

Karl-Jürgen Bieback

Der Versuch, neue Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit sozialstaatlich zu regulieren

Über den möglichen Schutz von Personen, die formal selbständig sind, tatsächlich aber abhängige Arbeit leisten (Scheinselbständige), ist in den vergangenen Jahren heftig diskutiert worden. Der Autor stellt die neue gesetzliche Regelung zum Schutz der Scheinselbständigen dar. Obwohl er sie grundsätzlich für richtig hält, verweist er aber darauf, daß sie zu zögerlich ist und vor allem im Sozialversicherungsrecht keine ausreichenden Sicherungsformen vorsieht. **Die Red.**

Eines der umstrittensten Projekte der neuen rot-grünen Koalition war der Versuch, mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. 12. 1998¹ (Korrekturgesetz 1999) über eine Neufassung der Sozialversicherungspflicht in § 7 Abs. 4 SGB IV das Problem der Scheinselbständigkeit zu regeln. Scheinselbständigkeit liegt vor, wenn Erwerbstätige, die faktisch und materiell-rechtlich als abhängig Beschäftigte arbeiten, formal-rechtlich und von der Ausgestaltung ihres Vertrages her jedoch wie Selbständige behandelt werden. Folge der (formal-) rechtlichen Zuordnung der Scheinselbständigen zu den Selbständigen ist, daß für sie alle oder fast alle arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Schutznormen entfallen. Der neue § 7 Abs. 4 SGB IV sollte die Durchsetzung der Sozialversicherungspflicht erleichtern, indem er dann, wenn bestimmte Merkmale wirtschaftlicher oder sozialer Abhängigkeit vorlagen, eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vermutete. Der Protest gegenüber dem Korrekutrgesetz 1999 war aber so stark, daß es schon nach einem Jahr durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit v. 20. 12. 1999² (Neuregelung 2000) abgelöst wurde. Ursache dieser ersten »Kehrtwenden«, der dann später so viele im Umweltrecht (Atomausstieg) und Sozialrecht (Reform des Bafög, des Wohngeldes, der gesetzlichen Renten) folgten, war – so die These dieses Aufsatzes –, daß das Problem nur nach den traditionellen Mustern der Sozialpolitik wahrgenommen wurde, die Lösung ebenso traditionell und entsprechend »unmodern« blieb und sich hier kein neues Konzept sozialstaatlicher Intervention abzeichnete, das auf breite gesellschaftliche Akzeptanz stoßen könnte.

¹ BGBI. 1998 I, S. 5843.
² BGBI. 10. 1. 2000 I, S. 2.

I. Das Problem und die Notwendigkeit seiner Regulierung

1. Auflösung der Formen abhängiger und selbständiger Arbeit

Das Problem der Scheinselbständigkeit kann nur im weiteren Zusammenhang mit den neuen Organisationsformen der (abhängigen wie der selbständigen) Arbeit, der Auflösung der Konturen des klassischen Arbeitsverhältnisses und der Entstehung einer »neuen Selbständigkeit« verstanden werden.³ Zunehmend lösen sich die sozio-ökonomischen und rechtlichen Fixpunkte »abhängiger Arbeit« auf, die traditionellen rechtlichen Kriterien der persönlichen Abhängigkeit des Erwerbstägigen vom Arbeitgeber, die Weisungsabhängigkeit, das Direktionsrecht des Arbeitgebers über Ort, Zeit und Inhalt der Arbeitsleistung und der Einordnung des Erwerbstägigen in eine arbeitsteilige Organisation.

- Der Ort der Beschäftigung ist für viele nicht (mehr) der räumlich klar abgegrenzte Herrschaftsbereich des Betriebes (Telearbeit; Außendienst). Diese »Entbetrieblichung« abhängiger Arbeit lässt das rechtliche Kriterium der Eingliederung in den Betrieb verblassen und wird auch bei der anstehenden Reform des Betriebsverfassungsrechts eine Rolle spielen.⁴
- Lage und Dauer der Arbeitszeit sind so wenig festgelegt, daß sie den Arbeitenden viele Spielräume lassen können (»Vertrauensarbeitszeit«).
- In den Dienstleistungen und selbst in der klassischen Industriearbeit (z. B. Gruppenarbeit) erlangen viele Arbeitnehmer große Spielräume bei der Bestimmung ihrer Arbeitsorganisation und ihrer Arbeitsinhalte.
- Gleichzeitig können selbst die »alten« Selbständigen über neue Organisationsmethoden (z. B. der Kaufmann im Franchiseverbund⁵) und über die Mittel der Telekommunikation⁶ in einem Maße direkt und indirekt von ihren »Wirtschaftspartnern« kontrolliert werden, das früher unvorstellbar war.
- Es gibt eine neue Kultur der »Selbständigkeit«,⁷ die stark staatlich gefördert und allmählich gesellschaftlich akzeptiert wird, auch wenn Selbständigkeit oft nur das geringere Übel gegenüber Arbeitslosigkeit ist.⁸

Neue Selbständige sind z. B. die freien Mitarbeiter im Außendienst, in der Entwicklung von Produkten, der Kundenbetreuung, in den Medien etc. Im Gegensatz zu den »alten Selbständigen« (Handwerker, Bauern, freie Berufe und Kaufleute) sind die »neuen Selbständigen« nicht auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt und haben völlig unterschiedliche, oft nicht standardisierte Qualifikationen.⁹ Ihre Zahl steigt,¹⁰ vor allem auch die der Selbständigen, die keine ArbeitnehmerInnen beschäftigen,¹¹ und in Deutschland gerade auch durch Übergänge von abhängiger Arbeit in die Selbstän-

³ Vgl. Bögenhold/Leicht, WSI-Mitteilungen 2000, 779 ff., Hakim, *Social Change and Innovation in the Labour Market*, Oxford 1998.

⁴ Vgl. M. Tammi, AuR 2000, 408 ff.; M. Burghardt u. a., AuR 2000, 205 ff.

⁵ Franchisenehmer können je nach Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses arbeits- und sozialrechtlich Arbeitnehmer sein; vgl. Schmidt/Schwerdtner, Scheinselbständigkeit, 1. Aufl. 1999, Rz. 347 ff.

⁶ K. Linnenkohl, BB 1998, 45 ff.

⁷ Vgl. die Wiedergabe offizieller Verlautbarungen eines breiten Spektrums politischer Akteure bei R. Sittig, Sozialer Fortschritt 1998, 152, Anm. 1.

⁸ K. Linnenkohl, BB 1999, 48.

⁹ Allg. zur Entwicklung der Selbständigen: IVSS und CANAM (Hrsg.), *Soziale Sicherheit und die Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit außerhalb der Landwirtschaft*, Genf 1998, sowie Bögenhold/Leicht, WSI-Mitteilungen 2000, 779 ff.

¹⁰ Zur Entwicklung A. Franco, *Selbständige außerhalb der Landwirtschaft in der Europäischen Union*, in: IVSS/CANAM (Hrsg.) (Fn. 9), 37 ff.; T. Kruppe/H. Oschmanski/K. Schönmann, *Selbständigkeit: Beschäftigungsdynamik in der Europäischen Union*, inforMISEP Nr. 64/1998, 36 ff.

¹¹ Bögenhold/Leicht und Evers/Wijmans, WSI-Mitteilungen 2000, 779 ff. und 788 ff.

digkeit.¹² Typisches Beispiel ist der LKW-Fahrer, der seinen LKW pachtet und nun für die alte Spedition als »Selbständiger« fährt; dann ist seine Zugehörigkeit zur Sozialversicherung und zum Arbeitsrecht zumindest unsicher. Dennoch wäre es falsch zu meinen, alle oder die meisten »neuen Selbständigen« seien »Scheinselbständige«.¹³ Denn viele »neue Selbständige« sind tatsächlich und rechtlich selbständig. Das gilt auch für jene Bereiche, in denen traditionell »Selbständige« und »Arbeitnehmer« dieselben Arbeiten verrichten (freie Mitarbeiter in den Medien, Außen- dienst von Versicherungen und Handel). Die bisher gründlichste empirische Untersuchung des Forschungsinstituts der Bundesanstalt für Arbeit¹⁴ ergab, daß ca. 2,9% aller Erwerbstätigen, d. h. ca. 1 Millionen Personen, in ihrer Haupterwerbstätigkeit zu dem Graubereich jener Erwerbstätigen zählen, die im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind und die selbst keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen und nicht sozialversichert sind. Davon sind nach den traditionellen rechtlichen Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung ca. 48% Selbständige, ca. 20% Arbeitnehmer, also eindeutig »Scheinselbständige«, und 30% nicht eindeutig als Selbständige oder Arbeitnehmer einzustufen.

2. Die zu lösenden rechtlichen Probleme des sozialstaatlichen Schutzsystems

a. Inflexible Spaltung zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit

Während sich im Erwerbsleben die Grenzen zwischen Selbständigkeit und abhängiger Arbeit verwischen, bauen Arbeits- und Sozialrecht auf einer krassen Polarisierung auf. Wer ArbeitnehmerIn ist, ist im System und genießt dessen vollen Schutz. Wer es nicht ist, ist draußen und wird nicht geschützt.¹⁵ Übergänge, Zwischenformen gibt es kaum. Das Arbeitsrecht kennt mit der Figur der »arbeitnehmerähnlichen« Person zwar einen Zwischentypus, der in einige Schutzsysteme einbezogen worden ist, wie in das Tarifvertragssystem (§ 12a TVG), den Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG), das Urlaubsrecht (§ 12a BUrlG) und die Arbeitsgerichtsbarkeit (§ 5 ArbGG). Die Definitionen der Arbeitnehmerähnlichkeit sind unterschiedlich. Bei einer Gruppe reicht es aus, daß die Selbständigen wirtschaftlich abhängig sind (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbSchG, § 2 S. 2 BUrlG).¹⁶ Bei einer zweiten Gruppe (§ 12a TVG) und nach der Rechtsprechung des BGH¹⁷ sind zusätzlich zu dem Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit noch eine den Arbeitnehmern vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit¹⁸ sowie zusätzliche Voraussetzungen erforderlich. Schon im Arbeitsrecht sind dies vereinzelte Insellösungen. Nicht einmal dem Vergleichbaren hat das Sozialrecht. Das System ist also extrem inflexibel und unterschiedlichen sozialen und ökonomischen Anforderungen nicht angepaßt.

Da zunehmend mehr Aufgaben von ihrer Struktur und den organisatorischen An-

¹² T. Kruppe/H. Oschmanski/K. Schönmann (Fn. 10), 42 ff.

¹³ Dies scheint im internationalen Vergleich wohl eher eine deutsche Wortsbildung und wohl auch ein deutsches Verständnis des Problems zu sein. Vgl. die Diskussion dieses Begriffes vor dem englischen Hintergrund bei D. Williams, Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1/1999, 7 ff., 27 ff.

¹⁴ H. Dietrich, Erwerbsverhalten in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Arbeit, Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung Bd. 205, 1998, 143 ff. Empirische Befunde zur »Scheinselbständigkeit«, IAB-Werkstattbericht 7/1996. Die Untersuchung fand Ende 1993 statt.

¹⁵ Hierzu Bieback, Sozialer Fortschritt 1999, 166 ff.; ihm folgend Schlegel, NZS 2000, 421 ff.

¹⁶ Vgl. zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person insbesondere Böcmke, ZfA 1998, 285 ff., 317 ff. und Hromadka, NZA 1997, 1249 ff.

¹⁷ BGH ZIP 1998, 2104, 2107; ZIP 1998, 2176, 2179.

¹⁸ Vgl. hierzu auch Hohmeister, NZS 1999, 179, 180.

forderungen her alternativ von rechtlich und tatsächlich Selbständigen einerseits oder von abhängig Beschäftigten andererseits erledigt werden können, schafft das hohe und inflexible Niveau des Schutzes durch Arbeits- und Sozialrecht Anreize und Möglichkeiten für den Auftraggeber, dieses Niveau mit hohem Gewinn zu vermeiden. Statt dieses Ungleichgewicht dadurch zu beseitigen, daß das Schutzniveau des Arbeits- und Sozialrechts auf das niedrigere Schutzniveau der selbständigen Arbeit gesenkt oder es völlig in Einzeltypen aufgelöst wird, sollte das Schutzniveau der selbständigen Arbeit dem der abhängigen Arbeit angeglichen werden. Denn es ist sozialpolitisch gerechtfertigt, den Selbständigen mehr Schutz zu gewähren.

b. Fixpunkt der Schutzsysteme: ein notwendig unzulänglicher Prozeß, die ArbeitnehmerInnen-Eigenschaft festzustellen

Ein zweites Problem liegt in der rechtlichen Struktur des Begriffs der »abhängigen Beschäftigung«. Sie soll alle möglichen Fälle erfassen und ist deswegen notwendig offen. Sie ist das, was man einen »Typus«¹⁹ oder – nach anderem methodischen Verständnis – einen extrem vagen Begriff²⁰ nennt. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit wird durch mehrere gleichwertige Kriterien bestimmt, die in unterschiedlicher Intensität vorliegen können, etwa die Abhängigkeit bei der Bestimmung des Arbeitsinhalts (von der Arbeit am Band bis zur Tätigkeit als Chesarzt) oder die Abhängigkeit in der Bestimmung der Arbeitszeit (von der Schichtarbeit bis zur rein auf den Arbeitserfolg orientierten Arbeitszeitgestaltung im Außendienst). Erst in einer Gesamtwertung wird dann festgestellt, ob die Elemente überwiegen, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Solche Typusbegriffe sind der Rechtsordnung nicht fremd. Auch wenn ihre Anwendung im Einzelfall nur schwer bestimmbar und vorhersehbar ist, sind sie notwendig und unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gerade auch für den Arbeitnehmerbegriff akzeptiert.²¹ Typusbegriffe sind aber in der Rechtspraxis problematisch, wenn mit ihnen der Schutz von Personen umschrieben werden soll, die sozioökonomisch unterlegen sind.

Keine Begriffsbestimmung des persönlichen Geltungsbereichs von Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht ist gegen die freche Nichtbeachtung und Umgehung gefeit. Dagegen hilft nur eine effektivere Kontrolle. Bei kleinen »neuen Selbständigen«, die zwar dauerhaft nur für einen Auftraggeber arbeiten, deren persönliche Abhängigkeit zum Vertragspartner aber erheblich gelockert ist und die tatsächlich größere wirtschaftliche Spielräume haben, ist es kein »Mißbrauch«, wenn sie wie echte Selbständige behandelt und ihnen die Rechte als Arbeitnehmer vorenthalten werden. Letztlich hängt alles vom »Einzelfall« ab, und das heißt, die Arbeitgeber haben große Spielräume, ein Beschäftigungsverhältnis so auszustalten, daß es zu Recht als selbständige Tätigkeit behandelt wird; wegen der schwierigen Kontrolle ihrer Entscheidung können sie aber auch eine tatsächlich abhängige Beschäftigung erst einmal als »Selbständigkeit« deklarieren. Oft mag der Beschäftigte dabei mitspielen, oft kann diese Praxis auch gegen seinen Willen durchgesetzt werden. Erst wenn er sich wehrt und dann auch erst nach einer Reihe von Einzelkontrollen und Prozeßen wird sein Status geklärt.

Im Arbeitsrecht wird die Statusentscheidung des Arbeitgebers nur dann überprüft, wenn eine Seite nicht mehr an der Selbständigkeit festhalten will. Dies ist meist erst

¹⁹ Vgl. Münch ArbR/Richard, § 23 Rn. 42 m.w.N. Allg. zum Typus Pawłowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Auflage 1999, Rz. 146 ff.

²⁰ Zum vagen Begriff Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 67 ff.

²¹ BVerfG vom 20. 5. 1996, NZS 1996, 522 ff.

der Fall, wenn der Auftraggeber/Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis gegen den Willen des/der Beschäftigten löst. Ganz anders im Sozialrecht. Hier geht es um eine staatliche Pflicht zur Sozialversicherung, die hoheitlich durchgesetzt und hoheitlich kontrolliert wird. Auch die einvernehmlich als selbständige Tätigkeit durchgeführte Beschäftigung müssen die Sozialversicherungsträger von sich aus kontrollieren (§§ 20h, 20p SGB IV). Letztlich haben aber auch sie wenig Möglichkeiten, wenn beide Seiten am Status eines Selbständigen festhalten.

Ein Teil des Problems der neuen Selbständigkeit und der »Scheinselbständigkeit« liegt also darin, daß die soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit im Arbeits- und Sozialrecht dem Arbeitgeber die Gestaltungsmacht zur Umgehung des sozialen Schutzes gibt, die Arbeitnehmer dabei freiwillig oder gezwungen mitspielen und die hoheitliche Kontrolle der Sozialversicherungsträger versagt. Ein Reformansatz muß deshalb sein, diese Kontrollmöglichkeit zu stärken. Aber ein solcher Ansatz greift viel zu kurz. Dies zeigt gerade das Schicksal des ersten Korrekturgesetzes von 1999, das vor allem die Mittel der »hoheitlichen Kontrolle« stärken wollte. Denn einmal ist ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Personen von außen nicht zu kontrollieren, wenn beide Seiten »mitspielen«. Zum anderen greift auch hoheitliches Kontrollhandeln hier zu kurz, sollte man besser die ökonomischen Anreize der Flucht in die Selbständigkeit beseitigen und/oder an die Interessen und die Kooperation der Betroffenen anknüpfen. Mehr Kooperation brachte die Neuregelung 2000 (unten II.). Der Abbau der Differenz zwischen dem Schutz der abhängigen und der selbständigen Arbeit wird weiter unten thematisiert (unten III.).

3. Sozialpolitische Gründe, den sozialen Schutz neuer Selbständiger zu regulieren

Staatliche Intervention in den Prozeß, der zum Wachstum der »neuen Selbständigkeit« führt, ist aus jenen Gründen gerechtfertigt, die allgemein für eine staatliche sozialpolitische Intervention sprechen:

Schutz der Person, Garantie ihrer Menschenwürde und ihrer Grundbedürfnisse: Viele der neuen Selbständigen sind genauso abhängig vom Verkauf ihrer Arbeitskraft wie ArbeitnehmerInnen. Allerdings fehlt es in Deutschland an Untersuchungen über die soziale Lage und die Schutzbedürftigkeit der »neuen« kleinen Selbständigen. Englische Untersuchungen über die Lebenslage Selbständiger außerhalb der »freien Berufe« und »Professionen« zeigen, daß die Selbständigen während der Erwerbstätigkeit wie im Alter eher niedrigere Einkommen haben als vergleichbare Arbeitnehmer.²² Es kann vermutet werden, daß dies auch für Deutschland gilt.²³ Aus den Daten des Mikrozensus ergibt sich für Deutschland nur sehr allgemein, daß bei vielen Selbständigen das Einkommen nicht höher ist als bei den klassischen Lohnempfängern.²⁴ Und Selbständige unterliegen denselben Risiken wie abhängig Beschäftigte

²² J. Rubery/J. Marnshaw/B. Burchell, *New forms of patterns of employment: The role of self-employment in Britain*, Nomos, Baden-Baden 1993; A. Corden, *Selbständige Erwerbstätige im Vereinigten Königreich: Eingebunden oder ausgegrenzt?*, Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1/1999, 37 ff., 49/50; N. Meager/G. Court/J. Moralee, *Self-employment and the distribution of income*, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1994; T. Eardley/A. Corden, *Low income self-employment: Work, benefits and living standards*, Aldershot, England 1996. Ähnliche Ergebnisse für Australien: T. Eardley/B. Bradbury, *Self-employment and Social Security*, SPRC Reports and Proceedings Nr. 133, 1997 und B. Bradbury, *Are the Low Income Self-employed Poor?*, SPRC Discussion Papers Nr. 73, 1997.

²³ Einige Daten bei: Bögenhold/Leicht und Gottschall/Schnell, WSI 12/2000, 779 ff. und 804 ff.

²⁴ Fachinger/Oelschlager, *Selbständige und ihre Altersvorsorge*, ZeS-Arbeitspapier Nr. 3/2000.

auch (Krankheit, Berufsunfähigkeit, Alter, Pflegebedürftigkeit). All dies sind die Gründe, weshalb der deutsche Sozialstaat viele der »alten Selbständigen« (Landwirte, Handwerker, Künstler) in die Sozialversicherung einbezogen oder für sie eigenständige soziale Schutzsysteme (freie Berufe) geschaffen hat.²⁵

Wahrung allgemeiner Interessen: Wegen ihres oft unsteten Einkommens und mangelnder Vorsorgefähigkeit und -bereitschaft ist der Gefahr vorzubeugen, daß Selbständige selbst zu wenig zu ihrer sozialen Sicherung beitragen und im Risikofall von der allgemeinen Sozialhilfe unterhalten werden müssen. Die Systeme der sozialen Sicherheit erfüllen allgemeine Aufgaben, die die Privatversicherung nicht erfüllen kann und an denen alle Erwerbstätigen ein Interesse haben, so daß auch alle an ihrer Finanzierung beteiligt sein sollten: Vorbeugung gegen die allgemeinen Risiken (z. B. aktive Arbeitsmarktpolitik, Gesundheitsaufklärung, Prävention, Unfallverhütung), Mitgestaltung der sozialen Infrastruktur (z. B. Planung und Kontrolle sozialer Dienste) sowie Umverteilung zur Finanzierung des Schutzes der weniger Leistungsfähigen.

Effektivierung ökonomischer und gesellschaftlicher Prozesse, die ohne staatliche Intervention suboptimal laufen würden: Die stärkere soziale Sicherung der Selbständigen kann die Akzeptanz der Selbständigkeit erhöhen und sie dort fördern, wo sie ökonomisch sinnvoll ist. Um wirtschaftlich und sozial optimale, interessengerechte Regelungen und Strukturen zu erreichen, müssen Informationsasymmetrien und Machtungleichgewichte beim Aushandeln der Arbeitsbedingungen und des sozialen Schutzes ausgeglichen werden.

Gleichbehandlung gegenüber den »alten Selbständigen«: Die »alten Selbständigen«, die Heimarbeiter, Landwirte, Handwerker, freien Berufe und Künstler sind schon weitgehend in den Schutzbereich der Sozialversicherung und des Arbeitsrechts (so die Heimarbeiter) einbezogen.²⁶ Dies gilt auch für eine so heterogene Gruppen wie die Künstler und Publizisten, die eher noch weiter entfernt vom Sektor der »abhängigen Beschäftigung« sind als viele »neuen Selbständige«.

II. Reformen der neuen Regierung

1. Effektivierung der Sozialversicherungspflicht?

Das Korrekturgesetz 1999 wollte mit der Neuregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV ausdrücklich die Durchsetzung der Sozialversicherungspflicht verbessern und dadurch die Scheinselbständigkeit abbauen.²⁷ Eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung sollte bei einer (schein-)selbständigen Person vermutet werden, wenn sie von vier Kriterien (keine Beschäftigung eigener Arbeitnehmer, nur für einen Auftraggeber tätig, typische Arbeitsleistung von Arbeitnehmern, keine unternehmerische Tätigkeit am Markt) zwei verwirklichte. Die gleichzeitig verabschiedete Rentenversicherungspflicht kleiner, »arbeitnehmerähnlicher« Selbständiger (ohne eigene Arbeitnehmer; vorwiegend ein Auftraggeber) in § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI diente nicht so sehr dem Abbau von Diskrepanzen im Schutz zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen, sondern sollte ebenfalls nur »der zunehmenden Erosion des versicherten Personenkreises

²⁵ Bieback, Sozialer Fortschritt 1999, 167 ff.; Fachinger/Oelschläger (Fn. 24), 20, 19 ff.; Fachinger, Erweiterung des versicherten Personenkreises auf Selbständige – Einige Anmerkungen zum DJB-Modell, in: Rust (Hrsg.), Eigenständige Alterssicherung von Frauen, 2000, 143, 147 ff.

²⁶ Bieback (Fn. 25) und Fachinger/Oelschläger (Fn. 24).

²⁷ BT-Drs. 14/45 S.43.

durch die wachsende Überführung von Beschäftigungen in arbeitnehmerähnliche, selbständige Tätigkeiten entgegenwirken«.¹⁸

35

Die Reform war also allein darauf konzentriert, die hoheitliche Kontrolle zu verbessern und die traditionelle Grenzziehung zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit zu stärken. Ein weitergehender sozialpolitischer Reformansatz war nicht erkennbar, und dementsprechend schnell reagierte die Bundesregierung auch auf die zahlreiche Kritik an dieser Neuregelung.

Der heftige Widerstand rührte aus unterschiedlichen Gründen:¹⁹

- Sozial- und wirtschaftspolitisch passen die traditionellen Sanktionen gegen Scheinselbständigkeit – für vier Jahre nachträglich Beiträge gem. § 25 SGB IV – nicht mehr in die Landschaft. Denn einmal steht hinter der wachsenden Zahl neuer Selbständiger nicht nur der Wille zur Umgehung der Sozialversicherungspflicht, sondern eine grundlegende Veränderung der Arbeit, die auch die Trennung zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit immer mehr aufheben wird. Zum anderen bringen die Sanktionen für die Gründung neuer Selbständiger, die oft echte Zwei-felsfälle sind, zu viel Unsicherheit, während das gesellschaftspolitische Klima und die eigenen Bekundungen der neuen Bundesregierung die Neugründung kleiner Selbständiger sehr positiv bewerten.
- Verfassungs- und sozialrechtlich problematisch war, daß die Vermutung unverhältnismäßig viele Personen als Arbeitnehmer erfaßte, die tatsächlich keine waren. Auch war das Verhältnis zwischen der neuen Vermutung und der weiterbestehenden Verpflichtung zur Amtsermittlung bei der hoheitlichen Feststellung der Sozialversicherungspflicht nicht geklärt.²⁰

Die handwerklichen Mängel wie die politisch rein defensive Orientierung des Korrekturgesetzes führten dazu, daß die Regierungskoalition die realen Auswirkungen des Gesetzes gar nicht mehr abwartete, schnell der Kritik nachgab und für die Konzipierung der Änderungen eine Kommission (Dieterich-Kommission) einsetzte.²¹ Deren Zusammensetzung zeigte, in welche Richtung die Reform gehen sollte: Neben den sozialpolitischen gehörten ihr auch die wirtschaftspolitischen Sprecher der beiden Bundestagsfraktionen von SPD und Grünen sowie zwei Vertreter betroffener (Groß-)Unternehmen (Hewlett-Packard; Gruner und Jahr) an, aber keine Vertreter der Gewerkschaften oder der Sozialversicherungsträger. Dementsprechend hieß die Neuregelung 2000 auch »Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit«. Dennoch bewahrten die Empfehlungen der Kommission,²² denen das Gesetz folgte,²³ die Grundkonzeption des Korrekturgesetzes 1999. Die Neuregelung 2000 faßte die Vermutungstatbestände aber präziser und enger.²⁴ Sie erhöhte die Anzahl der Kriterien, die vorliegen müssen, damit die Vermutung greift, von zwei auf drei, fügt aber zugleich ein fünftes Vermutungskriterium ein, das den typischen Umgehungssachverhalt des »outsourcing« betrifft: Der Auftragnehmer hat die Tätigkeit zuvor als Arbeitnehmer ausgeübt. Klargestellt wurde, daß weiterhin die Amtsermittlungspflicht bei Feststellung der Sozialversicherungspflicht gilt und die Vermutung erst greift, wenn die Betroffenen ihrer Mitwirkung bei der Feststellung der Sozialversicherungspflicht nicht nachkommen.

¹⁸ BT-Drs. 14/45 S. 46.

¹⁹ Vgl. ausführlich und mwN Bieback, SGb 2000, 189 ff., 190/91.

²⁰ Zu ihm Bieback (Fn. 29).

²¹ Vgl. Zwischenbericht der Kommission in NZS 1999, 443 ff. und Endbericht in NZS 1999 Heft 12, S. XI ff. Vorsitzender war der (ehemalige) Präsident des BAG, Prof. Dr. Thomas Dieterich. Als Sozialrechtler gehörte der Autor der Kommission an.

²² Zwischenbericht und Endbericht cbd.

²³ Vgl. BT-Drs. 14/1855 v. 26. 10. 1999.

²⁴ Zu ihm: Bauer/Diller/Schuster, NZA 1999, 1297; B. Gaul/Wisskirch, DB 1999, 2466; B. Schmidt, NZS 2000, 57; Bieback, SGb 2000, 189.

Auch schon für die Regelung des Korrekturgesetzes war klar, daß die vier Kriterien der Vermutung keine Änderung des Beschäftigtenbegriffes brachten.³⁵ Liegen die ersten beiden Kriterien des § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV vor, nämlich die Merkmale »keine Beschäftigung weiterer versicherungspflichtiger Arbeitnehmer« und »regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig«, handelt es sich nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI gerade nicht um einen Arbeitnehmer, sondern weiterhin um einen Selbständigen, allerdings um einen »arbeitnehmerähnlichen Selbständigen«, der nun rentenversicherungspflichtig wurde. Dies macht die Neuregelung 2000 noch deutlicher. Der neue § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV definiert das abhängige Beschäftigungsverhältnis ausdrücklich mit den beiden traditionell anerkannten Kriterien, Weisungsgebundenheit und Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation. Die Definition verwendet also keines der Vermutungskriterien. Allerdings kann die Neuregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV die arbeits- und sozialrechtliche Bildung des Begriffs »Arbeitsverhältnis« beeinflussen, weil es sich eben um einen »Typusbegriff« handelt, bei dem natürlich auch die Kriterien der Vermutungsregelung eine – vom Gesetz nicht geforderte! – stärkere Relevanz gewinnen, als sie vorher hatten.³⁶

Ein weiterer Schwerpunkt der Neuregelung 2000 lag bei den verfahrensrechtlichen Vorschriften. Neu ist der Ansatz, in die hoheitliche Kontrolle stärker kooperative Elemente einzuführen, um die Rechtssicherheit zu erhöhen und die Dunkelziffer zu verringern.³⁷ Mit dem neuen Antragsverfahren gem. § 7a SGB IV können Arbeitnehmer und Arbeitgeber bzw. Auftragnehmer und Auftraggeber die Feststellung der Beitragspflichtigkeit in einem besonderen Verfahren bei der Bundesanstalt für Angestelltenversicherung beantragen.³⁸ Die Neuregelung ging davon aus, daß nur dann, wenn die Versicherungsträger nicht gleich mit hohen Beitragsnachforderungen drohen, sich die beteiligten Auftragnehmer und Auftraggeber freiwillig an die Sozialversicherung wenden werden, um unklare Auftragsverhältnisse auf ihre Beitragspflicht hin überprüfen zu lassen. In der Regel entsteht die Beitragspflicht mit Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, werden die Beiträge spätestens nach 14 Tagen fällig und verjährten sie nach 4 Jahren (§§ 23, 25 SGB IV). Davon weicht § 7a SGB IV ganz erheblich ab. Die Beitragspflicht entsteht erst ab Feststellung der Sozialversicherungspflicht (§ 7a Abs. 6 S. 1 SGB IV), die Beiträge werden erst mit Unanfechtbarkeit der Feststellung der Beitragspflicht fällig (§ 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV), und Widerspruch und Klage gegen Status- und Beitragsbescheide haben erstmals aufschiebende Wirkung (§ 7a Abs. 7 SGB IV). Der Aufschub der Beitragspflicht und der Fälligkeit setzen allerdings voraus, daß man sich nicht durchmogeln will, sondern das Verfahren spätestens einen Monat nach Aufnahme der Tätigkeit einleitet. Weiterhin muß der Arbeitnehmer zustimmen und muß für die Vergangenheit eine der gesetzlichen Versicherung entsprechende Sicherung gegen die Risiken Krankheit und Alter haben. An den normalen Verfahren der Kontrolle durch die Beitragseinzugsstellen (Krankenkassen, § 28h SGB IV) und die Rentenversicherungsträger (alle vier Jahre eine Betriebsprüfung, § 28p SGB IV) ändert das neue Recht nichts. Laufen diese Verfahren, kann man sich auch nicht mehr durch das Anfrageverfahren aus der Affäre ziehen (§ 7a Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz SGB IV).

³⁵ Vgl. BSG 28. 1. 1999 B 3 KR 2/98 R, BB 1999, 1661, 1663 = SozR 3-5425 § 1 Nr. 5 und Bengelsdorf, NJW 1999, 1817, 1820; Söhnlein/Mocellin, NZS 1999, S. 280, 282; Brand, DB 1999, S. 1162, alle m.w.N.

³⁶ Zum Verhältnis der Neuregelung zum ArbeitnehmerInnenbegriff Henrici, AuR 2000, 171 ff., der den Kriterien in § 7 Abs. 4 SGB IV eine »Indizwirkung« zuerkennt. Noch weitergehend: Wank, RdA 1999, 297; krit. zu ihm Bieback, SGb 2000, 189, 192.

³⁷ So die Kommission, Abschlußbericht NZS 1999 Heft 12, S. XI, XII unter II, 2, b.

³⁸ BT-Drs. 14/1855 S. 12.

Auch die Versicherungspflicht für kleine Selbständige hat die Neuregelung zwar im Prinzip nicht geändert, jedoch präziser gefaßt und das Übergangsrecht wesentlich entschärft. Kleine Selbständige sind gem. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI nur dann versicherungspflichtig in der Rentenversicherung, wenn sie wirtschaftlich stark abhängig sind (Tätigkeit nur für einen Auftraggeber) und sie ökonomisch schwach sind (keine Beschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer). Bei ihnen kann deshalb vermutet werden, daß sie wenig oder keine Vorkehrungen zur Eigenvorsorge treffen. Dennoch bleibt die Abgrenzung des Personenkreises problematisch, weil anders als bei den bisher versicherungspflichtigen Selbständigen die neue Versicherungspflicht kleiner Selbständiger nicht an einen Beruf oder eine Tätigkeit wie den des Handwerkers oder Künstlers, sondern an sich leicht ändernde Sachverhalte (Zahl der Auftraggeber; Beschäftigung von Arbeitnehmern) anknüpft. Deshalb war es sinnvoll, die Kriterien dahin zu präzisieren, daß sie nur dauerhafte Merkmale erfaßten. Das grundsätzliche Problem, hier nur eine Teilregelung getroffen zu haben, hat auch das neue Gesetz nicht behoben. Das ist aber kein juristisches, sondern ein sozialpolitisches Problem.

Die grundsätzliche juristische und sozialpolitische Kritik³⁹ an der Einführung der Versicherungspflicht kleiner Selbständiger in § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI, die Betroffenen seien nicht schutzbedürftig bzw. die Gruppe sei nicht hinreichend plausibel abgegrenzt, vermag nicht zu überzeugen. Wie schon betont, sind schon viele (alte) Selbständige pflichtversichert, ohne daß hier ein klares Prinzip erkennbar ist. Juristisch, d. h. verfassungsrechtlich, ist der Gesetzgeber aber nicht verpflichtet, alle kleinen Selbständigen – etwa nach der Höhe des Einkommens – sozialversicherungspflichtig zu machen, sondern er kann andere Kriterien wählen. Schon die Kommission »Fortentwicklung der Rentenversicherung« der vorigen Bundesregierung hatte 1997 eine entsprechende Erweiterung der Rentenversicherungspflicht vorgeschlagen. Zur Abgrenzung der Versicherungspflicht wurde neben den beiden jetzigen Kriterien allerdings noch das vierte Kriterium des alten § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 (kein Auftreten am Markt) empfohlen.⁴⁰

Da hier die Schutzbedürftigkeit bestimmt wird, zwar auch, aber nicht überwiegend mit dem Ziel, das System der Sozialversicherungspflicht von Arbeitnehmern zu flankieren, empfahl die Kommission, die Kennzeichnung der Gruppe der neuen sozialversicherungspflichtigen Selbständigen als »arbeitnehmerähnlich« zu streichen. Der Gesetzgeber hat dies auch getan und damit die eigenständige Bedeutung der Bestimmung der Versicherungspflicht in § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI betont.⁴¹

Aber die Probleme, nur eine Teillösung der Sozialversicherungspflicht von Selbständigen getroffen zu haben, sind offensichtlich. Letztlich bleibt die Rentenversicherungspflicht die Ausnahme. Da zu Beginn einer selbständigen Tätigkeit zwar die beiden Kriterien der Rentenversicherungspflicht oft erfüllt sein werden, im weiteren Verlauf aber entfallen können, sollte der »Ausnahmetatbestand« Rentenversicherungspflicht nicht in einen noch gar nicht absehbaren Entwicklungsprozeß eingreifen. Dies gilt vor allem für Neugründer, denen die Neuregelung deshalb eine Befreiungsmöglichkeit für die ersten drei Jahre gab (§ 6 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 SGB VI). Um flexibel zu sein und gleichzeitig Mißbrauch zu verhindern, gewährt die Neuregelung die Befreiungsmöglichkeit auch für eine zweite Neugründung. Zudem mußte jenen

39 Buchner, DB 1999, 146, 149 ff.; ders., DB 1999, 2514, 2517.

40 Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Vorschläge der Kommission »Fortentwicklung der Rentenversicherung«, Ohne Jahr (1997), S. 20, unter III, 1 am Ende.

41 Diesen Zusammenhang verkennt die Kritik von Buchner, DB 1999, 2514, 2517.

Selbständigen Vertrauensschutz gewährt werden, die nach einer langen Tätigkeit als »echte« Selbständige im Sinne eines allmählichen Ausscheidens aus dem Erwerbsleben ihre Aktivitäten zurückfahren und nun plötzlich die Kriterien der Rentenversicherungspflicht erfüllen, jetzt aber keine hinreichende gesetzliche Versorgung erwerben können. Die Neuregelung gibt hier mit dem 58. Lebensjahr eine eigene Befreiungsmöglichkeit (§ 6 Abs. 1a S. 1 Nr. 2 SGB VI).

III. Die Notwendigkeit eines neuen Ansatzes

Die bisherigen Ansätze der alten und der neuen Regierungskoalition beschränkten sich darauf, die »Scheinselbständigkeit« zu bekämpfen. Dies ist nicht ausreichend, weil es immer eine Grauzone der »Scheinselbständigkeit« geben wird, so lange ArbeitnehmerInnen solche Beschäftigung bereitwillig oder auch gegen ihren Willen aufnehmen. Gegen die neue Regelung zur Scheinselbständigkeit in § 7 Abs. 4 SGB IV werden auch schon wieder Umgehungsstrategien propagiert.⁴²

Deshalb ist der Ansatz der Dieterich-Kommission, die Feststellung der ArbeitnehmerInneneigenschaft verfahrensrechtlich zu erleichtern, zwar notwendig, aber nicht ausreichend. Eine Lösung gibt es nur, wenn der klassische deutsche Weg verlassen wird, Arbeit ausschließlich in der Form abhängiger Beschäftigung sozial zu sichern. Wie die abhängige Arbeit im Arbeitsrecht muß auch die selbständige Arbeit im allgemeinen Vertragsrecht besser geschützt und muß ein System der sozialen Sicherheit für die »neuen Selbständigen« aufgebaut werden. Zu vermeiden ist, daß neue hohe Schwellen, ausgrenzende Definitionen von Mitgliedschaften etc. geschaffen werden.

1. Weitere Maßnahmen gegen die Scheinselbständigkeit

a. Gruppenbildung und klarere Bezeichnung Versicherungspflichtiger

Um die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft von Einzelfallentscheidungen weg zu bringen und berechenbarer zu machen, haben Bundesarbeits- und Bundessozialgericht in den letzten Jahren vermehrt »Gruppen« abhängig Beschäftigter gebildet.⁴³ Bei ihnen geht die Rechtsprechung davon aus, daß die Tätigkeiten in der Regel von Arbeitnehmern wahrgenommen werden. Solche Gruppen sind z. B. Personen, die in der Regel nur für einen Auftraggeber arbeiten als Tankwarte, Pflegekräfte, nicht programmgestaltende Mitarbeiter in den Medien, LKW-Fahrer ohne die Dispositionsspielräume von Frachtführern, Volkshochschuldozenten in Kursen, die zu allgemeinen Schulabschlüssen führen und deren Lehrpläne dementsprechend von der Kulturbürokratie minuziös geregelt sind, Personen in einfachen, untergeordneten Tätigkeiten.

Dennoch bleibt diese Rechtsprechung auf den Einzelfall bezogen und ist für die Sozialverwaltung schwer handhabbar. Deshalb sollte die Gruppenbildung aufgegriffen und mit normativer Autorität versehen werden. Im britischen Sozialversicherungssystem legt eine Verordnung der Regierung bestimmte Personengruppen fest,

42 Hohmeister, NZS 1999, 213 ff.; Reiserer/Biesinger, BB 1999, 1006 ff.

43 Vgl. die Übersichten bei Reiserer, BB 1998, 1260 ff.; Petersen/Höpfner, Die Angestelltenversicherung 1997, 65 ff., sowie Leitlinien der Spitzerverbände der Sozialversicherungsträger v. 16. 6. 1999 Anlage 4.

bei denen es sich automatisch um abhängig Beschäftigte handelt (Reinigungskräfte, Lektoren, Lehrer, Geistliche etc.).⁴⁴ Ähnlich verfährt Frankreich,⁴⁵ wo z. B. alle Journalisten, die auf Honorarbasis arbeiten, alle Künstler, Schauspieler und Autoren, Personen, die gegen Entgelt in ihrer Wohnung fremde Kinder betreuen, Gepäckträger etc. kraft Gesetz in das allgemeine Sozialversicherungssystem eingegliedert sind, und zwar unabhängig davon, ob sie abhängig Beschäftigte oder Selbständige sind oder wie hoch ihr Einkommen ist.

Ein solches *System der Typenbildung und Pauschalierung* ist gerechtfertigt,⁴⁶ da es Mißbrauch vermeiden hilft und da es für jene Tätigkeiten gilt, für die grundsätzlich von einer sozialen Schutzbedürftigkeit auszugehen ist (z. B. Verkaufsfahrer von Tiefkühlketten, Ein-Mann-LKW-Fahrer, Reinigungskräfte etc.). Solche Typenkataloge sind dem deutschen Recht auch nicht fremd, wie z. B. der in § 18 EStG zur Umschreibung der »freien Berufe« oder der Katalog von Typen künstlerischer Tätigkeiten in der Künstlersozialversicherung.⁴⁷ Sie sind aber nicht ausreichend.⁴⁸ Denn sie sind auf spezifische Personengruppen bezogen, führen also zu Abgrenzungsproblemen, und müssen immer wieder an die Entwicklung angepaßt werden.

b. Kontrolle und Durchsetzung

Schon die vorherige Bundesregierung hatte versucht, die Durchsetzung der Sozialversicherungspflicht zu effektivieren. Bis 1999 war die Kontrolle der Sozialversicherungspflicht allein Aufgabe der Krankenkassen, die seit 1993 verstärkt in Konkurrenz untereinander stehen und den Unternehmen oft eng verbunden sind, so daß mit einigem Recht vermutet worden war, sie würden die Unternehmen nur lasch kontrollieren.⁴⁹ Seit dem 1. 1. 1999 sind die Rentenversicherungsträger ausschließlich für die Kontrolle des Beitragseinzugs gem. 28p SGB VI zuständig geworden. Dies dürfte der Kontrolle mehr Biß gegeben und auch zu dem Unmut über das Korrekturgesetz von 1999 beigetragen haben. Durch eine Änderung der Gewerbeordnung (§ 14 Abs. 5 Nr. 7) erhalten die Kontrollbehörden neuerdings alle Gewerbeanmeldungen.⁵⁰ Die Angaben über die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer und Art sowie Gegenstand des Betriebes lassen auch Rückschlüsse auf eventuelle »Scheinselbständigkeit« zu. Zwar müssen Betriebsprüfungen alle 4 Jahre stattfinden (§ 20p SGB IV), können aber nicht umfassend sein, sondern müssen sich auf Stichproben beschränken.⁵¹ Besonders problematisch ist auch, daß »Ein-Mann-Betriebe«, die keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen, von den Sozialversicherungsträgern keine Betriebsnummer erhalten und EDV-technisch nicht registriert sind. Auch erfaßt die Prüfung der Unternehmen nach der Beitragsüberwachungsverordnung (§ 6) zwar seit 1996⁵² den ganzen Bereich des Rechnungswesens, insbesondere die Lohn- und Gehaltsabrechnung. Aber um

⁴⁴ Social Security Contributions and Benefits Act 1992 Schedule 1 und Schedule 1 para 1–5 Social Security (Categorisation of Earners) Regulations 1978 No. 1968.

⁴⁵ Code de la Sécurité sociale Art. L 311–3. Zu den bisher gescheiterten Reformen, eine universelle Krankenversicherung zu schaffen: Droit Social, Le plan Juppé III, No. 9/10 1997 sowie Kaufmann, Sozialer Fortschritt 1997, 3 ff.

⁴⁶ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Typisierungen und Pauschalierungen gerade im Sozialrecht und bei der Einbeziehung in die Systeme des sozialen Schutzes: D. Merten, Verfassungsprobleme bei Ausweitung der Sozialversicherungspflicht, in: 8. Speyerer Sozialrechtsgespräch, »Ausweitung der Sozialversicherungspflicht«?, 1998, 65 ff.

⁴⁷ Leitlinien der Spaltenverbände der Sozialversicherungsträger v. 16. 6. 1999, Anlage 1.

⁴⁸ Positiv-kritische Einschätzung auch bei Steinmeyer, ZfS 1996, 380 ff.

⁴⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung zur Einführung der Prüfkompetenz der RV BT-Drs. 13/1203 S. 6.

⁵⁰ Gesetz v. 23. 11. 1994, BGBl I 1475.

⁵¹ Vgl. auch die skeptische Einschätzung in der Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im BMA, BT-Drs. 13/7305 S. 16.

⁵² Verordnung v. 30. 5. 1996, BGBl I 728.

mißbräuchliche Fälle der »Scheinselbständigkeit« aufzudecken, wäre es notwendig, Einblick in die Dienst- und Werkverträge, in die gesamte Auftragsabwicklung und Geschäftskorrespondenz nehmen zu können.

Ohne eine Erweiterung der Kontrollbefugnisse und des Personals der Kontrollbehörden sowie des Rhythmus der Kontrolle gerade auch bei kleinen und mittleren Betrieben wird sich das Dunkelfeld der »Scheinselbständigkeit« auch nach den jüngsten Änderungen kaum wirklich eindämmen lassen. Für diejenigen, die auch hier auf Deregulierung und Privatisierung setzen wollen, ein Vorschlag: Wenn die Feststellung der Gebührenpflicht zu den Rundfunkanstalten oder die Vermittlung Langzeitarbeitsloser in Arbeit durch Private auf der Basis von Erfolgshonorar erledigt wird, warum versucht man dies Modell nicht auch bei der Durchsetzung der Versicherungspflicht?

2. Der Einbezug aller Selbständigen in die soziale Sicherung

Die Auflösung der sozioökonomischen und rechtlichen Abgrenzungen zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit wird anhalten. Auf Dauer kann die Sozialpolitik nicht gegensteuern und die »neuen Selbständigen« in den Bereich der abhängig Beschäftigten zurückholen. Das ist schon bei jenen schwierig, die als »Scheinselbständige« eigentlich Arbeitnehmer sind. Die Sozialpolitik muß sich vielmehr intensiver damit auseinandersetzen, wie sie diese neue Selbständigkeit adäquat absichert. Das Ergebnis kann immer nur eine Vielfalt an Formen zwischen dem klassischen Arbeits- und Sozialschutz durch Arbeitsrecht und Sozialversicherung einerseits und der völligen Freiheit von staatlicher Intervention und Schutz andererseits sein.

Noch einmal sei betont, daß die Fixierung des sozialen Schutzes im Arbeits- und Sozialrecht auf ArbeitnehmerInnen dazu führt, daß die Schwelle zwischen ihnen und den Selbständigen extrem hoch ist. Solange für die Arbeitgeber die neue Selbständigkeit eine »billigere« Alternative ist, mit der sie die Last der sozialen Sicherheit auf die Beschäftigten abwälzen können, werden sie zunehmend mehr diese Option wählen, evtl. sogar dann, wenn sie ansonsten kaum vorteilhafter als Lohnarbeit ist. Ein flexibles Schutzsystem muß solche »Umgehungsgewinne« verhindern, gleichzeitig aber gegenüber einer wirtschaftlich sinnvollen und von beiden Seiten gewollten Wahl selbständiger Erwerbsarbeit neutral sein, sie unabhängig von der Form dann schützen, wenn sie schutzbedürftig ist.

Zudem ist die Schwelle des sozialen Schutzes und der gesamte Block der »sozialen Kosten« für die Unternehmer besonders hoch, solange Arbeits- und Sozialrecht eng verbunden bleiben. Eine Entkoppelung würde beide Schutzsysteme bei der Absicherung der Selbständigen entlasten und differenziertere Lösungen ermöglichen.

a. Vom Arbeitnehmerschutz zum Arbeitsschutz

Daß auch für Selbständige mehr »Arbeitsschutz« zu entwickeln ist, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Handelsvertreterentscheidung von 1990 betont.⁵³ Es hat aus der Garantie der Berufsfreiheit in Art. 12 GG das Gebot des Staates abgeleitet, den wirtschaftlich abhängigen, persönlich aber selbständigen Handelsvertretern, die also keine ArbeitnehmerInnen sind, einen Mindestschutz zu gewähren. Auch gilt z. B. der Gesundheitsschutz gem. § 618 BGB nicht nur für Arbeitnehmer, sondern für alle

53 BVerfGE 81, 242 Allg. dazu Linnenkohl, BB 1998, 45 ff.

Dienstverpflichteten⁵⁴, und bezieht sich das Arbeitsschutzrecht auf alle in einem Betrieb Beschäftigte (z. B. § 2 ArbSchG), was auch die »arbeitnehmerähnlichen Personen« i. S. d. § 5 ArbGG umfaßt.⁵⁵ Teilregelungen gibt es für selbständige Handelsvertreter in §§ 84 ff. HGB.

Das Arbeitsrecht knüpft seine Schutzwirkung an zwei Aspekte an: (1) an die existentielle Angewiesenheit des Arbeitnehmers auf den Verkauf seiner Arbeitskraft und (2) an die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber und die Einordnung des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers, den Betrieb und die Arbeitsorganisation. Dies spiegelt sich auch in der Bildung des Begriffs Arbeitnehmer wider.⁵⁶

Bei den »neuen Selbständigen« verlangt der erste Aspekt staatliche Intervention, während der zweite so stark flexibilisiert ist, daß er sich einer allgemeinen rechtlichen Regelung entziehen wird und die traditionellen autonomen Instrumente des Arbeitsrechts (Tafisvertrag, Mitbestimmung) ihn schwer erreichen können. Wegen der Auflösung der klassischen, räumlich-gegenständlichen Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und Betrieb durch die neuen Kommunikationstechniken und Organisationsformen ist es sicherlich gerechtfertigt, den personellen Bereich des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats neu zu definieren und z. B. »arbeitnehmerähnliche Personen« auch in den Schutz der betrieblichen Mitbestimmung einzubeziehen.⁵⁷ Auch ist in Vergessenheit geraten, daß Art. 9 Abs. 3 GG, das Grundrecht der gewerkschaftlichen Betätigung, »jedermann« gewährt ist und auch die Regelung der »Wirtschaftsbedingungen« schützt, also z. B. »arbeitnehmerähnlichen« zusteht, was jetzt schon § 12a TVG regelt.⁵⁸ Allerdings hängt die Wahrnehmung dieses Grundrechts von der Durchsetzungsfähigkeit der Koalitionen im Bereich neuer Selbständigkeit ab. Und daran mangelt es.⁵⁹ Deshalb ist ein sehr viel höheres Maß an staatlich flankierender Regelung notwendig, wie es jetzt z. B. »halboffiziell« für ein System von kollektiven Gesamtverträgen zwischen den Verbänden der Urheber und der Verwerter mit dem Recht auf Verhandlung und Anrufung einer Schiedsstelle vorgeschlagen wird.⁶⁰ Schließlich ist das neue Datenschutzrecht sehr viel stärker auch auf den Schutz der »neuen Selbständigen« anzupassen, die oft über die neuen Kommunikationstechniken permanent an ihre Auftraggeber gebunden sind. Das Problem bleibt allerdings, daß die Arbeitsbedingungen der »neuen Selbständigen« zu verschieden sind und es deshalb schwer ist, für sie einen allgemeinen Arbeitsschutz zu entwickeln.

In gleichem Maße wie ArbeitnehmerInnen sind die Selbständigen sozial und ökonomisch schutzbedürftig, wenn ihre Arbeitskraft ausfällt. Die Sicherung gegen Risiken der Abhängigkeit vom Verkauf der Arbeitskraft ist weitgehend aus dem Arbeitsverhältnis ausgelagert und dem System der sozialen Sicherheit übertragen. Die Hauptlast der Absicherung »neuer Selbständiger« wird also bei den Systemen der sozialen Sicherheit liegen.

⁵⁴ Rieble, ZfA 1998, 341 ff.; Appel/Frantzioch, AuR 1998, 96 ff.

⁵⁵ Vgl. Kittner/Pieper, Arbeitsschutzrecht 1999, § 2 ArbSchG Rz. 12.

⁵⁶ Boemke, ZfA 1998, 285 ff.; Steinmeyer, ZfS 1996, 348 ff.

⁵⁷ Vgl. Plander, DB 1999, 330 ff.

⁵⁸ Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. 1997, § 12a Rz. 3.

⁵⁹ Böhret und Offermann/Vanselow, Mitbestimmung 11/1999, 45 ff., 48 ff.

⁶⁰ Vorschlag einer Gruppe von Professoren und Richtern auf Anregung des BMJ für einen Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern v. 22. 5. 2000, im Internet unter www.bmj.bund.de/ggv/entwurf.pdf, dort zu § 36 UrheberwahrnehmungsG, S. 7, 32 ff.

b. Der Einbezug aller Selbständigen in die Sozialversicherung

In der Europäischen Gemeinschaft ist die Bundesrepublik fast das einzige Land, das die Selbständigen, insbesondere die »neuen Selbständigen«, nur sehr lückenhaft in die Grundsysteme der sozialen Sicherung einbezogen hat.⁶¹ In dem Überblick über die Entwicklung der sozialen Sicherung in der EU im Jahre 1999 heißt es: »Die in einigen Mitgliedstaaten traditionelle Trennung zwischen Regelungen der Arbeitnehmer und denen der Selbständigen verblasst in zunehmendem Maße«.⁶² Auch von offizieller Seite, wie dem Präsidenten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, wird intensiv diskutiert, die Selbständigen in die Rentenversicherung einzubeziehen.⁶³ Viele europäische Staaten haben »Staatsbürgersysteme«, die alle Bürger unabhängig von ihrem Erwerbsstatus absichern. In den skandinavischen Ländern, Großbritannien/Irland und fast allen südeuropäischen Ländern gibt es eine solche Staatsbürgerversorgung in der Krankenversicherung als »nationaler Gesundheitsdienst«.⁶⁴ In der Absicherung des Alters und der frühzeitigen Erwerbsunfähigkeit gibt es reine Staatsbürgerversorgungssysteme oder eine allgemeine, alle Erwerbstätigen erfassende Sozialversicherung (»Beveridge«-Systeme) in Skandinavien, den Niederlanden und Großbritannien sowie Irland. Aber auch die anderen Länder haben ihre Altersversorgung meist auf Selbständige ausgedehnt, in Südeuropa, Frankreich und Belgien über umfangreiche Sondersysteme für Selbständige,⁶⁵ die zunehmend angeglichen werden.⁶⁶ Selbst Österreich mit einem dem deutschen vergleichbaren Sozialversicherungssystem hat seit 1996 in mehreren Anläufen die »neuen Selbständigen« in die gesetzliche Pensions- und Krankenversicherung einbezogen.⁶⁷

Der Aufbau einer sozialen Sicherung für die »neuen Selbständigen« stellt das deutsche Sozialversicherungssystem zwar vor schwierige, aber lösbare Probleme.

Die Umschreibung des zu schützenden Personenkreises: Die bisherigen Lösungen für Selbständige erfaßten immer klar nach beruflichen Kriterien abgegrenzte Gruppen. Bei den »neuen Selbständigen« geht dies nicht mehr, da sie in allen möglichen beruflichen Feldern arbeiten. Die »neue Selbständigkeit« ist genauso unspezifisch-allgemein wie ihr Gegenstück, die abhängige Beschäftigung als ArbeitnehmerIn. Die zu schützende Gruppe muß also nach allgemeinen Kriterien definiert werden, und sie wird damit potentiell alle Selbständigen erfassen, für die es keine eigenen Systeme gibt.

Die österreichischen Erfahrungen zeigen, daß einzelne, besonders schutzbedürftige Gruppen von Selbständigen nur sehr schwer abgegrenzt werden können.⁶⁸ So hatte man zuerst nur jene Selbständige in die Sozialversicherung einbezogen, die dauerhaft in Beziehung zu einem Auftraggeber stehen (z. B. Softwareentwicklung, Beratung und Betreuung, freie Mitarbeiter in den Medien). Um Umgehungsmöglichkeiten zu

61 Vgl. Laroque, Sozialschutz der Selbständigen in Europa, in: IVSS und CANAM (Hrsg.), Soziale Sicherheit und die Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit außerhalb der Landwirtschaft, Genf 1998, 135 ff. sowie den Bericht von U. Petersen, Europäische Regionaltagung in Paris, DAngVers 1998, 93 ff. Vgl. auch den Bericht der Kommission der EU V/175/90 – EN – A. De Reus/E. Coenen/A. Elzinga, Social Protection of Self-Employed Worker and Helper-Spouses, Final Report, 1989.

62 Kessler, Das Jahr des Nachdenkens, in: Europäische Kommission/MISSOC, Entwicklung der Sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten: Berichte der Korrespondenten, 1999, 3, 6.

63 Rische, Soziale Sicherheit 1999, 382, 386.

64 MISSOC, Entwicklung der Sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten, 1999, 143; Mills u. a., Health System Decentralization, Genf 1990; Knieps, Gesundheit und Gesellschaft, 1998, 40 ff.

65 Als Beispiel der Überblick über die französischen Sondersysteme der Altersversorgung für Selbständige bei Kaufmann, Die Angestelltenversicherung 1997, 430 ff. sowie Zaquin/A. Le Vigan, Protection sociale des non-salariés, Liaisons sociales, Paris Feb. 1997, 7 ff.

66 Kessler (Fn. 62), 6.

67 Zu diesen Reformen vgl. J. Wöss, Soziale Sicherheit, 1998, 49 ff.; Tomandl, Festschrift H. F. Zacher, 1998, 1117 ff.; ders., Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Wien 1998, 9 ff.

68 Tomandl, ebd.

verhindern, mußte man dann aber auch jene erfassen, die noch andere Auftraggeber haben, aber überwiegend von einem Auftraggeber abhängen, oder solche, deren Auftragsverhältnis in mehrere Aufträge oder Werkverträge aufgespalten ist. Wegen unvermeidlicher Abgrenzungsprobleme setzte sich dann die Lösung durch, alle Selbständigen ab einem bestimmten Jahreseinkommen versicherungspflichtig zu machen.

Beschreibt man den Kreis der Versicherungspflicht so allgemein, läßt sich aber kein »Arbeitgeber« mehr finden, den man mit der einen Hälfte des Beitrags belasten kann. Schon die Lösung in der Künstlersozialversicherung zeigt ja, daß dies nicht möglich ist und nur eine allgemeine Umlage der »Vermarkter« bzw. Auftraggeber in Frage kommt.

Differenzierung nach Schutzbedürftigkeit: Evenwell kann man auch nach Schutzbedürftigkeit differenzieren und Selbständige aus der Sozialversicherungspflicht herausnehmen, die ein bestimmtes Einkommen überschreiten. Allerdings sollte man dann nicht wieder den Fehler machen, den man in der Krankenversicherung bei den abhängig Beschäftigten gemacht hat, die die Versicherungspflichtgrenze überschritten. Sie haben das Wahlrecht, in der Pflichtversicherung zu bleiben oder sich privat zu versichern. Damit können sie ihren Versicherungsschutz optimieren. So bleiben sie zu Lasten der Pflichtversicherten dann in der Sozialversicherung, wenn sie viele Angehörige mitversichern können, was in der Privatversicherung zu teuer käme. Die freiwillig versicherten Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung haben deshalb fast doppelt so viele mitversicherte Familienmitglieder wie vergleichbare Pflichtversicherte.⁶⁹ Und dies geht zu Lasten der Pflichtversicherten, die solche Wahlfreiheit nicht haben.⁷⁰ Will man überhaupt eine Versicherungspflichtgrenze einführen, sollte man deshalb die Selbständigen automatisch ab einem bestimmten Einkommen aus der öffentlichen Pflichtversicherung aussteuern, wie es in der niederländischen sozialen Krankenversicherung geschieht. Sozial vertraglich ist dies dann, wenn gleichzeitig die Privatversicherung verpflichtet ist, für besonders Risikobehaftete und Familienmitglieder noch annehmbare Versicherungs- und Beitragsbedingungen anzubieten. Dies wird wiederum nicht ohne eine soziale Regulierung der privaten Pflichtversicherung möglich sein, wie sie jetzt schon in der privaten Pflegeversicherung existiert (§§ 110/111 SGB XI).

Die Art der Einbeziehung kann sehr vielgestaltig sein:

- Öffentliche Zwangsversicherungssysteme, wie die bisherige deutsche Sozialversicherung, oder private Pflichtversicherungen wie die niederländische Krankenversicherung, etwa in dem Sinne, wie wir es für die private Haftpflichtversicherung bei Kraftfahrzeugen kennen (Versicherungspflicht; Festschreiben einer Mindestsicherung).
- Bei Einbeziehung in die Sozialversicherung können für Selbständige Sonder- systeme mit modifizierten Leistungen, niedrigeren Beitragssätzen etc. geschaffen werden oder sie können in die allgemeine Sozialversicherung integriert werden. Selbständige in die allgemeine Sozialversicherung einzubeziehen, hätte den Vorteil, daß sie auch von der sozialen Umverteilung innerhalb der allgemeinen Sozialversicherung profitieren oder zu ihr beitragen könnten. Sie hätten dann aber den ganzen Beitrag zu zahlen.

Finanzierung: Wegen der Schwierigkeit, einen »Arbeitgeber« dingfest zu machen, müssen die Selbständigen ihre Beiträge in voller Höhe allein tragen. Dadurch ver-

⁶⁹ A. B. und M. Pfaff, Festschrift für H. Lampert, 1995, 195 ff., 204.

⁷⁰ Insoweit auch skeptisch: W. Tegtmeier, in: 8. Speyerer Sozialrechtsgespräch, »Ausweitung der Sozialversicherungspflicht«? 1998, 81 ff., 102.

lieren die ArbeitnehmerInnen, nicht aber die Arbeitgeber, jeden Anreiz, ihre Tätigkeit in eine (schein-)selbständige Tätigkeit umzuwandeln. Um diese Beitragslast der »neuen Selbständigen« zu verringern und die Auftraggeber an ihr zu beteiligen, wäre zu überlegen, die Auftraggeber durch spezielle Steuern, einen Teil der Mehrwertsteuer oder Abgaben auf Werkverträge in die Finanzierung der Sozialversicherung der Selbständigen direkt oder über einen Fonds einzubeziehen, wie dies schon in der Künstlersozialversicherung praktiziert wird. Dabei muß der Anknüpfungspunkt für eine solche Abgabe möglichst nah an der Beschäftigung Selbständiger liegen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Künstlersozialversicherung den Spielraum für eine solche Abgabe zwar sehr weit gezogen, aber eine gewisse ökonomische und soziale Verbindung zwischen den Abgabepflichtigen und den zu schützenden Risiken verlangt.⁷¹

Abzudeckende Risiken und Leistungen: Man kann nur die wichtigsten oder man kann alle klassischen Risiken absichern, nämlich Krankheit, Alter und Erwerbsminderung, Arbeits- und Berufsunfall sowie Pflegebedürftigkeit. Man kann selbst einen Teil der Selbständigen in die Arbeitslosenversicherung einbeziehen, wie dies jüngst Schweden bei den Landwirten getan hat, die Arbeitslosengeld erhalten, wenn sie ihren Betrieb endgültig aufgeben.⁷² Man sollte die Mitgliedschaft zur Arbeitslosenversicherung aber auf jene Fälle beschränken, bei denen die Aufgabe der alten selbständigen Erwerbstätigkeit gut feststellbar ist. Da die »neuen Selbständigen« äußerst unterschiedlich in ihren Interessen sind, kann man sich auch auf eine Basissicherung für das Alter beschränken, wie schon jetzt die Sozialversicherung der Handwerker und der Landwirte in Deutschland Elemente einer »Grundversorgung« enthält. Ziel wäre, eine Mindestversorgung zu gewährleisten, die oberhalb der Sozialhilfe liegt, und die restliche Absicherung der privaten Vorsorge zu überlassen. Dies hat natürlich Auswirkung auf die anderen Komponenten des Systems. Es wäre kaum vereinbar mit einer Integration in die allgemeine gesetzliche Rentenversicherung des jetzigen Typs, die auch nach den anstehenden Änderungen nur wenig Elemente einer allgemeinen Grundversorgung hat.

Staatsbürgerversorgung/Grundversorgung: Eine Option kann hier nur sehr kurz und allgemein diskutiert werden. Natürlich bietet sich als allgemeine Lösung des Problems an, das deutsche System der Sozialversicherung stärker hin zu einer allgemeinen Staatsbürgerversorgung zu entwickeln. Ein solches System sichert alle und hat keine Abgrenzungsprobleme. Die bisher weitestgehenden Vorschläge sind solche einer allgemeinen Grundversorgung, negativen Einkommensteuer, Bürgergehalt etc.⁷³ So verlockend solche Vorschläge sind, so problematisch und schwierig ist ihre Umsetzung. Dies gilt schon für den Übergang von unserem System der Sozialversicherung, dessen Ansprüche im Kern ja durch die Eigentumsgarantie gesichert sein sollen und nicht einfach aufgegeben oder nivelliert werden können. Vor allem vergessen die Befürworter eines solchen Systemwandels aber, daß sich gerade die europäischen Systeme der allgemeinen Staatsbürgerversorgung zumindest in der Rentenversicherung immer stärker zu beitragsfinanzierten Systemen hin entwickeln.⁷⁴ Dahinter steht die große Anziehungskraft aller beitragsbezogenen Sozialversicherungssysteme. Sie basieren auf der klaren, weithin akzeptierten Gerechtigkeitsvorstellung von Leistung und Gegenleistung, wonach jeder – auch der Niedrigverdiener – möglichst viel zu seiner eigenen sozialen Sicherung beitragen soll.

71 BVerfGE 75, 108

72 Köhler, Sozialer Fortschritt 1997, 25 ff.

73 R. Hauser, Ziele und Möglichkeiten einer sozialen Grundsicherung, 1996 und Kaltenborn, Modelle der Grundsicherung: Ein systematischer Vergleich, 1995; ders., Gew. Monatshefte 1998, 587 ff.

74 Köhler, Die Angestelltenversicherung 1999, 78 ff.

Allerdings ist die Versicherungspflicht für alle »neuen Selbständigen« ein erster Schritt in die Richtung einer allgemeinen Volksversicherung. Sie verbaut nicht weitergehende Lösungen, sondern bereitet sie vor.

45

3. Senkung der Lohnnebenkosten durch Steuerfinanzierung

Die Schwellen im sozialen Schutz zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern werden auch dadurch abgebaut, daß die Lohnnebenkosten der sozialen Sicherung gesenkt werden. Erst zögerlich werden seit neustem die Beiträge zur Sozialversicherung dadurch gesenkt, daß die sogenannten versicherungsfreien Leistungen aus dem öffentlichen Haushalt finanziert werden (Mehrwertsteuererhöhung zur Steigerung des Bundeszuschusses zur Rentenversicherung) und aus der Ökosteuer ein Teil der Kosten der Sozialversicherung finanziert wird.

Sogleich stellt sich dann aber wieder die Frage nach der Gleichbehandlung. Weshalb sollen von diesen Subventionen nur die abhängig Beschäftigten in den klassischen Systemen der Sozialversicherung profitieren und nicht die ebenso schutzbedürftigen »neuen Selbständigen«? Je mehr die Sozialversicherung aus allgemeinen Steuermitteln finanziert wird, um so mehr muß sie auch allen Bürgern, und das heißt vor allem auch den Selbständigen, zugutekommen.

4. Einwände

Verteuert es ihre Arbeit, wenn die »neuen Selbständigen« in die allgemeinen Systeme der sozialen Sicherheit einbezogen werden, so daß die Nachfrage nach ihrer Arbeit zurückgeht? Bei der Beantwortung dieser Frage geht es einmal um prinzipielle Aspekte, die nicht oder nicht allein unter dem Blickwinkel des Marktes diskutiert werden dürfen: Welche Schutzstandards wollen wir für die »neuen Selbständigen« realisieren? Inwieweit wollen wir sie mit den abhängig Beschäftigten und vielen der alten Selbständigen gleich behandeln?

Viele der hier vorgeschlagenen Lösungen führen zudem nicht dazu, die Kosten für die Nachfrager selbständiger Arbeit zu erhöhen. Um »Unternehmungslustige« nicht abzuschrecken und ihre Investitionsbereitschaft in den ersten Jahren zu stärken, kann man überlegen, sie zu Beginn der Selbständigkeit mit geringeren Beiträgen zu beladen (bei ebenfalls geringeren Leistungen) und/oder Beiträge bis maximal zur Höhe des Durchschnittsverdienstes aller Versicherungspflichtigen zu erheben. Für die erstmals in der Rentenversicherung versicherungspflichtigen Selbständigen und arbeitnehmerähnlichen Selbständigen ist dies neuerdings gem. §§ 14 Abs. 4 SGB IV und §§ 162 Nr. 5 und 165 Abs. 1 SGB VI auch die Basis der Beiträge.

Schließlich ist zu bedenken, daß die Kosten der sozialen Sicherung Selbständiger immer anfallen. Es geht nur um die Verteilung dieser Kosten auf den Staat, die öffentlichen Systeme der sozialen Sicherung, die Privatversicherung, die Nachfrager nach selbständiger Arbeit und die individuellen Selbständigen selbst. Da man weiß, daß die bisherige Lösung, die soziale Sicherheit völlig den individuellen Selbständigen zu überlassen, weder für die Selbständigen selbst noch für das gesamte Gefüge der sozialen Sicherung optimal ist, muß man nach Alternativen suchen.