu-Rentner bis 2039 weiterhin festgeschrieben und die sog. Aktienrente eingeführt werden.

4 EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 (687) – Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.); Höpfner/Daum, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit, RdA 2019, 270; Bayreuther, Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit der Beschäftigten, EuZW 2019, 446; Heuschmid, Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH, NJW 2019, 1853 f.; Ulber, Arbeitszeiterfassung als Pflicht des Arbeitgebers, NZA 2019, 677 (681); weitere Nachweise bei Hanau/Temming, Arbeitszeit und Vergütung zwischen deutschem und europäischem Recht, in: Deckenbrock et al. (Hrsg.), FS Henssler (Fn. 2), S. 193 (208 mit Fn. 92) und Temming, LAGE § 612 BGB 2002 Nr. 3.

5 Vgl. bspw. Bayreuther, Arbeitszeit zwischen unionsrechtlicher Grundrechtecharta und Vertrag, RdA 2022, 290 (302).

6 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616; sehr krit. Höpfner/Schneck, Die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nach § 3 ArbSchG: ein Musterbeispiel unzulässiger Rechtsfortbildung, NZA 2023, 1; Thüsing/Bleckmann, Aufzeichnung von Arbeitszeiten: Das Bundesarbeitsgericht nennt Grenzen und Spielräume, BB 2023, 52 (53 ff.); Lunk, Die Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, ArbRB 2023, 13; nicht unkrit. Bayreuther, Arbeitszeiterfassung auf richterrechtlicher Basis, NZA 2023, 193; zustimmend Brors, Europäische Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung und Mitbestimmung des Betriebsrats, AuR 2023, 188; Pschorr, Europarechtskonforme Arbeitszeiterfassung, AuR 2023, 193; vgl. auch bereits Kohle, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 (1420, 1423).

man noch immer. Immerhin hat das BMAS einen Referentenentwurf im März/April 2023 für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften ventiliert.⁷ Das BMAS konzentriert sich allein auf die allgemeine Arbeitszeitaufzeichnung.⁸ Der Vorschlag ist also nicht „der große Wurf“, mit dem das ArbZG – eine für die Sozialpartner äußerst sensible Rechtsmaterie – modernisiert und weiterentwickelt werden soll.⁹ Eine solche notwendige Reform bleibt auch weiterhin Zukunftsmusik und einer künftigen Regierungsmehrheit vorbehalten.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Bei den geplanten Änderungen soll der Schwerpunkt auf den wesentlichen Aspekten der Zeiterfassung liegen. Der Vorschlag normiert zunächst ein gesetzliches Grundkonzept (unter 1.). Davon können die Tarifvertragsparteien sodann in einigen Punkten abweichen (unter 2.). Zentral geht es also um den zu reformierenden § 16 ArbZG.

7 BMAS, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften, 2023, Stand: 18.4.2023, nachfolgend RefE; s.a. die Initiativen BT-Drs. 19/1841; BT-Drs. 17/17143; BT-Drs. 19/20585 sowie das Protokoll des *Ausschusses für Arbeit und Soziales* v. 14.9.2020, Protokoll-Nr. 19/87.

8 Krit. zum Referentenentwurf hierzu *Greiner/Kalle*, Einführung einer allgemeinen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, NZA 2023, 547; *Thüsing/Musiol/Peisker*, Arbeitszeiterfassung als Instrument des Arbeitnehmerschutzes, BB 2023, 1076; s.a. *Düwell*, Das plant Hubertus Heil: Elektronische Zeiterfassung im geänderten Arbeitszeitgesetz, BRuR 2023, 172; *ders.*, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften, juris PraxisReport Arbeitsrecht 17/2023, Anm. 1; *Fuhlrott/Herzig*, Arbeitszeit: 1:1-Umsetzung der gerichtlichen Vorgaben durch Referentenentwurf?, ArbRAktuell 2023, 221; weniger krit. *Bayreuther*, Arbeitszeiterfassung – Aktueller Stand und offene Fragen, AuR 2024, 190 (196) („belastbare Grundlage für eine Novelle“).

9 Zu dieser Diskussion vgl. bspw. *Henssler*, Die Reform des Arbeitszeitrechts — Herausforderung der 19. Legislaturperiode, in: Gallner/*ders.*/Eckhoff/Reufels (Hrsg.), *Dynamisches Recht: Herausforderungen im Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht* – Festschrift für Wilhelm Moll zum 70. Geburtstag, München 2019, S. 233; *Kolbe*, Das Arbeitszeitrecht – aus der Zeit gefallen?, ZfA 2021, 216; *Jacobs*, Sieben Thesen zur Reform des Arbeitszeitrechts, in: *ders.*/Plagemann/Schafhausen/Ziegler (Hrsg.), *Weiterdenken: Recht an der Schnittstelle zur Medizin* – Festschrift für Hermann Plagemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 651; *Seifert*, Das Arbeitszeitrecht der IAO: ein Impulsgeber für das Unionsrecht?, SR 2018, 169; *Däubler*, Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, AuR 2016, 325; *Sutschet*, Kleine und große Probleme des Arbeitszeitrechts, NZA 2023, 1575.

1. Grundkonzept

Nach dem geplanten § 16 Abs. 2 ArbZG-E ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer jeweils am Tag (!) der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Wie bisher bleibt es dabei, dass der Arbeitgeber ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen hat, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit eingewilligt haben. Und weiterhin hat der Arbeitgeber diese Arbeitszeitznachweise mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

Der geplante § 16 Abs. 3 ArbZG-E ermöglicht es dem Arbeitgeber, die Aufzeichnungspflicht zu delegieren. Danach kann die Aufzeichnung nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E alternativ durch den Arbeitnehmer oder einen Dritten erfolgen. Letztverantwortlich für die ordnungsgemäße Aufzeichnung bleibt aber der Arbeitgeber.

Interpretationsbedürftig klingt § 16 Abs. 4 ArbZG-E. Wenn die Aufzeichnung der Arbeitszeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E durch den Arbeitnehmer erfolgt und der Arbeitgeber auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichtet, hat er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden.

Wichtige Hilfsansprüche zugunsten des Arbeitnehmers normiert sodann § 16 Abs. 5 ArbZG-E: Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer auf Verlangen über die aufgezeichnete Arbeitszeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E zu informieren. Zudem hat er dem Arbeitnehmer auf Verlangen eine Kopie der Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen.

Nach § 16 Abs. 6 ArbZG-E ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften erforderlichen Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache zu führen und im Inland bereitzuhalten. Auf Verlangen der Aufsichtsbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung, bei Bauleistungen auf der Baustelle, bereitzuhalten. Diese Vorschrift lehnt sich insbesondere an das AEntG an und betrifft Arbeitgeber mit Sitz im Ausland.¹⁰ Sie werden verpflichtet, die Arbeitszeitaufzeichnungen in Deutschland mindestens für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung bereitzuhalten, insgesamt jedoch nicht länger als für zwei Jahre.

Diese zwingenden Vorgaben formen das Grundgerüst der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung. Auf gesetzlicher Ebene flankiert § 16 Abs. 8 ArbZG-E

¹⁰ BMAS, RefE (Fn. 7), S. 14.

dieses mit mehreren Ausnahmetatbeständen. Diese sind permanent oder gelten übergangsweise. Die Ausnahmen beziehen sich nur auf die Art bzw. Form der Aufzeichnung und sind vor allem an Schwellenwerte gekoppelt, die sich an der europäischen Definition von kleinen und mittelständischen Unternehmen orientieren.¹¹ Zwei Varianten sind zu nennen.

Zum einen gibt es permanente Ausnahmetatbestände. Das ist erstens eine Kleinunternehmerklausel: Beschäftigt ein Arbeitgeber bis zu zehn Arbeitnehmer, kann er gem. § 16 Abs. 8 S. 3 ArbZG-E abweichend von der Regel die Arbeitszeit auch in nichtelektronischer Form aufzeichnen. Von dieser Möglichkeit kann des Weiteren ein Arbeitgeber ohne Betriebsstätte im Inland Gebrauch machen, wenn er bis zu zehn Arbeitnehmer nach Deutschland entsendet. Eine zweite Ausnahme für Privathaushalte sieht § 16 Abs. 8 S. 4 ArbZG-E vor. Auch in diesem Fall kann die Arbeitszeit von Hausangestellten in nichtelektronischer Form aufgezeichnet werden.

Zum anderen ordnen § 16 Abs. 8 S. 1 und S. 2 ArbZG-E zeitlich befristete Möglichkeiten an, um die Arbeitszeit auch in nichtelektronischer Form aufzuzeichnen. Da sie zeitlich befristet sind, besitzen sie den Charakter von Übergangsvorschriften. Nach dessen Satz 1 gilt für alle Arbeitgeber, dass sie ein Jahr lang nach Inkrafttreten der Reform die Arbeitszeit auch nicht elektronisch aufzeichnen können. Geht es um einen Arbeitgeber, der weniger als 250 Arbeitnehmer beschäftigt, darf er dies noch zwei Jahre lang. Und beschäftigt der Arbeitgeber sogar weniger als 50 Arbeitnehmer, verfügt er über diese Möglichkeit noch fünf Jahre (§ 16 Abs. 8 S. 2 ArbZG-E).

Das ist das Grundkonzept. Wie bereits ausgeführt weist es nur insbesondere mit Blick auf die Art der Aufzeichnung gewisse Flexibilität auf (elektronisch | nichtelektronisch). Dass der Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht delegieren darf, dürfte als selbstverständlich anzusehen sein.¹² Dasselbe betrifft die Hilfsansprüche des Arbeitnehmers.¹³

2. Abweichung durch Tarifvertrag

Dieses gesetzliche Grundkonzept wird durch tarifliche Abweichungsmöglichkeiten ergänzt. § 16 Abs. 7 ArbZG-E flexibilisiert § 16 Abs. 2 ArbZG-E in dreierlei Hinsicht. Diese Möglichkeiten sind durchaus attraktiv.

11 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 15.

12 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (1622) m.w.N.; OLG Jena 3.5.2005 – 1 Ss 115/05, NStZ-RR 2005, 278.

13 Vgl. bspw. § 21a Abs. 7 ArbZG; s.a. *Temming*, LAGE § 612 BGB 2002 Nr. 3.

Erstens kann die Aufzeichnung abweichend von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E in nichtelektronischer Form erfolgen (§ 16 Abs. 7 Nr. 1 ArbZG-E). Im Unterschied zum gesetzlichen Modell, vgl. § 16 Abs. 8 ArbZG-E, ist das eine dauerhafte Option, weil diese Abweichung nicht mehr von der Unternehmensgröße abhängt. Zweitens kann die Aufzeichnung abweichend von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E an einem anderen Tag erfolgen, spätestens aber bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages (§ 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbZG-E). Das ist erstrebenswert. Drittens findet die gesetzliche Aufzeichnungspflicht schließlich keine Anwendung bei Arbeitnehmern, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Das ist eine Umschreibung für den persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassung, die der Entwurf aus Art. 17 Abs. 1 ArbeitszeitRL 2003/88/EG entlehnt hat. Dort wird der sog. *autonome Arbeitnehmer* legaldefiniert.¹⁴

Damit der Arbeitgeber aber über diese Abweichungsmöglichkeiten verfügen kann, müssen diese entweder in einem Tarifvertrag zugelassen werden. Oder die Tarifvertragsparteien haben diese im Wege einer Öffnungsklausel in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zugelassen. Das ist insoweit exklusiv formuliert, weil tarifungebundene Arbeitsvertragsparteien darauf nicht individualvertraglich verweisen können, unbeschadet der Tatsache, dass sie dem Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages unterfallen. Ebenso ist es den Betriebsparteien vorenthalten, von diesen Möglichkeiten zu profitieren, wenn die Tarifvertragsparteien dies nicht in einer Öffnungsklausel erlaubt haben.

III. Bewertung

Das Urteil über den Referentenentwurf fällt kritisch aus. Drei Aspekte sind hervorzuheben. Erstens geht es um die allgemeine Erfassungspflicht der Arbeitszeit, zweitens das Thema „Vertrauensarbeitszeit“ und drittens die Tarifdispositivität von § 16 Abs. 2 ArbZG-E.

14 Statt vieler: *Gallner*, in: Franzen/dies./Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024, RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 3-5.

1. Zur Aufzeichnung der Arbeitszeit

Die Begründung zum Referentenentwurf hält die elektronische Aufzeichnung für die zeitgemäße Form der Erfassung, gibt sich aber sehr flexibel. Das hat seinen Grund darin, dass sie das händische Eintippen der ggf. vorläufig auf Papier festgehaltenen Arbeitszeiten in den Computer, auf dem bspw. ein Tabellenkalkulationsprogramm läuft, ebenfalls als elektronische Erfassung ansieht. Eine weitere wichtige Alternative nennt der Entwurf ebenfalls: elektronische Schichtpläne. Zudem darf Versäumtes nachgetragen und Falsches korrigiert werden.¹⁵ Vertretbar ist es m.E., für diesen Zweck die Wochenfrist des § 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbVG-E als Grenze heranzuziehen.

In der Draufsicht besitzt die allgemeine Aufzeichnungspflicht freilich einige Charakterzüge, die vor allem an § 6 GSA Fleisch erinnern.¹⁶ Denn auch § 6 GSA Fleisch schreibt die taggenaue elektronische Zeiterfassung vor. Allerdings muss diese zusätzlich noch manipulationssicher sein und schließt laut der damaligen Gesetzesbegründung gerade Aufzeichnungen mit Hilfe von Excel-Tabellen aus¹⁷ – zumal nachträglich Korrekturen darüber hinaus auch als solche identifizierbar sein müssen. Im Lichte der Begründung zum geplanten § 16 Abs. 2 ArbZG-E wird der allgemeine Arbeitsmarkt damit wenigstens nicht dem vollständigen Generalverdacht ausgesetzt, es würden Arbeitsbedingungen wie in der Fleischwirtschaft herrschen.

Und dennoch: Täglich aufzeichnen zu müssen, ist ein überaus lästiger Punkt. Ist das wirklich notwendig? Die Frage ist nicht unberechtigt. Denn systematisch und teleologisch betrachtet wären als primäres Leitbild vielleicht die Aufzeichnungsvorgaben aus § 17 MiLoG weitaus passender. Dort kann die Aufzeichnung elektronisch oder nicht elektronisch sowie generell bis zum Ablauf der Wochenfrist erfolgen.¹⁸

15 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 12.

16 Thüsing, in: Rolf/Giesen/Mießing/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.9.2023, GSA Fleisch, § 6 Rn. 1 ff.

17 BT-Drs. 19/25141, S. 28.

18 Sittard, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024, MiLoG, § 17 Rn. 4.

2. „Vertrauensarbeitszeit“

Der zweite Punkt betrifft das Thema „Vertrauensarbeitszeit“. Die Entwurfsbegründung erläutert, dass der geplante § 16 Abs. 4 ArbZG-E diese regeln soll.¹⁹ Vertrauensarbeitszeit iSd BMAS bedeutet also *erstens* arbeitgeberseitiger Verzicht auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit und *zweitens* arbeitnehmerseitige Aufzeichnung der Arbeitszeit.

Nun ist Vertrauensarbeitszeit ein schillernder Begriff, weil er nicht legaldefiniert ist. Die wichtigsten Merkmale von Vertrauensarbeitszeit sind folgende: Die Lage der Arbeitszeit ist nicht entscheidend. Im Vordergrund steht, dass die übernommenen Aufgaben zu den gewünschten Ergebnissen führen; der Arbeitsvertrag bekommt so einen werkvertraglichen Einschlag.²⁰ Das verlangt einem Arbeitnehmer viel Eigenverantwortung ab. Eigenverantwortung ist aber auch deshalb so wichtig, weil es hauptsächlich am Arbeitnehmer ist, die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben einzuhalten. Doch so lang die „arbeitszeitrechtliche“ Leine sein mag – klar ist, dass der Arbeitgeber weiterhin (letzt) verpflichtet bleibt, sich zumindest über die Arbeitszeitdaten zu informieren. Das liegt nicht nur in seinem Interesse,²¹ sondern ihm obliegt diese Pflicht auch schon allein deswegen, um die gesetzlichen (und ggf. tariflichen) Arbeitszeitobergrenzen sowie die gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten zu kontrollieren und zu gewährleisten.²²

Legt man dieses Verständnis von Vertrauensarbeitszeit zugrunde, bricht der Referentenentwurf an dieser Stelle mit diesem tradierten Arbeitszeitmodell, das für Arbeitgeber und bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern sehr attraktiv ist.²³ Denn zum einen versteht die Begründung nämlich darunter

19 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 13, 9.

20 S.a. *Compensis*, Vertrauensarbeitszeit – arbeitnehmerbestimmte Arbeitszeit (auch) im Arbeitgeberinteresse, NJW 2007, 3089; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023, § 160 Rn. 33-35.

21 Instrukтив LAG Mecklenburg-Vorpommern 18.9.2023 – 5 Sa 15/23, CCZ 2023, 350 zur Gehaltsrückforderung wegen angeblich nicht erbrachter Arbeitsleistung im häuslichen Büro.

22 §§ 22, 23 ArbZG; s.a. BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61; *Hanau*, Der kreative Umgang des BAG mit der unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts, RdA 2023, 115 (123); *Greiner/Kalle*, Arbeitszeitrecht im europäischen Mehrebenensystem, ZESAR 2023, 51 (53); *Pschorr* (Fn. 6), AuR 2023, 193 (201).

23 Zur Zulässigkeit der erhaltenswerten Vertrauensarbeitszeit *Timmermann*, Spielräume für die Vertrauensarbeitszeit *de lege lata* und *de lege ferenda*, NZA 2023, 1360 (1365) m.w.N.; *Höpfner*, Wen schützt das Arbeitsrecht? Der personelle Anwendungsbereich und die Schutzzwecke des Arbeitsrechts, NZA 2024, 1081 (1085 f.); *Temming*, LAGE

nur den Verzicht des Arbeitgebers, Beginn und Ende der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit festzulegen. Zum anderen hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass er von der Überschreitung des arbeitszeitrechtlichen Rahmens Kenntnis erlangt. Die Begründung spricht von entsprechenden Meldungen des elektronischen Erfassungssystems.²⁴ Da die Erfassungs- und Aufbewahrungspflichten aber unverändert bleiben, bleibt es folglich bei der umfangreichen Pflicht und peniblen Dokumentation zur Arbeitszeiterfassung.

Damit wird deutlich: Vertrauensarbeitszeit und minutiöse Arbeitszeiterfassung beißen sich und sind inkompatibel. Die im geplanten § 16 Abs. 4 ArbZG-E gewährte Flexibilität ist umso geringer, je kongruenter die vertragliche Arbeitszeit und die Grenzen des ArbZG werden. Es ist daher kein Wunder, dass es in Ländern mit Arbeitszeiterfassungspflicht Vertrauensarbeitszeit nach dem deutschen Verständnis nicht gibt; vielmehr nimmt diese Diskussion in Deutschland eher verwundert zur Kenntnis.²⁵ Das entscheidende Charakteristikum von Vertrauensarbeitszeit ist die gerade noch zulässige Minimalkontrolle der Arbeitszeit und das gegenseitige Vertrauen der Vertragsparteien. Der Referentenentwurf degradiert damit die Vertrauensarbeitszeit in der gesetzlichen Grundkonzeption des § 16 ArbZG-E zu einer blassen und unattraktiven Variante der Gleitzeit, mit der sie im Grundsatz wesensverwandt ist.²⁶

Ob als tragendes Argument für diese Kandare, die CC.OO.-Entscheidung des EuGH oder die grundlegende Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2003 zu den einschlägigen Auskunftsrechten des Betriebsrats in ihrer jeweiligen Gänze herhalten können,²⁷ ist sehr stark zu bezweifeln. In dem erwähnten Urteil, auf das sich die Gesetzesbegründung explizit bezieht,²⁸ hatte das BAG erkannt, der Arbeitgeber habe auch bei Vertrauensarbeitszeit seinen Betrieb derart zu organisieren, dass er die Einhaltung der geltenden Vorschriften gewährleisten und den Betriebsrat entsprechend Auskunft erteilen kann. Das betrifft auch Aufzeichnungen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und über den Umfang der tatsächlich geleisteten

§ 612 BGB 2002 Nr. 3; *ders.*, Der Überstundenprozess nach EuGH-Urteil *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, NZA 2021, 1433 (1439 f.).

24 *BMAS*, RefE (Fn. 7), S. 13.

25 Beispiele wären Österreich oder die Schweiz.

26 *Maschmann*, in: Richardi (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar*, 17. Aufl., München 2022, § 87 BetrVG Rn. 297-299a.

27 BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61; s.a. BAG 7.5.2019 – 1 ABR 53/17, BB 2019, 3003.

28 *BMAS*, RefE (Fn. 7), S. 13.

wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer, damit der Betriebsrat gem. § 80 BetrVG über die Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit wachen kann.

Zuzugestehen ist, dass die BAG-Entscheidung dem Betriebsrat die Kompetenz verliehen hat, anlasslos die Vorgaben des ArbZG zu kontrollieren und entsprechend informiert zu werden. Doch scheint es nach eigener Wahrnehmung nicht so zu sein, dass dieses Urteil seit seiner Verkündung vor gut 20 Jahren in der gelebten Praxis zu einer derart strikten Erfassung und Dokumentation der Vertrauensarbeitszeit geführt hätte, wie sie dem BMAS nun in § 16 ArbZG-E vorschwebt. Ebenso wenig hat diese Entscheidung des BAG die bislang praktizierte Vertrauensarbeitszeit zu einem Synonym für Gleitzeit im herkömmlichen Sinne werden lassen. Letztlich ist es ja das, was der Referentenentwurf umschreibt. Zuzugestehen ist freilich, dass der geplante § 16 ArbZG die im Schrifttum nicht unumstrittene gebliebene Auffassung des BAG zur Reichweite des § 80 Abs. 2 BetrVG auf einen rechtssicheren Boden stellen würde.²⁹ Es käme ja dann zu einem Gleichlauf der Pflichten zwischen dem geplanten § 16 ArbZG und § 80 Abs. 2 BetrVG, der vom Wortlaut her *de lege lata* nicht besteht.

3. Tarifdispositivität des § 16 Abs. 2 ArbZG-E

Was schließlich die Abweichungsmöglichkeiten vom gesetzlichen Grundkonzept betrifft, haben die Sozialpartner bezüglich dreier Gesichtspunkte die Rolle eines „Gatekeepers“ inne. Das ist erstens die händische Aufzeichnung, zweitens die nachträgliche Aufzeichnung und drittens der gänzliche Verzicht auf Aufzeichnung.

a) § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E

Es ist sinnvoll, mit dem zuletzt genannten Aspekt zu beginnen. Erst § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E hat das zum Inhalt, was Vertrauensarbeitszeit gemeinhin ausmacht und der Entwurf im gesetzlichen Grundkonzept mit § 16 Abs. 4 ArbZG-E nur dem Namen nach präsentiert hat. Der Verzicht auf Kontrolle – allerdings begrenzt auf eine bestimmte Arbeitnehmergruppe.

29 Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG (Fn. 26), § 80 BetrVG Rn. 64; Kania, in: Müller-Glöße/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, BetrVG, § 80 Rn. 24; Höpfner/Daum (Fn. 4), RdA 2019, 276; s.a. Jacobs, Thesen (Fn. 9), S. 660.

Der Entwurf rekurriert hier auf die Umschreibung des „autonomen“ Arbeitnehmers, die Art. 17 Abs. 1 ArbeitszeitRL 2003/88/EG verwendet. Diese Vorschrift ermächtigt die Mitgliedstaaten, von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Arbeitszeitrichtlinie abzuweichen, also tägliche Ruhezeit, Ruhepause, wöchentliche Ruhezeit, wöchentliche Höchstarbeitszeit, Dauer der Nacharbeit und die Dauer der Bezugszeiträume.³⁰ Nach Auffassung des BMAS gehört hierzu offensichtlich auch die Abweichungsmöglichkeit von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Zwei Gesichtspunkte sind mit Blick auf den geplanten § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E zu erwähnen.

Erstens wird die Norm notwendigerweise für Vorlagen zum EuGH gem. Art. 267 AEUV sorgen. Er ist an dieser Stelle der maßgebliche Akteur. Die Konsequenzen werden mit Sicherheit auch den unverändert bleibenden und ohnehin mit argen unionsrechtlichen Risiken behafteten § 18 Abs. 1 ArbZG betreffen.³¹ Anders als die Gesetzesbegründung behauptet,³² wird es auf die Sachkunde der Tarifvertragsparteien an dieser Stelle nicht entscheidend ankommen.

Zweitens wird es, da das BMAS an den persönlichen Geltungsbereich des § 18 Abs. 1 ArbZG nicht herangeht, mit Blick auf § 16 Abs. 7 ArbZG-E hauptsächlich um außertariflich Angestellte gehen, die nicht als leitende Angestellte i.S.v. § 5 Abs. 3 BetrVG zu qualifizieren sind. Hier steckt ein kräftiger Pferdefuß, der zum Tritt ansetzen wird. Es ist wenig wahrscheinlich, dass AT-Kräfte von § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E profitieren werden. Der Grund dafür liegt darin, dass Vertrauensarbeitszeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Verhandlungsmasse zwischen den Tarifvertragsparteien werden würde. Eine Gewerkschaft wird nicht ohne Gegenleistung konsentieren. Möglicherweise erhebt sie auch weitere arbeitszeitpolitische Forderungen zugunsten dieser Gruppe. Vertrauensarbeitszeit kann nämlich auch einen gewissen arbeitsschutzrechtlichen Preis besitzen.³³ Die Arbeitgeberseite wird genau abwägen, ob sie diese Schlacht für ihre AT-Kräfte schlagen möchte. Die Alternative zu dem finanziell sicherlich nicht kostenlosen Unterfangen dürfte die wohl wahrscheinlichere sein: Den AT-Kräften die Einmalumstellung auf Arbeitszeiterfassung zumuten, die Reaktionen aussitzen oder ggf. mit anderen *Incentives* zum Verstummen bringen.

30 Gallner (Fn. 14), RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 3-5 m.w.N.

31 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2020, § 18 ArbZG Rn. 12 m.w.N.

32 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 14.

33 Zu den ausbeuterischen oder „vulgären“ Formen sog. Vertrauensarbeitszeit s.a. Hahnau (Fn. 22), RdA 2023, 116.

b) § 16 Abs. 7 Nr. 1, 2 ArbZG-E

Schaut man auf die verbleibenden tariflichen Abweichungsmöglichkeiten, wird vor allem die nachträgliche Aufzeichnungspflicht im Zentrum stehen. Die weit überwiegende Mehrheit der Unternehmen erfasst die Arbeitszeit ohnehin schon elektronisch. Das taggenaue Aufzeichnen ist möglicherweise das in der Praxis Lästige, dessen man sich entledigen möchte. An dieser Stelle wird man bei den Gewerkschaften sicherlich eher auf kompensationsloses Verständnis stoßen, ggf. auch mit Blick auf händische Zeiterfassung.

c) Zum Instrument der Tarifdispositivität

Als letztes ist auf das Instrument der Tarifdispositivität einzugehen, so wie es der Entwurf für Fragen der Arbeitszeitaufzeichnung zu verwenden gedenkt. Fest steht: Tarifungebundene Arbeitgeber sollen die Abweichungsmöglichkeiten nicht nutzen können. Denn eine arbeitsvertragliche Bezugnahme, wie sie bspw. § 622 Abs. 4 BGB, § 4 Abs. 4 EFZG oder § 13 BurlG im Falle fehlender Tarifbindung kennen, sieht § 16 Abs. 7 ArbZG-E nicht vor. Das ist auf den ersten Blick auch misslich, wenn tarifgebundene Arbeitgeber organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer gleichstellen wollen. Praxisrelevant wäre dies vor allem für die ersten beiden Abweichungsmöglichkeiten gem. § 16 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2 ArbZG-E.

Geht es um tarifgebundene Arbeitgeber, steht die Möglichkeit der Gleichstellung zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern in Frage, um einen „durchlöcherten“ Verweis auf den einschlägigen Tarifvertrag zu vermeiden. Freilich lässt sich diese Konstellation überzeugend lösen, indem die Regeln über die Arbeitszeiterfassung als Betriebsnormen iSd § 3 Abs. 2 TVG qualifiziert werden. Gemeinhin werden Instrumente des Arbeitsschutzes als Betriebsnormen angesehen.³⁴ Das muss dann auch für die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung mit Blick auf die (technische) Organisation des Betriebs gelten. Das ArbZG dient dem Gesundheitsschutz, vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG. Alternativ bietet sich eine Betriebsvereinbarung an, was indes die vorherige Erlaubnis seitens der Tarifvertragsparteien voraussetzt.

34 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 1 TVG Rn. 410, 475.

Der geplante § 16 Abs. 7 ArbZG-E darf als weiterer Ausdruck des Bemühens verstanden werden, mit dem der Gesetzgeber die Tarifbindung in Deutschland erhöhen möchte.³⁵ Tarifdispositives Gesetzesrecht ist ein für diesen Zweck geeignetes Instrument.³⁶ Das Typische daran ist, ein Abweichen des gesetzlichen Mindeststandards zum Nachteil der Arbeitnehmer kraft Sachkompetenz der Tarifvertragsparteien zuzulassen.³⁷ Vorliegend fällt es bei § 16 Abs. 7 ArbZG-E jedoch nicht leicht, Günstigkeitsvergleiche anzustellen, wie sie bspw. bei § 622 Abs. 4 BGB erfolgen würden. Der Günstigkeitsvergleich ist ja auf ein bestimmtes gesetzliches Mindestschutzniveau bezogen. Wirkt sich die händische Aufzeichnung, die nachträgliche Aufzeichnung oder der Verzicht auf Aufzeichnung zum gesundheitlichen Nachteil des Arbeitnehmers aus? Die Gesetzesbegründung liest sich nicht dahingehend, dass es sich bei diesen Aspekten bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt um schlechtere Arbeitsbedingungen handelt. In der Sache geht es bei den alternativen Erfassungsmodi eher um eine flexiblere, aber immer noch wirksame Kontrolle, die sich ersichtlich auch die Arbeitnehmerseite wünscht. Im Falle des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung geht es um das Korrelat zur eingeräumten Autonomie und Eigenverantwortung, über die der Arbeitnehmer verfügt.

Diese Flexibilitäten vom Bestehen eines Tarifvertrages und der Zulassung durch die Tarifvertragsparteien abhängig zu machen, ist fragwürdig und abzulehnen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Tarifdispositivität exklusiv formuliert wird, wie es der Referentenentwurf vorsieht. Zugegebenermaßen lässt die herrschende Meinung im Grundsatz sogar exklusive

35 Vgl. im Vergaberecht bspw. das Instrument der Tariftreueklausel, BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51; *Barczak/Pieroth*, Tariftreue Regelungen am Maßstab der Koalitionsfreiheit, RdA 2016, 209; *Preis/Ulber*, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465; krit. *Höfling/Rixen*, Tariftreue oder Verfassungstreue? Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, RdA 2007, 360; vgl. auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und weitere Maßnahmen v. 24.10.2024, abzurufen unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/tariftreuegesetz.html> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

36 Hierzu auch *Rolfs*, Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehl sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs, Gutachten B zum 74. DJT, 2024, B 36 ff.; *Krause*, Abgestufter personaler Schutz – Modell für die Zukunft im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, NJW 2024, 2719 (2721 ff.).

37 Vgl. *Linsenmaier*, in: Müller-Glöße et al. (Hrsg.), ErfK (Fn. 29), GG, Art. 9 Rn. 88; *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 34), Grundlagen Rn. 200.

Tarifdispositivität zu.³⁸ Sie sieht in dieser Gesetzgebungstechnik nämlich keinen unzulässigen Beitrittsdruck, der einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG bedeuten würde. Der Arbeitgeber müsse keiner Koalition beitreten; er könne ja auch einen Haustarifvertrag schließen.

Wenn überhaupt wird man dieser Argumentation nur dann folgen können, wenn die Kopplung an den Tarifvertrag am Maßstab von Art. 9 Abs. 3 GG oder spätestens Art. 3 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigt ist. Das heißt, gerade die Tarifvertragsparteien können den zu regelnden Inhalt sachverständig bewerten. Genau dieser Zusammenhang ist indes mit Blick auf den geplanten § 16 Abs. 7 ArbZG-E sehr in Zweifel zu ziehen bzw. nicht vorhanden.

Bezogen auf die nichtelektronische Arbeitszeiterfassung ist der Sachverstand der Tarifvertragsparteien nicht alleinentscheidend. Der Gesetzesentwurf selbst koppelt diese Frage alternativ an verschiedene Schwellenwerte, das Vorliegen eines Privathaushaltes und/oder eines Entsendesachverhalts. Des Weiteren seien die liberaleren § 17 MiLoG, § 17c AÜG, § 19 AEntG oder § 10 BinSchArbZV genannt. Vergleichbares gilt für die nachträgliche Aufzeichnungsmöglichkeit, die die soeben genannten Vorschriften ebenfalls großzügiger handhaben.

Und schließlich entbehrt es bei AT-Angestellten nicht einer gewissen Ironie, die Frage des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung bei dieser Gruppe an einen Tarifvertrag zu binden. Ungeachtet der bestehenden Tarifmacht von Gewerkschaften über sämtliche Arbeitnehmer – auch AT-Kräfte sind Arbeitnehmer – wird doch regelmäßig der persönliche Geltungsbereich von Tarifverträgen dergestalt eingeschränkt, dass AT-Kräfte eben nicht erfasst sein sollen. AT-Angestellte sind darüber hinaus geringer gewerkschaftlich organisiert. Jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass die Gewerkschaften AT-Angestellte ebenso umfassend repräsentieren wollen wie reguläre Tarifkräfte.

Die in § 16 Abs. 7 Nr. 1-3 ArbZG-E regulierten Abweichungsmöglichkeiten daher nur exklusiv in einem Tarifvertrag zuzulassen (oder nach Öffnungsklausel in einer Betriebsvereinbarung), stellt daher – selbst bei einer zurückgenommenen richterlichen Prüfungsintensität – eine sachwidrige und daher unzulässige Kopplung dar. Der dadurch bewirkte Beitrittsdruck

38 Vgl. bspw. § 9a Abs. 6 TzBfG, § 1 Abs. 1b AÜG; zum Streitstand *Linssenmaier* (Fn. 36), GG, Art. 9 Rn. 88 m.w.N.; *Kingreen*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit exklusiver Tariföffnungsklauseln, NZA 2021, 1.

in eine Arbeitgeberkoalition oder der im Falle eines Haustarifvertrages daraus resultierende Kontrahierungszwang ist nicht gerechtfertigt. Folglich wird Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, zumindest aber liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG vor.³⁹

IV. Zwischenergebnis

Wo das BAG wenigstens noch flexible Korridore aufgezeigt hat, engt das BMAS die Arbeitsvertragsparteien grundlos ein. Alles in allem ist der Entwurf unausgewogen und missachtet die Selbstverantwortung der Arbeitsvertragsparteien. Dass er Kritik auf sich gezogen hat, ist keine Überraschung. Möglicherweise dient der Referentenentwurf lediglich als Testballon, um mögliche Kompromisslinien zukünftig besser ausloten zu können.

C. Die Notwendigkeit der umfassenden Alterssicherung von Selbständigen

I. Ausgangslage

Nachdem vom Arbeitsrecht gehandelt wurde, soll nun der Blick zum Sozialversicherungsrecht gehen. Das zweite Beispiel handelt von der Notwendigkeit, die Rentenversicherungs- bzw. Altersvorsorgepflicht von selbständigen Tätigen zu reformieren.⁴⁰ Das betrifft sowohl Selbständige, die Arbeitnehmer beschäftigen, als auch Selbständige ohne Arbeitnehmer. Letztere werden auch als Soloselbständige bezeichnet.⁴¹ Bislang besteht aufgrund

39 Zu richterlichen Kontrollen tarifvertraglicher Normen s.a. Staudinger/*Temming* [Bearbeitung 2022] § 622 BGB, Rn. 79.

40 Zu dieser Diskussion aus jüngerer Zeit bspw. *Butzer*, Die Einführung einer Vorsorgepflicht oder Pflichtversicherung für (Solo-)Selbständige, VSSAR 2020, 213; *Steinmeyer*, Demographische Herausforderungen für die Alterssicherung: Ein Thema auch in der Pandemie, NZS 2021, 617; *Koppenfels-Spies*, Aspekte der Systemgerechtigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung, NZS 2021, 632; *Waltermann*, Arbeitsverhältnis und Beschäftigung als Anknüpfungspunkte des sozialstaatlichen Schutzes in der digitalisierten Arbeitswelt, in: Brose et al. (Hrsg.), Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts – Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, München 2021, S. 1449; *Rolfs*, „Die Rente ist sicher“ – Mit welchen Maßnahmen lässt sich dieses Versprechen auch künftig einhalten?, NJW 2022, 2717; *Rolfs* (Fn. 36), Gutachten B zum 74. DJT, 2024, B 83 ff.; *Schlegel*, Sozialversicherung für alle?, NZS 2022, 681.

41 S.a. *Ruland*, Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“?, NZS 2019, 681; *Däubler/Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?,

der gewachsenen Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung keine umfassende Rentenversicherungspflicht selbständig Tätiger.⁴² Ca. 80 Prozent der Selbständigen sind dort nicht freiwillig versichert oder pflichtversichert – trotz §§ 7, 4 Abs. 2 SGB VI.⁴³ Sozioökonomische Realitäten lassen den Schluss zu, dass das System der ersten Säule langfristig an seine Grenze stoßen wird, um die anstehenden Herausforderungen im Erwerbssektor zu meistern.

Es geht namentlich um folgende Entwicklungen: Erstens die Unerheblichkeit des Erwerbsstatus, weil Soloselbständigkeit und abhängige Beschäftigung faktisch vergleichbar und damit austauschbar geworden sind – ein Effekt, der durch die Digitalisierung von Dienstleistungen noch verstärkt wird.⁴⁴ Zweitens die hiermit zusammenhängende Fluktuation zwischen verschiedenen Formen der Erwerbstätigkeit, drittens die zunehmende Schutzbedürftigkeit von Selbständigen und viertens die Verhinderung drohender Altersarmut.⁴⁵

Es ist daher notwendig, die Rentenversicherungspflicht von Selbständigen weiterzuentwickeln, um deren Altersvorsorge auf einem angemessenen Niveau zu gewährleisten. Schnell und wirksam gelingt dies, wenn man sich auf die Gesetzliche Rentenversicherung konzentriert (nachfolgend: Rentenversicherung). Im Zentrum steht die Vorschrift des § 2 SGB VI, die die Rentenversicherungspflicht von Selbständigen regelt. Die Vorschrift ist von ihrer Struktur her seit langem berechtigter Kritik ausgesetzt. Zurückhaltend formuliert ist sie insbesondere wegen ihres enumerativ-berufsspezifischen

NZA 2015, 1032; *Schwarze*, Die „arbeitsgleiche Durchführung“ eines Tätigkeitsverhältnisses (§ 611 a Abs. 1 S. 6 BGB), RdA 2020, 38.

42 Zur ersten Säule zählen die öffentlich-rechtlichen Pflichtsysteme, insbesondere Gesetzliche Rentenversicherung, Beamtenversorgung, Alterssicherung der Landwirte und die Berufsständischen Versorgungswerke.

43 Zahlen bei *Leonhardt*, Alterssicherung der Solo-Selbständigen – Opt-out-Modell als Lösung?, NZS 2019, 527; *Preis/Temming*, Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, VSSR 2017, 283 (284). Wenngleich die Anzahl der Selbständigen bis 2019 rückläufig und 2020 ein merklicher Einbruch wegen Corona wahrzunehmen ist, ist es bei den relativen Grundtendenzen geblieben, die in den soeben zitierten Publikationen beschrieben wurden, insbesondere dass die überwiegende Mehrheit der Selbständigen Soloselbständige bilden und die Lücke in der ersten Säule bei ca. 80 Prozent liegt.

44 Eindrucksvoll zu den feinen Grenzlinien das Crowdworker-Urteil des BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; s.a. *Waltermann*, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbstständiger durch das Sozialversicherungsrecht, SGB 2017, 425.

45 *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 321; *Koppenfels-Spies* (Fn. 38), NZS 2021, 633.

Ansatzes heutzutage systematisch verfehlt, worüber im Ergebnis auch weitgehend Einigkeit bestehen dürfte.⁴⁶

Der daraus resultierende rechtspolitische Handlungsbedarf ist dringend. Denn es ist wahrscheinlich, dass Selbständige, die sich bislang in der ersten Säule nicht eigenständig versichert haben, zukünftig schutzbedürftig sein können. An entsprechenden steuerfinanzierten Grundsicherungsszenarien gem. § 41 Abs. 2 SGB XII, auf die Einzelne einen grundrechtlich verbürgten Anspruch haben,⁴⁷ können der Staat und die Allgemeinheit kein Interesse haben. Aus Subsidiaritätsgesichtspunkten wäre dieser Mangel an Eigeninitiative zudem schwer zu rechtfertigen.⁴⁸

II. Der mögliche Reformvorschlag des BMAS

Das BMAS hat die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns erkannt. Im Unterschied zu dem unter B. vorgestellten Referentenentwurf auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts existiert aber bislang noch kein ausformulierter Gesetzesvorschlag, mit dem es die Alterssicherung von Selbständigen modernisieren möchte. Immerhin ist bekannt, dass er als *Rentenpaket III* diskutiert wurde. Anhaltspunkte, wie die Kernelemente dieser Reform aussehen könnten, liefert indes der Koalitionsvertrag der jüngst zerbrochenen Ampelkoalition vom Dezember 2021, an den sich das BMAS möglicherweise orientieren wird.

Im Koalitionsvertrag (nachfolgend KoV) heißt es an entsprechender Stelle: „Wir werden für alle neuen Selbständigen, die keinem obligatorischen Alterssicherungssystem unterliegen, eine Pflicht zur Altersvorsorge mit Wahlfreiheit einführen. Selbstständige sind in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, sofern sie nicht im Rahmen eines einfachen und unbürokratischen Opt-Outs ein privates Vorsorgeprodukt wählen. Dieses muss insolvenz- und pfändungssicher sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Bei jeder Gründung gilt jeweils

46 *Koppenfels-Spies* (Fn. 38), NZS 2021, 635; *Leonhardt* (Fn. 41), NZS 2019, 528; *Waltermann* (Fn. 42), SGB 2017, 425; *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 291 f. m.w.N. zum Streitstand.

47 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG; BVerfG 23.4.2014, NJW 2014, 3425.

48 BVerfG 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221 (236); BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197 (221 f.); BVerfG 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 u.a., NZS 2008, 142 (143).

eine Karenzzeit von zwei Jahren. Die geförderte zusätzliche private Altersvorsorge steht allen Erwerbstätigen offen.“⁴⁹

Aus diesen Aussagen lässt sich schlussfolgern, dass sich alle Selbständige pflichtversichern müssen, um für das Alter vorzusorgen.⁵⁰ Der Wortlaut des Koalitionsvertrags dürfte so zu verstehen sein, dass eine grundsätzliche Versicherungspflicht in der GRV besteht;⁵¹ *sedes materiae* wäre § 2 SGB VI. In diesem Zusammenhang respektiert die Ampelkoalition die bestehende traditionelle Struktur in der ersten Säule der Alterssicherung. Des Weiteren besteht während der Gründungsphase eine Karenzzeit für eine maximale Dauer von zwei Jahren bei jeder neuen Gründung. Der Wortlaut kann so interpretiert werden, dass dies im Wege der Befreiung von der Versicherungspflicht erfolgt, sehr wahrscheinlich auf Antrag. Es besteht eine zusätzliche Befreiungsmöglichkeit, wenn der Selbständige mit Hilfe eines privaten Vorsorgeproduktes für das Alter vorsorgt. Dieses private Vorsorgeprodukt muss mit einer SGB-VI-Altersrente vergleichbar sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen, vgl. auch §§ 42 ff. SGB XII. Bei den Bedingungen des alternativen Vorsorgeprodukts dürfte es sich um diejenigen der Basisrente gem. § 2 AltZertG handeln. Der Koalitionsvertrag deutet darauf hin, dass die Befreiung von der Versicherungspflicht sofort erfolgen kann und nicht erst dann, nachdem mit dem privaten Vorsorgeprodukt eine bestimmte Basisabsicherung erreicht wurde. Auch in diesem Fall dürfte die Befreiung auf Antrag des Versicherten hin erfolgen. Für die Befreiungsmöglichkeiten bietet sich eine Novellierung des § 6 SGB VI an.

Zu guter Letzt deutet der Koalitionsvertrag von 2021 darauf hin, dass die Versicherungspflicht nur diejenigen treffen soll, die nach Inkrafttreten des Gesetzes eine Selbständigkeit erstmals oder erneut aufnehmen werden („alle neuen Selbständigen“). Aufgrund dieser Formulierung will die Ampelregierung offenbar nicht diejenigen Selbständigen erfassen, die bereits jetzt schon selbständig tätig sind, aber bislang keiner Versicherungspflicht

49 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 59, abzurufen unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

50 Leonhardt (Fn. 41), NZS 2019, 527 ff.

51 Im Unterschied zur gesetzlichen Krankenversicherung, vgl. § 193 Abs. 3 VVG, § 5 Nr. 13 SGB V.

unterliegen. Das wird natürlich mit einer Stichtagsregelung umgesetzt werden müssen; systematisch bietet sich hierfür § 231 SGB VI an.⁵²

III. Bewertung

1. Abgleich mit einem eigenen Reformvorschlag

Die soeben skizzierten Ideen sollen mit einem eigenen Reformvorschlag abgeglichen werden, der an anderer Stelle ausführlich präsentiert wurde.⁵³ Dieser Reformvorschlag sieht die *umfassende* Einbeziehung derjenigen Selbständigen in die Rentenversicherung vor, die bislang keiner obligatorischen Pflichtversicherung in der ersten Säule der Alterssicherung in Deutschland unterliegen. Hierfür muss der zu reformierende § 2 SGB VI selbständig Tätige nunmehr auf abstrakt-generelle Weise erfassen. Für die Zwecke der Rentenversicherung ist es nämlich zunächst von nachrangiger Bedeutung, ob der Selbständige einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, Subunternehmer beauftragt oder alleine tätig wird, so wie es der geltende § 2 SGB VI unsystematisch niederlegt. Um Altersarmut zu verhindern und potentiell schutzbedürftige Selbständige zu erfassen, ist vielmehr die größtmögliche Zahl von Selbständigen zu erreichen. Das gelingt, indem der noch auf das Handwerk bezogene § 2 S. 1 Nr. 8 SGB VI verallgemeinert wird.⁵⁴

Eine solche Reform würde dazu führen, dass die Gruppe der Selbständigen in der ersten Säule der Alterssicherung umfassend und lückenlos pflichtversichert wäre. Gleichzeitig lassen sich so die historisch gewachsenen Strukturen auf dem Gebiet der Altersvorsorge respektieren. Die Reform bezüglich der umfassenden Rentenversicherungspflicht Selbständiger ist somit grundsätzlich minimalinvasiv angelegt, wegen des umfassenden

52 Mit Blick auf § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI vgl. *Segebrecht*, in: Kreikebohm/Roßbach (Hrsg.), SGB VI – Kommentar, 6. Aufl., München 2021, § 231 SGB VI Rn. 19 ff. und *Dankelmann*, in: Matlok/Winkler (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VI, 3. Aufl., Saarbrücken 2021, § 231 SGB VI Rn. 87 ff.

53 *Preis/Temming*, Forschungsbericht 487: BMAS (Hrsg.), Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV) – Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017, S. 41 ff.

54 *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 291-294.

Ansatzes mit Blick auf die erste Säule der Alterssicherung trotzdem nachhaltig (auch im internationalen Vergleich⁵⁵).

Der Reformvorschlag arbeitet mit liberalen Befreiungsmöglichkeiten.⁵⁶ Zum einen betrifft dies die Gründungsphase in den ersten drei Jahren. Zum anderen geht es um den Zeitpunkt, wenn eine ausreichende Absicherung erreicht ist. Können Selbständige eine mit der Rentenversicherung funktional-gleichwertige private Altersabsicherung vorweisen, um gegen Altersarmut selbst vorzusorgen, und haben sie mit Blick auf diese alternative Altersvorsorge eine bestimmte Zielgröße erreicht, so sind sie auf Antrag zu befreien. Das gleiche gilt, wenn sie in der Rentenversicherung entsprechende Anwartschaften angesammelt haben. Die zu erreichende Zielgröße sollte die Höhe der steuerfinanzierten Grundsicherung zuzüglich eines bestimmten Sicherheitspuffers betragen und dynamisiert werden (bspw. zehn bis 20 Prozent). Ausdrücken kann man sie in Entgeltpunkten. Orientiert man sich zunächst an dem 27fachen des aktuellen Rentenwertes, der die Hinweispflicht der GRV-Träger auf die Grundsicherung im Alter auslöst (§ 109a Abs. 1 S. 3 SGB VI, § 46 S. 3 SGB XII), und erhöht dies um ca. zehn Prozent, so generieren zurzeit 30 Entgeltpunkte bei einem aktuellen erstmals einheitlichen aktuellen Rentenwert (2023/2024) von 37,60 € (West und Ost) eine Bruttomonatsrente in Höhe von ca. 1.130 € (genau 1.128 €). Zuzugestehen ist, dass man sich über einen alle Seiten überzeugenden Grenzwert wahrscheinlich schwer wird einigen können, da durch den Freibetrag gem. § 82a SGB XII der Anhaltswert des 27fachen Rentenwertes wohl zu niedrig sein dürfte und zudem die (Hälfte der) Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII ebenso wie die Mieten einer anderen Entwicklung folgt. Der Schwellenwert müsste eigentlich höher anzusetzen sein.⁵⁷

Unabhängig von dieser Frage der konkreten Berechnung einer Zielmarke ließe sich jedenfalls auf diese Weise die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI nur für Handwerker vorgesehene Befreiungsmöglichkeit verallgemeinern und

55 Traub/Finkler, Soziale Absicherung von Selbständigen im internationalen Vergleich – Wissenschaftliche Studie im Auftrag der Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) und der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Bremen 2013, S. 12 ff., A6 f.

56 Preis/Temming, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 47 ff.

57 Gegner einer umfassenden Ausweitung des § 2 SGB VI auf Selbständige werden auf diese Weise die Schwelle in die Nähe des 40-fachen des aktuellen Rentenwerts bewegen können (u.U. sogar darüber), insbesondere wenn mit einem 20-prozentigen Sicherheitspuffer gearbeitet wird oder der Selbständige in den ersten drei Versicherungsjahren nur den halben Regelbeitrag entrichtet.

konsequent fortentwickeln. Bezogen auf das heutzutage notwendige Absicherungsniveau besitzt diese Vorschrift ohnehin keine Aussagekraft mehr (18 EP = ca. 680 €, genau 676,80 € Bruttomonatsrente). Das vergleichbare private Rentenprodukt wäre die bereits erwähnte Basisrente gem. § 2 AltZertG. Sie sichert ebenfalls die Risiken Alter, Invalidität und Tod ab und ist nicht vererbbar, beleihbar oder kapitalisierbar. Nur dann ist sichergestellt, dass der Einzelne im Alter über liquide Finanzmittel bis zu seinem Ableben verfügt, die eine Inanspruchnahme der Grundsicherung ausschließen oder zumindest verringern.

2. Verfassungsmäßigkeit

Das Modell des BMAS und der eigene Reformvorschlag lassen sich – im Vergleich zu anderen weitergehenden Vorschlägen⁵⁸ – als „kleine Lösung“ bezeichnen und sind aller Voraussicht nach auch verfassungsgemäß.⁵⁹ Dem stehen auch Unterschiede im Detail nicht entgegen. Mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit ist auf drei Gesichtspunkte hinzuweisen, die auch rechtliche und nicht nur rechtspolitische oder gar politische Argumente liefern, warum eine „kleine Lösung“ vorzugswürdig ist. Der erste Punkt betrifft die Frage einer Priorisierung des verfolgten Ziels, der zweite die Befreiungsmöglichkeit („opt out“), der dritte Punkt betrifft das Außenvorlassen der berufsständischen Versorgungswerke in beiden Vorschlägen.

58 *Ulber*, Mindestabsicherung von Selbstständigen in der Rentenversicherung – Rechtsgutachten, 2022, S. 58 f.

Schlegel (Fn. 38), NZS 2022, 685 ff.; *Windhövel*, Finanzierung einer Erwerbstätigenversicherung, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Erwerbstätigenversicherung – Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung, Bonn 2008, S. 35 (38, 40–42); *Michaelis*, Die Erwerbstätigenversicherung als Teil der gesetzlichen Rentenversicherung, in: ebda., S. 44 (Zwei-Schritt-Modell: erst die noch nicht obligatorisch versicherten Selbständigen, danach Beamte, Politiker, freie Berufe); s.a. *Eitenmüller/Eckerle*, Umfinanzierung der Alterssicherung – Endbericht der Prognos AG im Auftr. der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2000, S. 81 ff., 109 ff.; Übersicht bei *Fachinger/Frankus*, Sozialpolitische Probleme bei der Eingliederung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, Bonn 2011, S. 15; *Neumann*, Alterssicherung und „Solo-Selbstständigkeit“, SGB 2010, 463 (466 f.).

59 *Ausf. Preis/Temming*, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 55–69.

a) Priorität: Vermeidung von Altersarmut

Die anvisierte Reform der Alterssicherung für Selbständige dient bzw. sollte vier Zielen dienen. Dabei handelt es sich um die Verhinderung von Altersarmut, das Schutzbedürfnis des Einzelnen, den Solidarausgleich und die finanzielle Stabilität der GRV.⁶⁰ Wenn man sich entscheiden müsste, welches dieser Ziele man priorisieren oder als Primus *inter pares* ansehen sollte, so ist es vordringlich, Altersarmut zu verhindern. Das ist deshalb der Fall, weil der Staat ein eminentes Interesse daran haben sollte, den Einzelnen zur – selbstverständlichen – Altersvorsorge anzuhalten.⁶¹ Aus Subsidiaritätsgründen gilt es zu vermeiden, dass der Einzelne im Alter nicht genügend vorgesorgt hat. Denn ansonsten muss der Staat einen grundrechtlich verbürgten und unverzichtbaren Anspruch auf steuerfinanzierte Grundsicherung gem. § 41 Abs. 2 SGB XII erfüllen.⁶²

Im relativen Vergleich hierzu sind insbesondere die Ziele des Solidarausgleichs und der Sicherstellung der finanziellen Stabilität der GRV weniger wirkmächtig oder – zugespitzt formuliert – etwas weicher. Es gibt kein verfassungsrechtliches Gebot zu *unbedingter* Solidarität in einer Sozialversicherung. Denn es existieren noch andere widerstreitende Prinzipien, die hiermit in Ausgleich gebracht werden müssen, bspw. das Versicherungsprinzip.⁶³ Und dem legitimen Ziel der Sicherstellung der finanziellen Stabilität der GRV lässt sich immer die Warnung entgegenhalten, dass die Hereinnahme auch von guten und finanzkräftigen Risiken zukünftig zu entsprechend höher dotierten Rentenansprüchen führen wird, die dann gegenfinanziert werden müssen. Es gibt also durchaus juristische Argumente dafür, den Schwerpunkt einer Reform zunächst auf die Vermeidung von Altersarmut zu legen.⁶⁴ Die damit zusammenhängende rechtspolitische Frage ist natürlich, wie wirksam dieses Ziel umgesetzt werden soll.⁶⁵

60 Preis/Temming (Fn. 41), VSSR 2017, 308 f.

61 Vgl. die Nachweise in Fn. 48.

62 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

63 Monographisch Rolf, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000, passim.

64 A.A. Ulber, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 57.

65 Vgl. auch die Ausführungen unter C.V. und D.

b) Zur Befreiungsmöglichkeit nach den §§ 2, 6 SGB VI

Erkennt man diese rechtspolitische Schwerpunktsetzung an, muss man sich konsequenterweise mit Befreiungsmöglichkeiten von der Rentenversicherungspflicht befassen. Das Ziel, Altersarmut zu verhindern, ist relativ konkret und berechenbar. Dann aber lässt sich eine Versicherungspflicht in der GRV im Grundsatz nur bis zur Höhe der Grundsicherung zuzüglich eines gewissen Sicherheitspuffers rechtfertigen.⁶⁶

Gegen Befreiungsmöglichkeiten wird im Zweifel der Aspekt der negativen Risikoselektion (ggf. in Zusammenschau mit dem Solidarprinzip) angeführt.⁶⁷ Dagegen lässt sich aber einwenden, dass es der Gesetzgeber selbst in der Hand hat, ob er es zu einer negativen Risikoselektion kommen lässt oder nicht und, wenn ja, wie intensiv diese ausfällt. Denn er kann selbst anordnen, mit welchem privaten Vorsorgeprodukt die Altersrente des SGB VI konkurrieren muss. Die Gefahr einer negativen Risikoselektion lässt sich entscheidend verringern, wenn als privates Konkurrenzprodukt nicht irgendein Vorsorgeprodukt zugelassen wird, sondern nur eines, welches dem Leistungsumfang einer Altersrente des SGB VI gleichwertig ist. Das heißt, es muss insbesondere die notwendige Liquidität im Alter garantieren, um Altersarmut zu verhindern. Dieses Produkt ist die bereits erwähnte Basisrente gem. § 2 AltZertG. Bereits jetzt besteht zwischen diesen beiden Produkten weitestgehend „Waffengleichheit“; zudem ist sie kapitalintensiv.⁶⁸

c) Zur personellen Reichweite der Reform: Die Berufsständische Versorgung

aa) Die Diskussion um ihre Einbeziehung

Der dritte Gesichtspunkt, der aus der schwerpunktmäßigen Vermeidung von Altersarmut folgt, betrifft die personelle Reichweite der Reform. Damit ist das Schicksal der berufsständischen Versorgungswerke angesprochen. Beide Reformvorschläge konzentrieren sich – in unterschiedlichem Umfang – auf diejenige Gruppe von Selbständigen, die noch nicht in der ersten Säule der Alterssicherung pflichtversichert sind. Das bedeutet zugleich, dass

66 Vgl. die Ausführungen unter C.III.1.

67 Aus jüngerer Zeit *Ulber*, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 35.

68 Vgl. die Berechnungen bei *Preis/Temming*, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 49 f.

die hergebrachten Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung nicht verändert werden.

Demgegenüber gehen andere Vorschläge dahin, zumindest auch die berufsständischen Versorgungswerke in ein Reformvorhaben einzubeziehen – entweder durch eine Reform der Befreiungsregel des § 6 SGB VI⁶⁹ oder gar des Pflichtversicherungstatbestandes in § 1 SGB VI.⁷⁰ Die Folge wäre, dass nicht nur abhängig beschäftigte Berufsträger, sondern auch die in den Versorgungswerken selbständig Tätigen der Pflichtversicherung in der GRV unterfallen würden. Man benötigt keine große Fantasie, um sich vorzustellen, dass eine solche Reform das faktische Ende der berufsständischen Versorgung bedeuten würde. Sie würde langfristig ausgezehrt werden und im Ergebnis in der GRV aufgehen, insbesondere wenn sie im Wege des offenen Deckungsplanverfahrens finanziert wird. Als Argumente für ihre Einbeziehung werden gemeinhin der Solidargedanke, die finanzielle Stärkung der GRV und die Verhinderung einer negativen Risikoselektion genannt;⁷¹ das ist alles legitim.⁷² Allerdings sind derartigen rechtspolitischen Bestrebungen zwei juristische Bedenken entgegenzuhalten; dabei handelt es sich um ein formelles und ein materielles.

bb) Gesetzgebungskompetenz

Zunächst ist auf den Umstand hinzuweisen, dass auch die Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit zu beantworten ist. Denn der Bundesgesetzgeber muss die formelle Gesetzgebungskompetenz besitzen, die Sozialversiche-

69 Speziell zur sog. Friedensgrenze zwischen berufsständischer Versorgung und GRV vgl. Mann, Die „Friedensgrenze“ zwischen Anwaltsversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung, NJW 1996, 1315.

70 Vgl. die Nachweise in Fn. 58; vgl. BT-Drs. 13/8032, S. 8; zur Diskussion *Papier*, Alterssicherung durch berufsständische Versorgungswerke, in: Becker/Kaufmann/v. Maydell/Schmähl/Zacher (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland – Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2007, S. 455 (469); *Ruland*, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, ZRP 2009, 165 (167); *Kreikebohm*, Kommt die Erwerbstätigenversicherung?, NZS 2010, 184; *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbständiger, VSSR 2018, 197; *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl., Baden-Baden 2020, § 16 Rn. 234 ff. m.w.N.

71 Bspw. *Ulber*, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 11, 28, 49, 58 f.

72 BVerfG 5.5.2008 – 1 BvR 1060/05, SozR 4-2600 § 6 Nr. 7; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706, 814, 819, 832, 837/08, NJW 2009, 2033 (2045).

rungspflicht von Selbständigen aus den Versorgungswerken anzuordnen. Diese Rechtsfrage ist indes umstritten, was in der aktuellen Diskussion häufig untergeht.⁷³

Die gegenwärtige Gesetzgebungskompetenz der Länder für die berufsständische Pflichtversorgung der verkammerten Freien Berufe steht im Ergebnis nicht infrage. Streitig ist aber, ob sich die Kompetenz aus Art. 70 GG oder nicht vielmehr aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG ergibt. Im ersten Fall läge eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder vor, im letzteren Fall läge zunächst eine konkurrierende Gesetzgebung zugunsten des Bundes vor. Die vor allem im staatsrechtlichen Schrifttum dominierende Sichtweise diesbezüglich ist, dass der Bund diese nicht vollständig ausgefüllt hätte. Folglich dürfen die Länder diesen Regelungsvorbehalt zu ihren Gunsten noch besetzen. Dies gilt, solange und soweit der Bund nicht umfänglich von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht.⁷⁴

Die Grundlagen der ersten Auffassung hat *Ernst Forsthoff* gelegt.⁷⁵ Noch heute werden namentlich drei Argumente zugunsten der Länder ins Feld geführt: Erstens handele es sich bei der berufsständischen Versorgung nicht um „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Der Artikel sei in gesetzessystematischer Auslegung eng zu interpretieren. Er stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht, dem Arbeitsschutz und der Arbeitsvermittlung. Daher sei nur „die Versicherung der sozial schwächeren Schichten, insbesondere der Arbeitnehmer gemeint, nicht aber eine Versicherung, die sämtliche Angehörige eines freien Berufs ohne Rücksicht auf die Einkommensverhältnisse des Einzelnen erfasst.“⁷⁶ Diese Interpretation lasse sich auch rechtshistorisch stützen. Zweitens erfülle die berufsständische Versorgung auch berufspolitische Aufgaben. Sie sei also nicht nur vom Gedanken der kollektiven Eigenversorgung geprägt. Die berufsständische Versorgung gewährleiste die Sicherstellung

73 Hierzu bspw. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG – Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 74 GG Rn. 36 m.w.N.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu (Begr.), Hofmann/Hennecke (Hrsg.), GG – Kommentar, 15. Aufl., München 2022, Art. 74 GG Rn. 157 m.w.N.; *Axer*, Föderalisierung der Sozialversicherung im unitarischen Sozialstaat, VSSR 2010, 1 (4).

74 Statt vieler: *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 27 ff. m.w.N., 236.

75 *Forsthoff*, Gutachterliche Stellungnahme zu einigen Rechtsfragen die Ärzte- und Zahnärzteversorgung betreffend, 1961.

76 BayVerfGHE 12, 14 (18).

besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter. Durch ihre Vorsorge beuge sie einer Überalterung der Berufsstände vor. Sie diene der Erhaltung voll leistungsfähiger freier Berufe. Gleichzeitig würde hierdurch auch eine wichtige arbeitsmarktpolitische Funktion erfüllt. Drittens sei schließlich die berufsständische Versorgung als Teil des öffentlich-rechtlichen Versicherungswesens einzuordnen, weil die Freien Berufe mittlerweile traditionell durch anhaltende Staatspraxis aus dem Kompetenztitel der Sozialversicherung ausgenommen seien.⁷⁷

Es mag überraschend klingen, wenn diese Argumente für nicht derart überzeugend gehalten werden, um die Berufsständische Versorgung in genügendem Maße vom Charakter einer Sozialversicherung zu distanzieren. Freilich streitet ein weiterer Gesichtspunkt zugunsten einer Gesetzgebungskompetenz der Länder, auf den weiter unten noch eingegangen wird. Doch zunächst zur Kritik an den obigen Argumenten, die für eine Kompetenz der Länder streiten.⁷⁸

Rollt man in diesem Zusammenhang das Feld von hinten auf, so würde der Hinweis auf die Staatspraxis das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 72 Abs.1 GG faktisch aushebeln, weil danach immer dann die Kompetenz des Bundes endgültig entfallen würde, sobald die Länder entsprechende Normen erlassen haben. Auch darf man nicht vergessen, dass die GRV im Lauf der Zeit einzelne – freilich nicht verkammerte – Berufe mit in die Pflichtversicherung hereingenommen hat (bspw. Hebammen, Seeloten oder Künstler). Der Befund ist mit Blick auf die selbständig Tätigen also nicht einheitlich. Auch das Argument mit Blick auf die berufspolitischen Aufgaben verfängt nicht. Zweckpluralität schadet nicht, den Charakter einer Sozialversicherung auszuschließen. Auch die GRV verfolgt verschiedene Zwecke. Sie wirkt auf mehreren gesellschaftspolitisch wichtigen Feldern (Arbeitsmarkt, Rente, Reha, Beratung, Grundsicherung), bleibt indes eine „Sozialversicherung“. Schließlich negiert das Verständnis, dass sich Sozialversicherung auf den Schutz der sozial schwächeren Schichten konzentrierte (vor allem Arbeitnehmer), die Entwicklungsoffenheit des Rechts-

77 Ausf. *Delhey/Hartmann/Horn*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, Stand: 8/2023, 5388 Versorgungswerk, Rn. 23-27 m.w.N. i.E. ebenso *Rolfs* (Fn. 38), *NJW* 2022, 2718.

78 Ausf. *Kemmler*, *Berufsständische Versorgungswerke*, in: *Ruland/Becker/Axer* (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 7. Aufl., Baden-Baden 2022, § 22 Rn. 10.

begriffs der Sozialversicherung.⁷⁹ In diesem Zusammenhang sei auch an die jährlich steigende monatliche Beitragsbemessungsgrenze für die pflichtversicherten regulären Beschäftigten erinnert, die nicht als niedrig bezeichnet werden kann (2024: 7.550 € West | 7.450 € Ost; ab 2025 einheitlich 8.050 €).

Es spricht daher weitaus mehr dafür, die berufsständischen Versorgungsträger ebenfalls als solidarische Einrichtungen zu qualifizieren. So lassen sich in den jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke häufig soziale Elemente des solidarischen Ausgleichs finden. Das zeigen namentlich die Regelungen über die Hinterbliebenenversicherung und ihre Finanzierung oder die Absicherung der Berufsunfähigkeit ohne Risikoprüfung. Auch die jüngere Rechtsprechung identifiziert solidarische Elemente in den Versicherungsbedingungen der Berufsständischen Versorgungswerke. U.a. gibt es einschlägige Judikate des BayVerfGH oder des BVerwG.⁸⁰

Können bei den berufsständischen Versorgungsträgern inhaltliche Charakterzüge einer „Sozialversicherung“ identifiziert werden, bedeutet dies freilich nicht, dass die Auffassung zugunsten einer konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes als *herrschend* zu bezeichnen ist. Denn u.a. sind sowohl das BVerfG als auch das BVerwG nämlich der Ansicht, dass eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zugunsten der Länder vorliegt.⁸¹ Das BVerwG erkannte noch 2007, dass die „Regelung über die Versorgung von Angehörigen durch ein ärztliches Versorgungswerk (...) in die Gesetzgebungskompetenz der Landesgesetzgebung fällt und deshalb nicht der Regelung durch den Bund zugänglich“ ist.⁸²

Diese Position der Rechtsprechung entspricht schließlich auch dem nunmehr eindeutig verlautbarten Willen des Verfassungsgebers, der im Zuge der Föderalismusreform von 2006 deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Es heißt dort in den Unterlagen des Rechtsausschusses, „dass die Landeskompetenz für die Gesetze zu den berufsständischen Versorgungswerken der Freien Berufe von der Herausnahme der Bundeskompetenz für die Sozialversicherung (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) aus dem Anwendungsbereich

79 BVerfG 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, NVwZ 2018, 1630 (1631 f.); *Kment* (Fn. 71), Art. 74 GG Rn. 35 m.w.N.

80 BayVerfGH 30.8.2017 – Vf. 7-VII-15, DÖV 2018, 80 m. Anm. *Hartmann/Horn*, DStR 2018, 829; BVerwG 2.12.2015 – 10 C 18/14, NVwZ-RR 2016, 344 (346).

81 BVerfG 4.4.1989 – 1 BvR 685/88, NJW 1990, 1653; BVerwG 3.11.1989 – 1 B 131.89, NJW 1990, 589; BVerwG 25.7.2007 – 6 C 27/06, NJW 2008, 246; BFH 10.10.2017 – X R 3/17, DStR 2018, 394 (396).

82 BVerwG 25.7.2007 – 6 C 27/06, NJW 2008, 246 (247 Rn. 21).

des Artikels 72 Abs. 2 neu (Erforderlichkeitsklausel) nicht tangiert“ werde.⁸³ Diese Aussage macht nur Sinn, wenn von einer schon zuvor bestehenden ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder ausgegangen worden ist.

Aus diesen kompetenzrechtlichen Stellungnahmen lässt sich schließen, dass eine Reform, die die Selbständigen von Berufsständischen Versorgungswerken mit in den Blick nehmen möchte, zugleich die formelle Frage der Gesetzgebungskompetenz beantworten müsste. Hier bestehen juristische und nicht nur rechtspolitische oder gar rein politische Hürden. Der Wille des Verfassungsgebers ist ein hartes Datum. Es ist daher juristisch vertretbar und aus taktischer Sicht klüger, es bei der hergebrachten Struktur der Alterssicherung in der ersten Säule zu belassen. Natürlich aber bleibt es legitim, die Kompetenzfrage aufzuwerfen. Das BVerfG liefert für seine Auffassung keine Argumente. Ob allerdings Judikate des BVerwG, des BerlVerfGH oder des BayVerfGH auf dem Gebiet der Berufsständischen Versorgung für die herrschende Position im Schrifttum vereinnahmt werden können, ist m.E. fraglich.⁸⁴ Denn die Gerichte bestätigen die Verfassungsgemäßheit von Landesgesetzen; unausgesprochen haben sie damit deren Gesetzgebungskompetenz bejaht. Auffällig ist auch, dass das BVerwG und der BerlVerfGH dem Landesgesetzgeber einen Gestaltungsspielraum für umfassendere Reformen im Bereich der Versorgungswerke ostentativ offen halten.

cc) Art. 14 GG

Neben der formellen ist darüber hinaus die materiell-rechtliche Verfassungsmäßigkeit im Blick zu halten. Rechtliche Hürden erwarten einen mit Blick auf die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG, soweit nicht der Nachwuchs, sondern Bestandsversicherte von berufsständischen Versorgungswerken betroffen sind. Damit sind Freiberufler gemeint, die bereits

83 BT-Drs. 16/2069, S. 13.

84 BVerwG 2.12.2015 – 10 C 18/14, NVwZ-RR 2016, 344 (346); BayVerfGH 30.8.2017 – Vf. 7-VII-15, DÖV 2018, 80; BerlVerfGH 21.3.2014 – VerfGH 41/12, DÖV 2014, 629; VG Berlin 15.2.2012 – VG 14 A 20.08, BeckRS 2012, 48499.

Mitglied eines Versorgungswerkes geworden sind und Beiträge erbracht haben.⁸⁵

Die Eigentumsfähigkeit von Versorgungsansprüchen und -anwartschaften gegenüber den Versorgungswerken darf mittlerweile als geklärt gelten. Überführt der Gesetzgeber diese Personenkreise in die Rentenversicherung, greift er in Art. 14 Abs. 1 GG ein. Dafür muss er hinreichend gewichtige Allgemeinwohlgründe vorweisen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Außerdem müsste er durch entsprechende Übergangsregelungen dem Vertrauensschutzgedanken Rechnung tragen.⁸⁶ Allgemeinwohlgründe ließen sich vor allem dann finden, wenn die Überführung geeignet wäre, im Hinblick auf die demographische Entwicklung die Finanzlage der gesetzlichen Rentenversicherung dauerhaft zu verbessern. Ungeachtet des insoweit bestehenden gesetzgeberischen Beurteilungs- und Prognosespielraums dürfte die Zielerreichung angesichts der Zahlenverhältnisse und der eigentumsrechtlichen Verfassungsrechtslage unwahrscheinlich sein. Der Eingriff dürfte folglich hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit nur schwer plausibel zu machen sein. Die 91 berufsständischen Versorgungswerke versichern gut eine Million Mitglieder; demgegenüber beläuft sich die Zahl der aktiv Versicherten in der gesetzlichen Rentenversicherung derzeit auf gut 39 Millionen Personen (2021); das jährliche Ausgabevolumen der Rentenversicherung lag im Jahre 2022 bei etwa 323 Mrd. EUR für die Renten; das gesamte Deckungsvermögen der Versorgungswerke erreichte dagegen insgesamt nur knapp über 200 Mrd. EUR.

Diese Zahlen sind am Maßstab des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund einschlägiger Prinzipien (Grundsatz der Lebensstandardsicherung; Leistungs-, Versicherungs-, Äquivalenzprinzip) zu interpretieren. Nach diesen Rechtsvorgaben müssen in den Versorgungswerken die Leistungsansprüche der Versicherten im Versicherungsfall voll erfüllt werden. Es geht hier um Ansprüche, die Versicherte ohne jeglichen Staatszuschuss aufgebaut haben. Den bei „Eingemeindung“ der freien Berufe jetzt höheren Beitragseinnahmen der Rentenversicherung – gemeinhin 0,1 Prozentpunkte – stünden daher in Zukunft entsprechend hohe Rentenansprüche der freien

85 BVerfG 31.8.2004 – 1 BvR 285/01, NZS 2005, 253; *Papier*, Alterssicherung (Fn. 68), S. 468 ff.; *Ruland*, in: ders./Dünn (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – GK-SGB VI, Stand: 1.8.2022, § 6 SGB VI Rn. 42; *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 236–239 m.w.N.; *Delhey/Hartmann/Horn* (Fn. 75), 5388 Versorgungswerk, Rn. 28 ff. m.w.N.

86 Zum Folgenden ausf. *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 237.

Berufsträger gegenüber. Im Schnitt sind diese Regelaltersrenten zwei bis drei Mal höher als der Durchschnitt in der GRV.

Insgesamt betrachtet ist die Hereinnahme der Berufsständischen Versorgungswerke juristisch anspruchsvoll.⁸⁷ Zugespißt formuliert: Damals – 1957, im Jahr der großen Rentenreform – hatte Bundeskanzler Konrad Adenauer die Möglichkeit, die Versorgungswerke in die GRV zu holen⁸⁸. Der Alte wollte aber ist. Dass den Berufsständischen jetzt ihr – relativer – Erfolg aufgrund „zwangsweiser Hilfe zur Selbsthilfe“ zum Nachteil gereichen soll, erschließt sich nicht. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass die Rentenversicherungspflicht in der historischen Rückschau nur dann auf neue Gruppen von Selbständigen ausgeweitet wurde, wenn diese als wirtschaftlich schutzbedürftig identifiziert wurden.⁸⁹ Die Hereinnahme der berufsständischen Versorgungswerke würde im Vergleich hierzu einen gewissen historischen Bruch bedeuten.

IV. Zwischenergebnis

Die in diesem Beitrag skizzierten Reformvorschläge zur Reform der Alterssicherung von Selbständigen liegen im Großen und Ganzen auf einer Linie. Wie stark Gemeinsamkeiten und Unterschiede letztendlich sein werden, hängt natürlich von der konkreten Ausformulierung eines zukünftigen Entwurfs des BMAS ab. Im Vergleich zu dem möglicherweise etwas umfassenderen Vorschlag der Großen Koalition von 2018 – „Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung mit Opt-out-Lö-

87 Butzer, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 239: Überführung in die GRV unwahrscheinlich.

88 Zum historischen Kontext vgl. Butzer, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 7; eindrucksvoll die Aussage der CDU-Abgeordneten Schüttler in BT-PlPr. der 2. Wahlperiode 1953, Bd. 34, 184 – Sitzung v. 16.1.1957, S. 10201 f. (A): „Wir möchten eine Versicherung haben, die sich auf die wirklich unselbständig tätigen Arbeitnehmer – Angestellte und Arbeiter – bezieht und es dabei auch belässt. Was später mit den freien Berufen geschehen soll und was diese etwa aus ihrer Initiative heraus tun möchten, bleibt der Zeit überlassen. Hier jedenfalls können wir es nicht regeln, und hier hat solche Regelung keinen Platz.“; abzurufen unter <https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/plenarprotokolle> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

89 Preis/Temming, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 30-34.

sung und Altersvorsorgepflicht.“⁹⁰ – ist der Kompromisskorridor der jüngst zerbrochenen Ampelkoalition aber offensichtlich schmaler gewesen. Das ist keine große Überraschung und erinnert sehr an die Handschrift der FDP.⁹¹ Auf der Linie der Koalition präsentierte sich auch mehrheitlich der Deutsche Juristentag 2022 in Bonn. Dessen Beschluss liest sich fast wie der Vorschlag der Geschichte gewordenen Ampelkoalition.⁹² 2024 schlug beim 74. Deutschen Juristentag in Stuttgart das Pendel wieder für eine umfassendere Einbeziehung aus.⁹³

D. Fazit

Nachhaltige Reformen im Arbeitszeitrecht und der Altersabsicherung von Selbständigen sind drängend. Entsprechende Antworten der vor kurzem beendeten Ampel-Koalition oder des BMAS fallen aber – wie so häufig im Arbeits- und Sozialrecht – nicht zufriedenstellend aus. Im Arbeitszeitrecht beschränkt sich das BMAS auf die überfällige Umsetzung des EuGH-Urteils *CC.OO.* Der Entwurf ist bevormundend; noch dazu verquickt ihn das BMAS mit einer eigenen Agenda auf dem Gebiet des Tarifrechts, die iRd ArbZG in dieser Form verfassungswidrig ist. Im Sozialversicherungsrecht geht die sich abzeichnende Reform der Rentenversicherungspflicht Selbständiger unter Beachtung der gewachsenen Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung wenigstens in die richtige Richtung. Doch obwohl man auf diesem Gebiet gestalterisch agieren und den Grundstein dafür legen könnte, um drohende Altersvorsorgelücken und vor allem Altersarmut wirksam zu verhindern, wird in einem möglichen Rentenpaket III höchstwahrscheinlich der Trippelschritt gewählt, anstatt auf mutige Weise

90 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, Zeilen 492, 493, abzurufen unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

91 Beschluss des 67. Ordentlichen Bundesparteitags der FDP v. 23./24.4.2016, „Für eine moderne Altersvorsorge“, S. 4 f., abzurufen unter <https://www.fdp.de/beschluss/beschluss-des-67-ord-bundesparteitages-fuer-eine-moderne-altersvorsorge> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

92 Beschluss Nr. 10a und 10b der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Beschlüsse des 73. DJT, Bonn 2022, S. 10, abzurufen unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2022/09/Beschluesse.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

93 Beschluss Nr. 11 und 12 der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Beschlüsse des 74. DJT, Stuttgart 2024, S. 13, abzurufen unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2024/09/Beschluesse.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

Erwerbstätige in der ersten Säule der Alterssicherung umfassend einzubeziehen.