Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping

Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts

HSI-Schriftenreihe
Band 30

Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping

Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts

BUND
VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main
Herstellung: Kerstin Wilke
Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany 2020
ISBN 978-3-7663-6932-1

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Geleitwort

Das nachfolgende Werk stellt das Ergebnis eines dreijährigen, von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten, Forschungsprojekts dar, das unter der Leitung von Prof. Dr. Olaf Deinert und unter weiterer Beteiligung der Autorinnen Elena Maksimek und Amélie Sutterer-Kipping durchgeführt wurde.

Ausgangspunkt des Projekts war der Umstand, dass das funktional eng miteinander verwobene Arbeits- und Sozialrecht oftmals nicht nur nicht aufeinander abgestimmt ist, sondern darüber hinaus zuweilen gegenläufige Anreize setzt. Das Ziel des Projekts bestand darin, Widersprüche zwischen den Regelungen beider Rechtsgebiete aufzudecken, um sodann gesetzessystematisch passgenaue Lösungen dieser Widersprüche aufzuzeigen. Hierbei nahmen die Autor*innen exemplarisch Regelungsbereiche in den Blick, die eine hohe gesellschaftliche Relevanz haben.

Das Ergebnis der Arbeit ist eine Fülle an Handlungsvorschlägen, wie die beiden formal getrennten Gebiete des Arbeits- und Sozialrechts in der Gesetzgebung sowie unter Beteiligung der Tarifvertragsparteien stärker aufeinander abgestimmt werden können. Daneben werden auch der Rechtsprechung Hinweise zur systemkonformen Weiterentwicklung des Rechts an die Hand gegeben.

Das von der Forschungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung finanzierte und begleitete Projekt wurde in die Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts aufgenommen, um die dem Werk gebührende Aufmerksamkeit auch in der juristischen Fachwelt zu erhalten. Die Autor*innen zeigen anhand einer Vielzahl an aufgedeckten Fehlsteuerungen, wo es einer besseren Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht bedarf und geben Handlungsempfehlungen.

Wir gehen davon aus, dass das vorliegende Werk die rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Diskussion um die Weiterentwicklung des Arbeits- und Sozialrechts befördern wird und wünschen eine anregende Lektüre.

Dr. Dorothea Voss
Leiterin der Forschungsförderung
der Hans-Böckler-Stiftung

Dr. Johanna Wenckebach
Leiterin Hugo Sinzheimer Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Vorwort

Immer wieder gibt es Klagen aus der Praxis, aber auch von Interessenverbänden und aus der Wissenschaft, dass Arbeits- und Sozialrecht nicht immer gut aufeinander abgestimmt seien. Das dürfte oftmals darauf beruhen, dass Gesetzgebung insoweit nicht aus einem Guss erfolgt, sondern häufig tagespolitischen Bedürfnissen entspricht und nicht selten Ergebnis von Koalitionskompromissen ist, die oftmals der sachlich besten Lösung entgegenstehen dürften. Auch mögen bisweilen unterschiedliche Ressortzuständigkeiten zwischen BMAS und BMG eine Ursache sein.

Im vorliegenden Werk wollen wir der Frage von Reibungsverlusten solcher Art spezifisch auf drei Feldern nachgehen, die die aktuelle rechtswissenschaftliche Diskussion beherrschen: atypische Beschäftigungen, diskontinuierliche Erwerbsbiografien sowie erodierende Tarifautonomie. Dazu wurden rechtspolitische Vorschläge erarbeitet, wie der rechtspolitischen Gesamtkonzeption besser entsprochen werden kann. Dabei geht es uns nicht darum, immer Vorschläge für die unseres Erachtens optimale Gesetzgebung zu unterbreiten, sondern um die Frage, wie ein sich kraft höherrangigen Rechts oder gesetzlicher Ausgestaltung ergebendes rechtspolitisches Ziel besser verwirklicht werden kann, als dies nach derzeitiger Rechtslage der Fall ist. Überwiegend betrifft dies die Gesetzgebung, teilweise sind aber auch Vorschläge an die Rechtsprechung adressiert.

Dieses Buch ist das Ergebnis eines über zwei Jahre währenden Forschungsprojektes am Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Die Hans-Böckler-Stiftung hat das Projekt finanziell großzügig unterstützt, wofür wir an dieser Stelle herzlich danken möchten. Ferner gilt unser Dank dem Team des Hugo-Sinzheimer-Instituts für Arbeitsrecht, das das Projekt von der Antragstellung bis zur Drucklegung engagiert unterstützt hat. Darüber hinaus möchten wir den Mitgliedern des Projektbeirates für kritische Nachfragen und konstruktive Hinweise zum Forschungsdesign ebenso danken wie für ihre Teilnahme an einem Projektworkshop im November 2018. Bei Letzterem haben wir unsere vorläufigen Ergebnisse vorgestellt. Professor Dr. *Raimund Waltermann*, dem wir an dieser Stelle ebenfalls herzlich danken möchten, hat diese kritisch kommentiert und damit die Diskussion mit Mitgliedern des Projektbeirats eröffnet.

Im Anschluss haben wir das endgültige Manuskript fertiggestellt. Wir hoffen, dass die Ergebnisse in die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion Eingang finden.

Göttingen und Paris im Februar 2019

Olaf Deinert, Elena Maksimek und Amélie Sutterer-Kipping

Inhaltsübersicht

Geleitwort 5

Vorwort 7

1. Einführung 21

2. Atypische Beschäftigung 24

2.1 Teilzeitarbeit 25
2.1.1 Rechtspolitisches Leitbild der Teilzeitarbeit 25
2.1.2 Historische Entwicklung 29
2.1.3 Vor- und Nachteile der Teilzeitarbeit 31
2.1.3.1 Für den Arbeitgeber 31
2.1.3.2 Für den Arbeitnehmer 34
2.1.4 Arbeitsrechtlicher Rahmen der Teilzeitarbeit 35
2.1.4.1 Definition und Erscheinungsformen 35
2.1.4.2 Die Arbeitsbedingungen im Grundmodell der Teilzeitarbeit 36
2.1.4.2.1 Gleichbehandlung 36
2.1.4.2.2 Veränderung der Arbeitszeit 37
2.1.4.2.3 Kündigungsverbot 41
2.1.4.3 Arbeit auf Abruf (KAPOVAZ) 41
2.1.4.4 Jobsharing 44
2.1.4.5 Andere Teilzeitarbeitsverhältnisse nach weiteren Vorschriften 46
2.1.4.5.1 Pflegeteilzeit nach dem Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeit nach dem Familienpflegezeitgesetz 46
2.1.4.5.2 Elternteilzeit gemäß § 15 Abs. 5, 7 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz 48
2.1.4.5.3 Altersteilzeit 50
2.1.4.5.4 Teilzeitbeschäftigung von Schwerbehinderten, § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX 53
2.1.4.6 Reformbestrebungen 53
2.1.4.6.1 EU-Vereinbarkeitsrichtlinie 53

2.1.4.6.2 Richtlinie transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen ... 56
2.1.5 Tatsächliche Folgen ... 56
2.1.5.1 Bedeutung der Teilzeitarbeit ... 56
2.1.5.2 Sonderfall Mehrfachbeschäftigungen ... 58
2.1.5.3 Einfluss von Basiselterngeld, Elterngeld Plus und Partnerschaftsbonus ... 60
2.1.5.4 Inanspruchnahme von Darlehen bei Pflegezeit und Familienpflegezeit ... 62
2.1.5.5 Konsequenzen des Auslaufens der sozialrechtlichen Förderung der Altersteilzeit ... 63
2.1.5.6 Die Arbeitszeitschere zwischen den Geschlechtern ... 64
2.1.5.6.1 Diskrepanz zwischen tatsächlicher und gewünschter Arbeitszeit ... 67
2.1.5.6.2 „Part time wage penalities“ und Vernarbungseffekte ... 70
2.1.6 Sozialrechtliche Konsequenzen der Teilzeitarbeit ... 71
2.1.6.1 Schutz Teilzeitbeschäftigter in der Sozialversicherung ... 71
2.1.6.2 Auswirkungen ... 73
2.1.6.2.1 Anspruch auf Arbeitslosengeld ... 73
2.1.6.2.2 Altersversorgung ... 78
2.1.6.2.3 Elterngeld während Elternteilzeit ... 82
2.1.6.2.4 Entgeltersatzleistungen bei Nebenbeschäftigungen im Übrigen ... 83
2.1.7 Entwicklung eines kohärenten Ansatzes de lege ferenda ... 84
2.1.7.1 Konzepte, Überblick ... 84
2.1.7.2 Kritische Analyse des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts ... 85
2.1.7.2.1 Brückenteilzeit ... 85
2.1.7.2.2 Arbeitszeitverlängerung ... 87
2.1.7.2.3 Erörterungspflicht hinsichtlich Dauer und der Lage der Arbeitszeit ... 87
2.1.7.2.4 Arbeit auf Abruf ... 90
2.1.7.3 Teilarbeitslosengeld ... 92
2.1.7.4 Rentenlücken schließen ... 95
2.1.7.4.1 Teilzeit zu Erziehungszwecken ... 96
2.1.7.4.2 Teilzeit zu Pflegezwecken ... 98
2.1.7.4.3 Teilzeit aus sonstigen familiären Gründen ... 100
2.1.7.4.4 Bildungsteilzeit ... 101

2.1.7.4.5 Unfreiwillige Teilzeitarbeit ... 101
2.1.7.4.6 Freiwillige Teilzeitarbeit zu sonstigen Zwecken ... 102
2.1.8 Zusammenfassung ... 102
2.2 Geringfügige Beschäftigung ... 104
2.2.1 Historische Entwicklung ... 107
2.2.2 Ein deutsch(-österreichisch)er Sonderweg ... 110
2.2.3 Sozialpolitisches Leitbild ... 113
2.2.4 Rechtspolitischer Zweck der Sonderregeln für geringfügig Beschäftigte ... 114
2.2.5 Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ... 116
2.2.6 Tatsächliche Folgen ... 118
2.2.6.1 Brückenfunktion in ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis ... 119
2.2.6.2 Bildung von Randbelegschaften ... 121
2.2.6.3 Verfestigung tradierter Rollenteilung der Geschlechter ... 121
2.2.6.4 Abgabenbegünstigung im Konflikt mit Privat- und Sozialrecht ... 123
2.2.6.4.1 Konflikt mit Privatrecht ... 123
2.2.6.4.2 Konflikt mit Sozialrecht ... 130
2.2.7 Der Mindestlohn als unzureichende Lösung ... 137
2.2.8 Lösungsansätze bei Erhalt des Konzepts geringfügiger Beschäftigung ... 139
2.2.8.1 Fachkräftesicherung durch Nutzung bestehender Qualifikationen und gezielte Qualifizierung ... 139
2.2.8.2 Einbeziehung tariflicher Lösungsansätze zur sozialen Absicherung/staatliche Förderung ... 140
2.2.8.3 Altersvorsorgespezifische Lösungsansätze ... 141
2.2.9 Lösungsansätze bei Abschaffung geringfügiger Beschäftigung ... 142
2.2.9.1 Abschaffung der Abgabenprivilegierung der geringfügigen Beschäftigung im Nebenerwerb ... 142
2.2.9.2 Aufrechterhaltung nur der Abgabenprivilegierung für geringfügige Beschäftigung im Nebenerwerb ... 143
2.2.9.3 Abschaffung der Abgabenprivilegierung ... 144
2.2.9.4 Versicherungspflicht mit Bagatellgrenze ... 147
2.2.9.5 Zusammenrechnung mehrerer Bagatellbeschäftigungen sowie Arbeitszeitbegrenzung ... 149
2.2.9.6 Änderungen im Übergangsbereich ... 149

2.2.9.7 Lohnzuschlag zum Zwecke der Selbstvorsorge 151
2.2.10 Zusammenfassung 153
2.3 Befristung von Arbeitsverträgen 155
2.3.1 Politischer und rechtlicher Rahmen 155
2.3.1.1 Überblick 155
2.3.1.2 Verfassungsrechtlicher Rahmen 156
2.3.1.3 Gesetzgeberische Intention 156
2.3.1.4 Rechtspolitische Ziele 157
2.3.1.5 Historie 157
2.3.1.6 Zusammenfassung/Ergebnis 161
2.3.2 Arbeitsrechtliche Regelung und ihre Konsequenzen 162
2.3.2.1 Definition 162
2.3.2.2 Zulässigkeit der Befristung 163
2.3.2.2.1 Sachgrundbefristungen 163
2.3.2.2.2 Sachgrundlose Befristungen 165
2.3.2.2.3 Sachgrundlose Befristungen bei Existenzgründung 166
2.3.2.2.4 Erleichterte Befristung mit älteren Arbeitnehmern 167
2.3.2.2.5 Altersgrenzen und befristete Vertragsverlängerungen 167
2.3.2.3 Reformpläne der Großen Koalition für die 19. Legislaturperiode 170
2.3.2.4 Empirische Bedeutung 171
2.3.2.4.1 Entwicklung der befristeten Beschäftigung seit 1985 172
2.3.2.4.2 Entwicklung der Arbeitslosigkeit 173
2.3.2.4.3 Entwicklung der Normalarbeitsverhältnisse 173
2.3.2.4.4 Betroffene Arbeitnehmer 174
2.3.2.4.5 Bewertung 175
2.3.2.5 Auswirkungen 176
2.3.2.5.1 Ausschalten des Kündigungsschutzes 176
2.3.2.5.2 Verlängerung der gesetzlichen Probezeit von sechs Monaten zur Personalrekrutierung 181
2.3.2.5.3 Kurzfristiges Freihalten 183
2.3.2.5.4 Prekaritätsrisiko 183
2.3.3 Sozialrechtliche Auswirkungen der arbeitsrechtlichen Befristung 184
2.3.3.1 Einleitung 184
2.3.3.2 Wechselwirkungen 186

2.3.3.2.1 System der Altersversorgung 186
2.3.3.2.2 Anspruch auf Arbeitslosengeld nach Beendigung des Vertrages 191
2.3.3.2.3 Versicherungsschutz in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung 193
2.3.4 Entwicklung eines kohärenten Ansatzes 194
2.3.4.1 Ausgangspunkt 194
2.3.4.2 Abschaffung bzw. Einschränkung sachgrundloser Befristungen 195
2.3.4.2.1 Abschaffung der sachgrundlosen Befristung. 195
2.3.4.2.2 Vertragsverlängerungen nach Erreichen der Altersgrenze nur mit Sachgrund 200
2.3.4.2.3 Abschaffung erleichterter sachgrundloser Befristung mit Älteren 206
2.3.4.2.4 Existenzgründerprivileg einschränken 208
2.3.4.2.5 Hilfsweise: Stärkung des Anschluss-befristungsverbots 210
2.3.4.3 Abschaffung des Sachgrundes der Erprobung 211
2.3.4.4 Verhinderung langer Befristungskarrieren 212
2.3.4.4.1 Vermutungsregel 214
2.3.4.4.2 Höchstbefristungsdauer für Ketten-befristungen 215
2.3.4.5 Einführung einer Karenzzeit nach französischem Vorbild 220
2.3.4.6 Einführung einer Prekaritätsprämie nach französischem Vorbild 221
2.3.4.7 Sozialrechtliche Flankierung 225
2.3.4.7.1 Weitergehende Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung? 226
2.3.4.7.2 Verbesserung der Altersvorsorge? 229
2.3.5 Fazit 230
2.4 Erwerbstätige Arbeitslosengeld II-Bezieher („Aufstocker") 231
2.4.1 Historische Entwicklung der Grundsicherung 231
2.4.2 Sozialrechtliche Rahmenbedingungen für Grundsicherung durch Aufstockungsleistungen 233
2.4.2.1 System 233
2.4.2.2 Arbeitslosengeld II 234
2.4.2.3 „Fördern und Fordern" 235
2.4.2.4 Soziale Sicherung im Leistungsbezug 237

2.4.3 Sozialpolitisches Leitbild und rechtspolitischer Zweck der Grundsicherung ... 239
2.4.4 Empirische Daten ... 241
2.4.4.1 Zahl der „Aufstocker“ ... 241
2.4.4.2 (Fehl-) Anreize zum Verbleib in der Grundsicherung ... 243
2.4.4.2.1 Der Selbstbehalt nach §§ 11a und 11b SGB II 243
2.4.4.2.2 „Einpreisung“ und staatlich subventionierte Billiglöhne ... 244
2.4.4.3 Schwächung der Verhandlungsmacht des Arbeitnehmers durch das Zumutbarkeitsrecht ... 245
2.4.4.4 Auswirkungen des Mindestlohns auf die Aufstockung nach dem SGB II ... 247
2.4.4.5 Zusammenfassung ... 250
2.4.5 Lösungsmöglichkeiten ... 250
2.4.5.1 Senkung des Grundsicherungsniveaus ... 250
2.4.5.2 Erhöhung des Selbstbehalts ... 251
2.4.5.3 (Wieder-)Einführung von Zumutbarkeitsgrenzen ... 254
2.4.5.4 Ausweitung der individuellen Arbeitszeit ... 256
2.4.5.4.1 Anreiz zur Erhöhung von Arbeitsvolumina: Anrechnungsfreier Überstundensockel ... 256
2.4.5.4.2 Erwerbszuschuss für einkommensschwache Haushalte ... 258
2.4.5.4.3 Unzulängliche Kinderbetreuungsmöglichkeiten ... 259
2.4.5.5 Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns ... 259
2.4.5.6 Einführung eines Aufstockungsbonus ... 261
2.4.5.7 Weiterbildung und Qualifizierung ... 262
2.4.5.8 Erhöhung des Wohn- und Kinderzuschlages ... 263
2.4.5.9 Subventionierung der Arbeitnehmerbeiträge durch umgekehrte Gleitzone ... 264
2.4.5.10 Bedingungsloses Grundeinkommen ... 266
2.4.6 Fazit ... 270
2.5 Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung („Ein-Euro-Jobs“) ... 273
2.5.1 Historische Entwicklung ... 274
2.5.2 Sozialrechtliche Rahmenbedingungen für Arbeitsgelegenheiten ... 278
2.5.2.1 Systematisches ... 278
2.5.2.2 Zuweisung von Arbeitsgelegenheiten ... 279
2.5.2.3 Soziale Sicherung ... 283

2.5.3 Sozialpolitisches Leitbild und rechtspolitischer Zweck der Arbeitsgelegenheiten ... 285
2.5.3.1 Workfare-Konzept im Sozialrecht ... 287
2.5.3.2 Vereinbarkeit mit höherrangigem und internationalem Recht ... 290
2.5.3.3 Zwischenergebnis ... 292
2.5.4 Rechtstatsachen ... 292
2.5.4.1 Verdrängungseffekte im Rahmen regulärer Beschäftigung ... 292
2.5.4.2 Prekarisierung des Arbeitsmarktes ... 295
2.5.4.3 Keine ausreichende arbeitsrechtliche Absicherung ... 296
2.5.4.4 Verzerrung der Arbeitslosenstatistik ... 297
2.5.4.5 Verbesserung der Vermittelbarkeit und das Kriterium der Zusätzlichkeit im gegenseitigen Konflikt ... 297
2.5.4.6 Zusammenfassung ... 299
2.5.5 Lösungsvorschläge ... 301
2.5.5.1 Ursachenansatz I: Weiterbildung und Qualifizierung der Maßnahmeteilnehmer ... 301
2.5.5.2 Ursachenansatz II: Hilfestellung ... 304
2.5.5.3 Rechtlicher Rahmen: Begrenzung von Umfang und Dauer der Arbeitsgelegenheiten ... 306
2.5.5.4 Kombinationslösung Anschlussmodell: Höchstgrenze mit Qualifizierungsanschluss ... 307
2.5.5.5 Mehr Anreize für Hinzuverdienste unter dem Aspekt der Zumutbarkeit von Beschäftigung nach § 10 SGB II ... 308
2.5.6 Fazit ... 309
2.5.7 Ausblick ... 310
2.6 (Exkurs): Solo-Selbstständige ... 312
2.6.1 Begriffliches ... 312
2.6.1.1 Solo-Selbstständigkeit ... 312
2.6.1.2 Crowdworker ... 313
2.6.1.2.1 Internes Crowdworking/Crowdsourcing ... 314
2.6.1.2.2 Externes Crowdworking/Crowdsourcing ... 314
2.6.2 Rechtspolitisches Leitbild ... 315
2.6.3 Rechtstatsachen ... 317
2.6.3.1 Entwicklung ... 318
2.6.3.1.1 Eine Geschichte der Förderung der (Solo)-Selbstständigkeit im Arbeitsförderungsrecht ... 319

2.6.3.1.2 Ferner: Liberalisierung der Handwerksordnung sowie EU-Osterweiterung ... 324
2.6.3.1.3 Ausblick ... 324
2.6.3.2 Struktur ... 325
2.6.3.2.1 Heterogenität ... 325
2.6.3.2.2 Polarisierung ... 326
2.6.3.2.3 Hybridisierung ... 327
2.6.3.2.4 Zwischenfazit ... 331
2.6.4 Arbeitsrechtlicher Rahmen ... 331
2.6.4.1 Der neue Arbeitnehmerbegriff gemäß § 611a BGB ... 331
2.6.4.1.1 Allgemein ... 331
2.6.4.1.2 Crowdworking ... 336
2.6.4.2 Arbeitnehmerähnliche Person ... 337
2.6.4.2.1 Begriffsbestimmung ... 337
2.6.4.2.2 Rechtsfolgen ... 340
2.6.4.3 Heimarbeiter ... 341
2.6.4.3.1 Begriffsbestimmung ... 341
2.6.4.3.2 Rechtsfolgen ... 344
2.6.4.3.3 Bedeutung ... 346
2.6.4.4 Zwischenfazit ... 347
2.6.5 Sozialrechtlicher Rahmen ... 348
2.6.5.1 Gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung ... 350
2.6.5.1.1 Versicherungspflicht ... 350
2.6.5.1.2 Beitragspflichtige Einnahmen ... 351
2.6.5.2 Arbeitslosenversicherung ... 356
2.6.5.2.1 Versicherung ... 356
2.6.5.2.2 Beitragshöhe ... 358
2.6.5.2.3 Leistungshöhe ... 359
2.6.5.2.4 Praktische Bedeutung ... 360
2.6.5.3 Gesetzliche Rentenversicherung ... 360
2.6.5.3.1 Allgemeines ... 360
2.6.5.3.2 Pflichtversicherung gemäß § 2 SGB VI ... 360
2.6.5.3.3 Beitragspflicht ... 361
2.6.6 Lösungsvorschläge für ein kohärentes System ... 363
2.6.6.1 Vergütung ... 364
2.6.6.1.1 Mindestentgelte ... 364
2.6.6.1.2 Anspruch auf eine angemessene Vergütung oder Honorarordnungen ... 371
2.6.6.1.3 Tarifverträge ... 372
2.6.6.2 Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung ... 377

2.6.6.2.1 Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die Versicherungspflicht ... 377
2.6.6.2.2 Rechtliche Zulässigkeit einer Einbeziehung der (Solo-) Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung ... 380
2.6.6.2.3 Beitragslast ... 383
2.6.6.2.4 Beitragsermäßigung ... 387
2.6.6.2.5 Fazit ... 387
2.6.6.3 Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung 387
2.6.6.3.1 Abschaffung des Mindestbeitrags und Bemessung am Realeinkommen ... 387
2.6.6.3.2 Ausgleichssystem für „gute“ und „schlechte“ Risiken ... 391
2.6.6.3.3 Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung ... 392
2.6.6.4 Schutz durch die Arbeitslosenversicherung ... 404
2.6.6.4.1 Beitrags- und einkommensbezogene Leistungsgewährung ... 404
2.6.6.4.2 Wahltarif ... 404
2.6.6.4.3 Ausweitung der Arbeitslosenversicherung auf weitere Selbstständige ... 405
2.6.7 Zusammenfassung ... 406

3. Diskontinuierliche Erwerbsbiografien und Phasen geringer Entlohnung ... 408

3.1 Einführung ... 408
3.2 Sozialpolitisches Leitbild ... 410
3.3 Arbeits- und sozialrechtliche Rechtslage ... 413
3.3.1 Privatautonomie im Arbeitsverhältnis ... 413
3.3.1.1 Vergütung ... 413
3.3.1.2 Bestandsschutz ... 414
3.3.1.3 Vertragsanpassung für flexiblen Übergang in den Ruhestand ... 415
3.3.2 Alterssicherung während der Erwerbsbiografie ... 416
3.3.2.1 Beschäftigung ... 416
3.3.2.2 Altersrenten und rentenrechtliche Zeiten ... 417
3.3.2.2.1 Überblick ... 417
3.3.2.2.2 Kindererziehung ... 417
3.3.2.2.3 Pflege ... 418
3.3.2.2.4 Arbeitslosigkeit ... 419

3.3.2.2.5 Erwerbsminderung ... 420
3.3.2.2.6 Weiterbildung ... 421
3.3.2.3 Mindestentgeltpunkte bei geringem Arbeitsentgelt ... 421
3.3.2.4 Renten wegen Erwerbsminderung ... 422
3.3.2.4.1 Voraussetzungen einer Erwerbsminderungsrente ... 422
3.3.2.4.2 Rentenleistungen ... 424
3.3.2.5 Verletztenrenten der Unfallversicherung ... 427
3.3.2.6 Flexibler Rentenzugang ... 430
3.3.2.6.1 Regelaltersrenten und Frührenten ... 430
3.3.2.6.2 Vorgezogene Altersrente und Erwerbsbeschäftigung ... 432
3.3.2.6.3 (Teilweises) Hinauszögern der Altersrente ... 435
3.3.2.6.4 Beschäftigung während des Rentenbezugs nach der Altersgrenze ... 436
3.3.2.6.5 Grenzen des Hinzuverdienstes bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente ... 437
3.3.2.7 Eigenvorsorge ... 437
3.3.2.7.1 Förderung der Eigenvorsorge ... 437
3.3.2.7.2 Betriebliche Altersversorgung ... 438
3.3.2.7.3 Zwischenfazit ... 442
3.4 Rechtstatsächliche Situation ... 442
3.4.1 Versorgungslage allgemein ... 442
3.4.2 Einflüsse der Erwerbsbiografie ... 445
3.4.3 Erwerbsminderungsrenten und Verletztenrenten ... 451
3.4.4 Beschäftigung von Altersrentnern ... 452
3.4.5 Zwischenfazit ... 454
3.5 Lösungsvorschläge für ein kohärentes System ... 455
3.5.1 Beobachtung und ggf. Stärkung privater Vorsorge ... 455
3.5.2 Verlängerung der Lebensarbeitszeit ... 456
3.5.3 Beseitigung der Beitragsbegünstigung privater Vorsorge? ... 459
3.5.4 Lebensleistungs-, Zuschuss- oder Grundrente ... 460
3.5.5 Förderung ertragsstarker Arbeitsverhältnisse ... 464
3.5.6 Pflichtversicherung während des Bezuges von Arbeitslosengeld II? ... 467
3.5.7 Verlängerungsoption zur Realisierung eines flexibilisierten Renteneintritts ... 469
3.5.8 Realisierung des Restleistungsvermögens bei teilweiser Erwerbsminderung ... 471
3.6 Zusammenfassung ... 475

4. Systemrelevante Felder ... 478

4.1 Langzeitkonten ... 478
4.1.1 Überblick: Arbeitszeitkonten, Langzeitkonten ... 478
4.1.2 Sozialrechtliche Flankierung von Wertguthaben ... 480
4.1.2.1 Wertguthabenvereinbarung ... 482
4.1.2.1.1 Verwendungszweck ... 484
4.1.2.1.2 Wertguthabenübertragung ... 486
4.1.2.1.3 Insolvenzschutz ... 488
4.1.2.2 Fortbestehende Beschäftigung ... 492
4.1.2.2.1 Sozialversicherungsbeiträge ... 493
4.1.2.2.2 Sozialversicherungsleistungen ... 494
4.1.2.3 Stand der rechtspolitischen Diskussion ... 495
4.1.3 Arbeitsrechtlicher Rahmen ... 499
4.1.4 Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht ... 501
4.1.4.1 Rechtspolitisches Leitbild ... 501
4.1.4.2 Das Problem der Insolvenzsicherung ... 503
4.1.4.3 Vertragliche Wertguthabenzwecke ... 505
4.1.5 Zusammenfassung ... 506
4.2 Weiterbildung ... 507
4.2.1 Arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers auf Weiterbildung? ... 509
4.2.1.1 Ansprüche auf arbeitgeberseitig finanzierte Weiterbildung ... 510
4.2.1.1.1 Kein gesetzlicher Anspruch auf Weiterbildungsfreistellung ... 510
4.2.1.1.2 Bildungsurlaub ... 511
4.2.1.2 Freistellungsansprüche zum Zwecke der Weiterbildung ... 512
4.2.1.2.1 Kein gesetzlicher Anspruch ... 512
4.2.1.2.2 Freistellung nach billigem Ermessen ... 513
4.2.1.2.3 Teilzeitanspruch und Anspruch auf „Teilzeit Null“ ... 514
4.2.1.3 Zugang zu Weiterbildungsangeboten des Arbeitgebers ... 515
4.2.1.3.1 Förderpflichten und Gleichbehandlung ... 515
4.2.1.3.2 Beteiligung des Betriebsrats ... 516
4.2.1.4 Fortbildungsobliegenheiten ... 519
4.2.1.5 Kostentragungslast ... 520
4.2.2 Sozialrechtliche Förderung ... 522

4.2.2.1 Weiterbildungsförderung nach dem Qualifizierungschancengesetz ... 522
4.2.2.2 Meister-BAföG ... 525
4.2.2.3 Rechtspolitische Diskussion ... 525
4.2.3 Zwischenfazit ... 527
4.2.4 Empirische Befunde ... 528
4.2.4.1 Weiterbildungsquoten ... 528
4.2.4.2 Weiterbildungsbarrieren ... 530
4.2.4.3 Zusammenfassung ... 531
4.2.5 Vorschläge für ein konsistentes rechtspolitisches Konzept ... 532
4.2.5.1 Sozialpolitisches Leitbild ... 532
4.2.5.2 Anspruch auf Weiterbildungsfreistellung ... 533
4.2.5.3 Finanzierung der Weiterbildung ... 535
4.2.5.4 Soziale Sicherung und Förderung ... 536
4.2.6 Fazit ... 538
4.3 Das Sozialrecht und die Tarifautonomie ... 540
4.3.1 Fragestellung ... 540
4.3.2 Der arbeitsrechtliche Rahmen ... 540
4.3.3 Bedeutung der Tarifautonomie für das Sozialrecht ... 545
4.3.4 Stärkung der Tarifautonomie in der rechtspolitischen Diskussion ... 545
4.3.4.1 Tarifautonomiestärkungsgesetz ... 548
4.3.4.2 Weitere rechtspolitische Möglichkeiten ... 549
4.3.4.2.1 Gewährung von Vorteilen für Organisierte ... 550
4.3.4.2.2 Stützung der Tarifautonomie durch Schutz vor Unterbietungskonkurrenz ... 556
4.3.4.2.3 Beseitigung von Anreiz zur Tarifflucht ... 559
4.3.5 Erwägungen für eine bessere Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht ... 563
4.3.5.1 Zumutbarkeit untertariflicher Arbeitsbedingungen ... 563
4.3.5.2 Sozialversicherungsrechtliche Begünstigung der Verbandszugehörigkeit ... 564
4.3.6 Zusammenfassung ... 569

Fazit ... 571

Literaturverzeichnis ... 579

1. Einführung

Olaf Deinert/Elena Maksimek

Als eigenständige Rechtsgebiete werden das Arbeitsrecht zwar dem Zivilrecht[1] und das Sozialrecht dem öffentlichen Recht zugeordnet,[2] der ältere Begriff des „sozialen Rechts"[3] macht jedoch bereits deutlich, dass die beiden Rechtsgebiete nicht hermetisch gegeneinander abgeschlossen sein können. So ist die privatrechtliche Gestaltung insbesondere im Rahmen von Arbeitsverhältnissen an zahlreichen Stellen der Ausgangspunkt für sozialrechtliche Folgen. Betrachtet man etwa den Begriff des sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, der regelmäßig die Voraussetzung für die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung darstellt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV), so deckt sich dieser zwar nicht mit dem Begriff des Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinn.[4] Allerdings benennt § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV zumindest das Arbeitsverhältnis als Regelbeispiel zur Definition der Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit. Auch das BSG gesteht der privatrechtlichen Gestaltung in dieser Hinsicht zumindest Indizwirkung zu.[5] Sofern jedenfalls der Arbeitgeber die Weisungsbefugnis erlangt und damit auch zur Lohnzahlung verpflichtet ist, ist aber auch von einem sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen.[6]

Dies ist allerdings keineswegs eine Einbahnstraße, vielmehr beeinflusst die sozialrechtliche Gestaltung auch in vielfältiger Weise das Handeln der privatrechtlichen Akteure und wird daher bewusst oder unbewusst durch den Gesetzgeber dafür instrumentalisiert, ein bestimmtes Verhalten der Normunterworfenen nach sich zu ziehen.[7] Ein besonders umfassendes Vorhaben des Ge-

---

1 Dazu Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 1 Rn. 1.

2 *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 1; *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 46.

3 Vgl. zum Begriff *Seifert*, SR 2011, 62 ff., der dieses in der Weimarer Republik entwickelte Konzept jedoch in der heutigen Verfassungs- und Wirtschaftsordnung nicht mehr für tragfähig hält. Zur Begriffsgeschichte: *Eichenhofer*, SR 2012, 76 ff.

4 BSG 18.9.1973 – 12 RK 15/72, BSGE 36, 161; vgl. auch BSG 15.12.1994 – 12 RK 17/92, BSGE 75, 277, 281.

5 BSG 27.3.1980 – 12 RK 26/79, SGb 1981, 64 (= SozR 2200 § 165 Nr. 45).

6 BSG 15.12.1994 – 12 RK 17/92, BSGE 75, 277, 281.

7 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 61 ff.

setzgebers stellten dabei die Reformen der Bundesregierung aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen nach der Jahrtausendwende im Zuge der „Agenda 2010" dar.[8] Motto der Reformen war das „Fördern und Fordern", die Umsetzung erfolgte zu einem großen Teil in den Sozialgesetzbüchern, insbesondere im SGB II und dem SGB III.[9] Maßnahmen waren unter anderem ein Ausbau der geringfügigen Beschäftigung, die Statuierung des Existenzgründungszuschusses bzw. der „Ich AG" (§ 421l SGB III a.F.), die Förderung von Leiharbeit u.a. durch sog. Personal Service Agenturen (PSA, § 45 SGB III a.F.) und vor allem der fundamentale Umbau der Sozialhilfe (u.a.) zur Grundsicherung für Arbeitsuchende im SGB II.[10] Das Vorliegen einer Kausalitätsbeziehung zwischen diesen Reformen und der Erholung des Arbeitsmarktes in den letzten Jahren bedarf aber ebenso noch einer Evaluation wie die Frage, ob dies nicht um den Preis einer Verkrustung des Arbeitsmarktes infolge großer Angst der Beschäftigten vor Arbeitsplatzverlust geschah.[11]

Die gegenseitige Beeinflussung von Arbeits- und Sozialrecht ist jedenfalls offensichtlich. Genauso deutlich ist, dass dem Sozialrecht in vielerlei Hinsicht eine Erwartungshaltung an die privatrechtlichen Akteure für ein bestimmtes Verhalten innewohnt. Dass dieses Zusammentreffen nicht immer friktionsfrei abläuft, ist wenig überraschend. Das folgt schon daraus, dass das Sozialrecht eine zivilrechtliche Gestaltung im Allgemeinen mit all ihren Konsequenzen als solche akzeptiert, auch wenn sie nicht der sozialrechtlichen Intention entspricht,[12] sodass sozialrechtliche Zielvorstellungen oftmals auch verfehlt werden können.

Wie im Folgenden dargelegt wird, existieren zahlreiche Bereiche, in denen die vom Gesetzgeber verfolgte Zielsetzung verfehlt oder nur teilweise erreicht wird, was unter anderem daran liegen kann, dass die Abstimmung arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Instrumente oftmals unzureichend ist. Dort, wo die beiden Rechtsgebiete nicht in ausreichendem Maß verzahnt sind, können Reibungsverluste entstehen. Die intendierte Ordnungsvorstellung kann dann nicht erreicht werden.

---

8 Vgl. zum Überblick *Hüther/Scharnagel*, APuZ 32-33/2005, 23 ff.

9 Insb. Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl 2002 I, S. 4621.

10 Vgl. etwa *Caliendo/Kritikos/Steiner/Wießner*, IAB-Kurzbericht 10/2007, 1 ff.

11 Vgl. *Knuth/Kaps*, WSI-Mitt. 2014, 176 ff.; *Knuth*, SozSich 2014, 435 ff.; *Niemeier*, WSI-Mitt. 2010, 320 ff.; *Möller/Walwei/Koch/Kupka/Steinke*, IAB-Kurzbericht 29/2009; vgl. auch *Walwei*, Ind.Bez. 2015, 13, 22 ff.

12 Vgl. *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 85 ff.

Ziel dieser Untersuchung ist es, exemplarisch auf den Feldern der atypischen Beschäftigung (Abschnitt 2), der diskontinuierlichen Erwerbsbiographien (Abschnitt 3) und der zunehmenden Schwächung der Tarifautonomie (Abschnitt 4) zu untersuchen, an welchen Stellen Gestaltungsziele durch Fehlanreize konterkariert werden und insoweit Korrekturbedarf existiert bzw. wie die sozialpolitische Zielsetzung durch bessere Abstimmung optimaler verfolgt werden kann. Das kann keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, sollte aber die gravierendsten Fehlsteuerungen aufdecken. Das soll dazu dienen, Empfehlungen zu ihrer Beseitigung für die Praxis, insbesondere für Rechtsprechung und Tarifvertragsparteien sowie für den Gesetzgeber zu erarbeiten. Zu diesem Zweck ist zunächst das jeweilige rechtspolitische Leitbild aufzudecken. Es wird gegebenenfalls durch verfassungsrechtliche und europarechtliche Vorgaben determiniert. Auch völkerrechtliche Verträge, die die Bundesrepublik ratifiziert hat, geben im Sinne des Gebots der völkerrechtsfreundlichen Auslegung[13] einen Rahmen vor. Im Übrigen sind die einfachrechtlichen Grundentscheidungen des Parlaments zu analysieren. In diesem Sinne werden auf den genannten Gebieten Vorschläge erarbeitet, wie diesen Leitbildern besser entsprochen werden kann.

Im Rahmen eines unter Leitung von *Kocher* und *Welti* durchgeführten Projektes wurde die arbeits- und sozialrechtliche Flankierung von Übergangssituationen untersucht.[14] Dieses Projekt hat, ähnlich wie eine Studie von *Schmid*[15], insbesondere die Frage untersucht, inwieweit das Sozial- und Arbeitsrecht in bestimmten Lebenssituationen unterstützend eingreifen bzw. eingreifen können. Daran kann partiell angeknüpft werden. Die vorliegende Untersuchung soll allerdings den Fokus vor allem auf die Frage lenken, wo Arbeits- und Sozialrecht kontraproduktiv, d.h. widersprüchlich wirken. Dabei geht es insbesondere um die Frage, inwieweit intendiertes Verhalten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch Fehlanreize unattraktiv wird. Ziel ist es, Wege aufzuzeigen, wie kohärente Systeme gestaltet werden können.

---

13 Vgl. BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 329.

14 *Kocher et al.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie; *Kocher/Welti*, WSI-Mitt. 2010, 299 ff.; *Welti*, SR 2013, 92 ff.

15 Vgl. *Schmid,* Übergänge am Arbeitsmarkt.

2. Atypische Beschäftigung

Die Arbeitswelt differenzierte sich in den vergangenen Jahrzehnten immer weiter aus. Das sog. Normalarbeitsverhältnis als bestimmender Typus der Beschäftigung wird immer weiter zurückgedrängt, dafür nimmt die atypische Beschäftigung immer mehr zu.[16] Dieses Phänomen lässt sich europaweit beobachten.[17] Seit Mitte der 1980er Jahre hat der arbeitsrechtliche Gesetzgeber zunehmend Flexibilisierungen, um nicht zu sagen Deregulierungen im Bereich der atypischen Arbeitsverhältnisse herbeigeführt.[18] Das war praktisch immer mit der Hoffnung auf eine Hebung einer vermeintlichen Job-Reserve verbunden.[19] Unabhängig davon, ob sich diese Erwartung erfüllt hat, war das sozialrechtlich nicht immer gut begleitet.

Der Begriff der atypischen Beschäftigung soll mit keiner Wertung verbunden werden. Nimmt man etwa das Beispiel der Teilzeitbeschäftigung, so erfolgt diese in der Praxis oftmals auf Veranlassung des Arbeitnehmers, kann aber genauso dem Zwang mangelnder alternativer Arbeitsangebote geschuldet sein, ein Problem mit dem sich insbesondere zahlreiche Menschen in geringfügiger Beschäftigung konfrontiert sehen. Und auch in der Gruppe der Solo-Selbstständigen (s.u. 2.6) hat man es keineswegs immer mit unfreiwilliger Selbstständigkeit zu tun. Auch ist die Tätigkeit von Solo-Selbstständigen nicht grundsätzlich prekär. Abstimmungsbedarf von Arbeit- und Sozialrecht ergibt sich freilich gleichwohl. Und gerade die Felder, auf denen dies besonders sichtbar wird, bestimmen insoweit die Untersuchungsgegenstände.

Es gibt weder eine gesetzliche Definition des Normalarbeitsverhältnisses noch der atypischen Beschäftigung. Nicht einmal gibt es eine gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis zur Definition atypischer Beschäftigung. Das muss auch in vorliegendem Kontext nicht geleistet werden. Nicht alles, was als atypisch bezeichnet werden könnte, soll hier einer Betrachtung unterworfen werden. So

---

16 *Waltermann*, NJW Beilage 2010, 81 ff.; *Dörre*, in: Lorenz/Schneider, Ende der Normalarbeit? S. 15 ff.; Erklärungsansätze bei *Seifert*, WSI-Mitt. 2017, 5 ff.

17 Vgl. etwa *Schulze Buschoff/Protsch*, Soziale Sicherung von (a-)typischen Beschäftigten, S. 4.

18 Ausf. *Deinert*, RdA 2014, 65, 66 f.

19 Vgl. *Walwei*, Ind.Bez. 2015, 13, 19.

soll die Arbeitnehmerüberlassung nicht zum expliziten Untersuchungsgegenstand erhoben werden. Umgekehrt werden hier Themenfelder bearbeitet, deren Einordnung als atypisch möglicherweise gar nicht auf generellen Konsens stößt, etwa Geringverdiener in Gestalt der sog. „Aufstocker" (s.u. 2.4).

2.1 Teilzeitarbeit

Olaf Deinert/Amélie Sutterer-Kipping

2.1.1 Rechtspolitisches Leitbild der Teilzeitarbeit

Es ist zunächst zu konstatieren, dass in arbeitsrechtlicher Hinsicht die Verfassung keine Präferenz hinsichtlich Teilzeit- oder Vollzeitarbeit vorgibt. Vielmehr ist das Grundgesetz hier unergiebig. Auch gibt es keine präzisen völkerrechtlichen Vorgaben.

Im Unionsrecht fällt der Blick zunächst auf die Teilzeitrichtlinie. Durch die Richtlinie 1997/81/EG[20] vom 15.12.1997 wurde die Vereinbarung der Europäischen Sozialpartner über Teilzeitarbeit verbindlich gemacht. Diese Sozialpartnervereinbarung dient unter anderem der Bekämpfung von Diskriminierungen Teilzeitbeschäftigter (Art. 1 lit. a), was sich der Unionsgesetzgeber letztlich durch Bezugnahme hierauf in Erwägungsgrund (11) der Richtlinie zu Eigen gemacht hat. In der Präambel der Teilzeitvereinbarung betonen die Sozialpartner zudem, dass sie einen Beitrag zur Entwicklung der Teilzeitarbeitsmöglichkeiten auf einer für Arbeitgeber und Arbeitnehmer akzeptablen Grundlage leisten möchten (ebenso die Allgemeine Erwägung Nr. 4), auch dieses Ziel wird in Art. 1 (lit. b) erneut aufgerufen. Aus der Begründungserwägung Nr. 5 ist ferner ersichtlich, dass die Teilzeitvereinbarung gleichen Zugang für Frauen und Männer zur Teilzeitarbeit gewährleisten soll, und zwar im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familienleben, zur Nutzung von Bildungsmöglichkeiten sowie für die berufliche Weiterbildung.

In ihren Kernbestimmungen enthält die Teilzeitvereinbarung unter anderem in § 4 das Verbot der Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit, was nach Nr. 1 bedeutet, dass eine schlechtere Behandlung unzulässig ist, wenn sie nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Nach § 4 Nr. 2 soll der Pro-rata-temporis-Grundsatz gelten, „wo dies angemessen ist".

---

20 ABl. 1998 L 14/9.

Zur Förderung von Teilzeitarbeitsmöglichkeiten verlangt § 5 Nr. 1 zunächst die Identifizierung und Beseitigung von Hindernissen, die Teilzeitmöglichkeiten beschränken können. Von den Arbeitgebern wird nach § 5 Nr. 3 erwartet, dass sie Verringerungswünsche von Vollzeitarbeitnehmern und Arbeitszeiterhöhungswünsche von Teilzeitarbeitnehmern im Rahmen des Möglichen berücksichtigen. Sie sollen über Teilzeit- und Vollzeitarbeitsplätze informieren und den Zugang zu Teilzeitarbeit auf allen Ebenen erleichtern. Außerdem sollen sie sich nach § 5 Nr. 3e bemühen, den Arbeitnehmervertretungen geeignete Informationen über Teilzeitarbeit im Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

Nicht geregelt werden soll durch die Vereinbarung das Recht der sozialen Sicherheit. Nicht ganz einfach zu beantworten ist allerdings die Frage, ob auch sozialversicherungsrechtliche Nachteile zu den möglichen Hindernissen für Teilzeitarbeit zählen, auf die die Mitgliedstaaten achten und diese gegebenenfalls beseitigen sollten. Das muss letztlich an dieser Stelle aber auch nicht beantwortet werden, weil es hier nur um die sozialpolitische Fragestellung geht, welches Leitbild der Gesetzgebung beim Ineinandergreifen von Arbeits- und Sozialrecht gilt. Insoweit ist jedenfalls zu konstatieren, dass sozialversicherungsrechtliche Regelungen, die der selbstbestimmten Wahl des Arbeitszeitdeputats entgegenstehen oder gar eine Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit bedeuten, dem rechtspolitischen Leitbild widersprechen. Insoweit ist es bemerkenswert, dass die Präambel auch eine Bezugnahme auf die Erklärung zur Beschäftigung des Europäischen Rates von Dublin im Dezember 1996 enthält, die eine beschäftigungsfreundliche Gestaltung der Systeme sozialer Sicherheit fordert, die sich an neue Arbeitsstrukturen anpassen lässt und einen angemessenen sozialen Schutz bietet.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dies ein Stück weit zu Eigen gemacht. Nach Auffassung des Gesetzgebers kommt der Förderung von Teilzeitarbeit eine herausragende arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Bedeutung zu. Er geht davon aus, dass auch künftig die Nachfrage nach Teilzeitarbeit steigen wird und sieht in der Ausschöpfung dieses Nachfragepotenzials ein wichtiges Mittel zur Beschäftigungssicherung und zum Beschäftigungsausbau. Diese Zielvorstellung basiert nicht zuletzt auf der Annahme, dass eine Umverteilung des vorhandenen Arbeitsvolumens auf eine größere Anzahl von Personen zur Verringerung der Arbeitslosigkeit beiträgt.[21] Teilzeitarbeit soll an Attraktivität und Akzeptanz gewinnen. Das Gesetz will den Wechsel von Vollzeit- zu Teil-

---

21 BT-Drs. 14/4374, S.11; *Rolfs*, RdA 2001, 129; *Rojo*, Die Teilzeitarbeit im europäischen und deutschen Arbeitsrecht, S. 185.

zeitarbeit und umgekehrt leichter als bisher verwirklicht sehen und einer Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern entgegenwirken.[22] Die Mehrheit der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer entscheidet sich aus persönlichen und familiären Gründen für eine Teilzeittätigkeit.[23] Entsprechend sieht der Gesetzgeber in der Förderung von Teilzeitarbeit auch ein Mittel zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die zu mehr Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen führen soll.[24] Des Weiteren soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, die Arbeitszeit individuell an seine Bedürfnisse anzupassen und so die gewonnene Zeit für Aus- und Weiterbildungszwecke nutzen zu können.[25] Hinsichtlich der Teilzeitarbeit ist das Ziel des TzBfG gemäß § 1 TzBfG, Teilzeitarbeit zu fördern und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern zu verhindern. Anders als bei der Befristung möchte der Gesetzgeber explizit die Teilzeitarbeit fördern. Es handelt sich hierbei zunächst zwar nur um einen unverbindlichen Appell mit klarstellender Funktion, der aber durch die weiteren Regelungen sanktioniert wird. Aus der Vorschrift des § 1 lassen sich zwar keine unmittelbaren individuellen Rechte oder Pflichten herleiten, allerdings ist dieses allgemeine Ziel bei der Auslegung der konkreten weiteren Bestimmungen zu berücksichtigen.[26]

Die Ziele werden zunächst mit einem Diskriminierungsverbot (§ 4 TzBfG) und einem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit (§ 8 TzBfG) sowie einem Anspruch auf Berücksichtigung bei Arbeitszeiterhöhungswunsch (§ 9 TzBfG) umgesetzt. Dem Ziel zusätzlicher Flexibilisierung wird nach einer Gesetzesänderung Ende 2018 zudem durch einen Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit in § 9a TzBfG (Anspruch auf Teilzeitarbeit mit Rückkehrrecht, sog. Brückenteilzeit) unter bestimmten weiteren Voraussetzungen Rechnung getragen (s.u. 2.1.4.2.2.4).

Die Elternurlaubs-Richtlinie 2010/18/EU[27] hat zudem eine entsprechende Sozialpartner-Vereinbarung über den Elternurlaub verbindlich gemacht und sieht dadurch einen mindestens viermonatigen Elternurlaub vor, von dem ein Monat

---

22 BT-Drs. 14/4374, S. 11; *Rolfs*, RdA 2001, 129.

23 BT-Drs. 14/4374, S. 11.

24 BT-Drs. 14/4374, S. 11.

25 BT-Drs. 14/4374, S. 11.

26 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Ahrendt*, § 1 TzBfG Rn. 1; Laux/Schlachter-*Schlachter*, § 1 Rn. 1; Laux/Schlachter-*Laux*, § 6 Rn. 2.

27 Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. L 68/13.

nicht auf den jeweiligen Partner übertragen werden darf (§ 2 der Sozialpartnervereinbarung), allerdings ohne dass die Frage der Vergütung während des Elternurlaubs geregelt würde. Außerdem ist ein Recht zum Fernbleiben im Falle höherer Gewalt durch Unfall oder Krankheit in § 7 der Sozialpartner Vereinbarung vorgesehen.

Demgegenüber ist aus dem Völkerrecht wenig zu gewinnen. Denn die Bundesrepublik hat weder die ILO-Konvention Nr. 156 über Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen, noch das ILO-Teilzeitarbeitsübereinkommen Nr. 175 ratifiziert.

In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht vermag die Verfassung ebenfalls keine konkreten Vorgaben zu geben. Die Kompetenzordnung erwähnt zwar in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung, gibt hinsichtlich deren Ausgestaltung aber keine konkreten Vorgaben vor. Allein der Aspekt des sozialen Ausgleichs lässt sich aus dem Begriff der Sozialversicherung herleiten.[28] Auch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG enthält keine konkreten Vorgaben hinsichtlich der Eingliederung in die Sozialversicherung. Der Gesetzgeber hat hier einen weiten politischen Gestaltungsspielraum.[29] Er sieht insoweit eine Zwangsversicherung für abhängig Beschäftigte vor, hat aber eine Ausnahme für sog. geringfügig Beschäftigte vorgesehen (s.u. 2.2).[30]

Auch das Völkerrecht wird hier wenig konkreter. Das ILO-Übereinkommen Nr. 102 über die soziale Sicherheit wurde von der Bundesrepublik ratifiziert. Es enthält aber nur eine Grundabsicherung, insoweit, dass unter anderem die Leistungen nur zwischen 40 und 50 % des Verdienstes umfassen müssen und der Anteil der zu Sichernden zwischen 20 und 50 % festgelegt wird. Die Bestimmungen werden nach Art. 75 durch Bestimmungen neuer Übereinkommen zu einzelnen Bereichen der sozialen Sicherheit ersetzt. Das ist in der Bundesrepublik durch Ratifizierung von Übereinkommen im Bereich der Rentenversicherung (Nr. 128), der Unfallversicherung (Nr. 121) und der Krankenversicherung

---

28 Vgl. BVerfG 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256, 300 ff.

29 Vgl. BVerfG 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86, BVerfGE 82, 60, 81 f.; insg. *Neumann*, NZS 1998, 401; für das vorliegende Thema vgl. auch *Knospe*, VSSR 2011, 223, 257 f.

30 Insoweit ist es nicht vollständig überzeugend, wenn *Knospe*, VSSR 2011, 223, 255, einen Verstoß gegen Strukturelemente konstatiert, da auch die Ausnahmeregelung letztlich die Struktur mitprägt.

(Nr. 130) geschehen. Konkrete Vorgaben hinsichtlich des Zugangs zur Sozialversicherung für geringfügig Beschäftigte gibt es dort aber nicht.

Hinsichtlich unionsrechtlicher Vorgaben hinsichtlich der Sozialversicherung ist ebenfalls weithin Fehlanzeige geboten. Hinzuweisen ist nur auf die Richtlinie 79/7/EWG[31] vom 19.12.1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit. Das hat insbesondere Relevanz für den Ausschluss geringfügig Beschäftigter (s.u. 2.2).

2.1.2 Historische Entwicklung

Die historische Entwicklung der Teilzeitarbeit in der Bundesrepublik Deutschland wurde von zwei Strömungen geprägt, die sich auf die Funktion und die Struktur der Teilzeitarbeit nachhaltig auswirkten. Sie ist zugleich unmittelbar mit der Geschichte der Frauenarbeit verknüpft. In der Zeit zwischen 1960 bis 1970 verdreifachte sich die Anzahl der Teilzeitbeschäftigten.[32] Auslöser für den damaligen Anstieg war ein gesteigertes Interesse der Arbeitgeber an der Mobilisierung „stiller Reserven" des Arbeitsmarktes.

Nach dem zweiten Weltkrieg fehlten bis in die 1970er Jahre hinein männliche Arbeitskräfte. In der Hoffnung diesem akuten Arbeitskräftemangel mit erwerbstätigen Frauen zu begegnen, setzten Arbeitgeber gezielt auf Teilzeitarbeit.[33] So versuchten sie, verheiratete Frauen für sich zu gewinnen oder trotz Heirat weiterhin als Arbeitnehmerinnen zu halten. Anders als in Großbritannien oder in den USA stieß die Erwerbstätigkeit von Frauen hierzulande in der breiten Öffentlichkeit auf Ablehnung.[34] Daher mussten Anreize für die Erwerbstätigkeit von Frauen durch die Einrichtung von Teilzeitarbeit in den Betrieben geschaffen werden. Entsprechend wurde die Arbeitsmarktsituation durch die Arbeitszeitbedürfnisse dieser Zielgruppe geprägt. Durch offensive Werbekampagnen und staatliche Fördermaßnahmen wurde die Erwerbsarbeit von Frauen neu definiert und zum Inbegriff weiblichen Lebensgefühls erklärt.[35]

---

31 ABl. L 6/24.

32 *Altendorf*, Hindernisse für Teilzeitarbeit und flexible Arbeitsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland, S. 47.

33 *Klein*, Gewerkschaften und Teilzeitarbeit in Deutschland, S. 89.

34 *V.Oertzen*, Teilzeitarbeit, S. 63; *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 24.

35 *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 24; *Altendorf*, Hindernisse für Teilzeitarbeit und flexible Arbeitsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland, S. 51.

Im Zuge des anhaltenden Arbeitskräftemangels wurden 1969 in 36 Städten sog. Vermittlungsstellen eingerichtet, um weibliche Arbeitskräfte aus der „stillen Reserve" zu mobilisieren.[36] Obwohl die Teilzeitarbeit zu einem tiefgreifenden gesellschaftlichen Umbruch führte, wurde am männlichen „Haupternährermodell" unbeirrt festgehalten. Weder Politik noch Gesellschaft waren bemüht, Frauen nachhaltig in das Vollbeschäftigungssystem zu integrieren. Teilzeitarbeit war vielmehr als zeitweiliger „Dazu-Verdienst" verheirateter Frauen ausgestaltet, mit der Folge, dass sich die Teilzeitarbeit vor allem an Arbeitsplätzen mit geringen Qualifikationsanforderungen und niedriger Entlohnung etablierte.[37]

Ab den 1970er Jahren erfolgte jedoch ein Funktionswandel. Auslöser war die Ölpreiskrise im Jahr 1973. Um die westlichen Länder bezüglich ihrer Unterstützung Israels während des Jom-Kippur-Krieges unter Druck zu setzen, drosselte die Organisation der arabischen Erdöl exportierenden Staaten (OAPEC) gezielt die Fördermengen.[38] Dieses „Erdölembargo" bewirkte einen Beschäftigungseinbruch, der einen sprunghaften Anstieg der Arbeitslosigkeit zur Folge hatte. Fortan entwickelte sich Teilzeitarbeit vom Rekrutierungsinstrument zunehmend zu einem arbeitsmarktpolitischen Verteilungsinstrument. Zur Förderung von Teilzeitarbeit wurden 1979 in mehreren Bundesländern Förderprogramme angeboten.[39]

Erst durch das am 1.5.1985 in Kraft getretene Beschäftigungsförderungsgesetz 1985[40] erfolgte eine rechtliche Kodifizierung von Teilzeitarbeit.[41] Das Gesetz enthielt das Verbot unterschiedlicher Behandlung (§ 2) sowie ein Unterrichtungsgebot gegenüber Arbeitnehmern, die einen Wunsch nach Veränderung von Dauer und Lage der Arbeitszeit angezeigt haben (§ 3). Im Übrigen gab es Spezialbestimmungen für variable Arbeitszeiten entsprechend dem Arbeitsanfall (§ 4) und für die Arbeitsplatzteilung (§ 5).

Nachdem die europäische Sozialpartnervereinbarung, die durch die Teilzeitrichtlinie verbindlich gemacht worden war, entsprechenden Umsetzungsbedarf

---

36 *Klein*, Gewerkschaften, S. 121; *Altendorf*, Hindernisse, S. 46.

37 *Altendorf*, Hindernisse, S. 49; *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 25.

38 *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 25.

39 *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 25.

40 Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 (BeschFG 1985) v. 26.4.1985, BGBl. I 710.

41 *Klein*, Gewerkschaften, S. 122; *Gehring*, Das Recht auf Teilzeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 26.

geschaffen hatte, wurde das Recht der Teilzeitarbeit im zweiten Abschnitt des TzBfG Ende 2000 neu geregelt.[42]

Eine wesentliche Reform des Gesetzes erfolgte Ende 2018. Nachdem bereits die Große Koalition 2013–2017 eine Fortentwicklung des Teilzeitrechts durch Weiterentwicklung im Wege eines Rückkehrrechts und Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber für bestehende Teilzeitarbeitsverhältnisse geplant hatte,[43] dieses Vorhaben aber nicht mehr verwirklichen konnte, wurde auch im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode ein entsprechendes Recht zur befristeten Teilzeitarbeit verabredet.[44] Dies wurde mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[45] umgesetzt. Verankert wurden im TzBfG ein allgemeiner Anspruch auf Erörterung von Wünschen hinsichtlich Dauer und Lage der Arbeitszeit (§ 7 Abs. 2 TzBfG), ein an bestimmte Voraussetzungen gebundener Anspruch auf vorübergehende Teilzeitarbeit (sog. Brückenteilzeit, § 9a TzBfG, s.u. 2.1.4.2.2.4), eine aus Arbeitnehmersicht verbesserte Beweislastverteilung beim Verlängerungswunsch nach § 9 TzBfG sowie Einschränkungen der möglichen Gestaltungen bei Abrufarbeit (s.u. 2.1.4.3).

2.1.3 Vor- und Nachteile der Teilzeitarbeit

2.1.3.1 Für den Arbeitgeber

Unter dem Aspekt der Flexibilität von Betriebs- und Arbeitsabläufen, der gesteigerten Motivation der Arbeitnehmer und der höheren Produktivität wird der Einsatz von Teilzeitarbeit weitestgehend positiv beurteilt.[46]

---

42 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) v. 21.12.2000, BGBl. I 1966.

43 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 70.

44 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 53.

45 Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit v. 11.12.2018, BGBl. I 2384; dazu *Bayreuther*, NZA 2018, 1577 ff.; *Böning*, PersR 2/2019, S. 8 ff.; *Franzen*, SR 2019, 12 ff.; *Löwisch*, BB 2018, 3061 ff.; *Preis/Schwarz*, NJW 2018, 3673 ff.; Entwurf: BR-Drs. 281/18; zu einem früheren Referentenentwurf *Bayreuther*, NZA 2018, 566 ff.

46 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 7/2006, 1, 3.

50 % der Betriebe nennen als Grund für Teilzeitarbeit die größere Flexibilität von Betriebs- und Arbeitsabläufen. Der Arbeitgeber kann auf Auftragsspitzen, Vertretungsbedarf und Nachfrageschwankungen durch die Umwandlung eines Vollzeitarbeitsplatzes in einen Teilzeitarbeitsplatz (oder umgekehrt) reagieren und so seine Kapazitäten durch Verlängerung seiner Betriebs- oder Maschinenlaufzeiten voll ausschöpfen.[47] Des Weiteren geben 44 % der Betriebe an, dass Teilzeitarbeit zu einer gesteigerten Motivation führt, die höhere Zeitsouveränität wirkt sich dabei auf das Betriebsklima insgesamt positiv aus. Der Motivations- und Konzentrationsabfall fällt bei Teilzeitbeschäftigten zum Ende ihres Arbeitstages geringer aus als bei Vollzeitbeschäftigten.[48] Darüber hinaus können bei bestimmten Arbeitsplätzen extrem belastende und an sich änderungsbedürftige Arbeitsbedingungen beibehalten halten werden, indem das Problem durch teilzeitige Besetzung dieser Arbeitsplätze gelöst wird. Dadurch wird die verursachte Regenerationsnotwendigkeit in die Freizeit verlegt.[49] Im Ergebnis kann Teilzeitarbeit zu einer Arbeitsverdichtung infolge einer über die kürzere Arbeitsdauer erhöhten Belastbarkeit der Arbeitnehmer und damit zu einem Produktivitätsschub führen.

Schließlich haben Teilzeitbeschäftigte erheblich geringere Krankheitstage sowie sonstige Fehlzeiten.[50] Arztbesuche und Behördengänge werden in der Regel außerhalb der Arbeitszeiten erledigt.[51]

Teilweise ist der Einsatz von Teilzeitkräften in bestimmten Arbeitsmarktlagen aber auch notwendig, um überhaupt Arbeitskräfte zu bekommen. Für manche Tätigkeiten kommen ausschließlich Teilzeitarbeitsverhältnisse in Betracht, da der Umfang der zu leistenden Arbeit eine Vollzeittätigkeit nicht ausfüllen würde.[52]

Der Einsatz von Teilzeitarbeit ist jedoch auch mit Nachteilen für den Arbeitgeber verbunden. Die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen kann für Raumbedarf, Ausstattung des Arbeitsplatzes, soziale Einrichtungen, Arbeitskleidung und Werkzeug erhöhte Kosten verursachen. Ferner sind damit auch erhöhte Personalbeschaffungskosten verbunden. Schließlich entstehen bei personenbezogenen Sozialleistungen, die für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte in gleicher

---

47 Laux/Schlachter-*Laux*, Einf. Rn. 19; *Wank*, RdA 2010, 193, 198.
48 *Rohr*, Teilzeitarbeit und Kündigungsrecht, S. 19.
49 *Bertelsmann/Rust*, RdA 1985, 146, 148.
50 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 7/2006, 3.
51 Laux/Schlachter-*Laux*, Einf., Rn. 19; *Rohr*, Teilzeitarbeit und Kündigungsrecht, S. 19.
52 *Bertelsmann/Rust*, RdA 1985, 146, 148.

Höhe gezahlt werden (Fahrtkostenzuschüsse oder Essenszuschüsse), Mehrkosten.[53] Die entstehenden Kosten für die Personalverwaltung sind bei zwei Teilzeitbeschäftigten höher als bei einem Vollzeitbeschäftigten.[54] Schließlich ist auch der Anteil des Arbeitgebers an den Sozialversicherungsbeiträgen für zwei Teilzeitbeschäftigte höher als für einen Vollbeschäftigten, wenn das Entgelt für eine Vollzeitbeschäftigung über der Beitragsbemessungsgrenze liegt.[55]

In kleineren Betrieben wird Teilzeitarbeit unter Kostenaspekten überwiegend positiv bewertet, da Vollzeitarbeitsplätze regelmäßig nicht voll ausgelastet werden. In mittleren und größeren Betrieben wird jedoch der höhere Organisationsaufwand bemängelt. Die Abstimmung unterschiedlicher Dauer und Lage der Arbeitszeiten hat in mittleren und größeren Betrieben häufig eine Beeinträchtigung der Kommunikation und des Informationsflusses im Betrieb zur Folge. Vor allem der Handel und das Gastgewerbe bewerten Teilzeit als positiv, während negative Bewertungen von der chemischen Industrie und von der öffentlichen Verwaltung abgegeben wurden.[56]

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Einführung von Teilzeitarbeit zur Überschreitung von Schwellenwerten führen kann, sofern Teilzeitkräfte nicht nach ihrem Anteil an der Arbeitszeit, sondern nach Köpfen gezählt werden.[57]

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Teilzeitarbeit zwar im Vergleich zu Vollzeitarbeit in der Regel mit höheren nominalen Kosten verbunden ist. Nach einem Untersuchungsbericht von McKinsey & Company aus dem Jahre 1994, der auch der Gesetzesbegründung zugrundgelegt wurde, amortisieren sich die durchschnittlichen Anfangskosten für die Einführung von Teilzeitarbeit für das Unternehmen in der Regel aber innerhalb eines Jahres.[58]

---

53 *Lorenz*, Die Verringerung der Arbeitszeit auf Wunsch des Arbeitnehmers, S. 16.

54 *Bertelsmann/Rust*, RdA 1985, 146, 147.

55 *Bertelsmann/Rust*, RdA, 1985, 146, 148.

56 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 7/2006, 4.

57 Laux/Schlachter-*Laux*, Einf., Rn. 18; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Mayer*, § 121 Rn. 131.

58 BT-Drs.14/4374, S. 11; *Lorenz*, Die Verringerung der Arbeitszeit auf Wunsch des Arbeitnehmers, S. 18.

2.1.3.2 Für den Arbeitnehmer

Weniger einheitlich wird Teilzeitarbeit von den Arbeitnehmern beurteilt. Dabei ist zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Teilzeitarbeit zu differenzieren.[59]

Als wesentlicher Vorteil der Teilzeitarbeit wird die höhere Zeitsouveränität gesehen.[60] Arbeitnehmer können so Berufs- und Familienleben in Einklang bringen oder einen gleitenden Übergang in den Ruhestand besser vorbereiten.[61] Teilzeitarbeit bietet darüber hinaus auch denjenigen mit einer körperlichen Einschränkung die Möglichkeit, am Arbeitsleben teilzunehmen. Dies zeigt sich insbesondere in der Regelung des § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX für schwerbehinderte Menschen.[62]

Trotz dieser Vorteile ist Teilzeitarbeit auch mit Nachteilen verbunden, besonders für diejenigen, die unfreiwillig in Teilzeit arbeiten. Zu nennen ist in erster Linie die anteilig geringere Vergütung. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass die Arbeitnehmer mehr als die vereinbarte Leistung bei nur anteiligem Entgelt erbringen. Zudem ist auch das Verhältnis zwischen Wegezeit und Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigten erheblich ungünstiger als bei Vollzeitbeschäftigten.[63] Das geringere Entgelt wirkt sich schlussendlich auch negativ auf die Absicherung in den Sozialversicherungssystemen aus.

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer üben nach wie vor in der Regel einseitige oder geringqualifizierte Tätigkeiten aus und sind häufig mit schlechteren Arbeitsbedingungen konfrontiert. Sie nehmen weniger an Fort- und Weiterbildungskursen teil, wodurch die Aufstiegschancen beeinträchtigt werden (Karriereknick durch Teilzeitarbeit).[64]

Teilzeitarbeit kann auch die Eingliederung im Betrieb erschweren. Nur anteilige Leistungserbringung und anteilige Anwesenheit im Betrieb bergen die Gefahr der sozialen Isolation.[65]

---

59 *Deinert*, RdA 2014, 65, 66; *Altendorf*, Hindernisse für Teilzeitarbeit und flexible Arbeitsorganisation in der BRD Deutschland, S. 22; *Wank*, RdA 2010, 193, 198.

60 *Langmaack*, Teilzeitarbeit, Rn. 14; *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 21.

61 *Lorenz*, Die Verringerung der Arbeitszeit auf Wunsch des Arbeitgebers, S. 14.

62 Laux/Schlachter-*Laux*, Einf. Rn. 24.

63 *Bertelsmann/Rust*, RdA 1985, 146, 148.

64 *Bertelsmann/Rust*, RdA 1985, 146, 148.

65 *Gehring*, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, S. 21.

2.1.4 Arbeitsrechtlicher Rahmen der Teilzeitarbeit

2.1.4.1 Definition und Erscheinungsformen

§ 2 Abs. 1 TzBfG enthält eine Legaldefinition des Teilzeitbeschäftigten. Diese stimmt inhaltlich im Wesentlichen mit dem früheren § 2 Abs. 2 Satz 1 BeschFG 1985 überein. Demnach ist derjenige Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, so ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter dem eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Was unter einem Vollzeitbeschäftigten zu verstehen ist, wird in § 2 Abs. 1 Satz 3, 4 TzBfG erläutert. Der vergleichbare Vollzeitarbeitnehmer wird in einer fest vorgeschriebenen Reihenfolge zunächst auf betrieblicher, dann auf tariflicher und zuletzt auf wirtschaftlicher Stufe gesucht.[66]

Teilzeitarbeit findet sich im Arbeitsleben in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen wieder.[67] Dabei wird zwischen starren und flexiblen Arbeitszeitmodellen unterschieden.[68] Bei starren Teilzeitformen wird die Arbeitszeitverkürzung vorher langfristig festgelegt.[69] Die nach wie vor herkömmlichste Form der Teilzeitarbeit ist die Halbtagsarbeit. Diese ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer an den Wochenarbeitstagen im Vergleich zur üblichen Tagesarbeitszeit regelmäßig nur eine geringere Stundenzahl arbeitet.[70]

Bei den flexiblen Teilzeitmodellen ist die Lage und Verteilung der Arbeitszeit nicht im Vornhinein festgelegt. Sie kann vielmehr einseitig durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer bestimmt oder zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden. Ein flexibles Arbeitszeitmodell ist nicht mit Teilzeit gleichzusetzen. Erst wenn die erbrachte Arbeitszeit im Jahresdurchschnitt unterhalb der üblichen Arbeitszeit liegt, handelt es sich zugleich um Teilzeitarbeit.[71]

---

66 Laux/Schlachter-*Laux*, § 2 Rn. 33 ff.; BT-Drs. 14/4374, S. 15.
67 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Mayer*, § 121 Rn. 2.
68 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Mayer*, § 121 Rn. 2.
69 *Wank*, in: Blanke/Schüren/Wank/Wedde, Handbuch neue Beschäftigungsformen, Teilzeitarbeit, Rn. 6.
70 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Mayer*, § 121 Rn. 2.
71 Laux/Schlachter-*Laux*, § 2 Rn. 57.

Zu den wichtigsten flexiblen Teilzeitmodellen gehören Arbeit auf Abruf gemäß § 12 TzBfG und Arbeitsplatzteilung gemäß § 13 TzBfG.

2.1.4.2 Die Arbeitsbedingungen im Grundmodell der Teilzeitarbeit

2.1.4.2.1 Gleichbehandlung

Die Regelungen des TzBfG zur Teilzeitarbeit entsprechen im Wesentlichen denen des BeschFG 1985. Ein wesentlicher Quantensprung wurde allerdings vollzogen mit Einführung des Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG.

Eine zentrale Regelung zur Teilzeitarbeit ist zunächst das Verbot der Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG. Danach dürfen Teilzeitbeschäftigte nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte. Das Gesetz spricht den pro-rata-temporis-Grundsatz ausdrücklich in § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG an und fordert, dass Teilzeitbeschäftigte mindestens ein Arbeitsentgelt und andere geldwerte Leistungen entsprechend dem Umfang der Arbeitszeit erhalten. Ob eine völlige Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmern geboten ist oder der pro-rata-temporis-Grundsatz zur Anwendung kommt, bestimmt sich seinerseits nach dem Sachzweck einer Regelung. So ist die Anwendung des pro-rata-temporis-Grundsatzes etwa auch bei Schichtzulagen[72] oder bei Kinderzuschlägen[73] gerechtfertigt.

Wenn überwiegend Frauen betroffen sind, was bei Teilzeitarbeit je nach Anwendungsbereich einer Regelung häufig der Fall sein wird, müssen nach dem AGG sowie Art. 157 AEUV auch mittelbare Diskriminierungen wegen des Geschlechts ausgeschlossen sein. Eine Ungleichbehandlung bedarf insoweit eines rechtfertigenden Grundes. Auch hier kommt es oftmals auf den Zweck der Regelung an. Das gilt etwa bei der Frage, ob Überstundenzuschläge bereits ab Überschreiten der individuellen Arbeitszeit oder erst ab Überschreiten der Vollarbeitszeit anfallen.[74] Insoweit geht das BAG davon aus, dass tarifliche Regelungen zu Überstundenzuschlägen die besonderen Belastungen durch Überschreiten der Vollarbeitszeit bezwecken und nicht eine Verteuerung der Arbeit bei Überschreiten der individuellen Arbeitszeit.[75] Die Gewährung eines Zu-

---

72 BAG 25.9.2013 – 10 AZR 4/12, NZA-RR 2014, 8.
73 EuGH 5.11.2014 – C-476/12, NZA 2015, 170 – ÖGB/VÖBB.
74 EuGH 7.2.1991 – C-184/89, AP Nr. 5 zu § 23a BAT – Nimz.
75 BAG 26.4.2017 – 10 AZR 589/15, NZA 2017, 1069.

schlags auch für Teilzeitkräfte erst ab Überschreiten der Vollarbeitszeit ist danach dann kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG und auch keine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.

Teilzeitbeschäftigte müssen nach § 10 TzBfG in gleicher Weise Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen erhalten, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe oder entsprechende Wünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen.

2.1.4.2.2 Veränderung der Arbeitszeit

2.1.4.2.2.1 Information und Erörterung

§ 7 TzBfG regelt Stellenausschreibungen und Informationen. Nach § 7 Abs. 3 TzBfG muss der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der den Wunsch nach einer Veränderung von Dauer und Lage der Arbeitszeit angezeigt hat, über entsprechende Arbeitsplätze informieren.

§ 7 Abs. 2 TzBfG regelt überdies eine Pflicht des Arbeitgebers, Wünsche des Arbeitnehmers auf Veränderung der Arbeitszeit mit diesem zu erörtern, damit mögliche Missverständnisse, die einer Realisierung des Wunsches entgegenstehen, ausgeräumt werden können.

2.1.4.2.2.2 Anspruch auf Arbeitszeitverringerung

Der bereits angesprochene Anspruch auf Arbeitszeitverringerung ist in § 8 TzBfG enthalten. Voraussetzung des Verringerungsanspruchs ist zunächst, dass der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt und der Arbeitnehmer länger als sechs Monate im Arbeitsverhältnis steht (§ 8 Abs. 1 und 7 TzBfG). Der Verringerungswunsch steht nicht nur Vollzeitarbeitnehmern, sondern auch Teilzeitbeschäftigten zu.[76] Allerdings kann ein neuer Verringerungswunsch frühestens nach zwei Jahren geltend gemacht werden (§ 8 Abs. 6 TzBfG). Der Verringerungswunsch muss spätestens drei Monate vor dem gewünschten Termin der Arbeitszeitverlängerung geltend gemacht werden (§ 8 Abs. 2 TzBfG) und der Arbeitgeber soll die gewünschte Verringerung mit dem Arbeitnehmer erörtern, um möglichst zu einer Vereinbarung zu gelangen (§ 8 Abs. 3 TzBfG). Nach § 8 Abs. 4 TzBfG muss der Arbeitgeber dem Verlangen entsprechen, wenn es keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe, etwa eine

---

76 BAG 13.11.2012 – 9 AZR 259/11, NZA 2013, 373.

wesentliche Beeinträchtigung der Betriebsabläufe, gibt. Dazu hat das BAG ein dreistufiges Prüfschema aufgestellt:[77]

1. Bestehen eines inhaltlich nicht überprüfbaren unternehmerischen Organisationskonzeptes, das der als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt,
2. Unvereinbarkeit der vom Arbeitnehmer gewünschten Arbeitszeit mit diesem Organisationskonzept,
3. erhebliches Gewicht der der Erfüllung des Arbeitszeitwunsches entgegenstehenden Gründe.

Der Arbeitgeber muss eine ablehnende Entscheidung spätestens einen Monat vor Beginn der gewünschten Arbeitszeitverringerung schriftlich mitteilen. Anderenfalls gilt die Arbeitszeit nach § 8 Abs. 5 Satz 2 TzBfG als verringert. Gegen eine ablehnende Entscheidung kann der Arbeitnehmer sich durch Anrufung des Arbeitsgerichts wenden.[78]

2.1.4.2.2.3 Berücksichtigung bei Arbeitszeiterhöhungswunsch

Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit (wieder) erhöhen möchte, kann er dem Arbeitgeber diesen Wunsch anzeigen. Neben einem Anspruch auf Information über entsprechende Arbeitsplätze gemäß § 7 Abs. 2 TzBfG hat dies nach § 9 TzBfG auch zur Folge, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Besetzung eines entsprechenden Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigen muss, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.

Der Arbeitgeber muss keinen neuen Arbeitsplatz schaffen.[79] Dieser Anspruch besteht nur bei gleicher Eignung und kann selbst dann noch aus dringenden betrieblichen Gründen oder wegen entgegenstehender Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter zurückgewiesen werden. Im Allgemeinen besteht auch kein Anspruch auf eine höherwertige Stelle.[80]

Nach bisheriger Rechtslage trug der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, d.h. für die An-

---

77 BAG 16.3.2004 – 9 AZR 323/03, NZA 2004, 1047; BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02, DB 2003, 2442.
78 BAG 18.2.2003 – 9 AZR 356/02, NZA 2003, 911.
79 *Zwanziger,* AuR 2014, 216, 217.
80 BAG 16.6.2008 – 9 AZR 781/07, DB 2008, 2426.

zeige des Wunsches nach Arbeitszeitverlängerung, das Vorliegen eines freien Arbeitsplatzes sowie der Eignung, Letzteres im Sinne einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast.[81] Der Arbeitgeber hingegen trug bislang lediglich die Darlegungs- und Beweislast für entgegenstehende dringende betriebliche Gründe sowie für die Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter. Dies wurde nunmehr mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[82] korrigiert, damit der Aufstockungsanspruch auch an praktischer Bedeutung gewinnen kann. Den Arbeitgeber trifft nach der neuen Formulierung des § 9 TzBfG die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für entgegenstehende betriebliche Gründe und entgegenstehende Arbeitszeitwünsche anderer Arbeitnehmer, sondern auch dafür, dass kein entsprechend geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung steht oder der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht mindestens gleich geeignet ist.

2.1.4.2.2.4 Brückenteilzeit

Mit der Brückenteilzeit geht es dem Gesetzgeber nach eigenem Bekunden um ein wichtiges arbeits-, gleichstellungs- und familienpolitisches Anliegen der Bundesregierung.[83] Die Brückenteilzeit soll ermöglichen, neben der Berufstätigkeit in größerem Umfang auch privaten Aufgaben und Interessen nachgehen zu können. Angesprochen werden insoweit familiäre Interessen und Zwänge, Wunsch nach einem fließenden Übergang in den Ruhestand, Weiterbildungswünsche, Freizeitinteressen, zum Beispiel im Rahmen eines Ehrenamtes, oder auch das Bedürfnis nach einem ausgeglichenen Verhältnis von Arbeits- und Privatleben.[84]

Durch die feststehende Dauer der Teilzeit soll Planungssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschaffen werden.[85] Zugleich soll dadurch eine gleichmäßigere Verteilung der Arbeit in der Gesellschaft erreicht werden, sprich: Begünstigung Arbeitsloser durch das vorübergehend freiwerdende Arbeitsvolumen.[86] Es wird mit etwa 155.000 Arbeitnehmern in der Privatwirtschaft und 11.670 Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gerechnet, die innerhalb des ersten Jahres einen Antrag auf Brückenteilzeit stellen, in den Folgejah-

---

81 NK-GA-*Michels*/*Kortmann*, § 9 TzBfG Rn.10; ErfK-*Preis*, § 9 TzBfG Rn. 14.
82 S.o. Fn. 32.
83 BR-Drs. 281/18, S. 1.
84 BR-Drs. 281/18, S. 5.
85 BR-Drs. 281/18, S. 14.
86 BR-Drs. 281/18, S. 6.

ren sollen es weitere gut 16.500 sein.[87] Die Bundesregierung hält es für möglich, dass die angestrebte Erleichterung der Übergänge von Teil- in Vollzeit und umgekehrt eine gleichmäßigere Verteilung der Arbeitszeit zwischen Männern und Frauen begünstige.[88] Das bleibt freilich abzuwarten.

§ 9a TzBfG statuiert einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit (Brückenteilzeit), der im Wesentlichen auf Anspruchsvoraussetzungen und Verfahrensregelungen für den allgemeinen Anspruch auf unbefristete Arbeitszeitverringerung nach § 8 TzBfG aufbaut. Auch hier gibt es eine Wartezeit von sechs Monaten. Der Umfang der Arbeitszeitreduzierung wird gesetzlich nicht vorgegeben.

Auch wenn es darum geht, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern, ist dies einerseits keine Bedingung des Anspruchs, denn dieser hängt nicht vom Vorliegen bestimmter Gründe ab.[89] Andererseits relativiert die Regelung zur Brückenteilzeit keineswegs andere Ansprüche auf befristete Teilzeitarbeit, etwa nach dem PflegeZG oder dem BEEG. Folgerichtig erfolgten keine Änderungen anderer Regelungen über bestimmte Teilzeitansprüche.

Der Arbeitgeber kann den Anspruch aus entgegenstehenden betrieblichen Gründen ablehnen (§ 9a Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Sicher wird es als betrieblicher Grund anerkannt werden, wenn der Arbeitgeber geltend machen kann, er könne für den geplanten Zeitraum keine anderen Arbeitskräfte finden. Welche Anforderungen an die Darlegung diesbezüglicher Bemühungen des Arbeitgebers zu stellen sind, wird die Rechtsprechung aber im Weiteren ausdifferenzieren müssen. Der Zeitraum der Arbeitszeitverringerung muss im Voraus bestimmt sein und zwischen einem und fünf Jahren liegen (Abs. 1 Satz 2), wobei der Zeitrahmen nach § 9a Abs. 6 TzBfG durch Tarifvertrag verlängert oder verkürzt werden kann.

Durch das Rückkehrrecht sollen Kleinunternehmen einerseits nicht unverhältnismäßig belastet werden. Andererseits sollten die Schwellenwerte nicht zu hoch angesetzt werden,[90] damit der Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit nicht leerläuft. Den Anspruch gibt es deshalb nur in Unternehmen mit mehr als 45 Arbeitnehmern. Insofern muss man freilich der Realität ins Auge sehen, dass damit mehr als 38 % der Betriebe aus dem Anwendungsbereich der Brücken-

87 BR-Drs. 281/18, S. 8 f.
88 BR-Drs. 281/18, S. 11.
89 BR-Drs. 281/18, S. 1.
90 *Schubert*, ZRP 2018, 26, 26.

teilzeit fallen.[91] § 9a Abs. 2 TzBfG definiert eine Zumutbarkeitsgrenze im Sinne eines Überforderungsschutzes, indem in Unternehmensgrößen bis 200 Arbeitnehmer pro angefangene 15 Arbeitnehmer maximal ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Brückenteilzeit hat. Soweit die Quote erreicht ist, kann der Arbeitgeber das Arbeitszeitverringerungsverlangen ablehnen. Wenn der Arbeitgeber aus diesem Grunde den Antrag abgelehnt hat, kann ein erneuter Antrag frühestens nach einem Jahr gestellt werden. Im Übrigen sind Verringerungsanträge bei berechtigter Ablehnung oder im Falle der befristeten Teilzeit nach Rückkehr zur alten Arbeitszeit frühestens nach zwei Jahren erneut möglich (§ 9a Abs. 5 TzBfG). Während der Dauer der Brückenteilzeit bestehen nach § 9a Abs. 4 TzBfG keine weiteren Ansprüche auf Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit. So sind andere Gesetze, die einen Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit vermitteln (etwa im Falle der Pflegezeit oder der Familienpflegezeit), als Spezialregelungen anzusehen, die dadurch nicht beeinträchtigt werden.

Die Befristung der Teilzeit bewirkt, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Brückenteilzeit zurückkehrt. Dies ist allerdings nicht mit dem Anspruch verbunden, auf dem gleichen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden zu können. Vielmehr kann der Arbeitgeber im Rahmen des Direktionsrechts auch einen anderen Arbeitsplatz zuweisen.[92]

2.1.4.2.3 Kündigungsverbot

Die Weigerung des Arbeitnehmers, von oder in Vollzeitarbeit zu wechseln, kann nach § 11 Satz 1 TzBfG keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Allerdings bleibt nach § 11 Satz 2 TzBfG die Möglichkeit des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen zu kündigen unberührt.

2.1.4.3 Arbeit auf Abruf (KAPOVAZ)

Eine der flexibelsten Teilzeitformen ist die Arbeit auf Abruf gemäß § 12 TzBfG. Im personalwirtschaftlichen Sprachgebrauch wird dieses Arbeitszeitmodell auch als KAPOVAZ bezeichnet (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit).[93] Sie räumt dem Arbeitgeber die Möglichkeit ein, im Rahmen des vereinbarten Arbeitszeitvolumens die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dem tatsächlichen

---

91 *Preis/Schwarz*, NJW 2018, 3673, 3674.
92 BR-Drs. 281/18, S. 6.
93 *Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges*, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, S. 235.

Arbeitsanfall anzupassen. Derartige Vereinbarungen sind vor allem im Dienstleistungsbereich und im Einzelhandel zur personellen Bedarfsdeckung bei Sonderverkaufsaktionen sowie zur Krankenvertretung zu finden.[94] Schätzungsweise waren im Jahr 2010 5,4 % der abhängig Beschäftigten in Deutschland von Arbeit auf Abruf betroffen.[95] Eine Befragung von 418 Unternehmen im Jahr 2009 ergab einen weitaus höheren prozentualen Anteil. Danach nutzten 11,7 % der befragten Unternehmen Arbeit auf Abruf.[96]

Die Einführung von KAPOVAZ unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.[97]

Der Arbeitsvertrag muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Soweit die Dauer der Arbeitszeit nicht bestimmt ist, gilt gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine wöchentliche Arbeitszeit von zwanzig Stunden und eine mindestens dreistündige tägliche Beschäftigung des Arbeitnehmers. Diese Schutzbestimmungen beruhen auf der sog. Musiklehrerentscheidung des BAG vom 12.12.1984, wonach die Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit wegen Umgehung zwingender Kündigungsschutzschriften nach § 134 BGB nichtig war.[98] Die Regelung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten gehört danach zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses. Ihre Gestaltung sei dem Gesetz, Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag vorbehalten und unterliege nicht dem allgemeinen Weisungsrecht des Arbeitgebers.[99] Diese Rechtsprechung wurde zunächst durch § 4 BeschFG 1985 und später durch die Nachfolgeregelung des § 12 TzBfG umgesetzt.[100] Der Arbeitnehmer ist gemäß § 12 Abs. 3 TzBfG nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.

Problematisch war die jüngere Rechtsprechung des BAG, wonach bei Vereinbarung von Abrufarbeit ohne jede Festlegung zur Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit auf die Mindestregelungen des § 12 TzBfG rekurriert

---

94 Laux/Schlachter-*Laux* §12 Rn. 1; *Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges*, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, B III. Rn. 771.

95 *Schult/Tobsch*, Freitzeitstress – wenn die Arbeit ständig ruft, SOEPpapers 485/2012, S. 17; *Absenger et al.*, WSI-Report 19/2014, S. 36.

96 *Fietze/Matiaske/Schult/Tobsch*, Flexibilität durch Verfügbarkeit, Abrufbarkeit in Deutschland, S. 5.

97 BAG 28.9.1988 – 1 ABR 41/87, DB 1989, 1033.

98 BAG 12.1 2.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321.

99 BAG 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321, 322.

100 Laux/Schlachter-*Laux* § 12 Rn. 13.

wird.[101] Denn dies erlaubt dem Arbeitgeber zunächst, sich ohne großes Risiko in jeder Hinsicht freizuhalten und notfalls auf das (vergleichsweise geringe) gesetzliche Maß zu rekurrieren.[102] Richtiger wäre es hingegen, die Vereinbarung als unter Verstoß gegen § 12 TzBfG unwirksam anzusehen, weil die notwendigen Festlegungen fehlen, und stattdessen die Vereinbarungslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung unter Rückgriff auf die bisherige durchschnittliche Arbeitszeit zu schließen.[103] So aber setzt sich die Entscheidung auch in Widerspruch zu einer früheren Entscheidung des fünften Senats.[104] In dieser war es darum gegangen, in welchem Umfang der Arbeitgeber Arbeit über die vertragliche Mindestarbeitszeit hinaus abrufen kann. Der Senat hatte entschieden, dass dieser einseitig abrufbare Arbeitsanteil nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen dürfe.[105]

Im Zuge des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[106] wurde die sich aus der jüngeren Rechtsprechung ergebende Variabilität der Abrufarbeit in § 12 TzBfG beschränkt.[107] Im Falle einer Mindestarbeitszeit darf der Arbeitgeber nur maximal 25 % der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen, im Falle einer Höchstarbeitszeit maximal 20 % weniger. Auf diese Weise wird letztlich

---

101 BAG 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328.

102 Krit. dazu Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid*, § 29 Rn. 128 f.; *Müller-Wenner*, AuR 2015, 413 ff.

103 *Müller-Wenner*, AuR 2015, 413, 414 f.; *Preis/Wieg*, AuR 2016, 313, 318.

104 Zum Folgenden *Preis/Wieg*, AuR 2016, 313, 318.

105 BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423. Entgegen einer in der Literatur anzutreffenden Deutung (*Preis/Wieg*, AuR 2016, 313, 317; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid*, § 29 Rn. 129) dürfte der 9. Senat u.E. dieser Rechtsprechung nicht durch seine Entscheidung vom 21.6.2011 (9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274, Rn. 42) den Boden entzogen haben. Zwar hat der 9. Senat dort die fragliche Regelung allein am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gemessen, nachdem er zuvor ausgeführt hat, dass § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unter anderem Festlegungen zur Arbeitszeit der Inhaltskontrolle entziehe. Denn letztlich hat der Senat die betreffende Klausel am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitern lassen, das unabhängig von den Grenzen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB in jedem Falle anwendbar ist. Eine intensivere Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 5. Senats, in der ausführlich begründet worden war, warum die Klausel über Abrufarbeit als Verstoß gegen den Grundsatz pacta sunt servanda gleichwohl kontrollfähig ist (BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423, Rn. 34), hat hier gar nicht stattgefunden, sodass davon auszugehen ist, dass es sich nicht um einen offenen Widerspruch handelt, sondern der 9. Senat die Frage gar nicht weiter geprüft hat, weil die Klausel schon aus anderem Grunde unwirksam war.

106 S.o. Fn. 32.

107 Vgl. bereits die Vorschläge von *Hanau*, S. C 79.

die Möglichkeit, im Falle der Abrufarbeit das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer abzuwälzen, beschränkt.

Offenkundig keinen hinreichenden Schutz hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Entgeltfortzahlung gewährleistet.[108] Ruft der Arbeitgeber die Arbeit nicht ab, lässt sich nur schwer nachweisen, dass die Arbeit *wegen* eines Feiertages oder *wegen* Krankheit (§§ 2, 3 EFZG) ausgefallen ist. Die viertägige Ankündigungsfrist auch bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann nur im Falle sehr kurzfristiger Erkrankungen Schutz bieten.[109] Die dazu diskutierten Konzepte, die letztlich darauf hinauslaufen, die diesbezügliche Beweisnot des Arbeitnehmers zu lindern,[110] erlauben insoweit keinen verlässlichen Schutz vor Aushöhlung. Immerhin verlangt die Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber sich im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu vom Arbeitnehmer vorzutragenden Umständen, die eine hohe Wahrscheinlichkeit für den Arbeitsausfall infolge eines Feiertages begründen, substantiiert erklären muss.[111] Dabei soll es nach der jüngsten Reform durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[112] auch bleiben: Hinsichtlich der Berechnung der Entgeltfortzahlung wird mit Blick auf die regelmäßige Arbeitszeit nunmehr gemäß § 12 Abs. 4 und 5 TzBfG der Durchschnitt eines Referenzzeitraums der letzten drei Monate herangezogen. Ausdrücklich heißt es in der Entwurfsbegründung indes, dass hinsichtlich der Frage, ob der Arbeitnehmer an einem Feiertag gearbeitet hätte, weiterhin die Rechtsprechung des BAG maßgeblich sei.[113]

Auch fehlt es an adäquaten sozialversicherungsrechtlichen Regelungen zur KAPOVAZ.[114]

2.1.4.4 Jobsharing

Der Begriff Arbeitsplatzteilung beschreibt ein Arbeitszeitmodell, bei dem sich zwei oder mehr Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz teilen. Die Begriffsbestimmung ist allerdings irreführend. Denn im Gegensatz zur Teilzeitarbeit sollen aus einer Vollzeitstelle gerade nicht zwei Teilzeitstellen entstehen. Vielmehr teilen sich die Arbeitnehmer innerhalb des vereinbarten Umfangs der Arbeits-

---

108 Vgl. bereits *Schwerdtner*, NZA 1985, 577, 583.
109 *Malzahn*, AuR 1985, 386, 389.
110 ErfK-*Preis*, § 12 TzBfG Rn. 38.
111 BAG 24.10.2001 – 5 AZR 245/00, AP Nr. 8 zu § 2 EntgeltFG.
112 S.o. Fn. 32.
113 BR-Drs. 281/18, S. 17.
114 Malzahn, AuR 1985, 386, 390.

zeit die Aufgaben und Verantwortungen untereinander auf.[115] Die Vollzeitstelle wird dadurch alternierend besetzt.[116] Gleichwohl sind die beteiligten Arbeitnehmer Teilzeitbeschäftigte. Neben dem Begriff der Arbeitsplatzteilung hat sich auch der Begriff Jobsharing aus dem angloamerikanischen Raum eingebürgert.[117]

Dieses Modell wird in Europa seit den 1980er Jahren vor allem in der Schweiz, in Skandinavien und in den Niederlanden eingesetzt.[118] Der Verbreitungsgrad in Deutschland ist marginal.[119] Trotz gesetzlicher Regelung in § 5 BeschFG 1985 und später in § 13 TzBfG hat sich die abwechselnde Besetzung eines Arbeitsplatzes durch mindestens zwei Arbeitnehmer in der Praxis nicht durchgesetzt. Dies bestätigen auch die geringen Zahlen an Gerichtsentscheidungen.[120] Im Schrifttum wurde Jobsharing vor allem in den 1980er Jahren kontrovers und intensiv diskutiert. Seitdem ist die Flexibilisierungsdiskussion um Jobsharing stark zurückgegangen.[121]

§ 13 Abs. 1 TzBfG regelt, dass beim Jobsharing die wechselseitige Vertretung nur

- entweder auf Grundlage einer Vereinbarung im Einzelfall
- oder bei vorheriger Vereinbarung im Falle dringender betrieblicher Erfordernisse, soweit dies im Einzelfall nicht für den Arbeitnehmer unzumutbar ist,

verlangt werden kann. Freilich dürfte dies in der Praxis ein kaum wirksames Mittel sein, um Arbeitnehmer vor rechtswidrigen Heranziehungen zur Vertretung zu schützen.[122]

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, weil das Arbeitsverhältnis des Partner-Arbeitnehmers beendet wird, ist nach § 13 Abs. 2 Satz 1 TzBfG unwirksam.

---

115 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Mayer*, § 121 Rn. 101.

116 *Danne*, BIStSozArbR 1985, 355.

117 Laux/Schlachter-*Laux*, §13 Rn. 1.

118 Abrufbar unter: http://www.zeit.de/karriere/beruf/2015-02/jobsharing-flexibles-arbeiten (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

119 *Buschmann*, AiB 2002, 507, 507; Laux/Schlachter-*Laux*, § 13 Rn. 4.

120 Bei Juris (Abruf am 4.6.2018) sind zu § 5 BeschFG 1985 und § 13 TzBfG gerade einmal sechs Gerichtsentscheidungen nachgewiesen, die auch nicht alle einschlägig sind.

121 *Schüren*, Job Sharing, S. 156 ff.; *Buschmann*, AiB 2002, 507, 507; Laux/Schlachter-*Laux*, § 13 Rn. 4.

122 *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, Einl. II 2 d zum TzBfG.

Nicht ausgeschlossen ist aber ausdrücklich nach § 13 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die Kündigung aus anderen Gründen oder eine Änderungskündigung aus Anlass des Ausscheidens eines Partners.

2.1.4.5 Andere Teilzeitarbeitsverhältnisse nach weiteren Vorschriften

Neben den Regelungen zur Teilzeitarbeit im TzBfG existieren weitere spezielle Vorschriften zur Teilzeitarbeit insbesondere im Altersteilzeitgesetz, dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, dem Pflegezeitgesetz, dem Familienpflegezeitgesetz und im SGB IX, auf die nachfolgend kurz eingegangen wird. Teilweise enthalten aber auch Tarifverträge Regelungen zur Arbeitszeitverringerung. Die Vorschriften des TzBfG treten nach dem Spezialitätsgrundsatz als allgemeine Vorschriften insoweit hinter den anderen gesetzlichen Regelungen zurück, als diese speziellere Vorschriften enthalten.

2.1.4.5.1 Pflegeteilzeit nach dem Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeit nach dem Familienpflegezeitgesetz

Bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie spielt nicht nur die Kinderbetreuung eine wichtige Rolle, sondern auch der mit der Alterung der Bevölkerung einhergehende Pflegeaufwand. Die überwiegende Mehrheit der pflegebedürftigen Menschen möchte durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung oder zumindest ambulant und nicht in einer Pflegeeinrichtung versorgt werden. Mehr als zwei Drittel der Pflegebedürftigen werden zu Hause von nahen Angehörigen und durch ambulante Dienste betreut.[123] Vor diesem Hintergrund sah sich der Gesetzgeber dazu veranlasst, zunächst das Pflegezeitgesetz zum 1.7.2008 zu erlassen. Ergänzend trat das Familienpflegezeitgesetz am 1.1.2012 in Kraft. Die Regelungen des PflegeZG und des FPfZG sind, um dem Grundsatz „ambulant vor stationär" stärker Rechnung zu tragen, durch das am 1.1.2015 in Kraft getretene Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf[124] vollständig überarbeitet und erweitert worden. Neben dem Pflegezeitgesetz enthält nun auch das FPfZG einen eigenständigen Anspruch auf Teilzeit für die Pflege naher Angehöriger. Ferner können nun beide Ansprüche bis zu einer Höchstdauer von 24 Monaten miteinander kombiniert werden.[125]

---

123 BT-Drs. 17/6000, S. 1; *Stüben/v.Schwanenflügel*, NJW 2015, 577.
124 V. 23.12.2014, BGBl. I 2462.
125 Meinel/Heyn/Herms-*Herms*, § 23 Rn. 18.

Gemäß § 3 Abs. 1, 4, 5 PflegeZG können Beschäftigte vollständig oder teilweise von der Arbeit freigestellt werden, wenn sie entweder einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen oder einen minderjährigen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher oder außerhäuslicher Umgebung betreuen. Die Teilfreistellung beschränkt sich aber je pflegebedürftigen Angehörigen auf maximal sechs Monate. Hierfür ist eine schriftliche Vereinbarung erforderlich.[126] Der Arbeitgeber hat dem Wunsch des Beschäftigten auf Teilfreistellung und eine geänderte Arbeitszeitverteilung grundsätzlich zu entsprechen, es sei denn dringende betriebliche Gründe stehen dem entgegen. Die Pflegezeit muss spätestens 10 Tage vor dem vorgesehenen Beginn vom Arbeitnehmer schriftlich angekündigt werden (§ 3 Abs. 3 Satz 1 PflegeZG). Der Anspruch auf vollständige oder teilweise Freistellung besteht gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 PflegeZG nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten. Die eigentliche Pflegeteilzeit ist in § 3 Abs. 4 PflegeZG geregelt. Danach haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung zu treffen. Der Arbeitgeber muss den Wünschen des Beschäftigten entsprechen, wenn nicht dringende betriebliche Gründe entgegenstehen.

Der Anspruch auf Familienpflegezeit besteht nur als (befristeter) Teilzeitanspruch, eine vollständige Freistellung kann nicht verlangt werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 und § 2 Abs. 5 Satz 1 FPfZG sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung längstens für 24 Monate teilweise freizustellen, wenn sie entweder einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen oder einen minderjährigen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher oder außerhäuslicher Umgebung betreuen. Dabei muss gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 FPfZG die verringerte Arbeitszeit wöchentlich mindestens 15 Stunden betragen. Der Anspruch besteht gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 FPfZG nur in Unternehmen mit mehr als 25 Arbeitnehmern. Auch hier verlangt das Gesetz eine schriftliche Vereinbarung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer über Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit. Der Arbeitgeber muss gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 FPfZG den Wünschen des Arbeitnehmers entsprechen, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Die Voraussetzungen decken sich im Übrigen mit den Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 PflegeZG.[127]

---

126 ErfK-*Gallner*, § 3 PflegeZG Rn. 2.
127 Meinel/Heyn/Herms-*Herms*, § 23 Rn. 21.

Die Ansprüche auf Pflegezeit und Familienpflegezeit bestehen nebeneinander.[128] Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 FPfZG darf allerdings die Gesamtdauer von 24 Monaten nicht überschritten werden. Während der (Familien-)Pflegezeit (sowie seit der Ankündigung der [Familien-]Pflegezeit) genießt der Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz gemäß (§ 2 Abs. 1 FPfZG i.V.m.) § 5 PflegeZG, wobei die Kündigung behördlich für zulässig erklärt werden kann.

Während Zeiten der Pflegezeit bzw. der Familienpflegezeit hat der Arbeitnehmer nach (§ 3 FPfZG i.V.m.) § 3 Abs. 7 PflegeZG einen Anspruch auf finanzielle Unterstützung gegenüber dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben in Form eines zinslosen Darlehens zum Ausgleich des ausfallenden Arbeitsentgelts. Leider liegen bisher keine amtlichen Erkenntnisse über die Zahl der Beschäftigten vor, die Freistellungen nach dem Pflegezeitgesetz oder Familienpflegezeitgesetz in Anspruch genommen oder eine solche ihrem Arbeitgeber angekündigt haben. Die Inanspruchnahme ist nicht meldepflichtig.[129] Während der Pflegezeit oder Pflegeteilzeit erhalten Beschäftigte, die dadurch ihren Versicherungsschutz verlieren, Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung nach § 44a SGB XI.

2.1.4.5.2 Elternteilzeit gemäß § 15 Abs. 5, 7 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz

Bis Ende der 70er Jahre war eine erwerbstätige Mutter, die ihr Neugeborenes selbst betreuen wollte, häufig gezwungen, ihr Arbeitsverhältnis aufzugeben. Erst mit dem Gesetz zur Einführung des Mutterschaftsurlaubs vom 25.6.1979[130] räumte der Gesetzgeber Müttern das Recht ein, im unmittelbaren Anschluss an die Schutzfrist bis zur Vollendung des sechsten Lebensmonats des Kindes unbezahlten Mutterschaftsurlaub gemäß § 8a MuSchG a.F. in Anspruch zu nehmen.[131] Durch das BErzGG vom 6.12.1985[132] wurde der Mutterschaftsurlaub

---

128 Meinel/Heyn/Herms-*Herms*, § 23 Rn. 21; Küttner Personalbuch-*Poeche*, Pflegezeit Rn. 47.

129 BT-Drs. 18/7322, S. 2, 4. Anm.: Im Jahr 2015 haben 119 Personen ein Darlehen während der Freistellung nach dem Pflegezeitgesetz und 123 Personen während der Freistellung nach Familienpflegezeitgesetz in Anspruch genommen. Die Anzahl der Darlehen gibt keinen Rückschluss auf die Zahl der Freistellungen, es wird vermutet, dass die Anzahl der Freistellungen deutlich höher ist.

130 BGBl. I 797.

131 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Velikova*, § 15 BEEG Rn. 1.

132 BGBl. I, S. 2154.

durch den Erziehungsurlaub ersetzt.[133] Seit Inkrafttreten des dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000[134] zum 1.1.2001 hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit, den jener nur noch aus bestimmten Gründen ablehnen darf.[135] Mit Wirkung zum 1.1.2007 wurde das BErzGG durch das BEEG[136] abgelöst, das allerdings hinsichtlich der Elternzeit praktisch unverändert die Regelungen des alten BErzGG übernommen hat. Das Gesetz hat mittlerweile weitere Änderungen erfahren.[137]

§ 15 BEEG sieht verschiedene Varianten der Teilzeitarbeit vor. Zunächst kann der Arbeitnehmer im Wege der einvernehmlichen Regelung gemäß § 15 Abs. 5 Satz 1 BEEG eine Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung beantragen oder ein bereits bestehendes Teilzeitarbeitsverhältnis gemäß § 15 Abs. 5 Satz 4 BEEG während der Elternzeit nahtlos fortführen.[138] Soweit eine Einigung nicht möglich ist, kann der Arbeitnehmer während der Gesamtdauer der Elternzeit zweimal seine Arbeitszeit gemäß § 15 Abs. 6 BEEG verringern. Im Gegensatz zur Fortführung der bisherigen Teilzeitarbeit, die lediglich dem Arbeitgeber angezeigt werden muss, kann der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nicht gegen den Willen des Arbeitgebers durchgesetzt werden, wenn dem Anspruch dringende betriebliche Gründe entgegenstehen und der Arbeitgeber sich darauf form- und fristgerecht beruft.[139] Ferner setzt der Anspruch voraus, dass das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ununterbrochen bereits länger als sechs Monate bestand und der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Gemäß § 15 Abs. 6 Nr. 3 BEEG kann der Arbeitnehmer den Umfang der Arbeitszeit nicht nach Belieben bestimmen. Die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit soll für mindestens zwei Monate auf einen Umfang zwischen 15 und 30 Wochenstunden verringert werden. Der maximale Umfang der Arbeitszeit von 30 Wochenstunden darf dabei nicht überschritten werden. Der Anspruch auf Elternteilzeit besteht in den ersten drei Lebensjahren des Kindes, kann allerdings zu einem Anteil von 24 Monaten bis zum vollendeten achten Lebensjahr hinausgeschoben werden. Die Eltern kön-

133 Meinel/Heyn/Herms-*Herms,* § 23 Rn. 7.
134 BGBl. I, S.1426, 1585.
135 Laux/Schlachter-*Laux*, § 23 Anhang 1 Rn. 3.
136 Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG) v. 5.12.2016, BGBl. I 2748.
137 Überblick bei *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, Einl. I zum BEEG.
138 Rancke-*Rancke*, § 15 BEEG Rn. 63.
139 Rancke-*Rancke,* § 15 BEEG Rn. 65.

nen die Elternzeit nach § 15 Abs. 3 BEEG anteilig aufteilen oder gemeinsam nehmen. Eine wechselseitige Anrechnung scheidet aus, weil jedem Elternteil unabhängig vom anderen ein Anspruch auf Elternzeit zusteht.[140] Während der Gesamtdauer der Elternzeit kann der Arbeitnehmer zweimal die Arbeitszeitverlängerung beanspruchen. Dabei werden bereits einvernehmlich herbeigeführte Arbeitszeitverlängerungen, die ohne Geltendmachen eines konkreten Anspruchs erfolgten, nicht mitgerechnet.[141]

Da die Elternteilzeit zu einem Verlust von Erwerbseinkommen führt, ist wichtig, dass dieser teilweise durch das Elterngeld kompensiert wird, allerdings weder in voller Höhe noch während der potenziellen Gesamtdauer der Elternteilzeit.

2.1.4.5.3 Altersteilzeit

Der Altersteilzeitvertrag ist ein spezieller Teilzeitarbeitsvertrag, der älteren Arbeitnehmern einen vereinfachten, vorzeitigen und gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in die Rente ermöglichen soll.[142] Die Idee besteht darin, dass Arbeitnehmer durch Reduzierung der Arbeitszeit den Wechsel in die rentenbedingte Beschäftigungslosigkeit abfedern. Das heutige Altersteilzeitgesetz beruht auf dem Gesetz zur Förderung eines gleitenden Übergangs in den Ruhestand[143]vom 23.7.1996. Ziel der Altersteilzeit war es, neben der Beschäftigungsförderung die damalige Frühverrentungspraxis auf Kosten der Arbeitslosen- und Rentenversicherung zu unterbinden.[144] Das durch die Altersteilzeit freigewordene Beschäftigungsvolumen sollte bisher Arbeitslosen den Weg in eine Beschäftigung ermöglichen. Dazu sah das Altersteilzeitgesetz eine sozialrechtliche Förderung vor.[145] Seit dem 1.1.2010 wird Altersteilzeit nicht mehr gefördert. Die Förderleistungen betreffen nur noch Altersteilzeitverträge, die bis zum 31.12.2009 begonnen wurden. Altersteilzeitverträge können aber auch über den 31.12.2009 hinaus vereinbart werden.[146] Ein Rechtsanspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages besteht nach dem Gesetz jedoch nicht.

---

140 Böttcher/Graue-*Böttcher*, BEEG, § 15 Rn. 10.
141 BAG 19.2.2013 – 9 AZR 461/11, NZA 2013, 907.
142 MünchArbR Bd.1-*Schüren*, § 51 Rn. 10.
143 BGBl. I 1078.
144 *Schabenstiel/Tenbrock*, in: Preis, innovative Arbeitsformen: Altersteilzeit, S. 91; *Klammer/Weber*, WSI-Mitt. 2/2001, 102.
145 ErfK-*Rolfs*, § 8 ATG Rn. 1.
146 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Droßel*, § 1 ATG Rn. 3.

In der Praxis ist allerdings das sog. Blockmodell weitaus verbreiteter als die Reduzierung der Arbeitszeit. Danach arbeitet der Arbeitnehmer zunächst während einer Arbeitsphase unter Fortzahlung eines verminderten Arbeitsentgelts im bisherigen zeitlichen Umfang weiter, um dann unter Fortzahlung dieses verminderten Arbeitsentgelts freigestellt zu werden (Freistellungsphase).[147] Bis Ende Dezember 2007 stieg der Anteil der Blockmodelle auf rund 88 %.[148] Der Sache nach bedeutet das Blockmodell also einen Weg der Frühverrentung, allerdings auf Basis einer privaten Finanzierung und nicht auf Kosten der Solidargemeinschaft der Sozialversicherung. Das widerspricht insoweit dem eigentlichen Konzept der Altersteilzeit, als es dadurch keinen gleitenden Übergang in den Ruhestand gibt, entspricht dem Konzept des AltTZG allerdings insoweit, als dadurch die Frühverrentung über die Arbeitslosen- und Sozialversicherung vermieden wird. Die Förderung der Einstellungschancen bislang Arbeitsloser wird dadurch im Ergebnis ebenfalls erreicht, wenn auch auf anderem Wege, nämlich durch Freiwerden eines ganzen Arbeitsplatzes zu einem späteren Zeitpunkt. In der Sache kann diese Form der Frühverrentung durchaus dennoch erwünscht erscheinen, weil es sich letztlich um eine andere Form von „Flexirente" (zur Flexirente vgl. 3.3.2.6) handelt, mit der dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass Arbeitnehmer wegen Strukturwandels oder individueller Belastbarkeitsgrenzen nicht bis zur Altersgrenze arbeiten können oder wollen und zugleich keine Rentennachteile in Kauf nehmen wollen.

Das AltTZG ist allerdings nicht außer Kraft getreten. Wichtig bleiben insbesondere seine arbeitsrechtlichen Regelungen in §§ 8, 8a AltTZG. Das betrifft insbesondere das Kündigungsverbot nach § 8 Abs. 1 AltTZG sowie die Regelung des § 8 Abs. 3 AltTZG, die es gestattet, das Arbeitsverhältnis durch Altersteilzeitvereinbarung auf das Regelrentenalter zu befristen. Von elementarer Wichtigkeit ist zudem die Regelung des § 8a AltTZG über die Insolvenzsicherung. Nach dieser Bestimmung ist der Arbeitgeber verpflichtet, das durch Vorleistung im Blockmodell erarbeitete Wertguthaben gegen Zahlungsunfähigkeit zu sichern. Außerdem muss er dem Arbeitnehmer alle sechs Monate einen Nachweis der Insolvenzsicherung geben. Bei mangelndem Nachweis oder ungenügenden Maßnahmen kann der Arbeitnehmer nach § 8a AltTZG den Arbeitgeber auffordern, eine geeignete Insolvenzsicherung des Wertguthabens nachzuweisen. Kommt der Arbeitgeber dem nicht innerhalb eines Monats nach, kann der Arbeitnehmer Sicherheitsleistung verlangen. Diese Insolvenzschutzregelung hat

147 Meinel/Heyn/Herms-*Herms*, § 23 Rn. 5; *Ahlbrecht/Ickenroth*, BB 2002, 2440.
148 *Wanger,* IAB-Kurzbericht 8/2009, 2.

sich mit tatkräftiger Mithilfe des BAG allerdings als völlig ungeeignet erwiesen. „Der Arbeitgeber" mag sich zwar schadensersatzpflichtig machen, wenn die Insolvenzsicherung unterbleibt und der Arbeitnehmer dann das angesparte Arbeitsentgelt nicht mehr ausbezahlt bekommt, dies ist jedoch wenig hilfreich, wenn „der Arbeitgeber" insolvent ist und womöglich als juristische Person sogar gelöscht wurde, also nicht mehr existiert. Es stellt sich dann die Frage, ob Organvertreter des Arbeitgebers sich schadensersatzpflichtig machen können, weil sie nicht für den Arbeitgeber die Insolvenzsicherung betrieben haben.[149] § 7e Abs. 7 Satz 2 SGB IV sieht eine entsprechende Haftung organschaftlicher Vertreter vor. Allerdings findet § 7e SGB IV nach § 8a Abs. 1 Satz 1 AltTZG keine Anwendung. Fraglich ist jedoch, ob dies lediglich die Insolvenzsicherungspflicht nach § 7e SGB IV (der Ausschluss der Anwendung ist immerhin in Abs. 1 des § 8a AltTZG enthalten, der die Insolvenzsicherungspflicht bei Altersteilzeitkonten vorsieht) oder alle Regelungen des § 7e SGB IV unter Einschluss der Haftung der Organvertreter betrifft und daraus der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass deren Haftung ausgeschlossen sein soll.[150] Die historische Entwicklung spricht freilich dafür, dass der Gesetzgeber den Ausschluss dieser Haftung für rechtswidriges Verhalten keineswegs im Sinn hatte.[151] Das BAG allerdings versteht den Ausschluss der Anwendung von § 7e SGB IV umfassend im Sinne des Ausschlusses der Haftung im Umkehrschluss[152] und stellt die Arbeitnehmer damit schutzlos, indem es dem Arbeitgeber erlaubt, sanktionslos Kosten der Insolvenzsicherung zum eigenen Vorteil zu sparen um den Preis, dass die Arbeitnehmer um das angesparte Arbeitsentgelt geprellt werden. Entgegen der Rechtsprechung ist die Möglichkeit, Nachweis einer adäquaten Insolvenzsicherung und mangels Nachweises Sicherheitsleistung zu fordern, kein ausreichendes Schutzinstrument. Es ist evident, dass Arbeitnehmer dies regelmäßig schon deshalb nicht machen werden, um das Betriebsklima nicht unnötig zu belasten, jedenfalls solange es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Insolvenzsicherung praktische Bedeutung entfalten könnte. Demgegenüber ist die drohende persönliche Haftung des organschaftlichen Vertreters ein durchaus effektives Mittel, dessen Eigeninteresse an der Gesetzestreue zu stimulieren.

149 Dazu *Deinert*, RdA 2014, 327 ff.
150 So etwa *Hanau/Veit/Hoff*, C Rn. 63, 74 ff.
151 *Deinert*, RdA 2014, 327, 330 ff.
152 BAG 23.2.2016 – 9 AZR 293/15, NZA 2016, 703, Rn. 30 ff.

2.1.4.5.4 Teilzeitbeschäftigung von Schwerbehinderten, § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX

§ 164 Abs. 5 SGB IX räumt schwerbehinderten und ihnen gemäß §§ 152 Abs. 2, 153 SGB IX gleichgestellten behinderten Menschen einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung ein. Der Anspruch setzt weder eine Form noch eine Frist oder ein Verfahren voraus. Er gilt für Klein- wie für Großbetriebe. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann seinen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit mit sofortiger Wirkung geltend machen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Arbeitszeitverringerung wegen der Art und Schwere der Behinderung notwendig ist. Auf die Zustimmung des Arbeitgebers kommt es nicht an. Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit besteht nicht, wenn seine Erfüllung eine unverhältnismäßige Belastung des Arbeitgebers darstellt. Das Gewicht der entgegenstehen betrieblichen Gründe muss so erheblich sein, dass der Arbeitgeber zu wesentlichen Änderungen in der Arbeitsorganisation gezwungen wäre. Dieser Teilzeitanspruch erscheint daher im Vergleich zu anderen Ansprüchen auf Arbeitszeitreduzierung als privilegiert.

2.1.4.6 Reformbestrebungen

2.1.4.6.1 EU-Vereinbarkeitsrichtlinie

Nachdem eine Reform der europäischen Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG[153] gescheitert war,[154] verfolgte die Kommission einen umfassenderen Ansatz für eine Politik der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben.[155]

Konstatiert wurde, dass geschlechtsspezifische Lohn- und damit auch in der Folge Rentengefälle sowie eine deutlich geringere Beschäftigungsquote von Frauen im Vergleich zu Männern durch ungünstige Bedingungen hinsichtlich der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben begünstigt werden.[156] Beim Eltern-

---

153 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 348/1.

154 Vgl. KOM (2014) 910 endg.

155 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final.

156 KOM (2017) 253 final, S. 1 ff.

urlaub wurde das unter anderem darauf zurückgeführt, dass dieser in vielen Mitgliedstaaten in großem Umfang übertragen werden konnte und eine Regelung zur Entgeltfortzahlung fehlte, was als Ursache dafür angesehen wurde, dass die Option von Männern weit weniger als von Frauen genutzt wurde.[157] Das Vereinbarkeits- und zugleich Gleichstellungsziel möchte die Kommission beim Mutterschaftsurlaub durch nicht-legislative Maßnahmen wie bessere Durchsetzung der geltenden Rechtsvorschriften und Sensibilisierung sowie strategische Leitlinien für einen erfolgreichen Übergang aus dem Mutterschaftsurlaub in Beschäftigung erreichen. Demgegenüber sieht der Vorschlag für eine Vereinbarkeitsrichtlinie mit Blick auf das Vereinbarkeitsziel sowie das Gleichstellungsziel (Art. 1, Erwägungsgrund [5]) Maßnahmen zu einem zehntägigen Vaterschaftsurlaub (Art. 4), einem Urlaub für pflegende Angehörige von fünf Tagen pro Jahr (Art. 6) und einen Elternurlaub (Art. 5), der mindestens bis zum zwölften Lebensjahr des Kindes gewährt werden muss und im Umfang von vier Monaten nicht übertragbar ist, vor. Diese Freistellungsansprüche sollen durch Vergütungsansprüche jeweils mindestens in Höhe des Krankengeldes flankiert werden (Art. 8). Darüber hinaus sollen Arbeitnehmer das Recht erhalten, flexible Regelungen hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsmodell oder Arbeitsort zu beantragen, wobei der Arbeitgeber aber nicht verpflichtet ist, diesem stattzugeben. Das Recht auf Fernbleiben bei höherer Gewalt soll aufrechterhalten und auf pflegende Angehörige erstreckt werden (Art. 7 des Entwurfs).

Für unseren Kontext von Interesse ist die Möglichkeit der Eltern- und Pflegeteilzeit. Ausdrücklich sieht der Richtlinienvorschlag aber nur das Recht zur Beantragung der Auszeit auf Teilzeitbasis vor, wobei betont wird, dass die Entscheidung darüber, ob dies angenommen wird, beim Arbeitgeber liege (Art. 9 Abs. 2, Erwägungsgründe [15] und [21]). Ebenso wird die Frage einer befristeten Teilzeit zwar mit positiver Konnotation angesprochen, gerade auch mit Blick darauf, dass die Nachteile aus solchen Erwerbsbiografien vornehmlich Frauen treffen,[158] am Ende den Mitgliedstaaten aber nur das Recht eingeräumt, entsprechende Regelungen zeitlich zu befristen, ohne dass dies verbindlich angeordnet würde. Art. 9 Abs. 3 des Entwurfs sieht aber – insoweit in Abweichung vom Anspruch auf Brückenteilzeit im deutschen Recht – ein vorzeitiges Rückkehrrecht zur bisherigen Arbeitszeit aufgrund geänderter Umstände vor. Gleichwohl ist die Brückenteilzeit im deutschen Recht nicht unvereinbar mit dieser Regelung. Denn auch hier ist nur vorgesehen, dass der Arbeitgeber entspre-

157 KOM (2017) 253 final, S. 9.
158 KOM (2017) 253 final, S. 15.

chende Anträge prüfen und beantworten muss. Zudem ist fraglich, ob es gegen den Richtlinienentwurf verstieße, wenn ein Mitgliedstaat, der frei ist, überhaupt eine befristete Teilzeit einzuführen, dies in einer Weise macht, die hinter den optionalen Vorstellungen des Richtliniengebers zurückbleibt.

Insgesamt ist danach zu konstatieren, dass bereits das geltende Recht mit seinen Ansprüchen auf Elternzeit und Pflegezeit sowie Familienpflegezeiten Vorgaben des Richtlinienentwurfs im Prinzip entspricht. Zweifel ergeben sich aber im Detail, etwa hinsichtlich des Schwellenwertes nach § 3 Abs. 1 Satz 2 PflegeZG oder hinsichtlich der – fehlenden – jährlichen Wiederkehr, die für den Pflegeurlaub nach dem Richtlinienvorschlag vorgesehen ist. Auch ist eine Darlehensgewährung zur Finanzierung von Pflegezeiten keineswegs ein angemessenes Einkommen im Sinne von Art. 8 des Richtlinienentwurfs, wobei aber anderes gelten könnte für das Pflegeunterstützungsgeld nach § 44a Abs. 2 SGB XI im Falle der Akutpflege nach § 2 PflegeZG, die freilich auch nur einmalig und nicht jährlich wiederkehrend beantragt werden kann. Hinsichtlich des Elternurlaubs stellt sich gleichermaßen die Frage nach dem angemessenen Einkommen. Ausgehend davon, dass es der Richtlinie gleich sein dürfte, ob dieses durch den Arbeitgeber bezahlt wird oder als Sozialleistung beansprucht werden kann, kommt das Elterngeld dafür zwar infrage. Auch wenn man unterstellt, dass mit Krankengeld im Sinne des Art. 8 des Richtlinienentwurfs ein Krankengeld wie das nach § 44 SGB V und nicht die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfähigkeit wie nach § 3 EFZG gemeint sein kann, ist die Höhe des Elterngeldes problematisch, weil es den Entgeltausfall nur zu 67 % und nicht wie nach § 47 SGB V zu 90 % des Nettoarbeitsentgelts ausgleicht.

Was die sozialrechtliche Seite angeht, wird nur verlangt, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass das Beschäftigungsverhältnis im Hinblick auf Sozialleistungsansprüche aufrechterhalten bleibt (Erwägungsgrund [20]). Im Falle der Teilzeitarbeit ist das sicher unproblematisch, falls genügen sollte, dass überhaupt eine Beschäftigung aufrecht erhalten bleibt. Allerdings knüpft das deutsche Sozialversicherungsrecht dann in jeder Hinsicht auch an die entsprechend herabgesetzte Vergütung, sodass Entgeltausfälle in sozialrechtlicher Hinsicht schlicht ignoriert werden.

2.1.4.6.2 Richtlinie transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen

Der Entwurf der EU-Kommission für eine Arbeitsbedingungenrichtlinie[159] enthält in seinem Kapitel III über Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen auch Regelungen, die für Teilzeitarbeit relevant sein können. Nach Art. 8 ist die Vereinbarung eines generellen Nebentätigkeitsverbots nicht zulässig, es dürfen lediglich Unvereinbarkeitskriterien festgelegt werden. Für den vorliegenden Kontext bedeutet dies allerdings nicht mehr, als dass Mehrfachbeschäftigungen möglich sind.

Art. 9 des Richtlinienentwurfs sieht für variable Arbeitszeiten die Festschreibung von Referenzzeiten und eine angemessene Vorlaufzeit vor. Entsprechendes ist ebenfalls letztlich bereits im geltenden Recht enthalten. Schließlich sieht Art. 10 des Entwurfs vor, dass Arbeitnehmer nach sechs Monaten Beschäftigung das Recht haben, um eine Beschäftigung in einer verlässlicheren Form, soweit verfügbar war, zu ersuchen, was vom Arbeitgeber in bestimmter Frist (regelmäßig einen Monat, bei KMU von den Mitgliedstaaten auf drei Monate erweiterbar) zu bescheiden ist. Abgesehen von der Frist ist entsprechendes bereits in § 7 TzBfG gewährleistet.

2.1.5 Tatsächliche Folgen

2.1.5.1 Bedeutung der Teilzeitarbeit

Die Tragweite der Teilzeitarbeit lässt sich anhand einer Untersuchung der empirischen Eckdaten verdeutlichen. Die Zahl der Teilzeitbeschäftigten hat in den letzten Jahrzehnten stetig zugenommen. Sie ist die mit Abstand am weitesten verbreitete Form der atypischen Beschäftigung. Nach Angaben des Instituts für Arbeitsmarkt-und Berufsforschung gab es 1995 noch 26,355 Millionen Vollzeit- und lediglich 7,806 Millionen Teilzeitbeschäftigte während 2018 nur noch 24,789 Millionen Vollzeitbeschäftigte und 16,001 Teilzeitbeschäftigte registriert wurden. Damit stieg die Teilzeitquote von 22,9 % im Jahr 1995 auf schließlich 39,2 % im Jahr 2018 an.[160]

---

159 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, COM (2017) 797 final; dazu *Maul-Sartori*, ZESAR 2018, 369 ff.

160 Abrufbar unter: http://www.iab.de/de/informationsservice/presse/presseinformationen/az16.aspx (zuletzt geprüft am 26.1.2019); Zeit, Teilzeitboom in Deutschland – Nicht immer freiwillig v. 28.4.1017 abrufbar unter: http://www.zeit.de/news/2017-

Dieser Zuwachs speist sich fast ausschließlich aus der Erwerbstätigkeit von Frauen. Im Jahr 2014 waren doppelt so viele Frauen wie im Jahr 1991 als Teilzeitkraft tätig.[161]

Es hängt stark von der Betriebsgröße und von der Art der Branche ab, ob und inwieweit Arbeitgeber Teilzeitarbeit anbieten. Laut Arbeitszeitreport war die Teilzeitarbeit im Jahr 2016 am stärksten in kleineren Betrieben verbreitet. Den höchsten Anteil an Teilzeitbeschäftigten mit 57 % hatten Kleinbetriebe mit bis zu 49 Mitarbeitern. In mittelgroßen Betrieben mit 50 bis 249 Mitarbeitern waren 23 % aller Arbeitskräfte teilzeitbeschäftigt, in Großbetrieben (mit mehr als 250 Mitarbeitern) waren es dagegen nur 20 %.[162] Die Teilzeitquote ist auch über die verschiedenen Wirtschaftsbereiche sehr ungleich verteilt. Die Teilzeitquote beträgt im Bereich Industrie 8 % während sich in der Dienstleistungsbranche eine Teilzeitquote von 42 % und im öffentlichen Dienst eine Teilzeitquote von 34 % findet.[163]

04/28/arbeitsmarkt-immer-mehr-beschaeftigte-arbeiten-in-teilzeit-28080203 (zuletzt geprüft am 16.2.2019). Nach dem Mikrozensus ist die Zahl der Teilzeitbeschäftigten von 1991 bis 2003 von 4,73 Millionen auf 7,16 Millionen und im Jahr 2016 auf 10,58 Millionen gestiegen. Fast jede zweite abhängig erwerbstätige Frau im Alter von 20 bis 64 Jahren übte eine Teilzeittätigkeit aus. Im selben Jahr waren nur knapp 9 % aller abhängig erwerbstätigen Männer im Alter von 20 bis 64 Jahren Teilzeitkräfte. Die unterschiedliche Höhe der Teilzeitquote lässt sich dadurch erklären, dass die in der IAB-Arbeitszeitberechnung ausgewiesenen Teilzeitbeschäftigten sich aus den sozialversicherungspflichtigen Teilzeitbeschäftigten, Teilzeitbeamten, sowie aus den ausschließlich geringfügig gemeldeten Beschäftigten (Mini und Ein-Euro-Jobber) zusammensetzen. Außerdem differiert die Zahl der Teilzeitquote des Mikrozensus deutlich von der Teilzeitquote der IAB-Arbeitszeitberechnung aufgrund des Erhebungskonzeptes.

161 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 4/2015, 1, 2.

162 *Wöhrmann* et al., Arbeitszeitreport Deutschland 2016, S. 18, abrufbar unter: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

163 *Wöhrmann* et al., Arbeitszeitreport Deutschland 2016, S. 18, abrufbar unter: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019). Auch nach dem Mikrozensus 2016 sind die Teilzeitquoten in allen Wirtschaftszweigen sektoral unterschiedlich groß. Die höchsten Quoten weisen der Handel (23,8 %) und der öffentliche und private Dienstleistungsbereich (ohne Verwaltung 37 %) auf. Dieser Effekt ist auch bei den Berufsbereichen zu beobachten. Die Teilzeitbeschäftigung konzentrierte sich laut Mikrozensus im Jahr 2016 auf die Bereiche Unternehmensorganisation, Buchhaltung, Recht und Verwaltung, Gesundheit, Soziales, Lehre und Erziehung sowie auf kaufmännische Dienstleistungen, Warenhandel, Vertrieb, Hotel und Tourismus.

Teilzeitarbeit wird auf Leitungsebene sehr selten ausgeübt.[164] In Deutschland arbeiten weniger als 5 % der Manager und Managerinnen in Teilzeit.[165] Ein wesentlicher Grund hierfür sind die betrieblichen Arbeitsnormen. Teilzeitbeschäftigte werden als weniger produktive und engagierte Arbeitskräfte betrachtet.[166]

Auch Abrufarbeit ist kein seltenes Phänomen.[167] Etwa 4,5 % aller Beschäftigten haben im Jahr 2016 Arbeit auf Abruf geleistet. Etwa 5 % der Teilzeitarbeitnehmer waren Abrufarbeiter, bei den Minijobbern waren es sogar 12 %. Insgesamt wird Abrufarbeit deutlich häufiger von Männern als von Frauen ausgeübt. Sie findet deutlich häufiger in Unternehmen ohne Tarifbindung statt.

2.1.5.2 Sonderfall Mehrfachbeschäftigungen

Nicht selten üben Arbeitnehmer mehrere Beschäftigungen aus. Die Zahl der Mehrfachbeschäftigten lag im Juni 2017 insgesamt bei 3,3 Millionen.[168] Dabei kann Mehrfachbeschäftigung in unterschiedlichen Konstellationen auftreten. So lassen sich folgende Gruppen unterscheiden: sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit mindestens einer weiteren sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit mindestens einer zusätzlichen geringfügigen Beschäftigung sowie ausschließlich geringfügig Mehrfachbeschäftigte. Die größte Gruppe kombiniert eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einer geringfügig entlohnten Beschäftigung.[169] Ihre Zahl hat sich seit Juni 2003 fast verdreifacht, sie ist von 930.000 auf 2,7 Millionen gestiegen.[170] Am stärksten ist diese Form der Mehrfachbeschäftigung bei Aus-

---

164 *Lott*, Forschungsförderungsreport, 01/17, 14.

165 Dabei arbeiten Frauen in Managerpositionen viel häufiger in Teilzeit als Männer, *Hipp/Stuth*, WZBrief 05/13, 3.

166 *Lott*, Forschungsförderung Report, 01/17, 16; *Lott*, Stellungnahme zum Antrag Endlich raus aus der Teilzeitfalle, 5.

167 Zum Folgenden *Hank/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 14/2018.

168 Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt kompakt – sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit geringfügig entlohntem Nebenjob, Mai 2018, S. 5, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Mehrfachbeschaeftigte.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

169 So auch *Klinger/Weber*, IAB-Kurzbericht 22/2017, 6.

170 Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt kompakt – sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit geringfügig entlohntem Nebenjob, Mai 2018, S. 7, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/

ländern und bei Jüngeren unter 25 Jahren verbreitet, Frauen sind mit 56 % leicht überrepräsentiert.[171] Im Jahr 2017 übten fast 10 % der teilzeitbeschäftigten Männer und mehr als 12 % der teilzeitbeschäftigten Frauen einen geringfügig entlohnten „Nebenjob" aus.[172]

Sozialversicherungspflichtig Mehrfachbeschäftigte sind in ihrer Haupttätigkeit überdurchschnittlich häufig teilzeitbeschäftigt. So lag der Anteil der Teilzeitbeschäftigten unter allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Jahr 2014 bei 25,4 %, während 37,1 % der sozialversicherungspflichtig Mehrfachbeschäftigten in ihrer Haupttätigkeit in Teilzeit arbeiteten.[173] Der Teilzeitanteil bei den geringfügig Beschäftigten lag bei 95 %. Eine ähnlich hohe Quote zeigt sich bei den ausschließlich geringfügig Mehrfachbeschäftigten. Sie setzen sich überwiegend aus geringfügig entlohnten und nur zu einem kleinen Teil aus den kurzfristig Beschäftigten zusammen. Nur Letztere können auch vollzeitbeschäftigt sein. Eine Vollzeitbeschäftigung bei geringfügig Entlohnten überschreitet bei gesetzkonformer Vergütung (Mindestlohn!) immer die Grenzen der geringfügigen Beschäftigung. Daher sind diese prinzipiell nicht teilzeitbeschäftigt.[174]

Die Gründe für eine Mehrfachbeschäftigung sind vielfältig. In einer Erwerbstätigenbefragung der Bundesanstalt für Arbeit und Arbeitsmedizin aus dem Jahr 2015 gaben 30 % der Befragten, die in ihrer Haupttätigkeit einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen, als Grund für die Nebentätigkeit den Zuverdienst an, 25 %

Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Mehrfachbeschaeftigte.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

171 Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt kompakt – sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit geringfügig entlohntem Nebenjob, Mai 2018, S. 9, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Mehrfachbeschaeftigte.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

172 Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt kompakt – sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit geringfügig entlohntem Nebenjob, Mai 2018, S. 10, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Mehrfachbeschaeftigte.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

173 Bundesagentur für Arbeit, Beschäftigungsstatistik Mehrfachbeschäftigung, Januar 2016, S. 16, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Beschaeftigungsstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-Mehrfachbeschaeftigung.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

174 Bundesagentur für Arbeit, Beschäftigungsstatistik Mehrfachbeschäftigung, Januar 2016, S. 17, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Beschaeftigungsstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-Mehrfachbeschaeftigung.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

nahmen zur Sicherung des Lebensunterhalts eine Nebentätigkeit auf und nur 17 %, weil sie Vergnügen an der Tätigkeit fanden.[175]

2.1.5.3 Einfluss von Basiselterngeld, Elterngeld Plus und Partnerschaftsbonus

Am 1. Januar 2017 hat das Elterngeld sein zehnjähriges Bestehen gefeiert. Seitdem haben ca. acht Millionen Personen Elterngeld bezogen, davon 6,3 Millionen Frauen und 1,7 Millionen Männer. Im Durchschnitt beziehen Mütter 11,6 Monate und Väter 3,1 Monate Elterngeld.[176] Die Einführung des Elterngeldes hatte unmittelbar Auswirkung auf das verfügbare Haushaltsnettoeinkommen von Familien mit Kindern. Das Elterngeld als Lohnersatzleistung mit pauschalem Sockelbetrag hat eine andere Wirkung auf die Familieneinkommen nach der Geburt eines Kindes als das pauschalierte und bedürftigkeitsgeprüfte Erziehungsgeld. Durch das Elterngeld haben fast alle Haushalte im ersten Lebensjahr des Kindes im Durchschnitt gleichviel oder mehr Einkommen zur Verfügung als sie es zuvor, durch das Erziehungsgeld hatten.[177] Im Durchschnitt steigt das Haushaltsnettoeinkommen um rund 480 € pro Monat.[178] Diese Einkommenszuwächse lassen sich nach soziökonomischen Charakteristika unterscheiden: Während der Anstieg im Haushaltsnettoeinkommen bei Müttern mit geringerem Bildungsabschluss im ersten Lebensjahr des Kindes nur rund 430 € pro Monat beträgt, erreichen Familien, in denen die Mutter über ein hohes Bildungsniveau verfügt, einen Einkommenszuwachs von durchschnittlich 600 €.[179]

Die Einführung des Elterngeldes hat sich auf die Erwerbsbeteiligung von Müttern insgesamt positiv ausgewirkt. So zeigen sich zunächst im ersten Jahr nach der Geburt des Kindes für alle Mütter in Paarhaushalten mit einem Kind sowohl in Teilzeit- als auch in Vollzeitbeschäftigung negative Beschäftigungseffekte. Für diese Personengruppe ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie in diesem Zeit-

---

175 *Wöhrmann* et al., BAuA (2016). Arbeitszeitreport Deutschland 2016, S. 122, abrufbar unter: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

176 BMFSFJ (2016): Studie Bilanz 10 Jahre Elterngeld, S. 9, abrufbar unter: https://www.bmfsfj.de/blob/113300/8802e54b6f0d78e160ddc3b0fd6fbc1e/10-jahre-elterngeld-bilanz-data.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

177 *Wrohlich et al*., Elterngeld-Monitor. DIW Berlin – Politikberatung kompakt 61, S. 15.

178 *Wrohlich et al*., Elterngeld-Monitor. DIW Berlin – Politikberatung kompakt 61, S. 12, 13; *Geyer/Haan et al*., ZfF 25/2013, 193, 200.

179 *Geyer/Haan et al*., ZfF, 25/2013, 193, 200; *Huebener/Müller/Wrohlich*, DIW Wochenbericht 49/2016, 1159, 1161.

raum eine Teilzeitbeschäftigung aufnehmen, aufgrund des Elterngeldes um 1 % (5 %) niedriger. Die Wahrscheinlichkeit, eine Vollzeittätigkeit aufzunehmen, ist um 0,7 (14) Prozentpunkte niedriger.[180]

Im zweiten Lebensjahr des Kindes finden sich jedoch für alle Mütter in Paarhaushalten positive Beschäftigungseffekte. So steigt die durchschnittliche Wahrscheinlichkeit für Mütter in Paarhaushalten mit einem Kind, in den Monaten 13 bis 24 nach der Geburt eine Teilzeiterwerbstätigkeit aufzunehmen, um 0,6 Prozentpunkte. Für Mütter mit niedrigem Einkommen steigt der Anteil sogar um über 2,5 Prozentpunkte. Für Alleinerziehende lassen sich ebenfalls positive Beschäftigungseffekte in Bezug auf die Vollzeittätigkeit feststellen. Für Mütter in Partnerhaushalten mit einem Kind erhöht sich die Wahrscheinlichkeit um 1,3 Prozentpunkte und für Mütter mit zwei Kindern um 0,9 Prozentpunkte.[181]

Der Anteil von Vätern mit familienbedingten Erwerbsunterbrechungen ist kontinuierlich gestiegen und liegt bundesweit bei über 34 %.[182] Dabei scheint sich eine ungeschriebene 12+2-Norm etabliert zu haben. So entscheiden sich mehr als drei Viertel der Paare für eine Kombination von genau 12 Monaten, die durch die Frau, und zwei Monaten, die durch den Mann genommen werden.[183]

Darüber hinaus nutzen 69 % der Mütter und 51 % der Väter die Kombinationsmöglichkeit von Elterngeld Plus und Elterngeld. Seit Einführung des Elterngeld Plus im Jahr 2015, das gemäß § 4 Abs. 3 BEEG eine verlängerte Bezugsdauer bei reduziertem Elterngeld ermöglicht (s.u. 2.1.6.2.3), hat sich die Inanspruchnahme geradezu verdoppelt. Im 3. Quartal 2015, als die Leistung erstmalig zur Verfügung stand, wurde sie von 13,8 % der Eltern genutzt, im 3. Quartal 2017 hatten sich bereits 28 % für das Elterngeld Plus entschieden. Das Elterngeld Plus hat sowohl bei Vätern als auch bei Müttern hohe Resonanz erfahren. Generell fällt die Bewertung des Elterngeld Plus bei denjenigen, die es in Anspruch genommen haben, sehr positiv aus. Dabei ist die Zustimmung bei den Vätern mit 84 % noch etwas höher als bei den Müttern mit 75 %.[184] Im 3. Quartal 2017 nutzten 13,8 % der Väter und 31,2 % der Mütter das Elterngeld Plus.[185] Bis zu 40 % der

---

180 *Wrohlich et al.*, Elterngeld-Monitor. DIW Berlin – Politikberatung kompakt 61, S. 42; *Geyer/ Haan et al.*, ZfF 25/2013, 193, 202.

181 *Wrohlich et al.*, Elterngeld-Monitor. DIW Berlin – Politikberatung kompakt 61, S. 42, 43; *Geyer/ Haan et al.*, ZfF 25/2013, 193, 202f.

182 *Huebener/Müller/Spieß/Wrohlich*, DIW Wochenbericht 49/2016, 1159, 1163; *Bujard*, ZfF, 2/2013, 123, 126.

183 *Trappe*, ZfF 2/2013, 238, 251.

184 BT-Drs.19/400, S. 8.

185 BT-Drs. 19/400, S. 4.

Väter, die im 3. Quartal 2017 Elterngeld Plus beantragt hatten, entschieden sich für den Partnerschaftsbonus (zu diesem s.u. 2.1.6.2.3). Die Auswertung der Elterngeldstatistik zeigt, dass Väter, die Elterngeld Plus in Anspruch nehmen, deutlich länger Elterngeld beziehen, als Väter, die ausschließlich das Elterngeld nutzen. Entsprechend ist der Anteil der Väter, die Elterngeldleistungen für drei bis zwölf Monate beantragt haben, gestiegen.[186]

Während des Bezugs von Elterngeld sind nur 3 % der Mütter erwerbstätig, deren Erwerbstätigkeit beträgt im Durchschnitt 13 Stunden. Während des Bezugs von Elterngeld Plus sind 29 % wenigstens für einen Monat, im Durchschnitt mit 14 Wochenstunden, erwerbstätig. Wird vom Partnerschaftsbonus Gebrauch gemacht, dann bleiben Mütter in der Regel mit durchschnittlich 25 Wochenstunden im Beruf.

Auch bei den Vätern nimmt die Erwerbsbeteiligung zwischen den einzelnen Teilleistungen zu. Während des Bezugs von Basiselterngeld sind 12 % mit einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 31 Stunden erwerbstätig. Während des Bezugs von Elterngeld Plus sind es hingegen 71 % der Väter, mit einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 22 Stunden. Während der Monate des Partnerschaftsbonus beträgt die durchschnittliche Wochenarbeitszeit 28 Stunden.[187]

2.1.5.4 Inanspruchnahme von Darlehen bei Pflegezeit und Familienpflegezeit

Im Jahr 2015 nahmen während einer Freistellung nach dem Pflegezeitgesetz 119 Personen (64 % Frauen und 36 % Männer) ein zinsloses Darlehen in Anspruch. Die durchschnittliche Höhe des Darlehens betrug monatlich bei Frauen 342,76 €, bei Männern 482,39 €.[188] Bis Ende Mai 2016 ist die Zahl der gewährten Darlehen während einer Freistellung nach dem Pflegezeitgesetz auf 168 Personen gestiegen.[189] Ein ähnliches Bild zeichnet sich in der Familienpflegezeit ab. Von 210 Personen, die ein Darlehen für eine Freistellung nach dem Familienpflegezeitgesetz im Jahr 2015 und bis Ende Mai 2016 beantragten, nahmen 180 Personen tatsächlich ein Darlehen auf. 60 % der Darlehensnehmer waren

186 BT-Drs. 19/400, S. 5.
187 BT-Drs. 19/400, S. 13.
188 BT-Drs.18/7322, S. 3.
189 BT-Drs. 18/9111, S. 4.

Frauen.[190] Im Haushaltsjahr 2016 wurden bis Ende Mai Darlehen in Höhe von insgesamt 946.355,98 € bewilligt.[191]

Weitere Erkenntnisse werden zum 1.6.2019 erwartet, wenn der unabhängige Beirat für die Vereinbarkeit von Pflege und Beruf seinen ersten Bericht vorlegt.[192]

2.1.5.5 Konsequenzen des Auslaufens der sozialrechtlichen Förderung der Altersteilzeit

Ende 2009 befanden sich insgesamt 670.000 Personen in einer Altersteilzeitbeschäftigung.[193] Seitdem sind die Nutzungszahlen jedoch deutlich rückläufig: Am Jahresende 2015 gab es noch 250.000 Altersteilzeitbeschäftigte, 20,3 % weniger als noch im Jahr zuvor.[194] Ursächlich dafür ist insbesondere das Auslaufen der finanziellen Förderungen durch die Bundesagentur für Arbeit. Der Wegfall der Förderung hat sowohl auf betrieblicher als auch auf tariflicher Ebene zu einer Neubewertung und Neuaushandlung der Nutzungsbedingungen der Altersteilzeit geführt.[195]

So ist der Anteil der Betriebe mit einem Altersteilzeitangebot von 10 % im Jahr 2006 auf 5 % im Jahr 2015 gesunken.[196] Schätzungsweise machten rund ein Drittel der Betriebe mit Altersteilzeitangebot von der Erstattung der gesetzlichen Mindestaufstockungsbeträge Gebrauch.[197] In Textil-, Bau- und Einzelhandelsunternehmen wird dieses Instrument aufgrund der gestiegenen Kosten seit 2010 nicht mehr angeboten. Andere Unternehmen versuchen, den Wegfall der BA-Förderung durch Einschränkungen bei den Nutzungsbedingungen (niedrigere Bezüge, höheres Zugangsalter, reduzierte Dauer) zu kompensieren.[198] Der Weg-

---

190 BT-Drs. 18/9111, S. 5.

191 BT-Drs. 18/9111, S. 6.

192 BT-Drs. 18/9111, S. 3.

193 Abrufbar unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/6_Wir_ueber_uns/03_fakten_und_zahlen/03_statistiken/02a_verwandtes_thema/versichertenbericht_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=18, S. 25 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

194 Abrufbar unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/6_Wir_ueber_uns/03_fakten_und_zahlen/03_statistiken/02_statistikpublikationen/01_versichertenbericht_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=6, S. 20 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

195 *Fröhler*, WSI-Mitt. 2015, 96, 102.

196 *Bellmann et al.*, WSI-Mitt. 2018, 20, 22.

197 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 8/2009, 4; *Fröhler*, WSI-Mitt. 2015, 96, 102.

198 *Fröhler et al.*, Flexibel in die Rente, S. 562; Fröhler, WSI-Mitt. 2015, 96, 102.

fall der Förderung hatte auch unmittelbare Konsequenzen für das Tarifvertragsgeschehen. Einige Branchen haben zwar ihre Tarifverträge über das Jahr 2009 hinausgehend verlängert, dies jedoch häufig mit einer stärkeren Konditionierung der Nutzungsvoraussetzungen und -bedingungen.[199] So wurden verbreitet Rechtsansprüche auf Altersteilzeit abgeschafft, reduziert oder auf bestimmte Beschäftigtengruppen begrenzt. Durchgehend wurde auch das Mindestalter für Altersteilzeitbeschäftigung erhöht und teilweise auch die Höchstdauer der Altersteilzeitbeschäftigung reduziert. Für den Bereich der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg wurde im Jahr 2015 ein neuer „Tarifvertrag zum flexiblen Übergang in die Rente" (kurz TV-FlexÜ) abgeschlossen. Danach kann der Tarifvertrag frühestens mit Vollendung des 57. Lebensjahres beginnen und längstens 6 Jahre andauern.[200]

Darüber hinaus ist seit Auslaufen der BA-Förderung eine zunehmende Öffnung für betriebliche Regelungen zu konstatieren.[201] Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Wegfall der BA-Förderung insgesamt die Verhandlungsposition der Unternehmensleitung deutlich gestärkt hat und sich die Bedingung für die Altersteilzeitbeschäftigten merklich verschlechtert haben.[202]

2.1.5.6 Die Arbeitszeitschere zwischen den Geschlechtern

Teilzeitarbeit soll die Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen fördern und zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf beitragen. Ob dies der Fall ist, gilt es nachfolgend zu untersuchen. Die Auswertung des Datenmaterials führt zu einer klaren Aussage:[203] Teilzeitarbeit ist Frauenarbeit. Nach dem Mikrozensus waren 2016 von den 37 Millionen abhängig Erwerbstätigen, 17,8 Millionen Frauen und 19,2 Millionen Männer. Damit sind Frauen wie Männer in etwa gleichmäßig am Arbeitsmarkt beteiligt. Ein Blick auf das wirtschaftliche Jahresarbeitsvolumen verhilft jedoch zu einem differenzierten Bild. Obwohl der Anteil der Frauen an den Beschäftigten gestiegen ist, konzentriert sich die geleistete Jahresarbeitszeit der Frauen vor allem auf Teilzeitarbeit. Von insgesamt

---

199 *Wanger*, WSI-Mitt. 8/2010, 395, 396.

200 Tarifvertrag zum flexiblen Übergang in die Rente, Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg, § 2.2.1, § 2.2.3, 24.2.2015 vom abrufbar unter: http://www.bw.igm.de/tarife/tarifvertrag.html?id=70313, (zuletzt geprüft am 26.1.2019).

201 *Fröhler et al.*, Flexibel in die Rente, S. 531.

202 *Fröhler et al.*, Flexibel in die Rente, S. 613.

203 Zum Folgenden: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/ErwerbsbeteiligungBevoelkung2010410167004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

10,6 Millionen im Jahr 2016 waren 8,5 Millionen Frauen und 2,1 Millionen Männer in Teilzeit beschäftigt. Dies hat zur Folge, dass Frauen unterproportional zum wirtschaftlichen Jahresarbeitsvolumen beitragen. Der Abstand zwischen den Arbeitszeiten von Männern und Frauen hat sich deutlich vergrößert.[204] Arbeiteten Männer im Jahr 1991 durchschnittlich lediglich 6,8 Stunden pro Woche mehr als Frauen, waren dies im Jahr 2013 sogar 9 Stunden.[205] Dabei nimmt der Unterschied zwischen den Arbeitszeiten von Männern und Frauen deutlich zu, wenn Kinder im Haushalt leben. In Haushalten ohne Kinder liegt der durchschnittliche Differenzwert bei 6,5 Stunden, in Haushalten mit Kindern verdoppelt er sich.[206]

Dies bestätigt auch eine Studie des WSI[207], wonach die Verteilung der Gesamtarbeitszeit auf bezahlte und unbezahlte Arbeit stark zwischen den Geschlechtern wie auch zwischen Vollzeit- und Teilzeit differiert. Dabei zeigt sich auf den ersten Blick zwar eine fast identische Gesamtarbeitszeit, allerdings leisten Männer im Durchschnitt 12 % mehr bezahlte Arbeitszeit[208] als Frauen, während Frauen 28 % mehr unbezahlte Arbeitszeit[209] (Haus- und Fürsorgearbeit) aufbringen als Männer. Teilzeitbeschäftigte Frauen erreichen eine ähnliche Gesamtarbeitszeit (7:43 Stunden), doch sind darunter nur 3:17 Stunden bezahlte Arbeitszeit. Vollzeitbeschäftigte Frauen leisten mit zweieinhalb Stunden pro Tag das 1,4fache an Hausarbeit im Vergleich zu vollzeitbeschäftigten Männern. Teilzeitbeschäftigte Frauen leisten mit mehr als dreieinhalb Stunden deutlich

---

204 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/ErwerbsbeteiligungBevoelkung2010410167004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

205 *Klenner/Lillemeier*, WSI Report 22/15, 3. Anm.: Die durchschnittliche Arbeitszeit für Männer betrug 1991 41,2 Stunden pro Woche, im Jahre 2013 waren es noch 39,6 Stunden. Bei den Frauen ging die durchschnittliche Arbeitszeit von 34,3 Stunden auf 31,3 Stunden zurück.

206 *Klenner/Lillemeier*, WSI Report 22/2015, 21.

207 *Hobler* et al., Wer leistet unbezahlte Arbeit?, WSI-Report 35/2017, S. 12.

208 Anmerk.: Bezahlte Arbeitszeit umfasst nach dieser Studie sämtliche Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit den Haupt- oder weiteren Nebenerwerbstätigkeit (auch Qualifizierungen und Weiterbildungen) stehen, einschließlich aller damit verbunden Wegezeiten.

209 Unbezahlte Arbeit umfasst hier Zeiten für Hausarbeit und Fürsorgearbeit. Unter Hausarbeit fallen Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Haushaltsführung stehen inklusive der Wegezeiten (Zubereitung von Mahlzeiten, Instandhaltung von Haus und Wohnung, Gartenarbeit, Arztbesuche etc.). Fürsorgearbeit umfasst sowohl die Zeiten der Kinderbetreuung und Pflege der Angehörigen als auch die Wegezeiten, die mit diesen Tätigkeiten um Zusammenhang stehen.

mehr Hausarbeit als Vollzeitbeschäftigte.[210] Bei der Fürsorgearbeit fällt der geschlechterspezifische Unterschied im Durchschnitt viel größer aus als bei der Hausarbeit. Teilzeitbeschäftigte Frauen leisten im Durchschnitt pro Tag 50 Minuten Fürsorgearbeit und damit das Fünffache des Aufwands von Frauen, die Vollzeit arbeiten (10 Minuten), während teilzeitbeschäftigte Männer kaum mehr Zeit für Fürsorgearbeit aufwenden als vollzeitbeschäftigte Männer (17 Minuten gegenüber 15 Minuten).[211] Besonders teilzeitbeschäftigte Frauen in Paarhaushalten mit Kindern unter sechs Jahren übernehmen viel Fürsorgearbeit.[212]

Darauf deuten auch die vorliegenden Ergebnisse hin, denn Hauptmotiv für Frauen, in Teilzeit tätig zu sein, sind die individuellen Freiräume, die Teilzeitmodelle bieten, um verschiedene zentrale Lebensbereiche – in der Regel berufliche und familiäre Verpflichtungen – miteinander zu vereinbaren. Dies war laut Mikrozensus 2016 für 47 % der teilzeitarbeitenden Frauen, aber nur für 9,5 % der Männer das Hauptmotiv. 27 % der Frauen beschränkten ihren Beschäftigungsumfang aufgrund der Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Personen und weitere 20 % aufgrund sonstiger persönlicher oder familiärer Verpflichtungen.[213] Bei Männern spielen derlei „soziale" Motive nur eine untergeordnete Rolle. 16,9 % der Männer nannten als Hauptmotiv für die Einschränkung des Beschäftigungsumfangs, keine Vollzeittätigkeit gefunden zu haben, 24,3 % eine parallel laufende Schulausbildung, ein Studium oder sonstige Aus- bzw. Fortbildungen. Weitere 41,4 % gaben sonstige Gründe an. Aber auch 10 % der Frauen führten als Motiv für die Ausübung der Teilzeittätigkeit an, dass sie keinen ganztägigen Arbeitsplatz finden konnten – waren also „unfreiwillig" teilzeitbeschäftigt.[214] Dies spiegelt auch die Altersstruktur der Teilzeitbeschäftigten wider. Während die Teilzeitquote bei Männern im Alter von 20 bis 30 Jahren mit 27 % am höchsten ausfällt, fällt der Anteil der teilzeitarbeitenden Frauen in

---

210 *Hobler* et al., Wer leistet unbezahlte Arbeit?, WSI-Report 35/2017, S. 7.

211 *Hobler* et al., Wer leistet unbezahlte Arbeit?, WSI-Report 35/2017, S. 9.

212 *Hobler* et al., Wer leistet unbezahlte Arbeit?, WSI-Report 35/2017, S. 10.

213 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/ErwerbsbeteiligungBevoelkung2010410167004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

214 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/ErwerbsbeteiligungBevoelkung2010410167004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019). Die Unfreiwilligkeit bezieht sich jedoch allein auf die Arbeitsmarktsituation. Teilzeiterwerbstätige, die als Hauptgrund die Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen angeben, gelten dagegen als freiwillig teilzeitbeschäftigt. Rahmenbedingungen wie unzureichende Kinderbetreuung, ungünstige Arbeitszeitlagen und Wegezeiten tragen ebenso dazu bei, dass Frauen auf Teilzeitarbeit ausweichen müssen.

diesem Alter mit knapp 11 % noch vergleichsweise gering aus. Im Alter von 35 bis unter 45 Jahren beträgt die Teilzeitquote 24 %. Erst im Alter von 45 bis unter 55 Jahren erreicht sie ihre Höchstquote von 31 %. Im Alter von 55 bis unter 60 Jahren geht die Teilzeitquote dann wieder auf 13 % zurück. Im Alter von 60 bis unter 65 beträgt sie nur noch 8 %. Teilzeitbeschäftigte sind mithin vorwiegend Frauen mittleren Alters.[215]

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass geschlechterspezifische Rollenmuster längst nicht überwunden sind, sie sich vielmehr in der Gesellschaft manifestiert haben. Entsprechend werden Anreize zu einer paritätischeren Ausgestaltung des Familien- und Erwerbslebens zwischen den Geschlechtern bislang kaum aufgegriffen. So zeigen die Daten des Mikrozensus, dass überwiegend Frauen ihre Erwerbstätigkeit zeitlich einschränken, wenn Kinder oder pflegebedürftige Personen zu betreuen sind. Teilzeitarbeit entwickelt sich zunehmend zur Normalarbeitszeit von Frauen.[216]

2.1.5.6.1 Diskrepanz zwischen tatsächlicher und gewünschter Arbeitszeit

Inwiefern die Entscheidung für eine Teilzeittätigkeit freiwillig getroffen wurde, lässt sich anhand eines Vergleichs tatsächlicher und gewünschter Arbeitszeiten ermitteln. Im Jahr 2014 waren in Deutschland nach eigenen Angaben insgesamt 2,9 Millionen Erwerbstätige zeitlich unterbeschäftigt, darunter 1,626 Millionen Teilzeitbeschäftigte.[217] Nach dem Labour Force Konzept der ILO gelten alle Erwerbstätigen als „zeitlich unterbeschäftigt", die den Wunsch nach zusätzlichen Arbeitsstunden haben, für zusätzliche Arbeitsstunden verfügbar und gegebenenfalls unterhalb eines Arbeitszeitschwellenwertes tätig sind.[218]

Besonders Frauen zwischen 40 und 49 Jahren waren von Unterbeschäftigung betroffen.[219] In dieser Altersklasse dürften überwiegend Frauen sein, denen nach einer Familienphase der Wiedereinstieg in den Beruf erschwert oder verwehrt

---

215 *Klenner/Lillemeier*, WSI Report 22/15, 19.

216 *Seifert*, APuZ 18-19/2008, 23, 26; Böcklerimpuls 15/2012.

217 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 27.

218 Internationale Arbeitsorganisation (ILO). Resolution concerning statistics of work, employment and labour underutilization. Adopted by the Nineteenth International Conference of Labour Statisticians (October 2013), abrufbar unter: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_230304.pdf, (zuletzt geprüft am 26.1.2019); Rengers, WISTA 6/2015, 26.

219 *Klenner/Schmidt*, in: Klammer/Motz (Hrsg.), Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht., S. 253, 257.

wird. Im Jahr 2011 gaben 20 % der Frauen an, sich aufgrund der unbefriedigenden Betreuungssituation beruflich einzuschränken.[220]

Das Gegenstück zur Unterbeschäftigung ist die Überbeschäftigung. Es handelt sich hierbei um Erwerbstätige, die Arbeitsstunden reduzieren möchten und dafür ein verringertes Einkommen hinzunehmen bereit sind. Den 2,9 Millionen Unterbeschäftigten standen im Jahr 2014 915.000 Überbeschäftigte gegenüber, darunter arbeiteten 97,1 % der männlichen und 81 % der weiblichen Überbeschäftigten in Vollzeit. 19 % der weiblichen Überbeschäftigten arbeiteten demzufolge bereits in Teilzeit und wünschten sich zugleich die Wochenarbeitszeit zu reduzieren.[221] Unter den Vollzeitbeschäftigten mit Verkürzungswunsch arbeiten 32 % der Männer und 37 % der Frauen in kleineren Unternehmen.[222]

Teilzeitbeschäftigte arbeiten tatsächlich oft mehr als vertraglich vereinbart. Während vertraglich nur für 35,8 % der Teilzeitbeschäftigten eine wöchentliche Arbeitszeit von über 30 Stunden vereinbart war, arbeiteten 43,8 % von ihnen tatsächlich 30 Stunden und mehr.[223] Fast jeder fünfte Teilzeitbeschäftigte leistet mehrmals in der Woche Überstunden. 9,8 % der Teilzeitbeschäftigten geben an, dass die Überstunden dabei überhaupt nicht abgegolten werden.[224]

Die tatsächliche Wochenarbeitszeit der Erwerbstätigen insgesamt betrug im Jahr 2014 durchschnittlich 35,7 Stunden. Teilzeitbeschäftigte kamen durchschnittlich auf eine Wochenarbeitszeit von 19,5 Stunden, Vollzeittätige auf 41,9 Stunden. Teilzeitbeschäftigte Männer haben mit 17,5 Wochenarbeitsstunden im Vergleich zu teilzeitbeschäftigten Frauen mit 20 Wochenarbeitsstunden im Durchschnitt eine kürzere Wochenarbeitszeit. Vollzeitbeschäftige Männer arbeiten hingegen mit 42,5 Wochenarbeitsstunden länger als Frauen. Letztere kamen auf eine tatsächliche Wochenarbeitszeit von 40,5 Stunden.[225]

---

220 *Wanger*, IAB-Kurzbericht 4/2015, 3; *Wanger*, IAB-Kurzbericht 9/2011, 1, 3; *Sarter*, Femina Politica 1/2011, 119, 121.

221 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 35.

222 *Wöhrmann* et al., Arbeitzeitreport Deutschland 2016, S. 87, 88, abrufbar unter: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

223 *Fischer et al.*, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, S. 209, 211.

224 *Fischer et al*., Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, S. 216.

225 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 36.

Die 1,6 Millionen Unterbeschäftigten in Teilzeit wünschten sich, ihre Wochenstundenzahl durchschnittlich um 14,7 Stunden zu erhöhen.[226] Auch hier zeigt eine geschlechterspezifische Betrachtung ausgeprägte Differenzen zwischen Männern und Frauen. Teilzeittätige Männer würden gerne ihre Wochenarbeitszeit um 18,2 Stunden erhöhen, teilzeittätige Frauen um 13,4 Stunden. Unter den Teilzeitbeschäftigten mit Verlängerungswunsch arbeitet die Mehrheit in kleineren Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern (62 % Frauen und 53 % Männer).[227]

Bei den Überbeschäftigten liegt der Reduzierungswunsch durchschnittlich bei 11,1 Stunden.[228] Überbeschäftigte, die einer Vollzeittätigkeit nachgingen, wünschten sich eine durchschnittliche Reduktion ihrer Wochenarbeitszeit um 11,5 Stunden, teilzeittätige Überbeschäftigte wollten eine durchschnittliche Reduktion ihrer Wochenarbeitszeit um 7,6 Stunden.[229] Diese Ergebnisse nach dem international vereinbarten Labour-Force-Konzept werden durch eine Studie des IAB im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aus dem Jahre 2015 bestätigt. Unter den Teilzeitbeschäftigten, die sich eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit wünschten, beabsichtigten nur 61,2 % der Befragten ihre Arbeitszeit dauerhaft zu reduzieren. [230] Mehr als die Hälfte wünschte sich eine temporäre Arbeitszeitverringerung von bis zu einem Jahr. Als Grund für den Wunsch nach Erhöhung des Arbeitszeitumfangs wurden am häufigsten ein höheres Einkommen oder eine höhere Rente genannt.[231]

---

226 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 39.

227 *Wöhrmann* et al., Arbeitzeitreport Deutschland 2016, S. 90, abrufbar unter: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

228 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 39; Das Bild der Frauen ist allerdings auch hier nicht einheitlich. Die gewünschte Wochenstundenzahl lag bei Frauen in Ostdeutschland mit 14,5 Stunden als bei westdeutschen Frauen mit 12,9 Stunden. Gerade Arbeitszeiten im Bereich zwischen 30 bis 34 Stunden sind häufiger gewünscht als umsetzbar. In Westdeutschland wünschen sich 17 % diesen Stundenumfang, allerdings wird er nur von 9 % auch tatsächlich umgesetzt.

229 *Rengers*, WiSTA 6/2015, 39.

230 *Fischer et al.*, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, S. 230.
Anm.: Fast 13 % der Teilzeitbeschäftigten wünschten sich eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit. 65,2 % wollten ihre Arbeitszeit unverändert lassen und 22 % der Teilzeitbeschäftigten wünschten sich eine Erhöhung der Arbeitszeit, darunter 21 % Frauen und 30 % Männer.

231 *Fischer et al.*, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, S. 227, 228.

Im Ergebnis ist nach allem festzuhalten, dass trotz hoher Teilzeitquoten eine Diskrepanz zwischen gewünschter (aber nicht realisierter) und verwirklichter (aber ungewollter) Teilzeitarbeit besteht. Ein beachtlicher Teil der Teilzeitbeschäftigten ist unfreiwillig unter- bzw. überbeschäftigt. Betroffen davon sind überwiegend Frauen.

2.1.5.6.2 „Part time wage penalities" und Vernarbungseffekte

Der dauerhafte Verbleib in Teilzeitarbeit ist für den weiteren Erwerbsverlauf nicht folgenlos. Auf der einen Seite kann Teilzeitarbeit als Instrument der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im Lebenslauf fungieren, auf der anderen Seite kann die konzentrierte Teilzeitarbeit dauerhafte Einkommenseinbußen zur Folge haben. Teilzeitbeschäftigte erhalten in Deutschland einen durchschnittlich um 4 € niedrigeren Stundenlohn als Vollzeitbeschäftigte. Ob dieser Einkommensnachteil allerdings aus Struktureffekten resultiert oder auf direkte Einkommensdiskriminierungen von Teilzeitbeschäftigten zurückzuführen ist, bleibt nach derzeitigem Forschungsstand weiterhin unklar.[232] Selbst in den Fällen, in denen Teilzeit- und Vollzeitarbeit gleichgestellt sind, verringert sich das Einkommen proportional zur Arbeitszeit, sodass die eigene Existenz in der Regel nicht gesichert und dem Leitbild des Adult-Worker-Model (Erwerbstätigenmodell) nicht entsprochen werden kann, wonach grundsätzlich jeder Erwachsene in der Lage sein soll, durch seine Erwerbstätigkeit für seinen eigenen Lebensunterhalt aufzukommen.[233] Schließlich können Teilzeitphasen im Lebenslauf sogenannte Vernarbungseffekte verursachen.[234] So wurde festgestellt, dass Frauen, die über einen Zeitraum von zehn Jahren teilzeiterwerbstätig waren, ein geringeres Einkommen und einen geringeren Zuwachs im Stundenlohn erwarteten als durchgehend Vollzeiterwerbstätige.[235] Innerhalb des analysierten Zeitfensters konnten Vollzeittätige einen Einkommenszuwachs von 21 % verzeich-

---

232 *Absenger et al.*, WSI Report 19/14, S. 47; *Klenner/Schmidt*, in: Klammer/Motz (Hrsg.), Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht., S. 253, 266.

233 *Absenger et al.*, WSI Report 19/2014, S. 47; *Klenner/Schmidt*, WSI-Mitt. 2012, 22.

234 *Fourage/Muffels*, Working Part-Time in the British, German and Dutch Labour Market. Scaring for the Wage Career?, in: Schmollers Jahrbuch 129, S. 217-226; *Klenner/Schmidt*, in: Klammer/Motz (Hrsg.), Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht, S. 253, 267.

235 *Fourage/Muffels*, Working Part-Time in the British, German and Dutch Labour Market. Scaring for the Wage Career?, in: Schmollers Jahrbuch 129, S. 217-226.

nen, während Teilzeitbeschäftigte nur 12 % erreichten.[236] Darüber hinaus haben Teilzeitbeschäftigte geringere Chancen auf Teilnahme an beruflichen Weiterbildungen als Vollzeitbeschäftigte und dadurch geringere Aufstiegschancen in Führungspositionen.[237] In der Teilzeitphase wird berufs- und betriebsspezifisches Humankapital zwar gehalten aber weniger akkumuliert.[238]

Aufgrund der Varianz der unterschiedlichen Teilzeitarbeitsformen bleibt die Bewertung ambivalent, einerseits eröffnet die Teilzeitarbeit Partizipationsmöglichkeiten, andererseits kann sie Pfadabhängigkeiten und Vernarbungseffekte für den weiteren Erwerbsverlauf mit sich bringen. Teilzeitarbeit ist nicht für alle gleichermaßen attraktiv.

2.1.6 Sozialrechtliche Konsequenzen der Teilzeitarbeit

2.1.6.1 Schutz Teilzeitbeschäftigter in der Sozialversicherung

Grundsätzlich ist auch die Arbeit in einem Teilzeitarbeitsverhältnis eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV mit der Folge, dass Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung eintritt. Dabei differenziert die sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung weder nach dem Umfang der Arbeitszeit noch nach dem Arbeitseinkommen.[239] Eine Ausnahme greift allerdings, wenn der Arbeitsumfang so gering ist, dass die Vergütung die Grenze der Entgeltgeringfügigkeit (unter 450 €) unterschreitet. Hinsichtlich der Geringfügigkeit sei insoweit aber auf die Ausführungen an anderer Stelle (2.2) verwiesen. Da Beiträge regelmäßig als Prozentsatz auf das Einkommen bezogen werden, fallen bei Teilzeitbeschäftigten prinzipiell geringere Beiträge an. Bei den Leistungen ist zu unterscheiden. Sachleistungen werden regelmäßig ungeteilt erbracht, während Geldleistungen im Allgemeinen vom versicherten Verdienst abhängen und dementsprechend bei Teilzeitbeschäftigung vergleichsweise geringer ausfallen. Eine Ausnahme gilt für das Pflegegeld gemäß § 37 SGB XI, das anders als sonstige Geldleistungen keine Lohnproportionalität aufweist.[240] Im Einzelnen:

---

236 *Fourage/Muffels*, Working Part-Time in the British, German and Dutch Labour Market. Scaring for the Wage Career?, in: Schmollers Jahrbuch 129, S. 217-226.

237 *Vogel*, ZAF 2009, 42:170-172; *Schäfer/Vogel*, DIW Wochenbericht 7/05, 131-138.

238 *Brehmer/Seifert*, ZAF, 4/2008, 501, 515; *Boll*, Wirtschaftsdienst 2010, 700.

239 Vgl. *Husmann*, SGb 2002, 22, 23.

240 Vgl. *Husmann*, SGb 2002, 22, 30.

In der gesetzlichen Unfallversicherung besteht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII Versicherungsschutz in jeder Beschäftigung, auch bei geringfügiger Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB IV. Für Sachleistungen, wie den Anspruch auf Heilbehandlung und Rehabilitation nach §§ 26 ff. SGB VII, wirkt sich eine regelmäßig geringere Vergütung infolge Teilzeitarbeit nicht aus. Anders ist es bei Lohnersatzleistungen. Bei Verletztenrenten kommt es auf den Jahresarbeitsverdienst an, der nach § 82 SGB VII nach den Arbeitsentgelten in den letzten zwölf Kalendermonaten vor dem Versicherungsfall berechnet wird. Beim Wechsel zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigung kann dies zu einem in erheblichem Maße unbilligen Ergebnis führen, was nach § 87 SGB VII eine Festsetzung nach billigem Ermessen erlaubt.[241]

In der Kranken- und Pflegeversicherung besteht Versicherungspflicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. SGB XI. Eine wichtige Ausnahme gilt für Arbeitnehmer nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, die während der letzten fünf Jahre wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V versicherungsfrei waren und in eine (unter)hälftige Teilzeitbeschäftigung wechseln. Damit wird eine arbeitsmarktpolitische Zielsetzung verfolgt, insoweit vermieden werden soll, dass die rechtspolitisch wünschenswerte Wechselmöglichkeit in eine Teilzeitbeschäftigung durch einen Zwang zum Wechsel in die gesetzliche Krankenversicherung unattraktiv gemacht wird.[242] Der Krankenversicherungsschutz bewirkt ungeachtet eines vergleichsweise geringeren Entgelts den vollen Anspruch auf Krankenbehandlung nach § 27 SGB V, während das Krankengeld nach § 47 SGB V entgeltabhängig ausgestaltet ist und damit vergleichsweise niedriger als bei Vollzeitbeschäftigten[243].

Wichtig ist bei Mehrfachbeschäftigungen, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB V neben einer nicht geringfügigen versicherungspflichtigen Hauptbeschäftigung auch eine geringfügige Beschäftigung der Versicherungspflicht unterliegt, weil eine Zusammenrechnung nach § 8 Abs. 2 SGB IV erfolgt.

In der gesetzlichen Rentenversicherung besteht ebenfalls Versicherungspflicht, selbst bei geringfügiger Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB VI (dazu 2.2). Im Falle der geringfügigen Beschäftigung besteht allerdings die Möglichkeit der Befreiung auf Antrag gemäß § 6 Abs. 1b SGB VI. Bei Nebenbeschäftigungen erfolgt hinsichtlich der Frage der Geringfügigkeit der Beschäftigung eine Zu-

---

241 Vgl. Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Teilzeitbeschäftigung Rn. 132.

242 Vgl. KassKomm-*Peters*, § 8 SGB V Rn. 22.

243 Zur Berechnung beim Wechsel von Voll- in Teilzeitarbeit vgl. BSG 25.6.1991 – 1/3 RK 6/90, NZA 1991, 1000.

sammenrechnung gemäß § 8 Abs. 2 SGB IV, sofern es sich nicht um eine privilegierte geringfügige Nebenbeschäftigung (erste Nebenbeschäftigung) handelt. Im Übrigen scheidet die Zusammenrechnung mit der Hauptbeschäftigung allerdings nach § 6 Abs. 1b Satz 3 SGB VI aus, wenn die nicht geringfügige Hauptbeschäftigung versicherungsfrei ist, wie etwa bei Beamten. Hinsichtlich der Sicherung durch die Altersversorgung hat Teilzeitbeschäftigung allerdings weitreichende Konsequenzen (s.u. 2.1.6.2.2).

Auch in der Arbeitslosenversicherung besteht nach § 24 SGB III infolge der Beschäftigung ein Versicherungspflichtverhältnis. Auch hier gibt es keine Einschränkungen für Teilzeitbeschäftigte, soweit sie nicht die Grenze der Geringfügigkeit unterschreiten. Geringfügig Beschäftigte sind nach § 27 Abs. 2 SGB III versicherungsfrei. Anders als in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung erfolgt gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III keine Zusammenrechnung mit einer nicht geringfügigen Hauptbeschäftigung. Es muss also für jede Beschäftigung eigenständig die Versicherungspflicht geprüft werden. Entsprechend ist auch das Leistungsrecht auf die jeweilige Beschäftigung bezogen, allerdings mit teilweise bemerkenswerten Konsequenzen (s.u. 2.1.6.2.1).[244]

2.1.6.2 Auswirkungen

2.1.6.2.1 Anspruch auf Arbeitslosengeld

Der Arbeitslosengeldanspruch von Teilzeitbeschäftigten unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Voraussetzungen des § 137 SGB III. In der Höhe des Leistungsanspruchs wirkt es sich aus, dass Teilzeitbeschäftigte meist geringere Einkünfte erzielen, weil das Bemessungsentgelt nach § 151 SGB III auf das beitragspflichtige Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum bezogen ist. § 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III bewirkt allerdings durch die dort näher getroffenen Bestimmungen zum Bemessungszeitraum bei einem Wechsel von Vollzeit- in Teilzeitarbeit, dass ein potenzieller Arbeitslosengeldanspruch sich nicht abrupt verändert, sondern erst nach einer gewissen Pufferungszeit.[245] Das unterschei-

---

244 Ausf. zu den Konsequenzen von Teilzeitbeschäftigungen im Arbeitsförderungsrecht *Peters-Lange*, in: Ebsen (Hrsg.), Stand und Entwicklung des Arbeitsförderungsrechts, S. 91 ff.

245 Gagel-*Rolfs*, § 150 SGB III Rn. 37, merkt aber zu Recht an, dass verwunderlich sei, wie eng die Begrenzung der Regelung ist, von der bei weitem nicht alle Teilzeitvereinbarungen erfasst werden.

det sich von der Rechtslage etwa beim Krankengeldbezug, der nach § 47 Abs. 1 SGB V mit 90 % des letzten Nettoentgelts gedeckelt ist.

Auch bei „vertikaler Teilzeitarbeit", bei der Arbeitnehmer nicht mit täglich reduzierter Arbeitszeit, sondern an einzelnen Tagen gar nicht arbeiten, hat man es regelmäßig nicht etwa mit befristeten Arbeitsverträgen, sondern mit einem Teilzeitarbeitsvertrag zu tun. Entsprechend ging das BSG auch bei einem (befristeten) Arbeitsvertrag eines Fernsehmitarbeiters, der während der Vertragsdauer den Einsatz an bestimmten Tagen vorsah, davon aus, dass keine Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne vorliege.[246]

Über das auch in der Sozialversicherung i.e.S. bekannte Problem geringerer Leistungen hinaus ergeben sich aber weitere Besonderheiten hinsichtlich des Versicherungsfalls Arbeitslosigkeit bei Mehrfachbeschäftigungen.

2.1.6.2.1.1 Teilzeitbeschäftigung bei Arbeitslosigkeit

Die Beschäftigungslosigkeit nach § 138 BGB würde letztlich durch jede Beschäftigung, auch eine Teilzeitbeschäftigung, beseitigt mit der Folge, dass kein Anspruch auf Arbeitslosengeld nach §§ 136, 137 SGB III bestünde. Allerdings schließt eine Erwerbstätigkeit von wöchentlich weniger als 15 Stunden die Beschäftigungslosigkeit gemäß § 138 Abs. 3 Satz 1 SGB III nicht aus. Freilich erfolgt gemäß § 155 Abs. 1 SGB III eine Anrechnung des Einkommens bis auf einen Freibetrag von 165 € auf das Arbeitslosengeld. Wenn allerdings in den letzten 18 Monaten vor der Anspruchsentstehung eine solche Nebentätigkeit zwölf Monate lang ausgeübt wurde, bleibt das daraus bislang durchschnittlich erzielte Einkommen nach § 155 Abs. 2 SGB III anrechnungsfrei. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass eine „kleine" Nebenbeschäftigung in der Arbeitslosenversicherung in gewisser Weise „privilegiert" wird. Die Privilegierung liegt darin, dass die Nebenbeschäftigung nicht leistungsmindernde Auswirkungen hat, obwohl sie im Rahmen der Versicherungspflicht und der Beitragspflicht zuvor ohnehin auch als „neben" der weiteren Beschäftigung stehend behandelt wurde. An sich ist diese „Privilegierung" daher nur folgerichtig. Wenn man aber bedenkt, dass sie von strengen Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Stabilität abhängt, muss man feststellen, dass sie an sich Teilzeitbeschäftig-

---

246 BSG 11.3.2014 – B 11 AL 5/13 R, NZS 2014, 436. Zur Problematik einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Hinblick auf eine Nichtberücksichtigung inaktiver Tage als Beitragszeiten vgl. EuGH 9.11.2017 – C-98/15, NZA 2018, 29 – Espadas Recio. Diese dürfte für das deutsche Recht aber keine Relevanz haben, vgl. auch *Porsche*, Anm. zu EuGH 9.11.2017 – C-98/15, ZESAR 2018, 238, 245.

te benachteiligt, sofern die Privilegierung nicht eingreift: Wer eine Beschäftigung für 1200 € und eine weitere Beschäftigung für 250 € ausübt, erhält Arbeitslosengeld auf der Basis des Entgelts von 1200 € unter Anrechnung von (250 – 165 =) 85 €. Wer demgegenüber von vorneherein eine Beschäftigung für 1450 € ausübt, erhält Arbeitslosengeld auf dieser höheren Basis – und das ohne Anrechnung.

2.1.6.2.1.2 Verfügbarkeit nur für Teilzeitarbeit

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt im Kontext der Arbeitslosigkeit Verfügbarkeit für die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit nach § 138 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III voraus. Aus der Bestimmung des § 139 Abs. 4 SGB III folgt eine Privilegierung für Teilzeitbeschäftigungen, weil Verfügbarkeit nicht ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitslose eine versicherungspflichtige, den üblichen Bedingungen des in Betracht kommenden Arbeitsmarktes entsprechende, über 15 Stunden wöchentlich umfassende Teilzeitbeschäftigung sucht.[247] Insoweit entspricht die Arbeitslosenversicherung dem rechtspolitischen Ziel, flexible Beschäftigungsformen auch für Arbeitnehmer zu ermöglichen.

2.1.6.2.1.3 Teilarbeitslosengeld

Übt der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit in mehreren Beschäftigungsverhältnissen aus, so hat er unter den Voraussetzungen des § 162 SGB III einen Anspruch auf Teilarbeitslosengeld. Damit wird eine Lücke im System der Arbeitslosenversicherung geschlossen, denn der Anspruch auf Arbeitslosengeld ist nach § 137 SGB III nur begründet, wenn der Arbeitnehmer entweder gar nicht oder weniger als 15 Stunden wöchentlich arbeitet. Das Teilarbeitslosengeld räumt dem Arbeitnehmer ungeachtet des Umfangs der weiterhin ausgeübten versicherungspflichtigen Beschäftigung einen eigenständigen Entgeltersatzanspruch für die verlorene Tätigkeit ein, wenn er gemäß § 162 Abs. 2 Nr. 2 SGB III innerhalb einer Rahmenfrist von zwei Jahren neben der fortgeführten versicherungspflichtigen Beschäftigung mindestens zwölf Monate eine weitere versicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.[248] Der Anspruch ist nach § 162 Abs. 2 Nr. 3 SGB III auf sechs Monate begrenzt. Er erlischt u.a. nach § 162 Abs. 5

---

247 Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Teilzeitbeschäftigung Rn. 129.
248 Mutschler/Schmidt-De Caluwe/*Coseriu*, § 162 Rn. 30.

Buchst. a SGB III bei Aufnahme einer mehr als nur marginalen (länger als zwei Wochen oder mehr als wöchentlich fünf Stunden) Nebenbeschäftigung.[249]

2.1.6.2.1.4 Partielle Arbeitslosigkeit

Weder vom allgemeinen Arbeitslosengeldanspruch nach § 137 SGB III noch vom Teilarbeitslosengeldanspruch nach § 162 SGB III werden Fälle erfasst, in denen eine Vollzeittätigkeit im Rahmen einer betriebsbedingten Änderungskündigung in eine Teilzeittätigkeit umgewandelt wird.[250] Auch hier verliert der Arbeitnehmer Erwerbseinkommen infolge einer Kündigung und damit einer unfreiwilligen Herabstufung auf eine Teilzeitbeschäftigung, die in ihrer ökonomischen Wirkung dem Verlust einer Parallelbeschäftigung gleichsteht. Dementsprechend liegt die Interessenlage nicht anders als im Fall des Teilarbeitslosengeldes und letztlich auch wie im klassischen Fall des Arbeitslosengeldes.

Die Änderungskündigung mag aus arbeitsrechtlicher Perspektive gegenüber der betriebsbedingten Kündigung das mildere Mittel darstellen.[251] Mangels sozialrechtlicher Absicherung kann sie sich auf die finanzielle Situation des Arbeitnehmers allerdings sogar gravierender auswirken. So erhält der Arbeitnehmer bei Herabstufung auf eine „halbe Stelle" auch nur den „halben Lohn"[252], wohingegen bei vollständigem Arbeitsplatzverlust das Arbeitslosengeld gemäß § 149 Nr. 2 SGB III mindestens 60 % des pauschalisierten Nettogehalts beträgt, bei erhöhtem Leistungssatz mit Rücksicht auf Kinder sogar 67 %.

Dieser Wertungswiderspruch ließe sich durch einen inhaltsgleichen Anspruch auf Teilarbeitslosengeld für Fälle der betriebsbedingten Änderungskündigung lösen. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage droht auch keine Umgehung der strengen Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes.

Um eine Subventionierung von Unternehmen mit Beschäftigungsproblemen zu vermeiden, unterliegt die Kurzarbeit den strengen Voraussetzungen des § 95 SGB III. Erst wenn ein erheblicher Arbeitsausfall erreicht ist, verwirklicht sich ein Risiko, welches nicht mehr der einzelne Betrieb bzw. dessen Beschäftigte tragen müssen, sondern die Arbeitslosenversicherung mit abdeckt. Der Arbeits-

---

249 Insg. krit. zu den erheblichen Einschränkungen des Anspruchs *Peters-Lange*, in: Ebsen (Hrsg.), Stand und Entwicklung des Arbeitsförderungsrechts, S. 91, 95 f.

250 Diesen Fall hat der Gesetzgeber bewusst nicht in den Anspruch auf Teilarbeitslosengeld aufgenommen, siehe BT-Drs. 13/4941, S. 181.

251 APS-*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 5, 7, 8.

252 Anm.: Ausgehend vom Bruttogehalt, Steuervorteile die sich aus dem geringeren Bruttogehalt ergeben sind hierin nicht berücksichtigt.

ausfall ist gemäß § 96 SGB III erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, er vorübergehend ist, nicht vermeidbar und im Anspruchszeitraum mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind. Wirtschaftliche Ursachen für einen Arbeitsausfall können aus einer allgemeinen Wirtschaftskrise und aus den besonderen Verhältnissen des Betriebes resultieren. Sie betreffen alle Handlungen des Betriebes, die sich aus dessen Teilnahme am wirtschaftlichen Leben ergeben. Für branchen- und betriebsübliche Arbeitsausfälle und Arbeitsausfälle, die ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruhen, wird kein Kurzarbeitergeld bezahlt. Sie fallen grundsätzlich in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers und werden nicht von § 96 SGB III erfasst.[253]

Es drohen daher keine Friktionen mit dem besonderen Instrument des Kurzarbeitergeldes, da beide Instrumente unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen und unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Während dem Kurzarbeitergeld in erster Linie eine Überbrückungsfunktion zugunsten von Unternehmen und Beschäftigten in der Krise zugrunde liegt, geht es beim Teilarbeitslosengeld um eine Überbrückung finanziell einschneidender Lohneinbußen der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsplatzverlustes.[254] Sinn und Zweck der Kurzarbeit ist die Stabilisierung von Arbeitsplätzen durch vorübergehende Senkung der Personalkosten und damit die Vermeidung von Entlassungen.[255] Das Kurzarbeitergeld ist dementsprechend in den gesetzlichen Voraussetzungen an eine Erholungsperspektive gekoppelt, der Herabstufung im Wege der Änderungskündigung wohnt diese Perspektive nicht inne, vielmehr muss der Arbeitnehmer mit dauerhaften Lohneinbußen rechnen.

Hinsichtlich des Teilarbeitslosengeldanspruchs liegt daher eine Regelungslücke vor. Gleichwohl lässt sich diese nicht schließen, denn sie ist nicht planwidrig. Vielmehr hat der Gesetzgeber bewusst entschieden, dass nur der Verlust einer von mehreren Beschäftigungen durch die Arbeitslosenversicherung geschützt werden soll, nicht jedoch der teilweise Verlust einer Beschäftigung durch Arbeitszeitverringerung,[256] mag dies auch im wirtschaftlichen Ergebnis auf dassel-

---

253 Erbs/Kohlhaas-*Ambs*, § 96 SGB III Rn.2.

254 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Welkoborsky/Klein*, § 95 SGB III Rn. 4.

255 Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Kurzabeit Rn.28; Küttner Personalbuch-*Kreitner*, Kurzarbeit Rn. 1.

256 BT-Drs. 13/4941, S. 181; vgl. auch Gagel-*Peters-Lange*, § 162 SGB III Rn. 11; BSG 6.2.2003 – B 7 AL 12/01 R, SGb 2003; *Bieback*, Anm. zu BSG, SGb 2002, 450, 454; *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 152.

be hinauslaufen. Wenn man überhaupt einen Vergleich anstellen möchte, steht die partielle Teilarbeitslosigkeit dem Kurzarbeitergeld näher als dem Teilarbeitslosengeld. Denn das Kurzarbeitergeld betrifft unter engen Voraussetzungen Leistungen für einen Fall der Teil(zeit)arbeitslosigkeit, während das Teilarbeitslosengeld einen Fall der Vollarbeitslosigkeit für ein bestimmtes Beschäftigungsverhältnis betrifft.[257]

Ebenso wenig gibt es einen Anspruch auf Teilarbeitslosengeld, wenn es misslingt, aus einer Teilzeitbeschäftigung, die zunächst zu einem bestimmten Zweck eingeführt wurde, wieder zurückzukehren. Zwar gibt es nach § 26 SGB III bei Mutterschaft, Erziehung und Pflege Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung. Diese ändert aber nichts am Umfang des Versicherungsschutzes.

2.1.6.2.2 Altersversorgung

Teilzeitphasen im Erwerbsverlauf wirken sich auch auf die Alterssicherung negativ aus. Frauen hatten im Jahr 2015 unter Berücksichtigung aller drei Säulen der Alterssicherung ein um 53 % niedrigeres Alterssicherungseinkommen als Männer.[258] Im europäischen Vergleich hat Deutschland damit eines der höchsten Gender Pension Gaps.[259] Am größten ist die geschlechterbezogene Rentenlücke bei der betrieblichen Altersversorgung in der Privatwirtschaft, dicht gefolgt von der gesetzlichen Rentenversicherung.[260] Der durchschnittliche Zahlbetrag der gesetzlichen Rente wegen Alters nach Abzug der Beiträge für Kranken- und Pflegeversicherung betrug für das Jahr 2016 bei Frauen 685 €, bei Männern hingegen 1172 €. Durchschnittlich lag der Rentenzahlbeitrag der Frauen in Deutschland damit bei nur 58,4 % des Zahlbetrags der Männer.[261] Das Gender Pension Gap ist dabei in Westdeutschland deutlich höher als im Osten des Landes.[262] Ursächlich für den Gender Pension Gap sind vor allem die Entgeltunterschiede zwischen Männern und Frauen, wodurch Frauen durchschnittlich pro Versicherungsjahr nur ca. drei Viertel der Entgeltpunkte der Männer sammeln.[263] Diese Entgeltlücke ist auf den höheren Anteil von Frauen in Teilzeit- und geringfügiger Beschäftigung, auf den geringeren Anteil von Frauen in

---

257 Vgl. die Einordnungen bei *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 466 f.
258 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 4.
259 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 5.
260 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 7.
261 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 8.
262 *Frommert/Himmelreicher*, DRV 2018, 22, 26.
263 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 9.

Führungspositionen sowie auf die unterschiedliche Verteilung von Frauen und Männern auf verschiedene Berufsgruppen und Branchen zurückzuführen.[264] Dies erklärt auch die größere Bedeutung des Gender Pension Gap in Westdeutschland, weil im Osten weit mehr Frauen nach Erziehungsphasen in Vollzeitbeschäftigungen zurückkehren als im Westen.[265]

Um die Lücken der Beitragszahlung auszugleichen, sieht der Gesetzgeber für Erziehende einen Rentenausgleich über die Kindererziehungszeiten gemäß § 56 SGB VI und Kinderberücksichtigungszeiten gemäß § 57 SGB VI vor. § 56 SGB VI regelt die Anrechnung von besonderen rentenrechtlichen Zeiten für die Erziehung eines Kindes in dessen ersten drei Lebensjahren als Pflichtbeitragszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Pflichtbeitragszeiten werden gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 SGB VI pro Kalendermonat mit 0,0833 Entgeltpunkten bewertet. Das entspricht knapp einem (0,9996) Entgeltpunkt pro Jahr. Der Frauenanteil unter allen Rentenzugängen mit Kindererziehungszeiten lag im Jahr 2014 bei 99 %.[266]

Kinderberücksichtigungszeiten sind Zeiten der Erziehung eines Kindes bis zu dessen vollendetem 10. Lebensjahr. Die Kompensationswirkung der Kindererziehungsleistungen in der gesetzlichen Rentenversicherung tritt nur bei vorübergehender vollzeitnaher Teilzeitbeschäftigung ein. Dies veranschaulichen *Frommert* und *Lizon* in ihren Modellrechnungen.[267] Die Modellfälle gehen davon aus, dass die fiktive Modellfrau nach Geburt der Kinder für insgesamt zehn Jahre mit einem Stundenumfang von 75 % in Teilzeit und anschließend wieder in Vollzeit erwerbstätig ist.[268] Bei diesem Modell der vollzeitnahen und vorübergehenden Teilzeitbeschäftigung ergibt sich je nach Lohnniveau über die zusätzlichen Entgeltpunkte für Kinderberücksichtigungszeiten ein relativ hoher Entgeltpunktwert für die Teilzeitmodelle. Bei der unterstellten Ausgestaltung ist der Unterschied in der Rentenhöhe durch die Kinderregelungen auf nur noch rund 2 % reduziert.[269] Die Realität sieht indes anders aus. Die Persistenz der Teilzeitbeschäftigung nach einer Familienphase äußert sich am Ende des Erwerbslebens in deutlich geringeren Rentenanwartschaften. Je höher die Anzahl der Kinder desto unwahrscheinlicher ist es, dass Frauen im Verlauf ihres Erwerbslebens das Niveau an Entgeltpunkten erreichen, das sie vor der Geburt

---

264 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 11.
265 Vgl. *Frommert/Heien/Loose*, WSI-Mitt. 2013, 338 ff.
266 *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 12.
267 *Frommert/Lizon*, Deutsche Rentenversicherung 3/2017, 273 ff.
268 *Frommert/Lizon*, Deutsche Rentenverischerung 3/2017, 273, 275.
269 *Frommert/Lizon*, Deutsche Rentenversicherung 3/2017, 273, 285.

ihrer Kinder hatten.[270] Erklären lässt sich das dadurch, dass eine Rückkehr in höhere Arbeitszeitdeputate nach den modellhaften zehn Jahren oftmals nicht erfolgt. Teilzeitbeschäftigung weist einen starken Klebeeffekt auf, dies zeigt auch eine Analyse des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend aus dem Jahr 2011, wonach nur einem Fünftel der westdeutschen Frauen in den untersuchten Alterskohorten, die unmittelbar nach der ersten Kinderbetreuungsphase in Teilzeit beschäftigt waren, in den folgenden 20 Jahren der Übergang in eine Vollzeitbeschäftigung gelang.[271] Dies bestätigt auch die Längsschnittanalyse von *Klenner/Schmidt*, in der sie Erwerbsverläufe von Frauen der Geburtenkohorten 1965 bis 1979 für den Beobachtungszeitraum von 2001 bis 2007 untersuchten. Dabei hatten sich zwar unterschiedliche Erwerbscluster für Frauen mit und ohne Kinder herauskristallisiert, allen Clustern waren aber starke Pfadabhängigkeiten gemeinsam. Rund 40 % der Frauen mit Kindern waren fast ununterbrochen teilzeiterwerbstätig.[272]

Darüber hinaus liegt die vereinbarte Wochenarbeitszeit bei teilzeitbeschäftigten westdeutschen Frauen im Durchschnitt bei rund 20 Stunden und bei ostdeutschen Frauen bei rund 25 Stunden.[273]

Entsprechend haben Teilzeitbeschäftigte ein deutlich höheres Altersarmutsrisiko. Bisher wird diesem Risiko nur im Rahmen der Hinterbliebenenrente durch die kleine und große Witwen-/Witwerrente gemäß § 242a SGB VI und durch die Erziehungsrente gemäß § 47 SGB VI entgegengewirkt.[274] Durch die Erziehungsrente können auch Geschiedene eine Rente erhalten, wenn sie ein Kind erziehen und ihr geschiedener Ehepartner stirbt. Die Erziehungsrente soll somit als Unterhaltsersatz dienen. Anders als eine Witwenrente handelt es sich jedoch um

---

270 *Frommert/Thiede*, in: Klammer/Motz (Hrsg.), Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht., S. 431, 461; *Wagner/Klenner/Sopp*, WSI-Report 38/2017, 8.

271 BMFSFJ (Hg) (2011b): Biografiemuster und Alterseinkommensperspektiven von Frauen, S. 43 (abrufbar unter: http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen, did=173872.html, (zuletzt geprüft am 16.2.2019); *Pimminger*, Armut und Armutsrisiken von Frauen und Männern. Ein Update, Herausgegeben von der Agentur für Querschnittsziele im ESF im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, S. 19, abrufbar unter: http://www.esf-querschnittsziele. de/fileadmin/DATEN/ Publikationen/ expertise_armut_140416.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

272 *Klenner/Schmidt*, WSI-Mitt. 2012, 22, 24.

273 *Frommert/Lizon*, Deutsche Rentenversicherung 3/2017, 273, 285; *Holst/Wieber*, DIW Wochenbericht 40/2014, 967, 973.

274 Übersichtliche Darstellung, *Frommert/Lizon*, Deutsche Rentenversicherung 3/2017, 273, 277.

eine Rente aus eigener Versicherung.[275] Sie wird also nicht aus der Rente des Verstorbenen abgeleitet und entspricht in ihrer Höhe der Rente für Erwerbsminderung.[276]

Um künftige Altersarmut zu verhindern, muss direkt an der Erwerbsphase angesetzt werden. Kindererziehungsleistungen können die durch langjährige Teilzeitphasen entstandenen Lücken nicht ausgleichen. Einen erfolgversprechenden Ausweg hat der Gesetzgeber insoweit mit dem Recht der Brückenteilzeit angestrebt (s.o. 2.1.4.2.2.4).

Darüberhinausgehend kann das gesetzgeberische Ziel der Geschlechtergleichstellung auf dem Arbeitsmarkt nur erreicht werden, wenn in allen wichtigen Handlungsfeldern ineinandergreifende Regelungen entwickelt werden. Bisher wird durch das Ehegattensplitting oder die beitragsfreie Familienversicherung in der Krankenversicherung nach § 10 SGB V das traditionelle Partnerschaftsmodell gefördert und wenig Anreiz für das Doppel-Ernährermodell geschaffen. Insbesondere das Ehegattensplitting scheint gesellschaftlich überholt. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 EStG können Ehegatten zwischen einer Einzelveranlagung gemäß § 26a EStG und der Zusammenveranlagung gemäß § 26b EStG wählen. Entscheiden sie sich für Letzteres, werden die Einkünfte zusammengerechnet und die Ehegatten sodann gemeinsam als Steuerpflichtiger behandelt. Gemäß § 32a V EStG wird das zusammenveranlagte Einkommen halbiert (gesplittet) und für das halbierte zu versteuernde Einkommen die Einkommensteuer nach dem geltenden Einkommensteuertarif berechnet. Die so errechnete Einkommensteuer wird anschließend verdoppelt. Je größer die Einkommensdifferenz der Ehegatten ist, umso größer ist dann auch der Steuervorteil, der sich aus der Zusammenveranlagung ergibt. Im Umkehrschluss bedeutet das auch, dass das Ehegattensplitting die Erwerbstätigkeit beider Ehegatten teuer und damit zugleich auch unattraktiv macht. Dieser Effekt wird durch die steuerliche Privilegierung geringfügiger Beschäftigung (s.u. 2.2) verstärkt.[277] Hinzu kommt, dass das Splitting besonderen Anreiz zur Eingehung von Minijobs durch hinzuverdienende Ehegatten setzt (s.u. 2.2.6.3).

Ein Gender Pension Gap lässt sich auch in der betrieblichen Altersvorsorge ermitteln. Die betriebliche Altersrente orientiert sich noch stärker an der Dauer der Erwerbstätigkeit und an der Einkommenshöhe und ist auf Branchen bzw. Berufsgruppen konzentriert, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, wodurch

---

275 Kreikebohm-*Dankelmann*, § 47 SGB VI Rn. 2.
276 Schaub-*Vogelsang*, § 47 SGB VI Rn. 44.
277 *Spangenberg*, ZRP 2018, 23.

sowohl die Verbreitung als auch die Höhe von Betriebsrenten bei Frauen geringer ist als bei Männern.[278]

2.1.6.2.3 Elterngeld während Elternteilzeit

Das Elterngeld kompensiert während einer Elternteilzeit den pro-rata-temporis-Einkommensverlust zumindest teilweise. Allerdings beträgt das Elterngeld nach § 2 Abs. 1 BEEG nur 67 % des Erwerbseinkommens vor der Geburt des Kindes, maximal 1800 € pro Monat. Der Anspruch auf Elterngeld erfordert nach § 1 Abs. 1 BEEG neben der Betreuung und Erziehung eines Kindes im Haushalt, dass keine oder keine volle Erwerbstätigkeit (d.h., weniger als 30 Wochenstunden, § 1 Abs. 6 BEEG) ausgeübt wird. Das Basiselterngeld wird allerdings nach § 4 Abs. 1 mit § 4 Abs. 5 BEEG nur bis zu zwölf Monate gewährt, bei Inanspruchnahme durch beide Eltern bis zu 14 Monaten. Diese beiden sog. Partnermonate sollen einen Negativanreiz dergestalt, dass Elternzeit grundsätzlich von dem Partner mit dem geringeren Einkommen in Anspruch genommen wird, weil der Einkommensverlust dann geringer ausfällt, vermeiden.

Das Elterngeld bleibt damit deutlich hinter dem potenziellen Zeitraum der Elternzeit zurück. Allerdings besteht die Möglichkeit, statt des Basiselterngeldes für die doppelte Zeit in halber Höhe das sog. Elterngeld Plus nach § 4 Abs. 3 BEEG zu beziehen.[279] Bei gleichzeitiger Teilzeitarbeit im Umfang von 25–30 Wochenstunden kann jeder Elternteil vier weitere Monatsbeträge Elterngeld Plus als sog. Partnerschaftsbonus nach § 4 Abs. 4 BEEG erhalten. Durch die Einführung des sog. Elterngeld Plus sollte der Effekt vermieden werden, dass die Eltern durch eine Teilzeitbeschäftigung lediglich ihren Anspruch auf Elterngeld reduzieren, weil es bis dahin nicht zu einer Verlängerung der Bezugsdauer kam. Denn das Basiselterngeld wird nach § 2 Abs. 3 BEEG nur auf Basis des Unterschiedsbetrags der Erwerbstätigkeit zum bisherigen Einkommen berechnet. Die Streckung erlaubt mithin eine Reduzierung der Berücksichtigung des Erwerbseinkommens.

---

278 *Pimminger*, Armut und Armutsrisiken von Frauen und Männern. Ein Update, Herausgegeben von der Agentur für Querschnittsziele im ESF im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, S. 29, abrufbar unter: http://www.esf-querschnittsziele. de/fileadmin/DATEN/Publikationen/ expertise_armut_140416.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

279 Dazu und zum Folgenden *Graue*, SGb 2016, 421.

2.1.6.2.4 Entgeltersatzleistungen bei Nebenbeschäftigungen im Übrigen

Anders als in der Arbeitslosenversicherung, in der schon eine Beschäftigung als solche der Arbeitslosigkeit und damit der Anspruchsvoraussetzung entgegenstehen kann (s.o. 2.1.6.2.1), ergeben sich im Übrigen bei Entgeltersatzleistungen in der Sozialversicherung häufig Probleme aus dem Nebeneinander mehrerer Beschäftigungen, wenn es um die Abgrenzung der Zuständigkeiten für bestimmte Risiken zwischen verschiedenen Versicherungsträgern geht.[280] Ein plastisches Beispiel dafür ist § 11 Abs. 5 SGB V, wonach Krankenversicherungsleistungen ausgeschlossen sind, wenn Leistungen der Unfallversicherung wegen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit zu erbringen sind. Dass sich solche Bestimmungen friktionsfrei nur dann anwenden lassen, wenn es keine weiteren Beschäftigungsverhältnisse gibt, liegt daran, dass das Sozialversicherungsrecht auf dem „Normalarbeitsverhältnis" bzw. der „Normalbeschäftigung" beruht und idealtypisch hieran anknüpft. Das führt zum Problem, wenn Krankenversicherungsleistungen wegen Arbeitsunfähigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis verweigert werden unter Berufung auf Leistungen der Unfallversicherung in einer parallel dazu betriebenen selbstständigen Tätigkeit. Das BSG hat insoweit eine differenzierte Betrachtung für beide Tätigkeiten unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG gefordert und ausgeführt: *„Die traditionelle Fixierung des Versicherungsrechts auf eine – und nur eine – Erwerbstätigkeit einer Person ist nicht mehr konsequent durchzuhalten; das Nebeneinander von Beschäftigungen als Arbeitnehmer oder die Kombination von abhängiger Hauptbeschäftigung und selbstständiger „Nebentätigkeit" sind heutzutage keine quantitativ zu vernachlässigenden Randphänomene mehr, bei denen sachwidrige Ergebnisse möglicherweise als unvermeidbar hingenommen werden könnten."*

Aus diesem Grunde hat das BSG § 11 Abs. 5 SGB V teleologisch dahingehend reduziert („ausgelegt"), dass die Bestimmung nur dann zum Vorrang des Unfallversicherungsrechts führt, wenn zwischen beiden infrage stehenden Leistungen Kongruenz hinsichtlich des auszugleichenden Einnahmeausfalls besteht.[281]

In vergleichbarer Weise hat der Unfallversicherungssenat wenig vorher die Regelung des § 72 Abs. 1 SGB VII in spezifischer Weise mit Rücksicht auf die besondere Fallkonstellation einer Nebentätigkeit ausgelegt. Nach dieser Regelung beginnt eine Verletztenrente an dem Tag nach dem Ende des Anspruchs

---

280 Vgl. dazu *Kranig*, SGb 2017, 610 ff.
281 BSG 25.11.2015 – B 3 KR 3/15 R, BSGE 120, 113.

auf Verletztengeld. Im konkreten Fall war dem Beschäftigten ein Anspruch auf eine Verletztenrente trotz Minderung der Erwerbsfähigkeit nach Wiederaufnahme der Beschäftigung versagt worden, weil zwar der Anspruch auf Verletztengeld in diesem Beschäftigungsverhältnis wegen Wiederaufnahme der Arbeit endete, nicht aber der Anspruch auf Verletztengeld in Bezug auf ein weiteres Beschäftigungsverhältnis, bei dem die aus demselben Arbeitsunfall herrührende Arbeitsunfähigkeit fortdauerte. Das BSG hat entschieden, dass ein Anspruch auf Verletztengeld auch im Sinne dieser Bestimmung ende, wenn sich dessen Höhe mit Rücksicht auf den Wegfall der Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf eine Beschäftigung ändere.[282]

Auch wenn die Ausführungen zur Notwendigkeit einer sachgerechten Auslegung und Fortbildung des Rechts bei Nebenbeschäftigungen nicht zu einem Leitsatz erhoben wurden, scheinen sie doch, gerade auch mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlichen Hintergrund, verallgemeinerungsfähig. In diesem Sinne müssen Leistungseinschränkungen, die Versicherte bei einem einheitlichen Arbeitsverhältnis nicht hinzunehmen hätten, auch bei Teilzeitbeschäftigten mit Mehrfachbeschäftigung ausscheiden. Wünschenswert wäre insoweit eine klarstellende Regelung in § 7 SGB IV. Sie ist inhaltlich ohnehin alternativlos mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlichen Hintergrund.

2.1.7 Entwicklung eines kohärenten Ansatzes de lege ferenda

2.1.7.1 Konzepte, Überblick

Ein konsistentes und widerspruchsfreies System des Teilzeitarbeitsrechts muss

- dem Ziel der Förderung der Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen und
- der Passgenauigkeit im Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteresse dienen,
- Benachteiligungen von Teilzeitarbeitnehmern ausschließen und
- darf der Gleichstellung der Geschlechter nicht zuwiderlaufen.

Das ist im geltenden Recht nicht völlig widerspruchsfrei gewährleistet.

Einen wichtigen Schritt in dieser Hinsicht ist das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[283] gegangen. Freilich gibt es an verschiedenen Stellen noch Verbesserungspotenzial (sogleich u. 2.1.7.2). Zu diskutieren ist weiterhin, ob die Regelungen zum Teilarbeitslosengeld verbessert werden können (s.u. 2.1.7.3).

---

282 BSG 23.7.2017 – B 2 U 6/14 R, BSGE 119, 204.
283 S.o. Fn. 32.

Es bleibt schließlich das Problem der Rentenlücke bei unfreiwilliger Teilzeit (s.u. 2.1.7.4), welche auch nach den Reformen im Kontext der Brückenteilzeit möglich bleibt.

2.1.7.2 Kritische Analyse des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts

2.1.7.2.1 Brückenteilzeit

Gleichberechtigte Erwerbstätigkeit erfordert Flexibilität in unterschiedlichen Lebensphasen und damit eine Stärkung des Teilzeitrechts. Erwerbsbiographien verlaufen nur noch selten linear und die Anforderungen an die Arbeitnehmer nehmen im digitalen Zeitalter zu. Die moderne Arbeitswelt erfordert vom Arbeitnehmer „lebenslanges Lernen". Teilzeitarbeit ist ein wichtiges arbeitspolitisches Instrument, um einen solchen „Balanceakt" zwischen Lebens- und Arbeitswelt und ihre Synchronisation sicherzustellen. Zugleich muss aber der Wechsel von Vollzeit in Teilzeit und umgekehrt gewährleistet sein. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG), Art. 6 GG und dem aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG resultierenden Verfassungsauftrag die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.[284] Zu diesem Zweck war eine hinreichende Rückkehrmöglichkeit zur Vollerwerbstätigkeit zu schaffen, wie dies nunmehr mit dem Recht der Brückenteilzeit realisiert wurde (s.o. 2.1.4.2.2.4). Andernfalls kann sich ein gleichberechtigtes Erwerbsmodell in der Familie nicht etablieren.[285] Das gilt zumal mit Rücksicht auf die dargelegten weiteren Versorgungsnachteile im Alter (s.o. 2.1.6.2.2).

Ausdrücklich zu begrüßen ist das Ziel, den Arbeitszeitbedürfnissen der Beschäftigten entgegenzukommen.[286] Der Anspruch ermöglicht die Arbeit auf einem Teilzeitarbeitsplatz, schließt aber zugleich eine Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern in der Weise aus, dass sie nicht in der „Teilzeitfalle" gefangen bleiben müssen. Ein solcher Anspruch trägt zu einer verbesserten Vereinbarkeit von Familie und Beruf in verschiedenen Lebensstrukturen, zu mehr Flexibilität

---

284 *Schubert*, ZRP 2018, 26.

285 So auch im Antrag der Grünen, BT-Drs. 18/12794, S.2; *Lott*, Stellungnahme zum Antrag 17/81 (Landtag Nordrhein-Westfalen 17. Wahlperiode), S. 8.

286 In diesem Sinne auch *Kocher u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 204 f.

für Phasen der Weiterbildung und zur Erhöhung der Chancen auf dem Arbeitsmarkt sowie zu einer besseren Alterssicherung durch Vollzeitphasen bei. So können Arbeitnehmer für einen im Voraus begrenzten Zeitraum ihre Arbeitszeit verringern, ohne befürchten zu müssen, dass ihnen der Wiedereinstieg in die Vollerwerbstätigkeit erschwert oder verwehrt wird. Durch die zeitliche Begrenzung wird sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite Planungssicherheit geschaffen. Das Rückkehrrecht als solches führt zu mehr Gleichberechtigung in der Arbeitswelt und zur Entstigmatisierung der Teilzeitarbeit.

Die rechtspolitische Kritik, dass der Anspruch auf Brückenteilzeit an keine familienbezogenen Gründe gebunden ist und Letztere ja ohnehin durch PflegeZG, FPfZG und BEEG geregelt seien,[287] überzeugt nur teilweise. Denn letztgenenannte Ansprüche sind durchaus von Voraussetzungen und Dauer her enger gestaltet und erfassen auch nicht alle anerkennenswerten Gründe für eine Verringerung der Arbeitszeit. Es ist zwar richtig, dass es Gründe gibt, in Teilzeitarbeit zu wechseln, die mehr gesellschaftliche Anerkennung als andere verdienen. Gleichwohl bleibt das Problem der „Teilzeitfalle" auch eine sozialpolitische Herausforderung, insbesondere mit Rücksicht auf die Altersversorgung (s.o. 2.1.6.2.2). Von daher gibt es an sich gute Gründe für ein Rückkehrrecht auch dann, wenn der Arbeitnehmer aus möglicherweise weniger anerkennenswerten, aber dennoch zu respektierenden Gründen in Teilzeitarbeit gewechselt hat. Ein Problem gibt es an sich nur dort, wo der Arbeitgeber Überforderungsschutz durch die Quotenregelung des § 9a TzBfG geltend machen kann. Dies kann nämlich dazu führen, dass derjenige, der ein anerkennenswertes Teilzeitinteresse hat, mit seinem Teilzeitwunsch leer ausgeht. Allerdings sind die meisten anerkennenswerten Teilzeitgründe ohnehin durch die erwähnten spezialgesetzlichen Regelungen mit einem stärkeren Rückkehrrecht ausgestattet. Lediglich bei einem Teilzeitwunsch zu Fortbildungszwecken erscheint hier Korrekturbedarf (vgl. zur Weiterbildung u. 2.1.7.4.4). Insofern wäre es rechtspolitisch vorzugswürdig, eine befristete Weiterbildungsfreizeit vom Überforderungsschutz nach § 9a Abs. 2 TzBfG auszunehmen.

Überzeugend ist freilich die Forderung nach einer einheitlichen, bereinigten Regelung sämtlicher Ansprüche auf befristete Teilzeitarbeit.[288] Es bleibt aber im Auge zu behalten, dass der Anspruch auf befristete Arbeitszeitverringerung nach derzeitiger Lage – wenn auch nur nach formaler Rückkehr zur bisherigen

---

287 *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 567, 568.
288 *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 568.

Arbeitszeit oder als weitere Verkürzung – an diese spezialgesetzlichen Ansprüche „angehängt" werden kann,[289] was bei einer generellen Regelung nicht mehr möglich bliebe, wenn nicht erneut spezifische Sonderregeln geschaffen würden.

2.1.7.2.2 Arbeitszeitverlängerung

Die Gefahr der Teilzeitfalle trifft nicht nur diejenigen, die zuvor einmal ihre Arbeitszeit reduziert haben. Dementsprechend genügt die Einführung eines Rückkehrrechts zu ihrer Bekämpfung nicht. Zudem ist das Rückkehrrecht im Falle des Überforderungsschutzes des Arbeitgebers nicht gegeben. Ohnehin greift der Anspruch auf Brückenteilzeit wegen des vergleichsweise hohen Schwellenwertes von 45 Arbeitnehmern in vielen Betrieben gar nicht ein. Von daher bleibt der Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei einem Verlängerungswunsch gemäß § 9 TzBfG weiterhin angesichts der auch sozialrechtlichen Nachteile unfreiwilliger Teilzeitarbeit weiterhin von hoher rechtspolitischer Relevanz.

Die Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitgeber ist in dem Zusammenhang sachgerecht, da die Eignung arbeitsplatzbezogen beurteilt wird und sich nach dem vom Arbeitgeber festgelegten Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle richtet. Die für die Bewertung entscheidenden Informationen liegen in der Regel allein dem Arbeitgeber vor.[290] Der Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei Verlängerungswunsch wird durch die Neuregelung effektuiert. Das ermöglicht insbesondere auch Frauen, einen Weg aus unerwünschter Teilzeit zu finden, und fördert so die Geschlechtergerechtigkeit hinsichtlich der Arbeitszeit durch passgenaue Anpassung der Arbeitszeitvolumina an Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen.

2.1.7.2.3 Erörterungspflicht hinsichtlich Dauer und der Lage der Arbeitszeit

Die Informationspflicht nach § 7 Abs. 3 TzBfG genügt als solche nicht, um den Flexibilisierungsinteressen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in allen Fällen gerecht zu werden. Erforderlich ist vielmehr ein Interessenaustausch zwischen

---

289 *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 568.

290 So auch Stellungnahme des DGB „Erster Schritt auf dem Weg zur Anpassung des Teilzeitrechts an die Bedarfe und Bedürfnisse der Beschäftigten" v. 16.1.2017 S. 4 zum früheren Referentenentwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Wünsche und Möglichkeiten der Arbeitsgestaltung. Aus Sicht der Arbeitnehmer wird häufig als Umsetzungshindernis für die Erhöhung der Arbeitszeit auf das fehlende Einverständnis des Arbeitgebers und auf arbeitsorganisatorische Schwierigkeiten hingewiesen. Aus Sicht der Arbeitgeber wird dagegen am häufigsten angegeben, dass kein entsprechender Wunsch vorgebracht wurde.[291] Dies lässt darauf schließen, dass die Versagung der Erhöhung der Arbeitszeit häufig nur auf einer Vermutung des Arbeitgebers beruht und selten ein Kommunikationsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Arbeitszeitwünsche stattfindet. Die Erörterungspflicht soll dies überwinden helfen. Denn möglicherweise genügt in einigen Fällen nur eine Veränderung der Lage der Arbeitszeit, um den Arbeitszeitbedürfnissen der Arbeitnehmer entgegenzukommen.[292]

Ob die durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[293] eingeführte Erörterungspflicht allerdings wirklich dem beiderseitigen Interessenausgleich förderlich ist, darf kritisch hinterfragt werden, wenn es an effektiven Sanktionen für den Fall fehlt, dass der Arbeitgeber sich dem widersetzt. Bayreuther spricht in dem Zusammenhang von einem „zahnlose(n) Tiger".[294]

Insoweit könnte man freilich daran denken, dass der Betriebsrat die Erörterungspflichten mittelbar dadurch durchsetzt, dass er, bei entsprechenden Veränderungswünschen die Zustimmung zu eventuellen Einstellungen oder Versetzungen anderer Arbeitnehmer nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verweigert. Ebenso wie bei Arbeitsplatzbesetzungen trotz entsprechender Wünsche anderer Arbeitnehmer nach §§ 8, 9 TzBfG[295] lässt sich auch hier argumentieren, dass die Besetzung die Besorgnis begründet, dass der betreffende Arbeitnehmer Nachteile erleidet, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Diese Position wird letztlich dadurch gestärkt, dass der Arbeitgeber

---

291 *Fischer et al.*, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, IAB-Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Endbericht 2015, S. 250, abrufbar unter: http://doku.iab.de/grauepap/2015/Forschungsprojekt_Atypik_V2_35.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

292 So auch im Referentenentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts und in der Stellungnahme des DGB „Erster Schritt auf dem Weg zur Anpassung des Teilzeitrechts an die Bedarfe und Bedürfnisse der Beschäftigten v. 16.1.2017 S. 4.

293 S.o. Fn. 32.

294 *Bayreuther*, NZA 2018, 1577, 1582.

295 Vgl. für § 9 TzBfG BAG 1.6.2011 – 7 ABR 117/09, NZA 2011, 1435, Rn. 31; insgesamt *Fitting*, § 99 Rn. 222 ff.; DKKW-*Bachner*, § 99 Rn. 220 f.

den Betriebsrat auch über sämtliche Arbeitszeitwünsche der Arbeitnehmer nach dem neuen § 7 Abs. 4 Satz 1 TzBfG informieren muss.

Allerdings besteht die Erörterungspflicht auch in Betrieben, in denen es keinen Betriebsrat gibt. Es kommt dann allein auf die individualrechtliche Durchsetzung an. Diese ist indes problematisch. Ein Arbeitnehmer, der seinen Wunsch nach Veränderung der Arbeitszeit verwirklicht sehen möchte, wird den Arbeitgeber kaum auf Erfüllung des Erörterungswunsches verklagen, ganz abgesehen davon, dass die Erörterung, die ein Beteiligter nicht möchte, kaum konstruktiv sein wird, zumal die Definition von Mindeststandards eines Erörterungsgesprächs schwerfallen dürfte. Sicher ist ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht zur Erörterung denkbar.[296] Jedoch dürfte der Nachweis, dass bei gehöriger Erörterung ein anderes Arbeitszeitregime vereinbart worden wäre, nur selten gelingen, desgleichen der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität. Zumindest für das erstgenannte Problem ließe sich aber eine Lösung finden. Ohnehin liegt es nahe, einem Arbeitnehmer aus seinen Beweisschwierigkeiten durch Begründung einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu helfen, wenn er behauptet, dass die Parteien im Falle ordnungsgemäßer Erörterung eine bestimmte Vertragsänderung vereinbart hätten. Denn er kann mangels Kenntnis der Betriebsinterna nicht beurteilen, ob und welche Einwände der Arbeitgeber geltend gemacht hätte. Diese Darlegungserleichterung ließe sich noch ein kleines bisschen vorantreiben, indem eine gesetzliche Beweislastumkehr geschaffen wird, wonach der Arbeitgeber, wenn er dem Verlangen des Arbeitnehmers nach Erörterung eines Änderungswunsches nicht nachkommt, beweisen muss, dass die Parteien nicht die vom Arbeitnehmer gewünschte oder eine sonstige von ihm behauptete anderweitige Vereinbarung getroffen hätten. Das könnte etwa dadurch geschehen, dass der Arbeitgeber betriebliche Gründe, die einer solchen Vereinbarung entgegenstünden und auf andere Weise nicht aus dem Weg geräumt werden könnten, nachweist.

Der Vorteil einer solchen Regelung wäre, dass der grundsätzlich drohende Schadensersatz beim Arbeitgeber eine Art Antriebsfunktion entfalten würde, entsprechenden Erörterungswünschen nachzukommen. Zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten würde sich eine Regelung empfehlen, die die Beweis-

---

296 Vgl. zum Schadensersatzanspruch bei einem Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG BAG 16.9.2008 – 9 AZR 781/07, NZA 2008, 1285. Hier geht es allerdings weitergehend um einen Schadenersatzanspruch bei Verletzung „nur" einer Erörterungspflicht.

lastumkehr nur im Falle eines schriftlichen Erörterungsverlangens des Arbeitnehmers vorsieht.

Diese Regelung würde vor allem Arbeitnehmern zugutekommen, die, zum Beispiel wegen der Betriebsgröße, Ansprüche auf Verringerung oder Verlängerung der Arbeitszeit nicht geltend machen könnten.

Eine solche Regelung wäre auch nicht im Hinblick auf § 22 AGG weithin überflüssig. Diese Bestimmung bewirkt eine Beweislastumkehr, wenn der Arbeitnehmer Indizien für eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vorträgt. Ähnlich wie bei der Verletzung von Verfahrensvorkehrungen zu Gunsten behinderter Menschen[297] ließe sich zwar auch erwägen, dass die Erörterungspflicht eine entsprechende Verfahrensvorkehrung enthält, die die Beschäftigungschancen in verändertem Arbeitszeitregime verbessern möchte. Allerdings ist nicht jede Missachtung des Wunsches nach Arbeitszeitveränderung zwingend mit einer Benachteiligung wegen eines der verpönten Merkmale im Sinne des § 1 AGG verbunden. Und umgekehrt ist die mit der Missachtung des Erörterungswunsches verbundene Benachteiligung wegen Teilzeit- oder Vollzeitarbeit nicht mit dem Arsenal an Sanktionen nach dem AGG hinterlegt.

2.1.7.2.4 Arbeit auf Abruf

Es ist offenkundig, dass Abrufarbeit regelmäßig nicht dem Interesse des Arbeitnehmers entspringt, sondern vor allem den Interessen des Arbeitgebers dient. Insoweit werden mindestens zwei der rechtspolitischen Zielvorstellungen schlechterdings verfehlt: Abrufarbeit entspricht in der Regel nicht den beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und läuft durch die erhebliche Abwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer auf eine Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern hinaus. Das spräche an sich für ein ersatzloses Streichen der Möglichkeit, KAPOVAZ-Verträge abzuschließen. Freilich ist nicht zu leugnen, dass es sicher Bereiche gibt, in denen sich der Bedarf an der Arbeitskraft nur sehr schwer prognostizieren lässt. Würde man dort solche Verträge gänzlich verbieten, würde möglicherweise ein Hemmnis für die Einrichtung von (Teilzeit-)Arbeitsplätzen errichtet. Das erfordert dann aber umso mehr, Grenzen, die eine missbräuchliche Vertragsgestaltung kennzeichnen, einzuziehen. Ebendies ist der Zweck der aktuellen gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber wollte mit § 12 TzBfG verhindern, dass dem Arbeitnehmer das gesamte Wirtschaftsrisiko übertragen wird, indem eine Beschäftigungs- und

---

297 Vgl. BAG 17.8.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153, Rn. 35.

Vergütungspflicht nur bei tatsächlichem Bedarf des Arbeitgebers vereinbart wird. Ziel dieser Regelung ist der Schutz der Arbeitnehmer und die Sicherung sozialverträglicher Arbeitsbedingungen.

Die betriebliche Praxis sieht indes anders aus. Nur knapp 28 % der Beschäftigten in KAPOVAZ werden mindestens vier Tage im Voraus über ihren Einsatz informiert, jeder dritte Beschäftigte sogar erst am selben Tag.[298] Dadurch werden die Schutzregelungen der gesetzlichen Vorankündigungsfrist systematisch unterlaufen. Aufgrund des geringen Beschäftigungsumfangs können Beschäftigte in Arbeit auf Abruf kein existenzsicherndes Einkommen erzielen. Wer sich faktisch für den nächsten Abruf bereithalten muss, kann keinen anderen Nebenerwerb ausüben. Arbeit auf Abruf führt aufgrund der Ungewissheit über das „Ob" und „Wie" zu schwankendem und wenig planbarem Einkommen und damit zu einer permanenten Sorge um die Existenzsicherung. Der Arbeitgeber hat keinerlei Risiko und der Arbeitnehmer keinerlei Sicherheit. Das Beschäftigungs- und Entgeltrisiko wird vollends auf den Arbeitnehmer abgewälzt. Die gesetzgeberische Intention der Teilzeitarbeit, passgenaue Lösungen im Arbeitgeber- *und* Arbeitnehmerinteresse zu ermöglichen, wird durch die Möglichkeit der Abrufbarkeit konterkariert. Die Regelung hat ihren Zweck verfehlt. Die jüngste Reform des § 12 TzBfG (s.o. 2.1.4.3) führt immerhin zu einer gewissen Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmerinteressen, da die Abrufarbeit so potenziell Existenzgrundlage sein kann. Zu beanstanden ist freilich, dass mit der Kausalität bei der Entgeltfortzahlung ein wichtiges Problem nicht angegangen wurde.

Eines der gravierendsten Probleme der Abrufarbeit ist aber, dass das Wirtschaftsrisiko, das an sich grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen hat,[299] in erheblichem Maße auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden kann. Dieser wird zudem partiell auch noch daran gehindert, seine Arbeitskraft ergänzend anderweitig zu verwerten, wenn er nicht sicher den dafür infrage kommenden Zeitrahmen beurteilen kann. Insoweit verdient Beachtung, dass ein früherer Referentenentwurf zum BeschFG 1985 in Art. 4 noch die Verpflichtung des Arbeitgebers vorsah, die Zeiten in denen der Arbeitnehmer sich bereithalten muss, vertraglich festzulegen und mit der Hälfte des üblichen Entgelts zu ver-

---

298 *Fischer et al.*, IAB-Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, IAB-Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Endbericht 2015, S. 219, abrufbar unter: http://doku.iab.de/grauepap/2015/Forschungsprojekt_Atypik_V2_35.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

299 BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

güten.[300] Eine solche Regelung schafft den erforderlichen Interessenausgleich zwischen Flexibilität und Sicherheit (Flexicurity). Sie ermöglicht dem Arbeitgeber hohe Produktivität und effektive Nutzung der Arbeitskraft und sichert zugleich ein existenzsicherndes Einkommen des Arbeitnehmers. Ebenso macht die Vergütungspflicht der Wartezeit der Arbeit auf Abruf für die Arbeitgeber finanziell weniger attraktiv. Wer für die Bereithaltung bezahlen muss, wird sich gut überlegen, ob es überhaupt für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist, von dem Modell Gebrauch zu machen und – falls dies geschehen ist – ob nicht ein tatsächlicher Arbeitseinsatz ökonomisch sinnvoller wäre. Bei Vorabvereinbarung eines Abrufrahmens wird der Arbeitgeber sich im Hinblick auf die partielle Vergütungspflicht zurückhalten, diesen zu weit zu gestalten, sodass die Chancen des Arbeitnehmers, die restliche Arbeitskraft anderweitig zu verwerten tendenziell größer sind. So gesehen schafft das Vergütungsmodell auf Arbeitgeberseite einen Anreiz, Arbeit auf Abruf auf wirklich notwendige Fälle zu beschränken und verhindert von vornherein Modelle, die den „Nullstundenverträgen“[301] wie sie aus Großbritannien bekannt sind, zumindest nahekommen.[302]

2.1.7.3 Teilarbeitslosengeld

Ein Arbeitnehmer, der mehrere Beschäftigungen ausgeübt hat und eine verliert (was zwar nicht zwingend, aber in der Regel eine Teilzeitbeschäftigung ist), bekommt nicht in jedem Fall Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Das ist nur dann der Fall, wenn die verbleibende Tätigkeit weniger als 15 Stunden die Woche erfolgt (s.o. 2.1.6.2.1.1) oder die besonderen Voraussetzungen der Teilarbeitslosigkeit (s.o. 2.1.6.2.1.3) vorliegen.

Mit Blick auf die Konzeption eines widerspruchsfreien Systems des Teilzeitarbeitsrechts ist das Teilarbeitslosengeld bei der Ausübung von Mehrfachbeschäftigungen nur schwer einzuordnen. Die Regelung läuft der Gleichstellung der

---

300 *Zeibig* in: Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau, Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, S. 178, 200; *Schüren*, RdA 1985, 22, 24; *Henneberger/Sudjana*, ZIAS 2005, 117, 125.

301 Zum Zero Hours Contract im britischen Recht vgl. *Kenner*, in: Ales/Deinert/Kenner, Core and Contingend Work in the European Union, S. 153 ff.; zu den rechtlichen Grenzen solcher Verträge im deutschen Recht: *Forst*, NZA 2014, 998 ff.; *Bieder*, RdA 2015, 388 ff.; *Preis*, RdA 2015, 244 ff.; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 37.

302 *Absenger et al.*, WSI Report 19/14, S. 41; *Zeibig* in: Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau, unsichere Arbeits-und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, S. 178, 200.

Geschlechter zumindest nicht offensichtlich zuwider, da Mehrfachbeschäftigungen gleichermaßen von Frauen und Männern ausgeübt werden (s.o. 2.1.5.2). Auch mit Blick auf das Ziel einer Passgenauigkeit im Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteresse scheinen von der Regelung keine Fehlanreize auszugehen. Auf den ersten Blick problematisch erscheint es allerdings, dass keineswegs alle Fälle, bei denen bei Mehrfachbeschäftigung eine Beschäftigung verloren geht, vom Teilarbeitslosengeld erfasst werden, da eine gewisse Beständigkeit der parallelen Beschäftigung verlangt wird und die Anspruchsdauer mit sechs Monaten relativ kurz ist. Dem Vernehmen nach wird diese Leistung außerordentlich selten in Anspruch genommen (so im Jahr 2014 unter 200 Fälle). Dies erscheint eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten und dadurch zugleich der Schaffung von Teilzeitarbeitsplätzen entgegenzustehen. Das gilt zumal, wenn man bedenkt, dass nach Ende der vergleichsweise kurzen Bezugsdauer der Arbeitslose letztlich genötigt wird, auch Vollzeitstellen zu suchen und bei Erfolg die andere (Teilzeit-)Beschäftigung aufzugeben bzw. auf ein geringfügiges Maß zurückzuführen[303].

Andererseits hat der Gesetzgeber sich ganz bewusst beim Teilarbeitslosengeld auf den Sonderfall des Verlustes einer von mehreren Beschäftigungen beschränkt. Der nur teilweise Verlust des Arbeitsplatzes durch Einschränkung einer Beschäftigung (unfreiwilliger Wechsel in Teilzeitarbeit) ist ausdrücklich nicht Versicherungsfall (s.o. 2.1.6.2.1.4).[304] Insofern erscheint das Teilarbeitslosengeld gar nicht mehr benachteiligend, sondern geradezu als Bevorzugung. Eben dies war das Ziel der Regelung, sie sollte der Erweiterung des sozialen Schutzes Teilzeitbeschäftigter dienen.[305] Bewirkt wird auf diese Weise ein Anreiz, mehrere Beschäftigungen aufzunehmen, weil das „gestreute Arbeitslosigkeitsrisiko" ein Stück weit minimiert wird.[306] Sieht man beide Fälle der Teilarbeitslosigkeit zusammen, so wird deutlich, dass die Arbeitslosenversicherung grundsätzlich so strukturiert ist, dass sie nur Versicherungsschutz gegen den vollständigen Arbeitsplatzverlust bietet, nicht aber gegen einen teilweisen Arbeitsplatzverlust, gegen diesen besteht nur ganz ausnahmsweise Schutz der Arbeitslosenversicherung, etwa durch das Kurzarbeitergeld (s.o. 2.1.6.2.1.4).[307]

---

303 *Peters-Lange*, in: Ebsen (Hrsg.), Stand und Entwicklung des Arbeitsförderungsrechts, S. 91, 97 f.; *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 153 f.

304 Insoweit krit. zum Teilarbeitslosengeld *Hanau*, Gutachten C zum 63. Deutschen Juristentag, S. C 77.

305 BT-Drs. 13/4941, S. 146, 181.

306 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 153, 154.

307 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 152, 154.

Es bleibt der denkbare Einwand, dass nicht einzusehen sei, dass der Arbeitnehmer in beiden Beschäftigungen Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zahlt, bei Arbeitsplatzverlust aber keine Leistung erhält. Im Ergebnis ist dies aber auch nur folgerichtige Konsequenz der Struktur der Arbeitslosenversicherung. Wer eine Beschäftigung verliert, ohne dadurch insgesamt arbeitslos zu werden, kann eben kein Arbeitslosengeld erhalten. Nichts anderes ist es ja bei demjenigen, der in einer Vollzeitbeschäftigung auf eine Teilzeitbeschäftigung herabgestuft wird. Auch dieser hat für den verbleibenden Umfang der Beschäftigung und für den verlorenen Umfang der Beschäftigung Beiträge gezahlt und erhält nun keine Leistungen. Nur wenn das ganze Vollzeitbeschäftigungsverhältnis verloren geht, kann Arbeitslosengeld beansprucht werden. Das ist aber bei einer Teilzeitbeschäftigung auch nicht anders. Wer seine (letzte) Teilzeitbeschäftigung verliert, erhält dann Arbeitslosengeld.

Wie sehr sich das Teilarbeitslosengeld – auch mit seinen einschränkenden Anspruchsvoraussetzungen – in der Arbeitslosenversicherung als systemfremde Begünstigung Teilzeitbeschäftigter und nicht als deren Benachteiligung darstellt, wird auch deutlich an der Rechtsprechung des BSG zum Bezug von Teilarbeitslosengeld im Falle des Verlustes einer von zwei Beschäftigungen beim selben Arbeitgeber. Nach der Rechtsprechung ist auch in diesem Fall Versicherungsschutz gegeben.[308] Allerdings fällt die Abgrenzung einer zweiten Beschäftigung beim selben Arbeitgeber von dem Verlust eines Teils einer einheitlichen Beschäftigung schwer.[309] Sie ist aber wichtig, weil es im zweiten Falle keine Leistungen gibt.[310]

Wegen dieses exzeptionellen Charakters des Teilarbeitslosengeldes fällt es schwer, einer großzügigen entsprechenden Anwendung das Wort zu reden. So wäre es sicher für flexible Übergänge vorteilhaft, könnte man bei einem Wechsel aus einer Vollzeitbeschäftigung in zwei Teilzeitbeschäftigungen die Zeiten der Vollzeittätigkeit zum Zwecke der Anwartschaftszeit entsprechend wie zwei parallele Teilzeitbeschäftigungen behandeln. Das BSG hat dies indes bei strikter Anwendung des § 162 Abs. 2 Nr. 2 SGB III abgelehnt.[311]

---

308 BSG 21.6.2001 – B 7 AL 54/00 R, BSGE 88, 180; BSG 6.2.2003 – B 7 AL 12/01 R, SGb 2003, 480.

309 *Bieback*, Anm. zu BSG, SGb 2002, 450, 454; vgl. auch *Franke*, Arbeits- und sozialrechtliche Fragen von Zweitarbeitsverhältnissen, S. 183 ff.

310 Dementsprechend für eine „großzügige Auslegung" *Valgolio*, Anm. zu BSG SGb 2003, 480, 482; i.E. ebenso SRH-*Bieback*, § 21 Rn. 184.

311 BSG 13.3.2018 – B 11 AL 23/16 R, SGb 2018, 291.

Sicher wäre es der Förderung der Aufnahme von Teilzeitarbeit im Wege der Mehrfachbeschäftigung zuträglich, wenn der Arbeitnehmer auch uneingeschränkten Versicherungsschutz genießen würde für den Verlust einer Teilzeitbeschäftigung. Andererseits würde dies eine Abkehr von den bisherigen Strukturprinzipien in noch stärkerem Maße bedeuten, als sie ohnehin durch die Einführung des Teilarbeitslosengeldes geschaffen wurde. Geboten wäre dies nur, wenn man sich rechtspolitisch dazu verstehen könnte, überhaupt den teilweisen Arbeitsplatzverlust zu versichern,[312] was nicht ohne deutlich höhere Beiträge möglich wäre. Das geht aber weit über unsere Fragestellung nach einem konsistenten und von Fehlanreizen befreiten System hinaus. Im Übrigen sind die Rahmenbedingungen für eine rechtspolitische Realisierung derartiger Vorstellungen gegenwärtig so ungünstig, dass die Überlegung an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden soll. Eine Reform der Regelungen zum Teilarbeitslosengeld ist jedenfalls im Rahmen des Systems de lege lata nicht angezeigt.

Solange dies so ist, ist allerdings ein kritisches Fragezeichen hinter die kündigungsrechtliche Rechtsprechung des BAG zu setzen, wonach der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, statt einer Beendigungskündigung mehrere Änderungskündigungen zu erklären, wo dies möglich ist.[313] Im Rahmen der gebotenen Berücksichtigung des § 2 SGB III bei der Anwendung und Auslegung des Arbeitsrechts[314] spricht alles dafür, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Arbeitsförderungsleitungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB III) mehrere Änderungskündigungen statt einer Beendigungskündigung erklären muss, auch und gerade weil damit Leistungsfälle der Arbeitslosenversicherung vermieden werden.

2.1.7.4 Rentenlücken schließen

Hält man sich vor Augen, dass Teilzeitarbeit oftmals ein gravierender Faktor für Rentenlücken ist, bleibt zu überlegen, wie dem entgegengewirkt werden kann. Insoweit ist allerdings im Blick zu behalten, dass Teilzeitarbeit sehr unterschiedliche Motivationslagen zugrunde liegen. Insoweit macht es einen Unterschied, ob die mit der Teilzeitarbeit verbundenen Gehaltseinbußen und damit geringeren Beiträge zur Rentenversicherung vom Beschäftigten selbst gewählt wurden,

---

312 So lautet dann die rechtspolitische Fragestellung, vgl. *Ricken*, NZA 1997, 558, 564; *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 152 f.

313 BAG 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, NZA 2007, 552, Rn. 26.

314 Dazu Gagel-*Deinert*, § 2 SGB III Rn. 69.

um beispielsweise einem Hobby nachzugehen, oder ob es sich um unfreiwillige Teilzeitarbeit handelt.

2.1.7.4.1 Teilzeit zu Erziehungszwecken

Teilzeitarbeit ist häufig motiviert durch die Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben. Das Rentenversicherungssystem trägt dem Rechnung durch Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten (s.o. 2.1.6.2.2). Diese laufen auf einen Entgeltpunkt pro Jahr und damit auf das Durchschnittseinkommen aller Versicherten hinaus. Das gilt allerdings nur für drei Erziehungsjahre. In diesem Zusammenhang wirkt das geltende Recht der Rentenlücke bereits entgegen. Da allerdings Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer häufig über dieses Zeitfenster hinaus mit reduziertem Arbeitszeitdeputat beschäftigt sind, führt dies regelmäßig zu Rentennachteilen. Berücksichtigungszeiten wegen Kindererziehung zielen zwar darauf ab, weitergehende Nachteile auszugleichen, wirken dem unterlassenen Erwerb von Entgeltpunkten in der Rentenversicherung allerdings im Allgemeinen nicht entgegen, sieht man einmal von den wenigen Fällen ab, in denen sie zu einer Höherbewertung von Entgeltpunkten führen können.

Solche Rentennachteile müssen die Beschäftigten regelmäßig selbst tragen. Die Frage, ob ihnen diese Last abgenommen werden kann, ist vor allem fiskalischer Natur. Ebenso wie bislang schon Kindererziehungszeiten müssen auch erweiterte Kindererziehungszeiten letztlich als versicherungsfremde Leistungen durch den Steuerzahler finanziert werden. Der angesprochene rechtspolitische Rahmen sagt freilich nichts dazu, ob und in welchem Umfang solche Unterstützungsleistungen stattfinden sollten. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die unzureichende Absicherung letztlich darauf hinausläuft, dass vor allem Frauen im Hinblick auf das in der Regel geringere Einkommen in die Erziehungsarbeit genötigt werden. Die eigentliche Frage, die sich darin knüpft, ist aber, ob das Sozialrecht dem entgegenwirken kann. Ein vollständiger Belastungsausgleich wird insoweit sicher an Finanzierungsgrenzen stoßen. Leistungen von einer gleichberechtigten Verteilung der Erziehungsarbeit zwischen Ehepartnern abhängig zu machen,[315] scheint als Bevormundung autonomer Absprachen der Ehegatten auch nicht unbedenklich. In rechtspolitischer Hinsicht bleibt zu hinterfragen, ob die Deckelung einer Kombination der Entgeltpunkte aus Kindererziehungsleistungen und aus Beschäftigung an der Beitragsbemessungsgrenze sinnvoll ist. Die Bedenken des BSG, dass die Beitragsbemessungsgrenze grund-

315 So *Brosius-Gersdorf*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 76, 86 f.

sätzlich für alle Versicherten maßgeblich sein müsse, können am Ende nicht durchgreifend überzeugen. Letztlich läuft dies nämlich darauf hinaus, dass ein Beitrag zum Systemerhalt durch Versicherte mit Kindern (generativer Beitrag) zwar geleistet wird, auf Seite des Leistungsrechts aber keine Entsprechung findet. Das unterscheidet sich grundlegend vom Fall, dass Einkünfte jenseits der Beitragsbemessungsgrenze nicht zu Beiträgen herangezogen werden. Eine solche Regelung lässt sich auch durch Art. 3 Abs. 2 GG rechtfertigen, weil sie dem Abdrängen von Frauen aus rentenversicherungspflichtiger Beschäftigung[316] entgegenwirkt, insoweit sich diese Deckelung statistisch eher bei Männern auswirken wird.

Problematisch wird es allerdings, wenn die Dauer der Teilzeitbeschäftigung unfreiwillig länger dauert als der besonders unterstützte dreijährige Bereich. Insoweit verschafft der Rechtsanspruch auf Elternteilzeit (s.o. 2.1.4.5.2) allerdings bereits die Möglichkeit, die Teilzeit auf diesen Zeitraum zu begrenzen. Wenn Arbeitnehmer sich darüber hinaus für Teilzeit zu Erziehungszwecken entscheiden, wird es jedoch problematischer. Mit der gesetzlichen Regelung der Brückenteilzeit (s.o. 2.1.4.2.2.4) wurde insoweit bereits auf arbeitsrechtlichem Wege ein erhebliches Problempotenzial in dieser Hinsicht beseitigt. Da allerdings auch die Brückenteilzeit nicht gewährleisten kann, dass der Arbeitnehmer in jedem Fall eine Rückkehrmöglichkeit bekommt, bleibt insoweit ein Restrisiko mit Blick auf eine mögliche Rentenlücke. Auch hier stellt sich letztlich die Frage, ob es sachgerecht wäre, wenn der zeitliche Rahmen für die Elternzeit noch großzügiger ausgestaltet wird. Auch dies bewegt sich aber letztlich außerhalb des oben beschriebenen rechtspolitischen Konzeptes. Zu erwägen wäre allerdings, ob aus Steuermitteln längere Kindererziehungszeiten finanziert werden sollten, falls der Arbeitnehmer einen erfolglosen Antrag auf Brückenteilzeit gestellt hat.

Was dann an Rentenlücken bleibt, muss der Arbeitnehmer letztlich tragen bzw., falls die Rente nicht genügt, der Steuerzahler. Das bleibt zumutbar, sofern der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eventuell ausfallende Rentenbeiträge selber zu finanzieren. Diese Möglichkeit ist in der Rentenversicherung aber derzeit nicht gegeben, weil § 7 SGB VI eine freiwillige Versicherung nur für diejenigen gestattet, die nicht bereits versichert sind.[317] Sie zu schaffen wäre eine deutliche Stärkung der Position des Beschäftigten, insoweit zwar die Verantwortlichkeit

316 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 76, 84.

317 Vgl. KassKomm-*Guttenberger*, § 7 SGB VI Rn. 4; zur Kritik vgl. *Winkel*, SozSich 2013, 97.

für die Altersversorgung beim Beschäftigten verbliebe und nicht auf die Solidargemeinschaft oder die Gemeinschaft der Steuerzahler verlagert würde, zugleich aber die Voraussetzungen dafür geschaffen würden, dass eine wesentliche Sorge um die Altersversorgung genommen werden könnte, und damit einen Negativanreiz beseitigt würde, der der Nutzung arbeitsrechtlich zulässiger Möglichkeiten zur Herstellung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf entgegenstünde. Dabei soll aber nicht verkannt werden, dass die Möglichkeit freiwilliger Beitragszahlung notwendige finanzielle Mittel erfordert, die gerade im Falle unfreiwilliger Teilzeitarbeit nicht unbedingt vorhanden sein müssen. Ein Stück weit wird dieses Restrisiko aber durch das Flexirentengesetz (s.u. 3.3.2.6) abgefedert, das es ermöglicht, auch über den Rentenbeginn hinaus beitragspflichtig zu arbeiten mit der Folge, dass auch nach Rentenbeginn die Möglichkeit besteht, das Rentenniveau zu steigern.

2.1.7.4.2 Teilzeit zu Pflegezwecken

Auch die Teilzeitarbeit zum Zweck der Pflege sollte möglichst nicht mit Rentennachteilen behaftet sein. Während einer Pflegeteilzeit und einer Familienpflegezeit wird der Arbeitnehmer in der Regel die Voraussetzungen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllen. Diese ist nach § 3 Satz 1 Nr. 1a SGB VI gegeben, wenn eine pflegebedürftige Person mit einem Pflegegrad von mindestens 2 mit Anspruch auf Pflegeversicherungsleistungen mindestens 10 Stunden pro Woche und verteilt auf regelmäßig mindestens zwei Tage in der Woche nicht erwerbsmäßig in deren häuslicher Umgebung gepflegt wird. Nach § 3 Satz 3 SGB VI darf daneben keine weitere Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit von mehr als 30 Stunden pro Woche ausgeübt werden. Dabei werden die Beiträge zur Rentenversicherung vollständig vom Träger der Pflegeversicherung gemäß § 170 Abs. 1 Nr. 6 SGB VI getragen, wobei die beitragspflichtigen Einnahmen in § 166 Abs. 2 SGB VI definiert sind. Sie sind gestaffelt nach Pflegegrad und Aufwand der Pflegeperson, der sich darin ausdrückt, ob vom Pflegebedürftigen Pflegegeld, Kombinationsleistungen oder ausschließlich Pflegesachleistungen bezogen werden. Bei einem Pflegegrad von 5 und Bezug von Pflegegeld werden danach als beitragspflichtige Einnahmen 100 % der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV zugrunde gelegt. Das entspricht dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten im vorvergangenen Kalenderjahr und erscheint insoweit durchaus angemessen. Empirisch hat sich gezeigt, dass gerade Personen mit sonst eher geringen Rentenanwartschaften durch Pflichtversicherungszeiten als Pflegepersonen von einer deutlichen Aufwertung der Anwartschaften profitieren, wenngleich aktuell nur Daten für die Rentenneuzugänge im Jahr 2016 vorliegen und die soziale Sicherung der Pflegeperson

zum 1.1.2017 durch das Pflegestärkungsgesetz[318] geändert wurde.[319] Seither kommt es nicht mehr auf den zeitlichen Pflegeaufwand an, sondern auf die Art der Pflegeleistungen, die der Pflegebedürftige in Anspruch nimmt. Die unterschiedliche Beitragshöhe je nach Pflegegrad und Art der Pflegeleistung führt zu sehr unterschiedlichen Beitragsleistungen. Im Schnitt werden für ein Jahr Pflege rund 0,4 Entgeltpunkte erworben, durchschnittlich wurden für eine Pflegeperson 1,56 Entgeltpunkte gutgeschrieben. Dieser Unterschied zur rentenrechtlichen Berücksichtigung von Kindererziehung scheint gerechtfertigt mit Blick darauf, dass Pflegeleistungen sehr unterschiedliche Ausmaße einnehmen können. Zwar sollte Pflege rentenrechtlich grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden als Kindererziehung,[320] an dieser Stelle erscheint die Differenzierung aber mit Rücksicht auf die Unterschiede gerechtfertigt. Ohnehin kommt noch ein weiterer Unterschied hinzu:

Anders als die Lösung bei den Kindererziehungszeiten ist dieser Versicherungsschutz zeitlich nicht begrenzt. Wie dort bleibt aber ein Dilemma, wenn die zeitlichen Grenzen des Anspruchs auf Familienpflegezeit und Pflegezeit von 24 Monaten überschritten werden, aber auch wenn ein solcher Anspruch von vornherein gar nicht bestand, etwa weil die pflegebedürftige Person kein naher Angehöriger ist. Soweit dann der Rahmen der Brückenteilzeit überschritten wird, bleibt Beschäftigten nur die Möglichkeit, das Risiko einer unbegrenzten Teilzeit einzugehen mit dem Nachteil, dass, wenn die Pflege endet, auch kein Rentenversicherungsschutz mehr besteht und die angesprochene Rentenlücke auflaufen kann. Auch hier spricht alles dafür, dass dies letztlich dem Risikobereich des Arbeitnehmers zuzuordnen ist und nicht auf die Gesellschaft oder die Solidargemeinschaft der Beitragszahler abgewälzt werden sollte. In einer zunehmend alternden Gesellschaft ist altruistisch motivierte Pflege, auch und erst recht, wenn sie nicht zu Gunsten naher Angehöriger erfolgt, gesellschaftspolitisch in jeder Hinsicht wünschenswert, zumal die Leistungen der Pflegeversicherung regelmäßig nicht ausreichen, um die notwendigen Pflegeleistungen am Markt einkaufen zu können, sodass Pflegebedürftige auf derartige Hilfe angewiesen sind (Gesichtspunkt der „Teilkaskoversicherung"). Deshalb sollte auch für diese Konstellationen zumindest die Möglichkeit freiwilliger Beitragszahlungen in der gesetzlichen Rentenversicherung eröffnet werden. In Kombinati-

---

318 Zweites Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Zweites Pflegestärkungsgesetz – PSG II) v. 21.12.2015, BGBl. I 2424.

319 Zum Folgenden vgl. *Czaplicki/Espeter/Keck*, RVaktuell 3/2018, 39.

320 Vgl. *Kocher u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 202.

on mit den Möglichkeiten des Flexirentengesetzes wäre dies ein Weg, ein rechtspolitisch kontraproduktives Hemmnis für die Inanspruchnahme von Teilzeitarbeit zu Pflegezwecken zu beseitigen.

Ist es schon rechtspolitisch kaum nachvollziehbar, dass der Versicherungsschutz für Pflegepersonen nicht auch denjenigen zukommt, die neben einer Vollzeittätigkeit pflegebedürftige Menschen pflegen,[321] ist jedenfalls mit Blick auf das im Rahmen der hier anzustellenden Diskussion relevante Vereinbarkeitsziel nicht nachvollziehbar, warum nur eine Teilzeittätigkeit bis zu 30 Wochenstunden unschädlich für den Versicherungsschutz sein soll. Dies nötigt Arbeitnehmer unter Umständen zu einem geringeren Arbeitszeitdeputat und damit auch zu einem geringeren Einkommen, als sie möglicherweise selbst wünschen (und möglicherweise finanziell benötigen) und sich neben der Pflegetätigkeit zutrauen. Insoweit spricht alles dafür, das 30-Stunden-Limit zu streichen, mindestens aber § 3 Satz 3 SGB VI dahingehend zu ändern, dass nur eine Vollzeittätigkeit neben der Pflegetätigkeit die Versicherungspflicht ausschließt.

2.1.7.4.3 Teilzeit aus sonstigen familiären Gründen

Was die Teilzeitarbeit aus sonstigen familiären Gründen angeht, stellt sich grundsätzlich die Frage, ob Gesellschaft oder Solidargemeinschaft der Beitragszahler für eine dadurch bedingte Rentenlücke einstehen sollten oder nicht der Arbeitnehmer und ggf. dessen Familie. Das ist sicher noch intensiver zu diskutieren. Zu denken wäre etwa an Krankenpflege bei langwieriger Krankheit, wobei diese tatbestandlich bereits durch die Regelungen zur Pflege im Allgemeinen in den allermeisten Fällen erfasst sein wird, denn § 14 Abs. 1 Satz 3 SGB XI zeigt, dass Pflegebedürftigkeit mit voraussichtlich mindestens sechs Monaten zwar eine gewisse Dauerhaftigkeit erfordert, nicht aber endgültig sein muss. Es gilt dann entsprechendes wie sonst für die Teilzeitarbeit zum Zweck der Pflege. Auch, was die Sterbebegleitung angeht, ist im Hinblick auf § 3 Abs. 6 PflegeZG derselbe Befund gegeben. Ob noch weitere Fälle denkbar sind, in denen die Lasten von Teilzeitarbeit im Hinblick auf familiäre Verpflichtungen gesellschaftlich sollten externalisiert werden können, scheint zweifelhaft, wäre aber zu diskutieren.

---

321 Krit. daher bei *Brosius-Gersdorf*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 76, 83, 86.

2.1.7.4.4 Bildungsteilzeit

Wenn Beschäftigte in Teilzeitarbeit wechseln, um an Maßnahmen der beruflichen Umschulung oder Fortbildung teilzunehmen, erfolgt dies zwar im eigenen Interesse, hat aber immer auch einen gesellschaftlichen Nutzen. Insoweit ist es defizitär, dass Bildungszeiten außerhalb des Arbeitsverhältnisses (und außerhalb der Arbeitsförderung) sozialrechtlich in keiner Weise honoriert werden.[322] Bislang sind lediglich Zeiten der Schul- und Hochschulausbildung als Anrechnungszeiten nach § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VI berücksichtigt. Insofern empfiehlt es sich, den Arbeitnehmer, der bereits bereit ist, auf Einkommen zu verzichten, sozialrechtlich zu entlasten, um zu verhindern, dass die Furcht vor langfristigen Rentennachteilen dazu führt, dass entsprechende Bildungsmaßnahmen unterbleiben. Aus diesem Grunde wird vorgeschlagen, rentenrechtlich eine Bildungszeit anzuerkennen, die zu Entgeltpunkten für die Dauer von bis zu drei Jahren in einer Höhe führt, die sich ergeben hätte, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nicht reduziert hätte. Zu finanzieren wäre dies letztlich aus Steuermitteln.

Allerdings begünstigen entsprechende Bildungsmaßnahmen oftmals auch den Arbeitgeber. Insoweit wäre eine Sonderregelung vorzusehen, wonach der Arbeitgeber, wenn er sich nicht an den Weiterbildungskosten beteiligt, seinen Beitragsanteil zur Rentenversicherung auf Basis einer Bemessungsgrundlage nach dem bisherigen Entgelt zu tragen hätte.

2.1.7.4.5 Unfreiwillige Teilzeitarbeit

Hinsichtlich unfreiwilliger Teilzeitarbeit im Sinne einer Unterbeschäftigung gilt prinzipiell nichts anderes als bei der Unterbeschäftigung durch unfreiwilliges Verweilen in Teilzeit, das vorstehend unter verschiedenen Aspekten in den Blick genommen wurde. Wie bereits im Zusammenhang mit Erziehungs- und Pflegezeiten angesprochen, hilft bei Letzterem ein Stück weit das neue Recht der Brückenteilzeit. Letztlich handelt es sich aber um ein Problem, das nicht durch die Rentenversicherung gelöst werden kann. Die Stärkung des Anspruchs auf Berücksichtigung eines Wunsches auf Erhöhung der Arbeitszeit im Kontext der Einführung der Brückenteilzeit (s.o. 2.1.4.2.2.3) scheint insoweit ein Schritt in die richtige Richtung, als damit die zivilrechtlichen Voraussetzungen dafür verbessert werden, dass ein höheres, dann auch beitragspflichtiges, Einkommen des

322 *Kocher u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 261.

Arbeitnehmers generiert wird. Im Übrigen ist auf die Möglichkeiten des Flexirentengesetzes (s.u. 3.3.2.6) hinzuweisen.

2.1.7.4.6 Freiwillige Teilzeitarbeit zu sonstigen Zwecken

Was schließlich freiwillige Teilzeitarbeit aus anderen Gründen angeht, ist davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer, die sich freiwillig für die Teilzeitarbeit entschieden haben, auch die rentenrechtlichen Konsequenzen mittragen müssen. Ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung ist aber die Einrichtung des Rechtsanspruchs auf Brückenteilzeit, weil die Befristung der Teilzeitarbeit auch die zu erwartende Rentenlücke überschaubar macht. Soweit dies an Grenzen stößt und die freiwillige Teilzeitarbeit in eine unfreiwillige Unterbeschäftigung umschlägt, gilt das dazu Gesagte ebenfalls: Es ist auf die Möglichkeiten des Flexirentengesetzes hinzuweisen.

2.1.8 Zusammenfassung

Das rechtspolitische Leitbild der Teilzeitarbeit weist zwei Aspekte auf. Teilzeitarbeit soll ein Instrument zur Flexibilisierung im beiderseitigen Interesse von Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellen und aus arbeitsmarktpolitischen Gründen gefördert werden. Zum anderen soll eine Benachteiligung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern vermieden werden. Das geltende Recht wird diesem Anspruch aber nur mit Abstrichen gerecht. Insoweit ist rechtspolitisches Verbesserungspotenzial zu identifizieren.

Die Einführung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf befristete Teilzeitarbeit (Brückenteilzeit) sowie die weiteren mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts[323] verfolgten Reformen waren in dem Zusammenhang ein wichtiger Schritt nach vorn. Dabei sollte man aber nicht stehen bleiben. Die in § 7 Abs. 2 TzBfG neu eingeführte prinzipielle Erörterungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich Veränderungswünschen des Arbeitnehmers in Bezug auf die Arbeitszeit ist begrüßenswert. Damit es sich um ein effektives Instrument handelt, genügt es aber nicht, wenn der Betriebsrat nach § 7 Abs. 4 Satz TzBfG zu informieren ist. Vielmehr sollte die Verletzung der Erörterungspflicht trotz schriftlichen Veränderungsverlangens des Arbeitnehmers durch eine Beweislastumkehr bei Schadensersatzprozessen sanktioniert werden.

---

323 S.o. Fn. 32.

Grundsätzlich ist rechtspolitische Kritik daran, dass der Anspruch auf Brückenteilzeit unabhängig von der Motivationslage eingreift, jedenfalls nicht mit Blick auf die Frage der Kohärenz des Gesamtsystems des Arbeits- und Sozialrechts überzeugend, mögen Arbeitgeber auch einwenden, dass Verträge bindend seien und sie nicht für die Individualwünsche ihrer Arbeitnehmer Verantwortung trügen. Kritisch zu sehen ist aber, dass es keinen uneingeschränkten Rechtsanspruch auf befristete Bildungsteilzeit gibt. Insofern wäre es geboten, Verlangen nach befristeter Bildungsteilzeit vom Überforderungsschutz nach § 9a Abs. 2 TzBfG auszunehmen.

Schließlich wäre ergänzend zu den Verbesserungen des Schutzes bei Abrufarbeit eine Vergütungspflicht für Stand-by-Zeiten rechtspolitisch zu begrüßen.

Die Regelungen des Teilarbeitslosengeldes erscheinen auf den ersten Blick als eine restriktive Begrenzung von Leistungsansprüchen bei Teilverlust eines Arbeitsplatzes (unfreiwillige Teilzeitarbeit). Tatsächlich aber sind sie eine systemwidrige Förderung von Teilzeitarbeit, insoweit ausnahmsweise der teilweise Arbeitsplatzverlust unter Versicherungsschutz steht. Dem sollte die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung unter Berücksichtigung von § 2 SGB III Rechnung tragen und einen Vorrang von (ggf. mehreren) Änderungskündigungen gegenüber einer Beendigungskündigung anerkennen.

Im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung werden Erziehungsleistungen begrenzt anerkannt. Dies sollte flankiert werden durch die Möglichkeit, bei darüberhinausgehender Erziehungsteilzeit freiwillige Beiträge zu leisten. Ebenso sollte die Möglichkeit freiwilliger Beitragszahlungen im Falle der Teilzeitarbeit zu Pflegezwecken geschaffen werden. Außerdem ist das 30-Stunden-Limit für den Rentenversicherungsschutz von Pflegepersonen sachlich nicht nachvollziehbar und sollte gestrichen werden.

Die berufliche Um- und Fortbildung ist nicht reine Privatsache, sondern hat einen gesellschaftlichen Nutzen und entlastet zudem in aller Regel die Sozialversicherung, etwa durch Vermeidung von Arbeitslosigkeit oder stetige Beitragszahlung in Kranken- und Pflege- sowie Rentenversicherung. Sie sollte daher durch eine rentenrechtliche Bildungszeit, die aus Steuermitteln finanziert die versäumten Entgeltpunkte ausgleicht, honoriert werden. Bei einer auch betrieblichen Zwecken dienenden Bildung, an deren Kosten sich der Arbeitgeber nicht beteiligt, sollte dessen Beitragsanteil nach dem bisherigen Entgelt vor der Bildungsteilzeit bemessen werden.

2.2 Geringfügige Beschäftigung

Olaf Deinert/Elena Maksimek

In besonders vielfältiger Weise wirkt sich die sozialrechtliche Gestaltung auf die Lohnpolitik und dabei insbesondere auf den Niedriglohnsektor aus. Sie beeinflusst damit ganz wesentlich die Arbeitsrechts- und Arbeitsmarktpolitik. Dies ist allerdings nicht in allen Fällen nur eine unerwünschte Nebenwirkung. Vielmehr ist der Ausbau des Niedriglohnsektors durch die rot-grüne Bundesregierung im Zuge ihres Reformpakets – bzw. im Zusammenhang mit dem Zweiten Gesetz für moderne Dienstleitungen am Arbeitsmarkt[324] – nach der Jahrtausendwende bewusst forciert worden.[325] Hierfür wurde auch das Sozialrecht in Stellung gebracht.

Die derzeitige Rechtslage in Bezug auf sog. Minijobs lässt sich wie folgt skizzieren: Geringfügige Beschäftigungen sind in § 8 SGB IV definiert. Die Regelung basiert auf der Idee der grundsätzlichen Versicherungsfreiheit von geringfügig Beschäftigten. Der Gesetzgeber unterscheidet dabei die zeitgeringfügige Beschäftigung, die nur für eine kurze Zeit im Jahr erfolgt, und die entgeltgeringfügige Beschäftigung, bei der das regelmäßige monatliche Einkommen 450 € nicht übersteigt. § 8 Abs. 2 SGB IV enthält eine Regelung zur Zusammenrechnung mit nicht geringfügigen Beschäftigungen sowie mit anderen geringfügigen Beschäftigungen. Geringfügige Beschäftigungen sind grundsätzlich in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 7 SGB V) und in der gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 SGB XI) sowie in der Arbeitslosenversicherung (§ 27 Abs. 2 SGB III) versicherungsfrei. Ungeachtet der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung muss der Arbeitgeber gleichwohl bei einer entgeltgeringfügigen Beschäftigung einen pauschalen Beitrag in Höhe von 13 % des Arbeitsentgelts gemäß § 249b Satz 1 SGB V tragen, ohne dass dem (originäre) Leistungsansprüche des Beschäftigten gegenüberstehen. Diese Beitragspflicht besteht aber nur für Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung, sodass sie nicht anfällt, wenn der Beschäftigte nicht krankenversichert ist (insbesondere bei Beamten). Geringfügig Beschäftigte sind allerdings ohne Einschränkungen gesetzlich unfallversichert nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. In der gesetzlichen Rentenversicherung besteht ebenfalls prinzipiell Versicherungspflicht (§ 2 Nr. 1 SGB VI). Allerdings können sich entgeltgeringfügig Beschäftigte (bis 450 € monatlich) auf schriftlichen Antrag von der Rentenversicherungs-

---

324 S.u. bei Fn. 30.

325 *Waltermann,* NJW 2010, 81.

pflicht befreien lassen. In diesem Fall muss der Arbeitgeber gleichwohl nach § 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI einen Beitrag von 15 % der geschuldeten Vergütung (auf Basis einer Mindestvergütung von 175 € gemäß § 163 Abs. 8 SGB VI) zur Rentenversicherung tragen. Der Beschäftigte erhält dann Zuschläge an Entgeltpunkten gemäß § 76b SGB VI. Hat der Arbeitnehmer sich nicht von der Rentenversicherungspflicht befreien lassen, muss er die Differenz dieses Arbeitgeber-Beitragssatzes von dem regelmäßigen Beitragssatz (derzeit 18,6 %) gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI tragen. Zu diesen Pauschalbeiträgen in Höhe von 15 % in der Rentenversicherung und 13 % in der Krankenversicherung fällt eine Pauschalsteuer von 2 % an, die der Arbeitgeber tragen muss (§ 40a Abs. 2 EStG). Besonders privilegiert sind geringfügige Beschäftigungen im Haushalt (vgl. § 8a SGB IV). Hier fallen als pauschaler Krankenversicherungsbeitrag und als Rentenversicherungsbeitrag jeweils nur 5 % statt 13 % und 15 % an (§ 249b Abs. 2 SGB V, § 172 Abs. 3a SGB VI). Um eine Anreizwirkung für sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu erreichen, hat der Gesetzgeber die sog. Gleitzone bzw. (ab 1.7.2019) den sog. Übergangsbereich[326] gemäß § 20 Abs. 2 SGB IV eingeführt. Beginnend ab 450,01 € bis (ab 1.7.2019) 1300,00 € Arbeitsentgelt fallen für den Arbeitnehmer nur ganz allmählich ansteigend Beiträge an, bis oberhalb der Gleitzone die volle Beitragspflicht eingreift.

So wurde etwa der Bereich der geringfügigen Beschäftigung massiv ausgebaut.[327] Im Oktober 2018 waren bereits 7,55 Millionen Beschäftigungsverhältnisse, also 16,7 %[328] aller Beschäftigungsverhältnisse, (entgelt-)geringfügig.[329] Unterschieden wird in diesem Rahmen zwischen Entgelt- und Zeitgeringfügigkeit, wobei der Entgeltgeringfügigkeit in der Praxis die weit größere Bedeutung zukommt,[330] weshalb sie im Folgenden im Zentrum der Überlegungen stehen wird. Entgeltgeringfügigkeit liegt vor, wenn im Monat in der Regel ein Einkommen von 450 € nicht überschritten wird (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Von Zeitgeringfügigkeit hingegen spricht man seit der Neufassung mit Wirkung ab

---

326 Der Übergangsbereich wurde durch das Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz) v. 28.11.2018, BGBl. I 2016, mit Wirkung ab 1. Juli reformiert.

327 *Deinert*, RdA 2014, 65, 67.

328 Im November 2018 existierten insgesamt 45, 22 Millionen Erwerbstätigkeiten.

329 Statistik der Arbeitsagentur aus 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201812/arbeitsmarktberichte/monatsbericht-monatsbericht/monatsbericht-d-0-201812-pdf.pdf, S. 11 (zuletzt geprüft am 21.1.2019).

330 Kreikebohm-*Marschner*, § 8 Rn. 6.

1.1.2019[331], wenn die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und zudem ihr Entgelt 450 € im Monat übersteigt (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Die Unterscheidung ist nach der Rechtsprechung[332] danach zu treffen, ob die Beschäftigung regel- oder unregelmäßig ausgeübt wird. Im ersten Fall findet eine Zuordnung zur Entgelt-, im zweiten Fall zur Zeitgeringfügigkeit statt.[333] Dabei kann die eine Zeitgeringfügigkeit ausschließende Regelmäßigkeit sich daraus ergeben, dass die Beschäftigung auf Wiederholung ausgerichtet ist und die Bereitschaft zu regelmäßiger Zusammenarbeit bei den Parteien bereits beim ersten Arbeitseinsatz vorliegt.[334]

Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellen die – im Zuge der „Hartz-Gesetze" nunmehr als „Minijobs" bezeichneten – Beschäftigungsverhältnisse Teilzeitarbeitsverhältnisse dar, denn gemäß § 2 Abs. 1 TzBfG sind Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, deren regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Die Sonderregelung des Abs. 2 bestätigt dies dabei explizit für geringfügig Beschäftigte im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV.

Für die flächendeckende Expansion geringfügiger Beschäftigung ist vor allem eine Begünstigung hinsichtlich der Abgaben innerhalb der Beschäftigungsform verantwortlich. So ist für den Arbeitgeber etwa nach § 40a Abs. 2 EStG lediglich eine Pauschalsteuer von 2 % zu entrichten. In den Zweigen der Sozialversicherung besteht in der Regel Versicherungsfreiheit innerhalb der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung (vgl. etwa § 7 Abs. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 SGB V, § 27 Abs. 2 SGB III); in der Rentenversicherung besteht zwar auch für geringfügig Beschäftigte Versicherungspflicht, allerdings können sich diese auf Antrag befreien lassen (§ 6 Abs. 1b SGB VI). Für den Arbeitnehmer gilt im Grundsatz also die Gleichung „brutto = netto".[335] Der Arbeitgeber hat jedoch pauschal festgelegte Beiträge zu entrichten (§ 249b Satz 1 SGB V,

---

331 Durch das Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2651.

332 BSG 11.5.1993 – 12 RK 23/91 – SozR 3 – 2400 § 8 Nr. 3 und 4, BSG SGb 2014, 379; BSG 23.5.1995 – 12 RK 60/91 – Soz R 3 – 2400 § 8 Nr. 4.

333 Kreikebohm-*Marschner*, § 8 Rn. 6.

334 BSG 5.12.2017 – B 12 KR 16/15 R, SGb 2018, 90.

335 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 238.

§ 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI für den Arbeitgeber bzw. § 249b Satz 2 SGB V und § 172 Abs. 3a SGB VI für den Arbeitnehmer).[336]

2.2.1 Historische Entwicklung

Die gesetzliche Regelung der sozialversicherungsfreien, geringfügigen Beschäftigung ist fast so alt wie die Sozialversicherung selbst.[337] Bereits Ende des 19. Jahrhunderts existierten Regelungen über eine Untergrenze hinsichtlich der Versicherungspflicht.[338] Seit 1945 war sodann eine Geringfügigkeitsgrenze von 15 Reichsmark und eine Kurzzeitigkeitsgrenze von drei Monaten vorgesehen.[339]

Bis zum Inkrafttreten des Vierten Buches Sozialgesetzbuch im Jahr 1977 existierten entsprechende Bestimmungen über die Versicherungsfreiheit im Rahmen geringfügiger Beschäftigung ebenfalls in der Kranken- und Rentenversicherung.[340] Die bis dahin geltenden Bestimmungen über „Nebentätigkeit" und „Nebenbeschäftigung" wurden einheitlich als „geringfügige Beschäftigung" geregelt.[341] Darin wurde eine Geringfügigkeitsgrenze von 1/5 der Bezugsgröße[342] festgelegt sowie eine zeitliche Begrenzung auf 75 Arbeitstage (oder drei Monate) statuiert.[343]

Das 21. Rentenanpassungsgesetz setzte kurze Zeit später für die Jahre 1979 und 1980 eine Entgeltgrenze von 390 DM ohne Dynamisierung[344] fest, wobei die zeitliche Begrenzung bei 15 Stunden pro Woche lag.[345] In den Folgejahren war

---

336 Vgl. zur Versicherungsfreiheit KassKomm-*Seewald*, § 8 SGB IV Rn. 3; Küttner Personalbuch-*Schlegel*, Geringfügige Beschäftigung Rn. 30.

337 Historischer Rückblick bei *Knospe*, VSSR 2011, 233, 236 ff.; *ders*., SGb 2007, 8, 9 ff.

338 In den Bekanntmachungen über die Versicherungsfreiheit vorübergehender Dienstleistungen zum Invalidenversicherungsgesetz vom 24. Januar 1893, RGBl. S. 5; vom 31. Dezember 1894, RGBl. S. 542; vom 27. Dezember 1899, RGBl. S. 725.

339 In der „Verordnung zur Vereinfachung des Leistungs- und Beitragsrechts in der Sozialversicherung": RGBl. I Nr. 10 vom 11. April 1945.

340 In § 168 Abs. 1 sowie in § 1228 Abs. 1 Nr. 4, II RVO.

341 Damals in § 8 SGB IV. *Knospe*, SGb 01/2007, 8, 9.

342 Bei einer Bezugsgröße von 2450 € entspräche dies z.B. für das Jahr 2006 490 € in den alten Bundesländern.

343 Die Bezugsgröße im Sinne der Vorschriften der Sozialversicherung ist dabei das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr als rechnerische Bezugsgröße in anderen Vorschriften der Sozialversicherung (§ 18 Abs. 1 SGB IV).

344 Also ohne Leistungsanpassung an die Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Situation.

345 Vom 25.7.1978, BGBl. I 1089.

die geringfügige Beschäftigung durch zahlreiche Änderungen geprägt: Nicht nur wurde die Geringfügigkeitsgrenze mehrfach verändert, es wurden auch diverse Dynamiken verschiedener Bezugsgrößen beschlossen.[346]

Wegen der expansiven Zunahme der geringfügigen Beschäftigung seit Anfang der 1990er Jahre stellte sich alsbald die Frage nach einer Grenzziehung. Schon bald diskutierte man unter der schwarz-gelben Regierung *Kohl* eine gänzliche Abschaffung.[347] Erhebliche Änderungen gingen aber erst im Jahre 1999 mit dem Regierungswechsel hin zu rot-grün unter Bundeskanzler *Gerhard Schröder* einher. Unter anderem wurde ein umstrittener Gesetzesentwurf[348] eingebracht, der die Rücknahme von Privilegierungen sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite vorsah.[349] Die Reformziele an sich waren sozialpolitisch allerdings durchaus begrüßenswert, da sie darauf ausgelegt waren, einer Erschöpfung der beitragsabhängigen Finanzgrundlagen der Sozialversicherung vorzubeugen sowie den in diesem Beschäftigungssektor überwiegend tätigen Frauen eine bessere Absicherung im Alter zu gewährleisten. Außerdem sollte durch die Schaffung verbesserter Kontrollmöglichkeiten das Abtauchen in Schwarzarbeit sowie die Ausweitung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse – auch durch verdeckte Aufsplitterung von Normalarbeitsverhältnissen – allgemein eingedämmt werden.[350]

In der Praxis führten die neuen Beschränkungen nach Inkrafttreten des Gesetzes innerhalb kürzester Zeit allerdings dazu, dass die allermeisten der zuvor noch angemeldeten geringfügigen Nebenbeschäftigungen (1,7 Mio.) statistisch verschwanden und somit – entgegen den Reformzielen zur Schwarzarbeitsbekämpfung – ein Abdrängen der geringfügigen Nebenbeschäftigung in die Schwarzmärkte Folge der Neuerung war.[351] Aber auch Aspekte der unverändert unzulänglichen sozialen Sicherung von Frauen und die Freistellungsbescheinigungen

---

346 *Knospe*, SGb 01/2007, 8, 9.

347 Dies sah sich allerdings mit schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken konfrontiert, weshalb es zu einer Regelung über die Abschaffung geringfügiger Beschäftigung letztlich nicht kommen sollte; BT-Drs. 9/846; „Gesetz zur Konsolidierung der Arbeitsförderung" – AFKG – vom 22. Dezember 1981, BGBl. I S. 1497; *Isensee*, ZRP 1982, 137, ff.; *Knospe*, SGb 01/2007, 8, 10.

348 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse, BT-Drs. 14/280 vom 19.1.1999.

349 Anträge beim BVerfG auf einstweilige Aussetzung des Inkrafttretens der Neuregelung wurden allerdings zurückgewiesen. S. BVerfG, NJW 1999, 2016 = NZA 1999, 583; NJW 1999, 3036 = NZA 1999, 973; *Knospe*, SGb 2007, 8, 10.

350 *Knospe*, SGb 2007, 8, 10 f.

351 *Knospe*, SGb 2007, 8, 12.

innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung, denen erheblicher steuerbürokratischer Aufwand anhaftete, mussten sich der Kritik zahlreicher Verbände und Organisationen von Arbeitgebern und Steuerberatern stellen.[352]

Die kritischen Stimmen bewirkten letztlich einen Paradigmenwechsel im Zuge des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002[353]: Anstatt den Versuch zu unternehmen, die geringfügige Beschäftigung – wie bisher geschehen – einzudämmen, sollten aus beschäftigungspolitischen Gründen fortan Anreize zur Aufnahme bzw. zur Schaffung (legaler) geringfügiger Beschäftigung gesetzt werden.[354] In diesem Zusammenhang wurde z.B. nicht nur die ohnehin schlecht kontrollierbare 15-Stunden-Wochengrenze gestrichen, sondern auch die Minijobzentrale bei der früheren Bundesknappschaft gegründet.[355] Daneben wurde die Verdienstobergrenze auf 400 € angehoben und die Versicherungsfreiheit der geringfügigen Nebenbeschäftigung reanimiert (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Darüber hinaus sind die steuerlich komplizierten Regelungen bzgl. der Freistellungsbescheinigung entfallen, wobei an ihre Stelle ein vereinfachter Pauschallohnsteuersatz für entgeltgeringfügige Beschäftigungen von 2 % getreten ist.[356] Die arbeitgeberseitigen Beiträge zur Krankenversicherung stiegen auf 11 %. Zur Begradigung des Ausmaßes illegaler Beschäftigung wurde außerdem § 8a SGB IV eingeführt, der sich allein mit dem Thema geringfügiger Beschäftigung in Privathaushalten befasst und dabei beitrags- und steuerbezogene Erleichterungen veranlasst.[357] Daneben wurde der Midijob – eine Gleitzone (nunmehr „Übergangsbereich) zwischen Minijob und regulärer Beschäftigung, also 400,01 € und 800 € (inzwischen 450 bis 1300 €[358]) –

---

352 *Knospe*, SGb 2007, 8, 12.

353 BGBl. 2002, 4621, in Kraft getreten am 1. April 2003; zu den Neuregelungen im Bereich der Geringfügigkeit vgl. *Rolfs*, NZA 2003, 65 ff.; *ders*., ZIP 2003, 141 ff.; *Wissing*, SGb 2003, 554 ff.

354 Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses auf BT-Drs. 15/202 vom 17. Dezember 2002, Zustimmung Bundestag und Bundesrat zur Beschlussempfehlung auf BR-Drs. 934/02; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 34; *Knospe*, SGb 2007, 8, 12.

355 BGBl. 2002, 4621 ff.; *Knospe*, SGb 2007, 8, 12. Die Minijobzentrale ist eine eigens für die Zuständigkeit geringfügiger Beschäftigung gegründete Behörde zur Entbürokratisierung der Beschäftigungsform und zur administrativen Entschlackung. Die Bundesknappschaft ist mittlerweile die Deutsche Rentenversicherung Bund – Knappschaft, Bahn, See.

356 § 40a Abs. 2 EStG.

357 BGBl. I 4621; Kreikebohm-*Marschner*, § 8a Rn. 1.

358 S.o. Fn. 3.

eingeführt.[359] Die Gleitzone soll verhindern, dass das Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze unattraktiv wird, weil der Arbeitnehmer dann durch die volle Beitragslast netto weniger erhielte als in der geringfügigen Beschäftigung. Die Beiträge auf Arbeitnehmerseite steigen daher nur sehr allmählich an bis sie bei Erreichen der Obergrenze des Übergangsbereichs fast auf dem vollen Beitragssatz basieren.

Weitere Änderungen fanden durch das Haushaltsbegleitgesetz von 2006 statt, im Zuge dessen eine Erhöhung der Arbeitgeberbeiträge auf 13 % in der Krankenversicherung und auf 15 % in der Rentenversicherung – also auf insgesamt 28 % – bei der gewerblichen geringfügigen Beschäftigung erfolgte.[360]

Zuletzt wurde im Zuge des Gesetzes zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung[361] zum 1. Januar 2013 die Entgeltgrenze von zuvor 400 € auf nunmehr 450 € angehoben. Darüber hinaus wurde die Versicherungspflicht in der Gesetzlichen Rentenversicherung eingeführt. Diese geht allerdings mit einer Wahlmöglichkeit des Beschäftigten zur Befreiung auf Antrag (§ 6 Abs. 1b SGB V) einher.

Der kurze Rückblick zeigt, dass die geringfügige Beschäftigung über die Jahre hinweg Gegenstand durchaus unterschiedlicher rechtspolitischer Zielsetzungen war. Insbesondere die Frage, ob es überhaupt einen sozialversicherungsfreien Bereich, der durch das Merkmal der Geringfügigkeit gekennzeichnet wäre, geben soll, ist seit langem Gegenstand unterschiedlicher Einschätzungen. Zudem ist es dem Gesetzgeber letztlich bis heute nicht gelungen, unerwünschte Anreizwirkungen vollständig auszuschalten.

2.2.2 Ein deutsch(-österreichisch)er Sonderweg

Einem Überblick *Knospes*[362] zufolge gibt es nur wenige Länder mit annähernd vergleichbaren Regelungen über eine Untergrenze als Anknüpfung sozialer Sicherheit.[363] In der EU sind es nur Österreich, Großbritannien, Irland und Malta.[364]

---

359 Vgl. § 20 Abs. 2 SGB IV.
360 *Knospe*, SGb 2007, 8, 14; Kreikebohm-*Marschner*, § 8 Rn. 2.
361 V. 5.12.2012, BGBl. I 2474; dazu *Hanau*, ZIP 2013, 1752 ff.; *Marburger*, WzS 2013, 46 ff.; *Waltermann*, NJW 2013, 118 ff.
362 *Knospe*, ZESAR 2008, 323 ff.
363 *Knospe*, ZESAR 2008, 323.
364 *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 332.

In Irland gibt es zwar keine generelle, an eine Vergütungshöhe geknüpfte Ausnahme, allerdings existieren bei den einzelnen Lohnnebenkosten spezifische Schwellenwerte, die über eine Abgabepflicht in Bereichen der Lohnsteuer[365] (monatliches Einkommen i.H.v. 1650 € bei Alleinstehenden[366]), der Sozialabgabe[367] – also vom Einkommen abgeführte, gehaltsbezogene Sozialversicherungsbeiträge bei einem wöchentlichen Verdienst von mehr als 352 €[368] – und der Gesundheitsabgabe[369] (in Form einer Steuerabgabe bei jährlichem Einkommen von mehr als 13.000 €[370]) entscheiden.[371]

In Malta existiert zwar ebenfalls keine an die Vergütungshöhe geknüpfte Befreiung von der Sozialversicherungsbeitragspflicht, allerdings gibt es hier nach dem Social Security Act Part II eine an die Wochenstundenanzahl (weniger als 8 Stunden je Kalenderwoche) geknüpfte Beitragsbefreiung.[372]

Das Sozialversicherungssystem in Großbritannien weist bereits im Ansatz völlig andere Strukturen auf als das deutsche. So fehlt die in Deutschland gängige Gliederung in Sozialversicherungszweige und damit einhergehend auch die einzelnen, jeweils verschiedenen Beitragszahlungen für die verschiedenen Versicherungszweige. Darüber hinaus finanziert sich das staatliche Gesundheitssystem („National Health Service" – NHS) größtenteils aus Steuermitteln.[373] Das System der Sozialversicherungsbeiträge sieht die Zahlung von National Insurance Contributions (NIC) vor. Dabei sind sowohl der Arbeitgeber als auch der

365 In Irland „Pay as you earn" (PAYE).

366 Stand November 2017, abrufbar unter: https://www.revenue.ie/en/personal-tax-credits-reliefs-and-exemptions/income-and-employment/employee-tax-credit/index.aspx, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

367 In Irland „Pay Related Social Insurence" (PRSI) bzw. Social Welfare.

368 Abrufbar unter: http://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/irish_social_welfare_system/social_insurance_prsi/employer_s_duty_to_pay_social_insurance_prsi.html, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

369 In Irland „Universal Social Charge" (USC). Sie ersetzt seit dem 1. Januar 2011 die ehemalige „Health Levy".

370 Abrufbar unter: http://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/income_tax/universal_social_charge.html, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

371 *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 327.

372 Abrufbar unter: http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8794, Part. II, CAP. 318, S. 110 , Excepted Employments, (zuletzt geprüft am 16.02.2019); *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 327.

373 *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 330.

Arbeitnehmer erst ab Überschreiten eines Einkommens von 680 £ pro Monat zur Beitragszahlung verpflichtet.[374]

Allein in Österreich gibt es die Ausnahme für geringfügige Beschäftigung dem deutschen Modell entsprechend. In Österreich gilt ein Beschäftigungsverhältnis aktuell dann als geringfügig, wenn das Monatseinkommen 446,81 € nicht übersteigt.[375] Wie auch im deutschen Recht sind die Beschäftigten (durch den Arbeitgeber) unfallversichert, in allen anderen Sozialversicherungszweigen gilt in Österreich Versicherungsfreiheit. Das gilt auch für die Pensionsversicherung.[376] Es besteht aber die Möglichkeit, sich freiwillig zu einem im Vergleich zu vollsozialversicherungspflichtig Beschäftigten vergünstigten Beitrag (das bedeutet aktuell für das Jahr 2019 zu einem Beitrag i.H.v. 63,07 €[377]) pensions- und krankenversichern zu lassen, § 19a Abs. 1 Satz 1 und 2 ASVG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 ASVG.[378] Ansonsten gilt beim Entgelt des Arbeitnehmers auch in Österreich „brutto = netto". Der wesentliche Unterschied besteht in Deutschland also in der eingeführten Rentenversicherungspflicht mit opt out-Möglichkeit[379], also in der generellen Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Möglichkeit einer Befreiung auf Antrag (§ 6 Abs. 1b Satz 1 SGB VI). In Österreich existiert hingegen eine Rentenversicherungsfreiheit mit opt in-Möglichkeit, also eine generelle Versicherungsfreiheit in der dortigen Pensionsversicherung mit der Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung auf Antrag (§ 19a Abs. 1 Satz 2 ASVG).

Wie in Deutschland steigt seit einigen Jahren auch in Österreich der Anteil geringfügig Beschäftigter kontinuierlich an, was auch dort wiederkehrende Stimmen der Kritik aus der Politik und den Gewerkschaften nach sich zieht. Wäh-

---

374 Abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/publications/rates-and-allowances-national-insurance-contributions/rates-and-allowances-national-insurance-contributions, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

375 Stand 1. Januar 2019; Der Betrag wird jährlich angepasst. Abrufbar unter: https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/207/Seite.2070006.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

376 Also so wie es zuvor auch in der Bundesrepublik gängige Rechtslage war.

377 Abrufbar unter: https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/207/Seite.2070006.html (zuletzt geprüft am 21.1.2019); vgl. *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 328.

378 Abrufbar unter: https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/207/Seite.2070006.html (zuletzt geprüft am 21.1.2019); vgl. *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 328.

379 Die Änderung von der Variante des opt in zum opt out erfolgte durch Art. 4 Nr. 3 des Gesetzes zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung, BGBl. I 2474, 2475.

rend im Jahr 2006 noch insgesamt 237.798 Personen[380] geringfügiger Beschäftigung nachgingen, waren es im Dezember 2018 bereits 355.476 Personen[381].

Ob sich für Österreich vergleichbare sozialpolitische Probleme aus der geringfügigen Beschäftigung ergeben, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht aufgedeckt werden. Die Antwort würde aber auch keinen Beitrag zur Suche nach einer besseren gesetzlichen Lösung versprechen.

In den anderen europäischen Staaten sind alle Erwerbstätigen – also sowohl abhängig Beschäftigte als auch Formen selbstständiger Erwerbstätigkeit – faktisch ausnahmslos in die Sozialversicherungssysteme vor Ort eingebunden.[382] Dies führt zwar freilich zu keiner einheitlich-verbindlichen Rechtslage auf nationaler Ebene, könnte allerdings nahelegen, auch im nationalen System über ein Modell genereller Erwerbstätigenversicherung nachzudenken, denn es scheint überwiegendes Bestreben, jegliche Art von Erwerbstätigkeit vollumfänglich in die Sozialversicherungssysteme einzubeziehen. Das Unionsrecht zwingt insoweit aber nicht zur Einheitlichkeit. Vielmehr ist die Bestimmung einer Geringfügigkeitsgrenze grundsätzlich der nationalen Sozialpolitik überlassen.[383] Geringfügigkeitsgrenzen in beitragsbezogenen Systemen beschwören allerdings Sicherungslücken herauf, die eine rechtspolitische Herausforderung sind. Eben dies scheinen die anderen Mitgliedstaaten als ausschlaggebend angesehen zu haben. Insofern spricht einiges dafür, dem rechtsvergleichenden Mehrheitsmodell zu folgen, wenn es nicht gelingt, auf andere Weise die Möglichkeiten der Betroffenen zur Eigenvorsorge zu stärken.

2.2.3 Sozialpolitisches Leitbild

Auf der Suche nach dem rechtspolitischen Leitbild bedarf es eines arbeitsrechtlichen und eines sozialrechtlichen Blickes. Insoweit gilt zunächst alles, was zur Teilzeitarbeit im Allgemeinen bereits ausgeführt wurde (s.o. 2.1.1). Verfassungsrechtliche Vorgaben fehlen, desgleichen völkerrechtliche. Das Unionsrecht steht Diskriminierungen wegen Teilzeitarbeit entgegen und ist im Übrigen bestrebt, die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen zu fördern. Arbeits- oder sozialversi-

---

380 *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 327.

381 Abrufbar unter: https://www.sozialversicherung.at/cdscontent/?contentid=10007.683681&viewmode=content (zuletzt geprüft am 25.1.2019).

382 Zusammenfassend *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 332 in einem europäischen Rechtsvergleich zur geringfügigen Beschäftigung.

383 Darauf weist *Knospe*, ZESAR 2008, 323, 332, zu Recht hin.

cherungsrechtliche Regelungen für geringfügig Beschäftigte waren und sind indes nicht Gegenstand unionsrechtlicher Rechtssetzung.

Auch die Verfassung verhält sich nicht zur Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Sozialversicherung. Das einfache Recht folgt dem Gedanken der Zwangsversicherung für abhängig Beschäftigte, hat davon aber auch eine klare Ausnahme durch die hier relevante Untergrenze sog. geringfügiger Beschäftigung gemacht.[384] Auch das Völkerrecht kennt in den verschiedenen ILO-Übereinkommen zur sozialen Sicherheit (s.o. 2.1.1) keine konkreten Vorgaben hinsichtlich des Zugangs zur Sozialversicherung für geringfügig Beschäftigte.

Unionsrechtlich ist die Richtlinie 79/7/EWG[385] vom 19.12.1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit bedeutsam. Sie hat auch Relevanz für den Ausschluss geringfügig Beschäftigter aus der Sozialversicherung. Weder sieht zwar das BSG[386] verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung noch hielt der EuGH[387] sie für einen Verstoß gegen die Richtlinie 79/7/EWG, weil er eine Rechtfertigung in der angeblichen Nachfrage nach solchen Beschäftigungsverhältnissen und dem Zweck der Vorbeugung gegen die Flucht in die Schwarzarbeit sah. Gleichwohl sollte man das rechtspolitische Ziel eines gleichberechtigten Zugangs der Geschlechter zur Sozialversicherung im Auge behalten.[388] Von daher ist es kritisch zu sehen, wenn mehr als zwei von drei Betroffenen Frauen sind (s.u. 2.2.6.3).

2.2.4 Rechtspolitischer Zweck der Sonderregeln für geringfügig Beschäftigte

Ganz ursprünglich war der Regelungszweck des § 8 SGB IV darin zu sehen, dass auf eine Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung und auf eine damit korrespondierende Beitragspflicht bzw. auf Leistungsrechte bei solchen Personen verzichtet werden sollte, die ihren eigenen Lebensunterhalt nicht aus ihrer Beschäftigung bestreiten können.[389] Die Ausgestaltung der Versicherungsfrei-

---

384 Insoweit ist es nicht vollständig überzeugend, wenn *Knospe*, VSSR 2011, 223, 255, einen Verstoß gegen Strukturelemente konstatiert, da auch die Ausnahmeregelung letztlich die Struktur mit prägt.

385 ABl. L 6/24.

386 BSG 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, SGb 2010, 489, 491, m. krit. Anm. *Wallrabenstein*.

387 EuGH 14.12.1995 – C-317/93, Slg. 1995 I-4625 – Nolte; EuGH 14.12.1995 – C-444/93, Slg. 1995 I-4741 – Megner und Scheffel; krit. dazu *Bieback*, SGb 1996, 513 ff.; *Graue/Deinert*, EWS 1996, 418 ff.

388 So wohl auch *Waltermann*, NJW 2013, 118, 122.

389 Kreikebohm-*Marschner*, § 8 Rn. 1.

heit spekulierte darauf, dass es einer sozialen Absicherung geringfügig Beschäftigter nicht bedürfe, da die betreffenden Personen für ihren Lebensunterhalt und einer damit einhergehenden sozialen Sicherung in der Regel durch andere Einkünfte gewährleisten könnten,[390] insbesondere über eine Absicherung durch den Ehegatten, etwa über die Familienversicherung in der Krankenversicherung (s. § 10 SGB V) oder die Hinterbliebenenrenten in der Rentenversicherung (s. §§ 46 ff. SGB VI). Insofern wurde kein Schutzbedürfnis dieser Personengruppen erkannt.[391] Die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers war es somit, die Sozialversicherung zu entlasten.[392] Insgesamt ist dabei im Blick zu behalten, dass es nicht nur Leistungen gibt, deren Höhe von dem versicherten Einkommen abhängen wie etwa Arbeitslosengeld oder Rente, sondern dass andere Leistungen unabhängig vom Versicherteneinkommen gewährt werden, wie etwa Leistungen der Pflegeversicherung oder der Anspruch auf Krankenbehandlung, sodass ein Solidarausgleich dadurch bewerkstelligt wird, dass höhere Beiträge bei höherem Einkommen zur Finanzierung dieser pauschalen Leistungen bei geringen Einkommen mit beitragen. Gerade hier bewirken geringe Beiträge auf Basis eines geringen Einkommens eine erhebliche Belastung der Solidargemeinschaft der Beitragszahler.

Die stetigen Veränderungen an der Ausgestaltung geringfügiger Beschäftigung lassen außerdem auf eine fortwährende Anpassung an aktuelle wirtschaftliche, soziale oder politische Forderungen schließen. Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass der Gesetzgeber seit dem BeschFG 1985[393], dessen Regelungen sich inzwischen modifiziert im TzBfG wiederfinden, gezielt arbeitsrechtliche Anreize für Teilzeitbeschäftigung unter Einschluss geringfügiger Beschäftigung gesetzt hat. Er beabsichtigte damit, diese Arbeitsverhältnisse als normale Beschäftigungsverhältnisse zu etablieren, den Flexibilitätsinteressen von Arbeitgebern sowie Arbeitnehmern Rechnung zu tragen und Beschäftigungsreserven zu heben. Dies war auch Ziel der europäischen Teilzeitrichtlinie[394]. In erster Linie stehen hinter der Abgabenprivilegierung politisch motivierte, auf ökonomischen Aspekten beruhende Intentionen. Die mit der Agenda-Politik verfolgte Strategie einer Ausweitung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse im

---

390 *Fuchs*/*Preis*, Sozialversicherungsrecht, 183 ff.

391 Küttner Personalbuch-*Schlegel*, Geringfügige Beschäftigung Rn. 29.

392 BSG 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, NZA-RR 2010, 381.

393 Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 v. 26.4.1985, BGBl. I 710.

394 Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9; vgl. Grabitz/Hilf-*Langenfeld*/*Benecke*, Art. 137 EGV Rn. 61.

Jahr 2002 beabsichtigte vor allem eine Ankurbelung der Binnenkonjunktur, die aufgrund der exportorientierten Wirtschaft besonders gefragt war. Die flächendeckende Ausdehnung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse wurde in diesem Rahmen durchaus als geeigneter Beitrag zur Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Deutschland erachtet.[395] Dies sollte mittels einer Beschäftigungsexpansion auf dem ersten Arbeitsmarkt im Wege einer Erleichterung der Übergänge in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und durch die Schaffung zusätzlicher Beschäftigungen im Niedriglohnbereich erreicht werden.[396] Die Beschäftigung Geringqualifizierter sollte vor diesem Hintergrund forciert werden, gleichwohl eine Arbeitsmarktintegration von – vor allem Langzeit- – Arbeitslosen durch die erhoffte Brückenfunktion in sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse stattfinden.[397] Auch für Frauen mit längerer, familienbedingter Erwerbsunterbrechung sollte die Brücke in ein reguläres, sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ermöglicht werden. Für bereits abgesicherte Erwerbstätige, aber auch im Bereich der Nebenverdienste – beispielsweise bei Rentnern oder Studierenden – sollten Hinzuverdienstmöglichkeiten weitestgehend unbürokratisch aufgenommen und auch so neue Arbeitsplätze geschaffen werden können.[398] Des Weiteren gingen die Neuregelungen auch mit der Erwartung einher, durch die sozialversicherungs- und steuerrechtliche Förderung von Minijobs in Privathaushalten Schwarzarbeit in legale Beschäftigung zu überführen und im selben Zuge private Dienstleistungen als Beschäftigungspotenzial nutzen zu können.[399]

2.2.5 Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen

Neben der beschäftigungspolitischen Intention lässt sich ebenfalls nach der Intention des Einsatzes geringfügiger Beschäftigung auf der Ebene der Arbeitsvertragsparteien fragen.

Auf der Arbeitnehmerseite besteht der Vorzug geringfügiger Beschäftigung – jedenfalls kurzfristig betrachtet – darin, das monatliche Bruttoentgelt ohne wei-

---

395 S. auch BT-Drs. 15/23, S. 1, 7 und BT-Drs. 15/26, S. 1 f.

396 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 146, Rn. 5 ff.

397 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 119; *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 42; *Wippermann*, Bericht BMFSFJ, Frauen im Minijob, S. 5; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 146 Rn. 5 ff.; s. auch Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 22.

398 *Wippermann*, Bericht BMFSFJ, Frauen im Minijob, S. 5.

399 *Wippermann*, Bericht BMFSFJ, Frauen im Minijob, S. 5; Keller/Seifert-*Bäcker*, Atypische Beschäftigung, S. 107.

tere Abzüge ausgezahlt zu bekommen. Es kann ganz grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das Modell daher vor allem für diejenigen Personengruppen attraktiv ist, die der Beschäftigung nicht in erster Linie zur Existenzsicherung nachgehen und nicht auf den Erwerb eines sozialversicherungsrechtlichen Status angewiesen sind, sondern die Beschäftigung vielmehr als Zuverdienst betrachten. Zu denken ist vor allem an Schüler/innen, Studenten/innen, Rentner/innen oder beispielsweise an diejenigen verheirateten Personen, die in der Regel in Steuerklasse V veranlagt werden, weil sie einen finanzstarken, das Haupteinkommen erzielenden Partner haben.[400] Aber auch für diejenigen, die auf jeden Cent Einkommen angewiesen sind, erscheint der Minijob durch die weitgehende Beitragsfreiheit kurzfristig attraktiv. Der Preis fehlender sozialer Absicherung wird dabei gern als fernerliegendes Problem ausgeblendet.

Auf Seiten der Arbeitgeber wird durch den Einsatz von Minijobs allem voran eine flexible Anpassung an wirtschaftliche Bedingungen und an die Arbeitsmarktkonjunktur ermöglicht. Minijobber können hierbei vor allem in Bereichen mit schwankendem Arbeitsanfall zur Anpassung an Kundenfrequenzen je nach Bedarf („just-in-time-Distribution") eingesetzt werden.[401] In diesem Zusammenhang kann der Einsatz von Minijobs durchaus zu Rationalisierungszwecken dienlich gemacht werden. Dabei geht eine Fragmentierung der Beschäftigung in viele kleine Arbeitsverhältnisse oftmals mit einem Abbau des Arbeitsvolumens einher.[402] Das Einrichten von Minijobs eignet sich außerdem in Einsatzbereichen einfacher Dienstleistungstätigkeiten mit kurzer Anlernzeit und gut kontrollierbarer Arbeitsausführung. Dabei werden eben diese Tätigkeiten von Tätigkeitsbereichen mit höheren Qualifikationsanforderungen abgespalten (funktionale Differenzierung).[403] So können seitens der Arbeitgeber beträchtlichere Lohndifferenzierungen legitimiert werden, worin wiederum ein erhebliches Rationalisierungspotenzial zu sehen ist.[404] Darüber hinaus muss der Arbeitgeber zwar einen Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung nach der regulären Berechnungsmethode leisten, weil geringfügig Beschäftigte wie alle anderen Beschäftigten versichert sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII), auch muss er in der gesetzlichen Kranken- sowie Rentenversicherung pauschale Beiträge (in der Regel 13 bzw. 15 %) abführen (§ 249b SGB V, § 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI). Der begünstigte

---

400 *Kröner/Puch/Frank/Meinken*, Geringfügige Beschäftigung, 1065, 1074; *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 238 f.

401 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 235.

402 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 235; *Waltermann*, Sozialrecht, § 7 Rn. 141.

403 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 235 f.

404 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 236 f.

Steuersatz von 2 % im Sinne des § 40a Abs. 2 EStG liegt unter dem Normalsatz. Es entfallen wegen der Versicherungsfreiheit aber Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und zur gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III, § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI).

2.2.6 Tatsächliche Folgen

Kaum ein anderes Beschäftigungsmodell steht mehr in der sozialpolitischen Diskussion als das der geringfügigen Beschäftigung. Seit fast 40 Jahren fordern daher – teilweise durch die Politik gestützt – Gewerkschaften die endgültige Abschaffung dieses Modells und berufen sich dabei primär auf die Schutzlosigkeit der hier beschäftigten Arbeitnehmer, die (früher gar dynamisch) steigende Entgeltobergrenze der Regelung, eine unzureichende Einbindung der Beschäftigten in die Sozialversicherungssysteme sowie auf eine vermutete Umwandlung bzw. Aufteilung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung in Minijobs.[405] Vor allem auf Seiten der – ebenfalls teilweise durch die Politik gestützten – Wirtschaft wird reklamiert, ökonomische Prosperität sei eng an den Erhalt geringfügiger Beschäftigung und deren Versicherungsfreiheit geknüpft.[406] Diese konträren Interessen führen im Ergebnis zu intensiver politischer, medialer, aber auch wissenschaftlicher Diskussion der Thematik.

Trotz der zahlreichen Einschnitte und Veränderungen im Beschäftigungsmodell „geringfügige Beschäftigung" scheint ein allseitig zufriedenstellender Königsweg bislang noch nicht gefunden zu sein. Erhobene Forderungen und zur Diskussion gestellte Reformziele sind praktisch nicht realisiert worden – die geringfügige Beschäftigung ist auch heute noch weitgehend versicherungsfrei.[407] Der folgende Abschnitt befasst sich daher sowohl mit kurzfristigen als auch mit Langzeitfolgen, die dem Beschäftigungsmodell tatsächlich anhaften und im Widerspruch zu arbeitsmarktpolitischen Intentionen stehen.

---

405 So beispielsweise der DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 9, November 2015 gestützt durch die Partei Die Linke, BT Drs. 18/7506 vom. 10.02.2016, in den 1970ern und 1980ern setzten sich vor allem auch SPD und Die Grünen für eine Abschaffung geringfügiger Beschäftigung ein.

406 Dafür spricht der damalige Koalitionsvertrag zwischen SPD und Bündnis90/Die Grünen aus dem Jahr 2002, der für den Ausbau geringfügiger Beschäftigung sorgte, Art. 2 Nr. 3a des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. I S. 4621, 4623.

407 *Knospe*, SGb 2007, 8, 11.

2.2.6.1 Brückenfunktion in ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis

Der Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung für die 17. Legislaturperiode führte als Zielvorgabe unter anderem an, die Brückenfunktion zu stärken, also den Übergang von Mini- und Midijobs in volle sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu erleichtern.[408] Diese Brückenfunktion ist bisher in keiner einzigen Untersuchung bestätigt worden.[409] Vielmehr gibt die Empirie Anlass, an einer solchen zu zweifeln: Im Dezember 2015 bestanden sowohl der überwiegende Teil der Beschäftigungen im gewerblichen Bereich (40 %) als auch von Minijobs in Privathaushalten (38 %) seit maximal einem Jahr. 21 % aller gewerblichen Beschäftigungen und 20 % der Beschäftigungen in Privathaushalten existierten von einem Jahr bis zu maximal zwei Jahren. 14 bzw. 12 % der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse bestanden seit mindestens zwei bis zu längstens drei Jahren. Damit existieren insgesamt rund 74 % der geringfügig entlohnten Beschäftigungen für höchstens drei Jahre.[410] Von einer Übernahme der Minijobber in reguläre Beschäftigungsverhältnisse kann daher in der Mehrheit der Fälle nicht ausgegangen werden. Auch Studien des WSI attestieren der vermeintlichen Brücke in ein „Normalarbeitsverhältnis" lediglich eine Erfolgsquote von 10 %.[411]

Die Gründe dafür sind durchaus evident: Minijobs kommt vor allem im Dienstleistungssektor praktische Bedeutung zu und dort vor allem in Branchen wie der Gastronomie oder Gebäudereinigung, in denen Vollzeitbeschäftigung generell selten zu verzeichnen ist und sich in Hinblick auf Qualifikation und Arbeitsorganisation für die Zukunftsfähigkeit der Arbeitsbeziehungen zumeist keine Perspektiven ergeben.[412] Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer entwickeln überwiegend kein Interesse an Ausbildung, Fortbildung oder Weiterbildung, da geringfügige Beschäftigungsverhältnisse in der Regel nicht mit Aufstiegsmöglichkeiten verbunden sind.[413] So bestehen im Bereich der Qualifizierung kaum greifbare

---

408 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 22.

409 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 35 f.; *Hohendanner/Walwei*, WSI-Mitt. 2013, 239, 242; durchaus kritisch in diesem Sinn: Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2008/2009, 2008, S. 310, 324; vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 22.

410 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Mini-Job-Zentrale, Aktuelle Entwicklungen, 4. Quartal 2015, S. 15.

411 *Voss/Weinkopf*, WSI Mitt. 2012, 5 ff.; *Dingeldey/Sopp/Wagner*, WSI Mitt. 2012, 32 ff.

412 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 120.

413 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 83.

Chancen für die Beschäftigten. Nicht selten hat der Arbeitslose bessere Zugangsmöglichkeiten zur formalen Weiterbildung als der Minijobber.[414] Dem Minijobber wird regelmäßig die Möglichkeit eines beruflichen Aufstieges vorenthalten.

Darüber hinaus führt länger anhaltende Beschäftigung in Minijobs oftmals sogar zum Verlust bereits vorhandener Qualifikationen, da Fertigkeiten und Kenntnisse nicht im ausreichenden Umfang trainiert werden können. Das basiert vor allem darauf, dass geringfügig Beschäftigte nicht selten unterhalb ihres Qualifikationsniveaus oder gänzlich ausbildungsfremd eingesetzt werden. Dies setzt Dequalifikationsprozesse in Gang. Da generell eine mangelnde Durchlässigkeit zum übrigen Arbeitsmarkt von Menschen mit geringerer Qualifikation zu verzeichnen ist,[415] sorgt diese Benachteiligung dafür, dass Menschen in geringfügiger Beschäftigung schlechterdings die Chance versperrt ist, in ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis überzutreten.

Die geringfügige Beschäftigung kann im Grunde genommen unter den gegebenen Umständen gar keinen Weg in die Aufnahme einer existenzsichernden Beschäftigung ebnen. Die meisten Personen verbleiben in geringfügig entlohnter Beschäftigung oder werden wieder arbeitslos.[416]

Einen großen Abbau von Arbeitslosigkeit leisten Minijobs in der Regel ebenfalls nicht, da Arbeitslose durch die Reformen weitgehend nicht erreicht wurden, denn der größte Teil der Beschäftigungszuflüsse im Minijobsektor besteht laut einer Studie von *Fertig/Kluve/Scheuer* aus dem Jahr 2005[417] durch die Aufnahme eines Minijobs durch bereits erwerbstätige Personen, die den Minijob lediglich als Nebentätigkeit wählen.[418] Der Anteil der zuvor arbeitslosen Arbeitnehmer in Minijobs jedenfalls ist eher gering.[419] Brückeneffekte sind letztlich weniger die Regel als vielmehr Ausnahmezustand.[420] Im Gegenteil sind es aus den genannten Gründen häufig Klebeeffekte, die die Beschäftigungslandschaft geringfügiger Beschäftigung prägen.[421]

---

414 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 11.
415 *Wippermann*, Frauen im Minijob, S. 80.
416 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 147, Rn. 8.
417 *Fertig/Kluve/Scheuer*, RWI: Schriften, S. 91.
418 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 147, Rn. 8.
419 *Fertig/Kluve/Scheuer*, RWI: Schriften, S. 91.
420 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 82; *Wippermann*, Frauen im Minijob, S. 78 ff.
421 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 11 f.

2.2.6.2 Bildung von Randbelegschaften

Durch den Einsatz geringfügiger Beschäftigung hat das Arbeitsrecht de facto Flexibilisierungsspielräume geschaffen. Geringfügige Beschäftigung ist nicht mehr nur, wie ursprünglich konzeptionell gedacht, eine Form der Beschäftigung, bei der wegen anderweitiger Absicherung der Schutz der Sozialversicherung entbehrlich ist, sondern häufig notwendige und einzige Erwerbsquelle.[422] Vielmehr wird sie zunehmend für Flexibilisierungen im Arbeitgeberinteresse genutzt. Die atypische Beschäftigungsform hat eine neue Gruppe von Randbelegschaften gefördert, häufig durch insgesamt schlechtere arbeitsrechtliche Standards (s.u. Konflikt mit Sozialrecht, 2.2.6.4.2), aber auch – aus sozialpsychologischer Perspektive betrachtet – durch das Gefühl, nicht dazuzugehören. Nicht grundlos wird daher gern von prekärer Beschäftigung gesprochen.[423] Auch unter Hinweis auf die Mobilisierung neuer Beschäftigungschancen konnte es bisher nicht gelingen, diesen Negativaspekt zu beseitigen. Vielmehr drängt sich der Verdacht auf, dass es in diesem Zusammenhang bei dem auf europäischer Ebene viel diskutierten „Flexicurity-Konzept" mehr um flexibility als um security geht.[424] Dass ein Motto „Flexibilität um jeden Preis" nicht mit den Schutzinteressen der Arbeitnehmer im Einklang stehen kann, ist offensichtlich.

2.2.6.3 Verfestigung tradierter Rollenteilung der Geschlechter

Im September 2018 waren rund 4,2 Millionen Frauen und rund 2,8 Millionen Männer geringfügig beschäftigt.[425] Damit waren mehr als zwei Drittel aller ausschließlich als Minijobber Beschäftigten weiblich. Die geringe, pauschal vom Arbeitgeber zu tragende Abgabenlast und das deutsche Steuersystem mit der Option des „Ehegattensplittings" in § 26 Abs. 1 EStG lassen den Minijob insbesondere für Paare, bei denen nicht beide Partner vollzeitbeschäftigt sind, attraktiv erscheinen: Beim sog. Ehegattensplitting können Ehepaare mit unterschiedlich hohen Einkommen besonders viele Steuern einsparen (s.o. 2.1.6.2.2.2). Die Regelung begünstigt also die Situation, dass einer der beiden Ehepartner ein lediglich geringeres Einkommen hat und folglich begünstigt sie auch niedrig

---

422 S.u.n (d) (ii).

423 Vgl. *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 57; vgl. auch Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 147, Rn. 8.

424 *Deinert*, RdA 2014, 65.

425 3. Quartalsbericht 2018 der Minijobzentrale, abrufbar unter: https://www.minijobzentrale.de/DE/02_fuer_journalisten/02_berichte_trendreporte/quartalsberichte/3_2018_1.pdf?__blob=publicationFile&v=1, (zuletzt geprüft am 21.1.2019).

entlohnte Minijobs. Dabei erklärt ein oftmals traditionelles Rollenverständnis von Familie und Kinderbetreuung in der ehelichen Partnerschaft den hohen Frauenanteil unter den Minijobbern.

Des Weiteren scheint es, dass die Jobcenter bei der Beratung im Bereich sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungen den Fokus immer noch auf den Mann als Hauptverdiener legen.[426] Insgesamt betrachtet muss wohl davon ausgegangen werden, dass durch Minijobs das typische „breadwinner-Modell", in dem der Mann die Familie ernährt und der Frau die traditionelle und meist mit einer Form von Abhängigkeit verbundene Rolle der Hinzuverdienerin zugeteilt wird, verfestigt wird. Frauen wählen den Minijob oftmals als Zubrot und bleiben damit hinsichtlich der sozialen Sicherung von Leistungsansprüchen ihrer Partner abhängig.[427] Es muss letztlich also davon ausgegangen werden, dass vor allem die steuerrechtliche Privilegierung als Anreiz für Ehepaare gesehen werden muss, die Erwerbstätigkeit der Frau auf einen Minijob zu beschränken.[428] Denn dort, wo beim Wirtschaften „aus einem Topf" die fehlende eigene Sozialversicherung nicht als wirtschaftlicher Nachteil von Gewicht begriffen wird, wird die Abgabenlast zur relevanten Größe.

Da Frauen in der Bundesrepublik über gleiche Bildungs- und Qualifikationsvoraussetzungen verfügen wie Männer, sollten – anstatt tradierte Rollenbilder voranzutreiben – zeitgemäße Anpassungen vorgenommen werden.[429] Da sich die Minijobs zumeist auf einfache Dienstleistungen konzentrieren, wird für Frauen insgesamt das Übergangspotenzial in höherwertige Berufe mit besseren Verdienstchancen gemindert.[430] Der auffällig hohe Frauenanteil im Minijobsektor könnte daher auf eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Ausschluss von der Sozialversicherungspflicht hindeuten.[431] Die Regelung über die Minijobs verstieße dann gegen Art. 3 GG und Art. 157 AEUV. Sie wäre mithin verfassungs- und europarechtswidrig,[432] was freilich BSG[433] und EuGH[434] anders sehen.

---

426 Bundesagentur für Arbeit, Frauen und Männer am Arbeitsmarkt 2015, S. 12.

427 *Schmid*, Übergänge am Arbeitsmarkt, S. 24 f.

428 *Weinkopf*, Minijobs, S. 13.

429 *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 57.

430 *Schmid*, Übergänge am Arbeitsmarkt, S. 25.

431 Vgl. auch *Deinert*, RdA 2014, 65, 66; Das BSG sowie der EuGH halten die Regelung für verfassungs- bzw. unionsrechtskonform: BSG 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, SGb 2010, 489, 491; EuGH in den Rs. C-317/93 – Nolte – Slg. 1995 S. I-04625 und C-444/93 – Megner u. Scheffel – Slg. 1995 S. I-04741.

432 So auch Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 159, Rn. 51.

Minijobs sind letztlich jedenfalls ein Einfallstor für Entgeltungleichheit zwischen Männern und Frauen und beeinträchtigen damit die intendierte Gleichstellung beider Geschlechter am Arbeitsmarkt (s. 2.1 Abschnitt Teilzeitarbeit).[435] Da Minijobs ohnehin in der Regel für gering entlohnte Tätigkeiten angeboten werden und zudem die Entgeltgrenze von derzeit 450 € gleichsam als Lohnstopp wirkt und von daher einer normalen Gehaltsentwicklung entgegenwirkt (s.u. 2.2.6.4.2.1), ist zu vermuten, dass die Regelungen zur geringfügigen Beschäftigung angesichts des hohen Frauenanteils an den Minijobbern einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag zum „gender pay gap" liefern. So ging die Bundesregierung im Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen von einem bereinigten statistischen Entgeltunterschied zwischen Frauen und Männern bei formal gleicher Qualifikation und im Übrigen gleichen Merkmalen für das Jahr 2016 von 7 % aus.[436] Dabei wurden durchaus verschiedene mögliche Ursachen unterschiedlicher Vergütungen angesprochen, die geringfügige Beschäftigung wurde dabei indes ausgeblendet.

2.2.6.4 Abgabenbegünstigung im Konflikt mit Privat- und Sozialrecht

Daneben birgt die Abgabenprivilegierung im Bereich der geringfügigen Beschäftigung Konsequenzen, die sowohl im Privat- als auch im Sozialrecht wirken.

2.2.6.4.1 Konflikt mit Privatrecht

2.2.6.4.1.1 Versagen des Vertragsmechanismus bei der Preisgestaltung

Den rechtlichen Rahmen des Privatrechts tangiert die Abgabenprivilegierung insofern, als sie beim Abschluss des Arbeitsvertrages zum Teil die Marktmechanismen aufbricht.[437] Zwar scheint die Abgabenprivilegierung – zumindest kurzfristig – sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber durchaus vorteilhaft: Auf der einen Seite erhält der Arbeitnehmer sein Arbeitsentgelt ohne Abzüge. Dies kann für ihn unter Umständen die Voraussetzung dafür darstellen, überhaupt ein solches Beschäftigungsverhältnis einzugehen. Der Arbeitgeber profitiert auf der anderen Seite von effektiven Personalkosteneinsparungen.

433 S.o. Fn. 66.
434 S.o. Fn. 67.
435 *Wippermann*, Bericht BMFSFJ, Frauen im Minijob, S. 80.
436 BT-Drs. 18/11133, S. 1.
437 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 83.

sparungen.[438] An dieser Stelle wird oftmals die Ansicht vertreten, dem Arbeitgeber entstünden durch den Einsatz von Minijobbern gar keine finanziellen Vorteile gegenüber dem Einsatz sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter. Dass dies kurzschlüssig ist, soll hier kurz veranschaulicht werden:

Stellt der Arbeitgeber einen Minijobber ein, liegen die Beiträge in der Praxis bei rund 30 % zuzüglich Unfallversicherungsbeitragslast (13 % für die Krankenversicherung, 15 % für die Rentenversicherung, 2 % für pauschale Steuer). Bei einem voll sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis trägt der Arbeitgeber hingegen rund die Hälfte des Gesamtbeitrages von ca. 40 % (gemäß § 241 SGB V 14,6 % für die Krankenversicherung, gemäß RVO nach § 160 SGB VI 18,6 % für die Rentenversicherung, gemäß § 55 Abs. 1 und 3 SGB XI 2,55 bzw. 2,8 % für die Pflegeversicherung, gemäß § 341 Abs. 2 SGB III 3 % für die Arbeitslosenversicherung).[439] Er trägt insgesamt also Kosten i.H.v. rund 20 %. Es fällt dem Arbeitgeber bis zu diesem Punkt also tatsächlich eine höhere Beitragslast zu, wenn er einen Minijobber anstelle eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers beschäftigt. Dabei hat es aber nicht sein Bewenden. Legt man ein Arbeitnehmer-Nettogehalt von 450 € zugrunde, ist mit Abgabenprivilegierung das Arbeitnehmer-Bruttogehalt ebenfalls 450 € („brutto = netto"). Arbeitnehmer fragen sich in der Regel nicht, wie hoch ihr Bruttogehalt ist, sondern wieviel sie netto erhalten. Das macht es dem Arbeitgeber leichter, die Abgabenlast faktisch teilweise abzuwälzen, indem er dem Arbeitnehmer ein vergleichsweise (im Vergleich zu sozialversicherungspflichtig Beschäftigten) niedrigeres Bruttogehalt verspricht, das für den Arbeitnehmer als Nettogehalt dennoch attraktiv bleibt. Daraus ergibt sich dann, wie Waltermann überzeugend herausgearbeitet hat, dass die betriebswirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers niedriger ist, als sie es unter den gleichen Bedingungen im Falle der Sozialversicherungspflicht wäre.[440] Mit den Beitragssätzen von 2018 bedeutet dies nämlich Folgendes: Den Arbeitgeber trifft in diesem Fall eine betriebswirtschaftliche Kostenbelastung von insgesamt 590 €. Ohne Abgabenprivilegierung müsste, damit das Nettogehalt ebenfalls bei 450 € läge, das Bruttogehalt 560 € betragen. In diesem Fall träfe den Arbeitgeber unter Einschluss der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung und der Einkommensteuer eine betriebswirtschaftliche Gesamtbelastung i.H.v. 686 €. Dabei sei ein Grenzsteuersatz von 20 % ebenso unterstellt wie dass beim Arbeitnehmer kein erhöhter Pflegeversicherungsbeitrag nach § 55 Abs. 3 SGB XI anfällt. Dem Arbeit-

---

438 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

439 *Waltermann*, Sozialrecht, § 7 Rn. 143, 146 f.

440 Rechnung anhand von Zahlen und Rechtslage aus dem Jahr 2018, auf Euro gerundet und bei einem unterstellten Grenzsteuersatz von 20 %, ohne Beiträge zur UV, AN-Brutto bei Befreiung gemäß § 6 Abs. 1 b SGB IV. Rechenbeispiel s. *Waltermann*, Sozialrecht, § 7 Rn. 143.

geber kommt auf Basis dieses Vergleichs ein Kostenersparnis von insgesamt 96 € zugute, wenn er einen Minijobber anstelle eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten einstellt.

Vor diesem Hintergrund scheint es plausible Praxis, dass insbesondere bei der Berechnung des Nettogehalts mit der Abgabenprivilegierung kalkuliert wird und die Parteien bei Vertragsschluss zu einer Entgeltvereinbarung kommen, die die Abgabenprivilegierung oder ggf. eine Entgeltaufstockung aus Steuerkassen mit Transferleistungen im Voraus erwägt.[441] Dass es im Einzelfall dem Arbeitgeber nicht gelingen könnte, sich auf diese Weise von den Beitragslasten zu befreien, weil der Arbeitnehmer eine stärkere Verhandlungsposition hat, sei zugestanden. Dass dies in nennenswertem Umfang geschieht, ist aber angesichts der bekannten Entgelt- und Qualifikationsstruktur in diesem Segment zu bezweifeln.

Zwar existieren arbeitsrechtliche Schutzinstrumente wie etwa das Diskriminierungsverbot aus § 4 TzBfG oder das Verbot sittenwidriger Beschäftigung nach § 138 BGB. Diese sind offensichtlich aber nur wenig effektiv und erfassen das Problem des „Einpreisens" der Sozialversicherungsbeiträge bei der Lohnverhandlung ganz generell nicht.[442] Auch ist es dem Arbeitgeber nach § 32 SGB I zwar verboten, in Abweichung vom Sozialgesetzbuch die Abgabenlast auf den Arbeitnehmer abzuwälzen.[443] Das „Einpreisen" der Beitragslasten in die betriebswirtschaftliche Kalkulation im Vorfeld der Aushandlung des Arbeitslohns lässt sich dadurch aber nicht verhindern, wenn der Arbeitgeber den so berechneten Lohn verspricht und nach der vertragsrechtlichen Lage auch verpflichtet bleiben soll, die Beitragslast zu tragen.

Hier existiert insgesamt ein Fehlanreiz, dem negative Auswirkungen auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit zugerechnet werden müssen, wenn die eigentlich intendierte Verhandlungsparität faktisch von der Rechtsordnung derart ungeschützt ist, dass es zu autonomen Vertragsschlüssen mit Verhandlungsspielraum nicht mehr kommen kann.[444] Das Defizit fällt hier letztlich der Sozialversicherung und dem Steueraufkommen zur Last.[445]

---

441 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 28; *Hanau*, ZIP 2013, 1752, 1754; *Knospe*, VSSR 2011, 233, 246 f.

442 Zur Problematik mit Blick auf die Benachteiligung wegen der Teilzeitbeschäftigung vgl. ausf. *Thüsing*, ZTR 2005, 118, 121, 124 ff.; ferner *Zimmer*, WSI-Mitt. 2012, 50, 51 f.

443 *Krause*, AuR 1999, 390 ff.

444 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

445 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 83.

2.2.6.4.1.2 Marktverzerrung als ökonomische Folge

Das hat Folgewirkungen auch in ökonomischer Hinsicht. Die Abgabenbegünstigung führt zu einer subventionsbedingten Verzerrung der Marktsituation, indem sie auch Auswirkungen auf die Lohngestaltung im Individualarbeitsverhältnis und darüber hinaus auf die Personalplanung als solche hat, wenn sie bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages bezüglich der Entgelthöhe einkalkuliert wird. Denn dies beeinflusst die freie, unbeeinflusste Vertragsgestaltung zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Dies stellt, so *Waltermann* zutreffend, eine Schwächung des Vertragsprinzips dar[446], welches eines der Grundprinzipien der Rechtsordnung ist. Es statuiert, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den Arbeitsvertrag begründen und dabei den Inhalt des Arbeitsvertrages im Rahmen der Rechtsordnung regeln.

In der Folge geht hier eine der Steuerungsfunktionen des Rechts verloren. Niedriglohnentgelte werden evident gefördert.[447]

Dadurch muss von einer Prägung der gesamten Arbeitsmarktstruktur ausgegangen werden, wobei Marktmechanismen bei Abschluss des Arbeitsvertrages schlicht ausgehebelt werden.[448] So wird der Arbeitsuchende in manchen Bereichen so gut wie ausschließlich Minijob-Angebote finden. Unter dem Druck des Wettbewerbs kommt es zwischen den einzelnen Arbeitgebern dabei zu Nachahmungseffekten.[449] Darüber hinaus lösen Betriebe mit hohem Anteil geringfügig Beschäftigter gegenüber Betrieben, die mit sozialversicherungspflichtig Beschäftigten agieren, Verdrängungseffekte am Markt aus, welche zu einer Marktverzerrung zu ungunsten der regulären Beschäftigung führen.[450]

---

446 Siehe dazu auch § 1 Abs. 1 „Arbeitsvertragsgesetzentwurf (ArbVGE 92)“ des Deutschen Juristentages 1992.

447 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

448 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 40.

449 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

450 Keller/Seifert-*Bäcker,* Atypische Beschäftigung, S. 119.

2.2.6.4.1.3 Verdrängung regulärer Beschäftigung

Inzwischen existieren über 7 Millionen geringfügige Beschäftigungsverhältnisse in der Bundesrepublik. Das bedeutet, etwa jeder fünfte Arbeitsvertrag in Deutschland ist ein Minijob.[451] Für ca. 5 Millionen aller geringfügig Beschäftigten stellt dies ihre einzige Beschäftigungstätigkeit dar.[452] Angesichts des Anreizes, sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse zu vermeiden, führt dies dazu, dass Arbeitnehmer keinen Weg aus der geringfügigen Beschäftigung herausfinden.[453] *Griese/Preis/Kruchen* sprechen insoweit von einer „Ghettoisierung".[454] Der Minijob ist also keine Randerscheinung mehr, sondern fester Bestandteil der deutschen Beschäftigungslandschaft geworden. Allein im Zeitraum 1993–2013 wuchs der Anteil im Bereich der Minijobs von 24,1 auf 29,9 %. Sozialversicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse wurden dagegen abgebaut (von 67,5 auf 52,3 %).[455] Diese Verschiebung hat insgesamt bei einem sinkenden Arbeitsvolumen stattgefunden (im erwähnten Beobachtungszeitraum um rund 2 Milliarden Stunden).[456] Dieser Abbau von Arbeitsvolumina wurde zwar über eine Beschäftigungsausweitung unterhalb der Vollzeitbeschäftigung realisiert.[457] Der Trend zur Arbeitszeitverkürzung ist damit evident. Dieser wird hierbei vielmehr auf individueller Ebene als auf Basis kollektivvertraglicher Regulierung realisiert. Es bildet sich mithin ein kontinuierlicher Weg in eine Teilzeitarbeitsgesellschaft ab.[458] Diese Zahlen verwundern wenig, legt man – wie zuvor beschrieben – zugrunde, dass Unternehmen Flexibilisierungsmaßnahmen wie den Einsatz von Minijobbern als Ausweichstrategie nutzen,

---

451 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Mini-Job-Zentrale, Aktuelle Entwicklungen, 2. Quartal 2016, S. 8; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 145, Rn. 3.

452 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Mai 2012; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 146, Rn. 3.

453 *Bäcker/Neuffer*, WSI-Mitt. 2012, 13, 16.

454 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 114.

455 Berechnungen des DGB nach Angaben der Beschäftigtenstatistik der BA, abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/++co++7b5b7678-47c2-11e3-8794-00188b4dc422 (zuletzt geprüft am 16.2.2019); ähnliche Beobachtungen für diesen Zeitraum machte auch *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232 f.

456 Berechnungen des DGB nach Angaben der Beschäftigtenstatistik der BA, abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/++co++7b5b7678-47c2-11e3-8794-00188b4dc422 (zuletzt geprüft am 16.2.2019); ähnliche Beobachtungen für diesen Zeitraum machte auch *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232 f.

457 Berechnungen des DGB nach Angaben der Beschäftigtenstatistik der BA, abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/++co++7b5b7678-47c2-11e3-8794-00188b4dc422 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

458 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232.

um eigene Steuern und Ausgaben zu reduzieren, und auf den Ausbau geringfügiger Beschäftigung angewiesen sind, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Daher ist es auch plausibel, wenn entsprechende Untersuchungen der geringfügigen Beschäftigung weitestgehend Verdrängungseffekte attestieren, da Unternehmen aus ökonomischen Gründen nicht selten versicherungspflichtige Arbeitsplätze gegen Minijobs austauschen.[459]

2.2.6.4.1.4 Förderung von Schwarzarbeit

Insbesondere im Dienstleistungsbereich kann illegale Beschäftigung leicht unter dem Deckmantel des Minijobs verborgen werden. Haushaltsnahe Dienstleistungen stellen im Minijobsektor mit mittlerweile über 304.073 angemeldeten Beschäftigungen im September 2018[460] einen beachtlichen Faktor dar. Schätzungen zufolge beschäftigt allerdings sogar rund jeder zehnte Haushalt eine Haushaltshilfe in Bereichen der Reinigung, Gartenarbeit, in der Aushilfe oder ambulanten Pflege.[461] Das würde deutschlandweit insgesamt tatsächlich über 3,3 Millionen Beschäftigte in Privathaushalten ergeben, fast 3 Millionen Minijobs in Privathaushalten würden damit in den Bereich der Schwarzarbeit fallen.[462] Die Arbeit in privaten Haushalten weist im Vergleich zu anderen Beschäftigungssektoren offenbar Besonderheiten auf, die eine Nachfrage über den offiziellen Arbeitsmarkt beeinträchtigen.[463] Diese Besonderheiten gründen in der Regel darin, dass zur Erledigung der hier erforderlichen Tätigkeiten keine besonderen Kenntnisse oder Spezialgerätschaften erforderlich sind (wie es beispielsweise bei handwerklichen Tätigkeiten der Fall wäre).[464] Es ist damit auch Personen, die über keine fachspezifischen Qualifikationen verfügen, möglich, Tätigkeiten im Privathaushalt durchzuführen und es bedarf darüber hinaus keiner besonderen Anschaffungen, die das Bedürfnis nach einem Absetzen bei

---

459 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 83; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 146, Rn. 8.

460 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Minijob-Zentrale: Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Minijobs, III. Quartal 2018.

461 *Enste*, IW-Kurzbericht 45 aus 2016.

462 *Enste*, IW-Kurzbericht 45 aus 2016; Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand Berlin, 3. Mai 2016, „Arbeitsplatz Privathaushalt – Gute Arbeit ist möglich", S. 1 f., abrufbar unter: http://www.dgb.de/themen/++co++9d4ba176-15b6-11e6-8a54-52540023ef1a (zuletzt geprüft am 16.02.2019); „Haushaltshilfen in Privathaushalten – Maßnahmen gegen Schwarzarbeit sind eine Luftnummer" vom 2.8.2016, abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/++co++d7c11e62-57c9-11e6-a8d5-525400e5a74a (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

463 Baethge/Wilkens-*Weinkopf*, Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert?, 391.

464 Baethge/Wilkens-*Weinkopf*, Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert?, 391.

der Steuer begründeten. Die Entscheidung, externe Hilfe bei Tätigkeiten in der Hausarbeit zu wählen, liegt darüber hinaus zumeist nicht an einem Mangel an eigenen Kenntnissen oder Qualifikationen, sondern an dem Bedürfnis nach mehr Freizeit.[465] In Anbetracht dessen scheint der Aufwand, diese Art von Beschäftigung in Form regulärer Arbeitsverhältnisse auszugestalten, offensichtlich oftmals zu hoch – zumal die Arbeit ohnehin hinter verschlossenen Türen in der geschützten Privatsphäre verübt wird. In der Regel bedarf es für haushaltsbezogene Tätigkeiten ihrer Natur nach auch nicht des Arbeitsvolumens einer regulären Beschäftigung, sodass sich gerade hier der Minijob als Einfallstor für prekäre Arbeit im Bereich der Schattenwirtschaft anbietet. Nicht selten dürfte es in diesem Bereich vorkommen, dass oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze gearbeitet wird, indes nur ein geringerer Umfang der Beschäftigung angemeldet ist und der Rest „schwarz" ausgezahlt wird. Der Gesetzgeber unterstützt dies auch noch durch Ausnahme geringfügiger Beschäftigungen in Privathaushalten von den Aufzeichnungspflichten nach dem MiLoG gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 MiLoG.

Gerade haushaltsnahe Beschäftigung scheint jedoch ein wichtiges Feld zur Erschließung zusätzlicher Beschäftigungsmöglichkeiten – vor allem für Geringqualifizierte – darzustellen. Das ist vor allem europaweiten, aktuellen Entwicklungstendenzen in der Gesellschaft geschuldet, wie etwa dem wachsenden Anteil älterer Menschen, der steigenden Erwerbsbeteiligung von Frauen und der wachsenden Anzahl alleinerziehender Personen.[466]

Um Schwarzarbeit hier zu begegnen, sollte es zum Ziel gemacht werden, ein konsistentes staatliches Förderungssystem für haushaltsnahe Dienstleistungen in Privathaushalten zu entwickeln, das z.B. durch die Bündelung stundenweiser Angebote reguläre sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse mit angemessenem Einkommen schafft.[467] Hierbei bietet es sich vor allem an, die Beschäftigung auf zertifizierte externe Dienstleistungsanbieter zu konzentrieren, da hier sozialer Schutz am ehesten durchgesetzt werden kann. Zur Einbeziehung tariflicher Lösungsansätze könnte Voraussetzung der staatlichen Förderung der Sozialversicherungsbeiträge eine tarifliche Bezahlung nach einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag sein (vgl. u. 2.2.8.2).

---

465 Baethge/Wilkens-*Weinkopf*, Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert?, 391.

466 Baethge/Wilkens-*Weinkopf*, Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert?, 391.

467 Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand Berlin, 3. Mai 2016, „Arbeitsplatz Privathaushalt – Gute Arbeit ist möglich", S. 3, abrufbar unter: http://www.dgb.de/themen/++co++9d4ba176-15b6-11e6-8a54-52540023ef1a (zuletzt geprüft am 16.2.2019); Baethge/Wilkens-*Weinkopf*, Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert?, 391.

2.2.6.4.2 Konflikt mit Sozialrecht

Aber auch sozialrechtlich „eckt" die Abgabenprivilegierung an. Das Sozialrecht basiert grundlegend auf der Vorstellung, Vorsorge durch Versicherungssysteme zu gewährleisten. Die Beitragszahler haben dabei ein Interesse daran, die Beitragsbasis der Sozialversicherung stabil zu halten, um dadurch etwaige Leistungskürzungen zu verhindern.[468] Durch die expansive Ausdehnung geringfügiger Beschäftigung werden zwar keine (eigenen) Leistungsansprüche der Beschäftigten begründet (mit Ausnahme natürlich, wenn der Beschäftigte sich nicht von der Rentenversicherungspflicht hat befreien lassen), das Beitragsvolumen zur Sozialversicherung sinkt aber, da anderenfalls die entsprechenden Tätigkeiten durch sozialversicherungspflichtige Beschäftigte mit entsprechend höherem Einkommen erfüllt würden, zumal häufig gleichwohl Versicherungsschutz über abgeleitete Ansprüche besteht, insbesondere in der Familienversicherung sowie über Hinterbliebenenrenten. Wegen ihrer Dimension schwächt geringfügige Beschäftigung letztlich die Sozialversicherung als das primäre Modell der sozialen Sicherheit. Führt man sich an dieser Stelle die eigentliche Intention des Ausschlusses der geringfügigen Beschäftigung vor Augen, die darin besteht, die Sozialversicherung zu entlasten[469], ist dieses Ergebnis offensichtlich kontraproduktiv.

2.2.6.4.2.1 Ertragsschwäche geringfügiger Beschäftigung

Mit dem Modell des Minijobs unmittelbar einher geht die finanzielle Ertragsschwäche dieser Beschäftigungsart. Geringfügige Beschäftigungsverhältnisse erstrecken sich vor allem auf den Dienstleistungssektor und sind dort hauptsächlich in entgeltniedrigen Bereichen zu finden.[470] Der Niedriglohnanteil geringfügig Beschäftigter ist auffallend hoch: Im Jahr 2010 lag er bei 84,3 %.[471] Die monatlichen Durchschnittslöhne betrugen dabei beispielsweise im Jahr 2014 288,04 €.[472]

Die Regelung der geringfügigen Beschäftigung an sich ist von ihrem gesetzlichen Regelungsinhalt her zwar keine unbedingte Antriebskraft für eine prägnantere Lohnspreizung nach unten, da sie nicht in die tariflich festgelegte Lohn-

---

468 *Waltermann*, NJW Beil. 2010, 81, 83.

469 BSG 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, NZA – RR 2010, 381; *Deinert*, RdA 2014, 65, 66.

470 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 30.

471 *Waltermann*, NJW 3/2013, 118.

472 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Mini-Job-Zentrale, Aktuelle Entwicklungen, 4. Quartal 2015, S. 15.

struktur einzugreifen vermag. Allerdings ist davon auszugehen, dass tarifliche Standards und Regelungen im Bereich geringfügiger Beschäftigung oftmals aufgrund rückläufiger Tarifbindung in atypischen Beschäftigungsformen gar nicht gelten oder aber in der Praxis schlichtweg nicht berücksichtigt werden (s. 2.2.6.4.2.6).[473] Der betriebspraktische Umgang zeigt eindrucksvoll, dass Minijobber bei gleicher Tätigkeit häufig niedrigere Löhne erhalten als vergleichbare Normalbeschäftigte.[474] Der Grund dafür liegt auch in der Abgabenfreiheit des in einem Minijob erzielten Einkommens. Bei gleichen Bruttolöhnen wird im Minijob ein höheres Nettoeinkommen erzielt, da der Beschäftigte keine Sozialabgaben abführen muss. Zahlen Arbeitgeber ihren geringfügig Beschäftigten nun geringere Bruttolöhne, relativieren sie dadurch den vom Gesetzgeber geschaffenen Unterschied der Nettoentlohnung zwischen Minijobber und Normalbeschäftigtem wieder.[475] Die Lohnsubventionierung, die eigentlich auf den Beschäftigten abzielt, wird effektiv zur Subvention des Arbeitgebers.[476] Die Geringfügigkeitsgrenze führt dadurch zu einem regelrechten Lohnstopp, denn die Beschäftigung zu einem höheren Entgelt ist im Hinblick auf die einsetzende Beitragspflicht nicht attraktiv und unter dem vorhandenen Wettbewerbsdruck im Verdrängungswettlauf regelmäßig auch gar nicht mehr möglich.[477] Bei einer feststehenden Geringfügigkeitsgrenze können sich die Stundenlöhne also nicht entsprechend der allgemeinen Lohnentwicklung anpassen.[478] Letztlich steht zu vermuten, dass mit der Minijob-Regelung die Niedriglohnbeschäftigung in Deutschland befeuert wurde. Im Ergebnis läuft dies auf eine Personalkostenreduzierung auf Kosten des Steuerzahlers hinaus.[479]

Abseits der Problematik vergleichsweise geringer Vergütung der Tätigkeit im Zeitbezug (Stundenlöhne, Monatsvergütungen) kommt hinzu, dass der Gesamtertrag einer geringfügigen Beschäftigung so niedrig ist, dass er sowohl im aktuellen Erwerbsbezug als auch in der späteren Altersversorgung nicht hinreichend für die Existenzsicherung ist, sodass es der Aufstockung aus Steuermit-

---

473 Keller/Seifert-*Bäcker*, Atypische Beschäftigung, S. 114; *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 57; DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 11.

474 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 237 f.

475 *Voss-Dahm* in Jahrbuch 2005, 232, 237 f.

476 Keller/Seifert-*Bäcker*, Atypische Beschäftigung, S. 115.

477 Instruktiv *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

478 *Hanau*, ZIP 2013, 1752, 1755; *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 120.

479 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 120.

teln durch Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II oder Sozialhilfe nach dem SGB XII bedarf.[480]

2.2.6.4.2.2 Fehlende Risikovorsorge

Mit der Ertragsschwäche geringfügiger Beschäftigung einher gehen Nachteile für die sozialrechtliche Vorsorge, denn entsprechende Absicherungsvorteile sind an die Zahlung von Beiträgen in der Sozialversicherung gekoppelt.

Als problematisch erweist es sich aber vor allem, dass der Ausschluss, der ursprünglich mal als Sonderregelung für ein Randphänomen gedacht war, inzwischen rund ein Fünftel aller Beschäftigten betrifft, sodass der Grundgedanke einer Zwangsversicherung gegen die Wechselfälle des Lebens, geknüpft an abhängige Beschäftigung und finanziert durch überwiegend hälftige Beitragslast, für eine große Gruppe der Betroffenen schlechterdings versagt.[481]

2.2.6.4.2.3 Befreiung von der Rentenversicherungspflicht

Bis zum 1.1.2013 waren Minijobber in der gesetzlichen Rentenversicherung komplett versicherungsfrei. Lediglich die Arbeitgeber entrichteten gemäß § 172 Abs. 3 Satz 1 SGB IV für ihre Beschäftigten im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 einen pauschalen Beitrag in Höhe von 15 % des Arbeitsentgelts. Daraus erhielten die Beschäftigten gemäß § 76b Abs. 1 SGB VI Rentenanwartschaften. Die Versicherungsfreiheit der geringfügig Beschäftigten war gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB VI mit der Möglichkeit zum Verzicht bei gleichzeitigem Tragen des entsprechenden Arbeitnehmeranteils versehen („Opt-In"). Genutzt wurde diese Möglichkeit allerdings von lediglich 5,4 % der entsprechend Beschäftigten.[482] Mit der Neuregelung im „Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung" vom 5. Dezember 2012[483] wurde nun lediglich das Regel-Ausnahme-Verhältnis geändert: An Stelle der grundsätzlichen Versicherungsfreiheit mit freiwilliger Möglichkeit zur Rentenversicherungspflicht ist nunmehr eine prinzipielle Versicherungspflicht mit der Option, sich von dieser Pflicht befreien zu lassen (sog. „Opt-Out"), getreten.[484] An der Höhe der Pauschalbeiträge der Ar-

---

480 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 37; *Deinert*, RdA 2014, 65, 67.

481 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 115 f.

482 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Mini-Job-Zentrale, Aktuelle Entwicklungen 2. Quartal 2012, S. 7.

483 BGBl. I 2012, 2474.

484 *Waltermann*, NJW 2013, 118; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 150, Rn. 19; *Hanau*, ZIP 2013, 1752.

beitgeber hat dies nichts geändert. Gleich jedoch, ob nun positiv oder negativ formuliert, die bloße Verschiebung ändert nicht, dass die deutliche Mehrheit der Beschäftigten den Befreiungsantrag stellt. So machten im Juni 2016 weiterhin lediglich 17,9 % aller gewerblich geringfügig Beschäftigten von der Möglichkeit zur Rentenversicherung Gebrauch.[485] Das bedeutet, dass weiterhin vier von fünf der betroffenen Beschäftigten aus der Rentenversicherung herausoptierten. Dies wird seine Ursache auch darin haben, dass die vom Gesetz eingeräumte Wahlfreiheit über den Versicherungsbeitritt in der Praxis begrenzt sein dürfte, wenn der Arbeitgeber den Antrag auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht direkt mit dem Arbeitsvertrag an den zukünftigen Beschäftigten zur Unterschrift austeilt.[486] Hinzu kommt, dass diejenigen, deren wirtschaftliche Lage prekär ist, im Zweifel auf den Sozialschutz verzichten werden, um das Nettoeinkommen kurzfristig zu erhöhen. Die ausbleibenden Einzahlungen in die Rentenkasse verhindern den Aufbau von Rentenanwartschaften, was im Alter eine mangelhafte soziale Absicherung zur Folge hat. Diese wiederum muss dann steuerfinanziert aufgestockt werden. Mithin findet so eine Verlagerung von Gegenwartsproblemen auf das Steueraufkommen der Zukunft statt.[487] Dass dies nicht unproblematisch ist, wird deutlich, wenn man Aspekte einer alternden Gesellschaft und eines Niedriglohnsektors von 20–25 % gleichermaßen betrachtet.[488] Das Spekulieren auf den Wohlstand der Folgegenerationen löst freilich keine zukünftigen Finanzierungsfragen; es muss vielmehr durch präventiv-weitschauendes Handeln in der Gegenwart ersetzt werden.

2.2.6.4.2.4 Geplante Senkung des Arbeitgeberanteils zur Rentenversicherung bei Minijobs von Zeitungszustellern von 15 % auf 5 % im Koalitionsvertrag[489]

Einen weiteren Anreiz, von der Befreiung der Rentenversicherungspflicht Gebrauch zu machen, stellt eine geplante Regelung dar, die Eingang in den aktuellen Koalitionsvertrag gefunden hat. Bereits bei Einführung des gesetzlichen Mindestlohns wurde die Zeitungsbranche in § 24 Abs. 2 MiloG mit Ausnahmeregelungen in Form von Übergangsbestimmungen begünstigt, nach denen

---

485 Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See/Mini-Job-Zentrale, Aktuelle Entwicklungen 2. Quartal 2012, S. 7.

486 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 150, Rn. 19.

487 *Deinert*, RdA 2014, 65, 66; *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

488 *Waltermann*, NJW 2013, 118, 121.

489 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, S. 93.

der Mindestlohn bis Ende 2017 nur schrittweise an den allgemein geltenden gesetzlichen Mindestlohn angepasst wurde. Durchaus kritikwürdig ist, das diese Arbeitnehmergruppe im Koalitionsvertrag nun erneut eine Benachteiligung erfahren soll: *„Zur Sicherung der bundesweiten Versorgung mit Presseerzeugnissen für alle Haushalte [...] [soll] bei Minijobs von Zeitungszustellerinnen und Zeitungszustellern der Beitrag zur Rentenversicherung, den die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zu tragen haben, befristet für die Dauer von fünf Jahren bis zum 31. Dezember 2022, von 15 auf 5 % abgesenkt [werden].“*

Die ohnehin geringen Rentenansprüche der hier Beschäftigten würden dadurch noch einmal drastisch reduziert. Wenn sie eine Erhöhung ihrer Rentenversicherungsbeiträge von 3,6 auf 13,6 % ihres Verdienstes nicht tragen wollen, um dieselbe Beitragshöhe wie zuvor aufzubringen, stellt die Senkung der Arbeitgeberanteile durchaus einen weiteren Schritt für die Beschäftigten dar, der gesetzlichen Rentenversicherung gänzlich fern zu bleiben.

Dass dies nicht im Sinne einer funktionierenden sozialen Sicherung sein kann, wurde bereits an vorangegangener Stelle dargelegt.

2.2.6.4.2.5 Gesetzliche Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung

Dem Arbeitnehmer erwachsen aus der geringfügigen Beschäftigung keine Ansprüche in den Versicherungszweigen der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB V, § 20 Abs. 1 SGB XI i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB V und § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III). Der Problematik der fehlenden Versicherungspflicht wurde in der gesetzlichen Krankenversicherung immerhin mit Wirkung zum 1. April 2007 durch § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V entgegengewirkt. Nach dieser Regelung sind geringfügig Beschäftigte dann krankenversicherungspflichtig, wenn sie nicht bereits anderweitig – in Betracht kommt hier insbesondere die Familienversicherung gemäß § 10 SGB V – krankenversichert sind. In diesem Fall werden die Beiträge nach § 249 Abs. 1 SGB V hälftig von Arbeitgeber und geringfügig Beschäftigtem getragen. Trotz Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung hat der Arbeitgeber gemäß § 249b SGB V alleine einen pauschalen Beitrag an die Krankenkasse zu tragen. Der Mindestkrankenkassenbeitrag betrug dabei für das Jahr 2018 148,19 € pro Monat.[490]

---

490 Bundesministerium für Gesundheit, Beiträge und Tarife, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/beitraege-und-tarife.html, (zuletzt geprüft am 23.1.2019).

Auch in der Rentenversicherung entstehen nur geringe Rentenansprüche. Denn auf Basis der geringen versicherungspflichtigen Einkünfte werden auch nur geringe Entgeltpunkte erworben.

Die Folge dessen ist eine permanente existenzielle Abhängigkeit vom Partner oder von staatlichen Transferleistungen (s. 2.4). Eine weitere Folge des festgelegten Grenzwertes wird vor allem bei Personen beobachtet, die bereits anderweitig abgesichert sind. Dieser Personenkreis hat in der Tat ein Interesse daran, den Grenzwert von 450 € nicht zu übersteigen. In der Praxis wird das nicht selten durch das Verschieben abgeleisteter Arbeitsstunden in nachfolgende Monate umgesetzt. Dies geschieht freilich zumeist mit dem Wissen oder sogar auf Anweisung des Arbeitgebers. Der Grenzwert stellt letztlich gleichsam einen Anreiz zum Versicherungsbetrug dar.[491]

2.2.6.4.2.6 Vorenthalten sozial- und arbeitsrechtlicher Leistungen

Obwohl geringverdienende Arbeitnehmer sich in ihren Rechten und Pflichten nicht vom Vollbeschäftigten unterscheiden, zeichnet sich in der Praxis durchaus eine arbeitsrechtliche Geringschätzung dieser Beschäftigungsgruppe ab.[492] Laut Studien des RWI[493] und des IAB[494] äußert sich diese beispielsweise im Vorenthalten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen oder durch die Verweigerung bezahlten Urlaubs. Aber auch der Ausschluss von tariflichen Regelungen und das Vorenthalten betrieblicher Sozialleistungen – wie der betrieblichen Altersvorsorge, von Zuschlägen und Sonderzahlungen – und die Missachtung des Kündigungsschutzrechts scheint die geringfügig Beschäftigten zu treffen.[495] Dies wird indes von vielen Minijobbern hingenommen, Rechtsansprüche werden nur selten eingefordert.[496]

---

491 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 152 f. , Rn. 28 f.

492 Bestandsaufnahme bei *Knospe*, VSSR 2011, 233, 242 ff.; ferner *Zimmer*, WSI-Mitt. 2012, 50, 52 ff.

493 Studie des Rheinisch-Westfälisches Instituts für Wirtschaftsforschung von März 2013.

494 S. IAB-Kurzbericht, Bezahlter Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall: In der Praxis besteht Nachholbedarf bei Minijobbern, im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

495 Küttner Personalbuch-*Griese*, Geringfügige Beschäftigung Rn. 1 f.; *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 52 f.; *Knuth*, SozSich 2014, 435, 438; Bundesministerium, Bericht, S. 80; *Voss/Weinkopf*, WSI-Mitt. 2012, 5, 9 f.

496 *Knuth*, SozSich 2014, 435, 438.

Geringfügig Beschäftigten stehen – gleich Vollbeschäftigten – gesetzliche Urlaubsansprüche zu. Von etwaigen Urlaubsansprüchen aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, betrieblicher Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz abgesehen, muss ihnen also zumindest der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 BUrlG gewährt werden, wobei eine Entgeltfortzahlung während der Urlaubszeit stattzufinden hat (§ 1 BUrlG). Letztlich kann ein geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer damit ebenso viel Urlaub nehmen wie ein vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter. In der Praxis wird jedoch mehr als 41 % der Minijobber – und somit fast der Hälfte – ein bezahlter Urlaub nicht gewährt. Gut einem Viertel der Minijobber wird auch kein unbezahlter Urlaub gewährt.[497] Ähnlich verhält es sich mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder an Feiertagen (§ 2 EFZG), auch hier haben geringfügig Beschäftigte einen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung. Jeweils knapp 40 % der befragten Geringverdiener gaben auch hier an, von den entsprechenden Leistungen effektiv ausgeschlossen zu sein.[498] Durch das Vorenthalten gesetzlicher oder auch mancher tariflicher Regelungen können indes weitere Kostenersparnisse in nicht unbedeutender Menge erzielt werden. Auch wenn es sich hierbei um eine stillschweigende beiderseitige Toleranz offensichtlicher Gesetzesverstöße handelt (die auf Arbeitnehmerseite zum Teil wohl auch auf schlichter Unwissenheit bzgl. der eigenen Rechte beruht[499]), ist das Vorenthalten sozial- und arbeitsrechtlicher Rechte schlicht rechtswidrig.[500] Systematischen Rechtsbrüchen muss hier begegnet werden, z.B. mit effektiven Kontrollen.

2.2.6.4.2.7 Funktionswidriger Wandel zu einem Hinzuverdienstmodell durch Aufstockung mit Grundsicherung nach dem SGB II

Im Juli 2017 waren 379.761 Personen von insgesamt 1.074.438 abhängig erwerbstätigen Arbeitslosengeld II-Beziehern (sog. „Aufstockern“) – also mithin 35,35 % – ausschließlich geringfügig beschäftigt.[501]

---

497 *Bahmann/von den Driesch/Ehlert/u.a.*, Projektbericht, S. 47.

498 *Bahmann/von den Driesch/Ehlert/u.a.*, Projektbericht, S. 47.

499 Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008/2009, S. 324.

500 Küttner Personalbuch-*Griese*, Geringfügige Beschäftigung Rn. 2, 8 f.

501 *Statistik der Bundesagentur für Arbeit*, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, Februar 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&year_month=201710&year_month.GROUP=1&search=Suchen, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

Der Anteil von Minijobbern unter erwerbstätigen Beziehern von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ist auffallend hoch. Auch das gibt Anlass zu vermuten, dass geringfügige Beschäftigung von den Leistungsempfängern der Grundsicherung oftmals als Hinzuverdienst zum Bezug von ALG II gesehen wird. Dies machen die Hinzuverdienstvorschriften des § 11b Abs. 2, 3 SGB II möglich (s. 2.4.4.2.1). Es wird also nicht wie intendiert das Arbeitsentgelt aus dem Steueraufkommen aufgestockt, sondern es wird vielmehr das ALG II als steuerfinanzierte Transferleistung durch einen geringfügigen Hinzuverdienst aufgebessert. Die Abgabenprivilegierung wirkt letztlich als Anreiz für Kombilohnmodelle und hat damit negative Auswirkungen auf die gesamte Struktur des Arbeitsmarktes zu ungunsten der regulären Beschäftigung. Die eigentliche Intention ist ins Gegenteil verkehrt worden, wodurch eine Vermischung von Grundsicherung und Beschäftigung erfolgt, die existierende Lohnabstände fördert und letztlich zu einer Verkrustung des gesamten Arbeitsmarktes führt.[502] Auch dies ist sicherlich eine unerfreuliche Erscheinung in Anbetracht der arbeitsförderungsrechtlichen Zielsetzung.

2.2.7 Der Mindestlohn als unzureichende Lösung

Nach Einführung durch Art. 1 des Tarifautonomiestärkungsgesetzes vom 11. August 2014[503] gilt seit dem 1. Januar 2015 ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nach § 1 MiLoG i.H.v. (seit 1.1.2019) 9,19 €[504] je Zeitstunde nach dem MiLoG. Ebenso wie sonstige Teilzeit- und Vollzeitarbeitsverhältnisse sind auch geringfügige Beschäftigungsverhältnisse in vollem Umfang vom gesetzlichen Mindestlohn erfasst.[505] Für die Minijobber hat die Einführung des Mindestlohns besondere Bedeutung: Sie machen gut 34 % derjenigen aus, deren Vergütungsanspruch nach Einführung des Mindestlohns von ursprünglich 8,50 € gestiegen ist.[506]

---

503 BGBl. I S. 1348.

504 Zweite Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Zweite Mindestlohnanpassungsverordnung – MiLoV2) v. 13.11.2018, BGBl. I 1876. Nach dieser Verordnung wird der Mindestlohn zum 1.1.2020 auf 9,35 € angehoben werden.

505 Küttner Personalbuch-*Griese*, Geringfügige Beschäftigung Rn. 7.

506 WSI- *Pusch/Seifert*, Policy Brief, 01/2017, S. 2.

In der Tat galt der gesetzliche Mindestlohn als Hoffnungsträger auf dem Gebiet geringfügiger Beschäftigung. In der Praxis hilft er aktuellen Studien[507] zufolge allerdings nur beschränkt: Zwar wurde das Abwälzen der Sozialversicherungsbeiträge schwieriger, da zumindest im untersten Lohnsegment kein Spielraum für die Gestaltung des Stundenlohns mehr besteht. Dies gilt jedoch nicht für Tätigkeiten, die üblicherweise über dem gesetzlichen Mindestlohn entlohnt werden.[508] Darüber hinaus muss davon ausgegangen werden, dass neben dem Unterlaufen arbeitsrechtlicher Standards auch die rechtswidrige Vorenthaltung des gesetzlich zugesicherten Mindestlohns in der Praxis durchaus nicht unüblich ist.[509] So gibt es auf SOEP[510]-Daten und auf Auswertungen von PASS[511]-Daten beruhende Befunde des WSI, die bestätigen, dass in etwa zwei Fünftel der Fälle geringfügig Beschäftigte weniger als 7,50 € verdienen. Jeder Fünfte erhält sogar nur ein Entgelt unter 5,50 € pro Stunde.[512] Insbesondere in Beschäftigungsbranchen, in denen eine hohe Zahl an Minijobbern üblich ist, lag die Anzahl der Mindestlohn-Verstöße im Jahr 2015 hoch. Explizit betroffen sind hier das Gastgewerbe mit 75 % und der Einzelhandel mit 53,6 %.[513] Notwendig sind in diesen Bereichen also ganz evident geeignete Maßnahmen, die eine effektive Rechtsdurchsetzung – durch die Beschäftigten und ihre Beistände und durch wirksame staatliche Kontrollen – sicherstellen.

Insgesamt hilft das MiLoG vor allem aber nicht über die Anreizwirkung, die Geringfügigkeitsgrenze nicht zu überschreiten, hinweg. Wer sich legal verhält und die Grenze nicht überschreiten möchte, kann also nur über die Stundenzahl nachjustieren, wenn der Lohn den Mindestlohn nicht überschreitet. Gerade das Problem unzureichender Vorsorge im Alter kann man auf diese Weise daher nicht in den Griff bekommen.

---

507 WSI- *Pusch/Seifert*, Policy Brief, 01/2017; DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/November 2015, S. 11, 16.

508 Vgl. den Vorschlag von Griese/Preis/Kruchen, NZA 2013, 113 ff. zur Neuordnung der geringfügigen Beschäftigung.

509 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 11, 16; WSI- *Pusch/Seifert*, Policy Brief, 01/2017.

510 Sozio-ökonomisches Panel.

511 Panel Arbeitsmarkt und Soziale Sicherung.

512 WSI- *Pusch/Seifert*, Policy Brief, 01/2017, S. 3.

513 WSI- *Pusch/Seifert*, Policy Brief, 01/2017, S. 5.

2.2.8 Lösungsansätze bei Erhalt des Konzepts geringfügiger Beschäftigung

Der Gesetzgeber hat die Verdienstgrenze für geringfügige Beschäftigung in ihrer Entwicklungsgeschichte stetig nach oben hin ausgedehnt. Dabei liegt der Fokus immer wieder auf der Eindämmung bzw. Abschaffung geringfügiger Beschäftigung als solcher.

Der nachfolgende Abschnitt befasst sich in diesem Sinne mit möglichen Lösungsansätzen für die aufgezeigten Probleme und unternimmt den Versuch einer Evaluation. Ausgehend von den Überlegungen zum rechtspolitischen Leitbild (s.o. 2.2.3), das letztlich keine klare Aussage zur geringfügigen Beschäftigung enthält, indes der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, zu denen auch geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer gehören, entgegenwirken möchte und der Schaffung von Teilzeitarbeit im Arbeitgeberinteresse und im Arbeitnehmerinteresse dient, soll zunächst ein Blick auf die rechtspolitischen Stellschrauben bei Beibehaltung des bisherigen Konzepts geringfügiger Beschäftigung geworfen werden. Sofern dies nicht ausreicht, wäre im zweiten Schritt zu prüfen, ob an der gesetzlichen Konzeption der Geringfügigkeit etwas zu ändern oder diese aufzugeben ist.

2.2.8.1 Fachkräftesicherung durch Nutzung bestehender Qualifikationen und gezielte Qualifizierung

Um die vom Gesetzgeber intendierte Brückenfunktion in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu gewährleisten, ist es von herausragender Bedeutung, die Arbeitsmarktintegration geringfügig Beschäftigter durch berufliche Einstiegs- sowie Aufstiegsmöglichkeiten sicherzustellen. Dadurch kann zugleich dem Fachkräftemangel begegnet werden.

Die überwiegende Mehrheit der ausschließlich im Minijob beschäftigten Arbeitnehmer wünscht sich in der Tat eine Ausweitung der Arbeitszeit und eine damit einhergehende Erhöhung des Arbeitsentgeltes.[514] Darüber hinaus hat eine Arbeitsmarktanalyse des DGB von November 2015[515] ergeben, dass bei rund 2,5 Millionen Arbeitskräften mit beruflichem oder akademischem Abschluss zwischen 25 und 64 Jahren ein entsprechendes Potenzial bestehe. Die vorhandenen Qualifikationen sollten genutzt werden, bestehende Fachkräfteengpässe zu überwinden. Dazu ist es nötig, die Umwandlung geringfügiger Beschäfti-

514 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 13.
515 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 13.

gung in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse in den Fokus aller arbeitsmarktpolitischen Akteure zu rücken. Dies muss durch eine entsprechende Beratung sowohl von Arbeitgebern als auch von Arbeitnehmern durch die entsprechenden Stellen erfolgen.[516] Es müssen sodann vorhandene Qualifikationen der Beschäftigten mit Blick auf die Personalentwicklung eruiert werden. Dabei kann den Unternehmen eine etwaige Unterstützung angeboten werden. Überzeugen kann insoweit das Argument, dass eine allgemeine Zufriedenheit hinsichtlich der Arbeitsbedingungen positiven Einfluss auf die Arbeitsqualität haben kann. Diese wiederum sorgt voraussichtlich für eine engere Kundenbindung sowie für einen niedrigeren Krankenstand, verbunden mit geringerer Fluktuation.[517]

In einem zweiten Schritt muss nicht (mehr) vorhandenen Qualifikationen durch Ermöglichen des Zuganges zu aufstiegsmobilisierenden Weiterbildungsmaßnahmen seitens der Betriebe begegnet werden. Hier kann auf bereits existente Programme der Bundesagentur für Arbeit verwiesen werden.[518] Eine finanzielle Bezuschussung der entsprechend Beschäftigten während Phasen der Weiterbildung kann an dieser Stelle unterstützend wirken.[519]

2.2.8.2 Einbeziehung tariflicher Lösungsansätze zur sozialen Absicherung/staatliche Förderung

Für den besonders schwarzarbeitsanfälligen Bereich der geringfügigen Beschäftigung in Privathaushalten hat der DGB-Bundesvorstand das Konzept einer Bündelung solcher Arbeiten über Dienstleister entwickelt, bei dem die Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus Steuermitteln erstattet werden, dies aber abhängig von einer tarifgerechten Bezahlung der Beschäftigten.[520] Zu klären wäre freilich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen dieses Konzept nach den Maßstäben der sog. *Rüffert*-Entscheidung des

---

516 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 13.

517 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 13 f.

518 z.B. WeGebAU (Weiterbildung Geringqualifizierter und beschäftigter älterer Arbeitnehmer in Unternehmen) oder IFlaS (Initiative zur Flankierung des Strukturwandels).

519 DGB, arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015, S. 15.

520 Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand Berlin, 3. Mai 2016, „Arbeitsplatz Privathaushalt – Gute Arbeit ist möglich", S. 4, abrufbar unter: http://www.dgb.de/themen/++co++9d4ba176-15b6-11e6-8a54-52540023ef1a, (zuletzt geprüft am 16.2.2019) in Bezug auf Beschäftigung in Privathaushalten.

EuGH[521] mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Es hätte zumindest den Vorteil, einen starken schwarzarbeitsanfälligen Bereich in die Legalität zurückführen zu können. Das ist allerdings mit erheblichen Kosten für den Steuerzahler verbunden. Insoweit bedürfte es einer volkswirtschaftlichen Prognose, welche gesamtwirtschaftlichen Vorzüge dem gegenüberstünden. Diese kann an dieser Stelle allerdings nicht geleistet werden. Auch kann dieser Vorschlag die Problematik der geringfügigen Beschäftigungen nicht in Gänze lösen.

2.2.8.3 Altersvorsorgespezifische Lösungsansätze

Das deutsche Rentensystem ist erwerbsbezogen und stark am Äquivalenzprinzip orientiert (§§ 63 ff. SGB VI).[522] Das bedeutet, die Höhe der Rentenleistungen ist an die Erwerbsbiografie und zwar insbesondere an die Dauer der Beschäftigungszeit und die Höhe des Einkommens und somit die Höhe der Rentenbeitragszahlungen, geknüpft (§ 63 Abs. 1 SGB VI; näher u. 3.1).[523] Es gibt als Leistung der Sozialhilfe zwar eine Mindestsicherung im Alter, jedoch keine Altersgrundrente. Das bedeutet, dass diejenigen, deren Rente für den Lebensunterhalt nicht genügt, auf Sozialhilfe mit der Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse angewiesen sind. Geringfügige Beschäftigung führt im Alter in ihrer Folge daher oftmals zu Armutsrenten bei den in diesem Sektor Beschäftigten. Zudem sind die Kosten der Sozialhilfe anders als im Vorsorgesystem ausschließlich durch den Steuerzahler und nicht durch die Beitragszahler zu tragen.

Darauf bezogen existieren jedoch Lösungsansätze. So hat der Gesetzgeber mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz[524] auf einen Ausbau der betrieblichen Altersversorgung gesetzt. Zudem plant die Regierungskoalition eine sog. Grundrente, die zur Altersarmutsbekämpfung eine Mindestsicherung für langjährige Beitragszahler schaffen soll. Diese sollen indes, da sie nicht nur für Minijobber relevant sind, zusammenfassend im Kontext von diskontinuierlichen Erwerbsbiografien und von Phasen geringer Entlohnung erörtert werden (s.u. 3.3.2.7.2 und 3.5.4). Beide vermögen aber letztlich nicht, das Problem überzeugend nachhaltig zu lösen.

---

521 EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 – Rüffert.

522 *Buschoff*, G+S 1/2012, 60, 67.

523 *Buschoff*, G+S 1/2012, 60, 67.

524 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze v. 17.8.2017, BGBl. I 3214.

2.2.9 Lösungsansätze bei Abschaffung geringfügiger Beschäftigung

Die Reanimation sozialer Vorsorge kann nachhaltig nur gelingen, wenn die geringfügige Beschäftigung und mit ihr die Abgabenprivilegierung effektiv eingehegt werden.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass geringfügige Beschäftigung dazu führt, dass diejenigen Arbeitnehmer, für die die Beschäftigung nicht nur unbedeutendes Zubrot ist, sondern wesentlicher Teil der Erwerbsgrundlage, unzureichend sozialversicherungsrechtlich abgesichert sind. Immerhin wurde mit der letzten Reform die regelhafte Rentenversicherungspflicht eingeführt, allerdings mit der Möglichkeit der Beschäftigten, hieraus wieder hinaus zu optieren. Das bringt die zusätzliche Gefahr fehlender oder ungenügender Altersversorgung mit sich. Zudem ist geringfügige Beschäftigung häufig eine Niedriglohnbeschäftigung in dem Sinne, dass der Stundenlohn gering ist, weil einerseits die Geringfügigkeitsgrenze einen Lohnstopp bewirkt, andererseits Grundsicherungsleistungen „eingepreist" werden können. Soweit geringfügig Beschäftigte Versicherungsleistungen genießen, stehen dem häufig keine adäquaten Beiträge gegenüber. Alles dies legt die Überlegung nahe, den Ausschluss geringfügig Beschäftigter aus der Sozial- und Arbeitslosenversicherung abzuschaffen, zumal auch aus dem Ausland keine positiven Erfahrungen mit diesem Konzept bekannt geworden sind. Nicht ganz zu verwerfen ist allerdings der Gedanke einer Bagatellgrenze, die dann aber wohl deutlich geringer zu veranschlagen wäre (s.u. 2.2.9.4). Zu erwägen ist darüber hinaus der kluge Gedanke eines Lohnzuschlags zum Zwecke der Eigenvorsorge (s.u. 2.2.9.7), der mit dieser Bagatellgrenze kombiniert werden könnte.

2.2.9.1 Abschaffung der Abgabenprivilegierung der geringfügigen Beschäftigung im Nebenerwerb

Bislang wird eine geringfügige Beschäftigung neben einer nichtgeringfügigen Beschäftigung als eine Form der Nebenbeschäftigung durch Versicherungsfreiheit (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 SGB IV, §§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB V, 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI, weitergehend noch in der Arbeitslosenversicherung, wo nach § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III überhaupt keine Zusammenrechnung erfolgt) bzw. durch Befreiung von der Versicherungspflicht auf Antrag (§ 6 Abs. 1b Satz 1 und 3 SGB VI) privilegiert.

Es wäre denkbar, ausschließlich diese Privilegierung geringfügiger Beschäftigung im Nebenerwerb abzuschaffen. Eine solche erweist sich beschäftigungspolitisch ohnehin oftmals als kontraproduktiv, da sie de facto einer Verlängerung

der Arbeitszeit der bereits beschäftigten Personen gleichkommt und damit zumindest den Schutzzweck begrenzter tariflicher Arbeitszeiten für den Arbeitnehmer, zum Beispiel zu Regenerationszwecken und einer adäquaten Work-Life-Balance, konterkariert.[525] Zudem läuft sie darauf hinaus, dass Beschäftigte nur zu einem Teil ihrer Erwerbsbeschäftigung zur sozialen Vorsorge angehalten werden.

Im Ergebnis empfiehlt sich vor diesem Hintergrund eine Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungen.[526] Freilich muss man dabei bedenken, dass mit der Versicherungspflicht auch Leistungsansprüche korrespondieren müssen. Dies dürfte gerade in der Arbeitslosenversicherung erhebliche konzeptionelle Umstellungen mit sich bringen, da das Konzept der Teilarbeitslosigkeit bislang nicht auf der isolierten Betrachtung von Beschäftigungslosigkeit innerhalb eines bestimmten Beschäftigungsverhältnisses unabhängig von anderen Beschäftigungsverhältnissen beruht. Weniger Probleme dürfte dies in der Rentenversicherung bereiten, weil die geringfügige Beschäftigung zu höheren Entgeltpunkten führt. In der Krankenversicherung ist vorstellbar, dass Krankengeld isoliert für jede Beschäftigung in Voraussetzungen und Umfang geleistet wird. Sachleistungsansprüche würden ebenso wie in der Pflegeversicherung lediglich auf einer breiteren Beitragsbasis gewährt.

2.2.9.2 Aufrechterhaltung nur der Abgabenprivilegierung für geringfügige Beschäftigung im Nebenerwerb

Umgekehrt ließe sich erwägen, die Abgabenprivilegierung geringfügiger Beschäftigung auf Nebenerwerbsbeschäftigungen zu beschränken. Als Argument ließe sich anführen, dass eine ausreichende soziale Sicherung in der Hauptbeschäftigung gewährleistet sei. Allerdings würde dies zur Folge haben, dass nur ein Teil der Erwerbstätigkeit unter Versicherungsschutz stünde. Dies ist gerade im Hinblick auf die Alterssicherung problematisch. Auch unter der heutigen Lösung des möglichen opt-out aus der Rentenversicherungspflicht besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmer sich nicht ausreichend absichern. Für Leistungen, deren Umfang unabhängig von den Beiträgen bzw. dem versicherten Einkommen ist, hätte die Abgabenprivilegierung zudem zur Folge, dass auf Einnahmen zur Sozialversicherung verzichtet wird, die an sich anfallen würden. Beides erscheint sozialpolitisch verfehlt, will man nicht weiterhin der politischen Lyrik

---

525 *Wagner*, HBS-Bericht, Atypische Beschäftigung, S. 57; vgl. auch Keller/Seifert-*Bäcker*, Atypische Beschäftigung, S. 121.

526 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 40, 42.

anhängen, wonach geringfügige Beschäftigungen auf Arbeitsplätzen stattfinden, die es ohne die Abgabenprivilegierung nicht gegeben hätte (dazu sogleich u. 2.2.9.3).

Vor diesem Hintergrund ist auch eine Privilegierung geringfügiger Nebenbeschäftigungen im Privathaushalt nicht sinnvoll. Sie lässt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass anderenfalls ein Abdriften in Schwarzarbeit drohe. Vielmehr muss der Staat auf die effektive Durchsetzung des Gesetzesbefehls drängen, statt Rechtsnormen wegen Rechtsbruchs abzuschaffen. Der Einwand, die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) stehe effektiven Kontrollen entgegen, verfängt nicht. Im Gegenteil sollte eine effektive Kontrollmöglichkeit durch umfassende Aufzeichnungs- und Ausweispflichten ermöglicht werden, gegebenenfalls ergänzt um eine gesetzliche Vermutung der Beschäftigung bei Anwesenheit in einem Privathaushalt. Auf diese Weise könnte namentlich dem Phänomen nur teilweiser Schwarzarbeit bei angemeldeter Beschäftigung[527] begegnet werden.

2.2.9.3 Abschaffung der Abgabenprivilegierung

Noch weiter reichen würde das Konzept, jegliches Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit – in welch geringer Höhe auch immer (quasi „ab dem ersten Euro") – in vollem Umfang der Beitragspflicht in der Sozialversicherung zu unterwerfen und als steuerpflichtiges Einkommen zu behandeln. Dies bedeutet letztlich einen kompletten Wegfall der Mini- und Midijobs.[528] Eine ersatzlose Streichung der Abgabenprivilegierung wäre grundsätzlich durchaus ein empfehlenswertes Mittel, um die durch die geringfügige Beschäftigung entstandenen Defizite effektiv und nachhaltig zu beseitigen und der Intention einer nachhaltigen sozialen Absicherung der betroffenen abhängig Beschäftigten im Sinne des Sozialgesetzgebers nachzukommen. Vor allem würde der Gesetzgeber dadurch der eigenen Intention, Anreize für Teilzeitbeschäftigungen zu schaffen, viel besser gerecht werden. Das würde auch der heutigen Arbeitsmarktrealität viel besser entsprechen, die eben nicht mehr allein vom Vollzeitarbeitsverhältnis geprägt ist.[529] Das, was real keine Ausnahme mehr ist, vom

---

527 Vgl. *Knospe*, VSSR 2011, 223, 264.

528 Vgl. u.a. der DGB in arbeitsmarktaktuell, Nr. 09/ November 2015; *Griese*/*Preis*/*Kruchen*, NZA 2013, 113 ff; Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün*/*Voigt*, S. 158 f., Rn. 49; *Waltermann*, JZ 11/2012, 553 ff.; *Buschoff*, G+S 1/2012, 58, 67.

529 *Griese*/*Preis*/*Kruchen*, NZA 2013, 113, 119.

Sozialversicherungsschutz auszunehmen, bedeutet, den eigenen Anspruch umfassender sozialer Sicherung zu relativieren.

Als Konsequenz werden dem allerdings negative Beschäftigungseffekte entgegengehalten. Einerseits würden einige Arbeitgeber ihr Arbeitsangebot gänzlich einstellen, andererseits würden aufgrund der unattraktiveren Bedingungen auch viele marginal Beschäftigte – also Personen, die den Minijob als Zweitbeschäftigung ausüben – ihr Arbeitsangebot einstellen. Das führe sodann zu einem Rückgang der Arbeitsmarktpartizipation von ca. 91.000 Beschäftigten.[530] Die Erwartung, dass Arbeitgeber wegen fortfallender Anreizwirkung bestimmte Arbeitsplätze einfach wegfallen lassen, erscheint allerdings spekulativ. Der Umstand, dass die meisten anderen Länder offenbar keine Befürchtungen dieser Art hatten, legt insoweit jedenfalls Zurückhaltung nahe. Es hat sich zudem bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass entsprechende Euphorien nicht immer etwas mit der Wirklichkeit zu tun haben. So sei nur daran erinnert, dass die Einführung der sachgrundlosen Befristung seinerzeit mit der Erwartung der Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze verbunden war,[531] was sich empirisch später nicht belegen ließ.[532] Im Übrigen muss einem der Menschenverstand eigentlich sagen, dass Arbeitgeber in aller Regel Arbeitsplätze nicht einrichten, weil sie in arbeits- oder sozialrechtlicher Hinsicht besonders attraktiv sind, sondern weil ein entsprechender Tätigkeitsbedarf vorhanden ist. Insofern empfiehlt es sich zu Gelassenheit bei der Erwartung von Arbeitsplatzeinbußen. Das Argument wird sich nur dort als stichhaltig erweisen, wo die Einrichtung einer an sich verzichtbaren Arbeit betriebswirtschaftlich grenzwertig erschiene und dies durch die günstige sozialversicherungsrechtliche Behandlung einen Ausschlag zum Positiven erhält. Für all die Fälle, wo Arbeitgeber, wie teilweise befürchtet, einen Arbeitsplatz in mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse zerschlagen haben, wird dieses Argument überhaupt nicht stichhaltig sein.

Eingewendet wird weiter, der Zugang zu Sozialversicherungsleistungen mit pauschalem Charakter (wie die Kranken- oder Pflegeversicherung) bei Minimalbeiträgen sei zu versperren, um den auf Solidarität beruhenden sozialen Ausgleich nicht überzustrapazieren.[533] Hinter diesem Argument steckt die Überlegung, dass die Leistungen, die nicht bezogen auf das Arbeitsentgelt berechnet

---

530 Bertelsmann Stiftung, Minijobstudie 2012, S. 1.

531 Vgl. BT-Drs. 10/2102, S. 15 f.

532 *Hohendanner/Walwei*, WSI-Mitt. 2013, 239, 244 f.

533 Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008/2009, S. 324; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 42.

werden, auf diese Weise günstig „eingekauft“ werden können, besonders plastisch am vollen Krankenversicherungsschutz bei einem Beitrag auf Basis von beispielsweise 200 €. Die Finanzierung erfolgt dann letztlich durch den Solidarausgleich der Versichertengemeinschaft. Das Argument greift aber schon dann nicht mehr, wenn Leistungen wie beispielsweise Rente oder Arbeitslosengeld auf das monatliche Entgelt bezogen werden. Die entscheidende Frage ist letztlich, ob die Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in der Summe das Solidarprinzip übermäßig belastet. Das lässt sich aus juristischer Perspektive nicht eindeutig beantworten, sondern setzt versicherungsmathematische Überlegungen voraus, die hier nicht geleistet werden können. In Betracht gezogen werden sollte allerdings, dass die Solidargemeinschaft auch heute schon partiell Versicherungsschutz für geringfügig beschäftigte Personen mitfinanziert, etwa über die beitragsfreie Familienversicherung. Mit einer Herabsetzung bzw. Abschaffung der Geringfügigkeitsgrenze würde in diesem Kontext also immerhin erreicht werden, dass wenige Beiträge anstatt gar keine Beiträge für diese Leistungen gezahlt würden.[534]

Schließlich vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, auf diese Weise allein werde das Problem ertragsschwacher Arbeitsverhältnisse nicht gelöst, weil die geringfügige Vergütung als solche keinen hinreichenden Ertrag für eine genügende Altersvorsorge schaffe.[535] Denn dabei werden zwei fatale Mechanismen ausgeblendet: Zum einen entfiele der Anreiz, unterhalb der 450 €-Grenze zu bleiben, obwohl unter Umständen ein größerer Beschäftigungsbedarf für den Arbeitnehmer besteht. Zum anderen entfiele das Dilemma eines faktischen „Lohnstopps “ und damit einer vergleichsweise schlechteren Vergütungsentwicklung entgegen der Regelung des § 4 Abs. 1 TzBfG. Abgesehen davon entfiele der bislang bestehende Fehlanreiz, auf weitere geringfügige Teilzeitbeschäftigungen zur Vermeidung einer Zusammenrechnung nach § 8 Abs. 2 SGB IV zu verzichten.

534 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 121.
535 So *Spellbrink*, NZS 2010, 353, 355.

2.2.9.4 Versicherungspflicht mit Bagatellgrenze

Kritiker[536] einer Abschaffung der Geringfügigkeitsgrenze erwägen mit Blick auf Gelegenheitstätige die Notwendigkeit einer Bagatellgrenze, um Verwaltungsaufwand zu vermeiden.[537] Nun mag der Gedanke der Entbürokratisierung dem Allgemeinwohlbelang notwendiger sozialer Sicherung für Geringverdiener nicht ohne Weiteres mit Vorrang entgegengehalten werden. Andererseits wird es einen Bereich geben, in dem angesichts der geringen Beiträge kaum nennenswerte Leistungen zu erwarten sind, während andererseits Pauschalleistungen, die unabhängig von der Höhe der Beiträge bzw. des Entgelts geleistet werden, den Solidaritätsgedanken arg strapazieren können, wenn die Leistung fast beitragsfrei beansprucht werden kann. Nicht von ungefähr wurde bereits in der Vergangenheit das vermeintlich missbräuchliche Einkaufen von Krankenversicherungsschutz durch geringfügige Beschäftigungen diskutiert.

Insoweit scheint es durchaus gerechtfertigt, eine Bagatellgrenze einzuführen.[538] Wo diese versicherungsmathematisch zutreffend angesiedelt werden sollte, lässt sich aus juristischer Perspektive nicht beantworten. *Knospe* hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass sie deutlich unter 450 € liegen dürfte. Im Übrigen ist die Frage sicher für die verschiedenen Versicherungszweige unterschiedlich zu beantworten. Gleichwohl empfiehlt sich eine einheitlich Bagatellgrenze, um weitere Ausfransungen im Versicherungsschutz zu vermeiden. Dabei sollte die Grenze sehr niedrig liegen, um sich auf echte Bagatellfälle zu beschränken. *Griese/Preis/Kruchen* wollen sie bei 100,00 €[539], *Knospe* bei 200,00 €[540] veranschlagen. Ein Blick auf die Mindestbeitragsbemessung in der Rentenversicherung bei geringfügiger Beschäftigung in § 163 Abs. 8 SGB VI legt aber einen etwas großzügigeren Maßstab nahe,[541] wonach Beschäftigungen bis 175 € ausgenommen werden sollten. Demgegenüber scheint die Regelung des § 232a Abs. 1 Nr. 2 SGB V[542] (beitragspflichtige Einnahmen für Arbeitslosengeld II-Bezieher in der gesetzlichen Krankenversicherung) in ihrer jetzigen Ausgestaltung als zu großzügige Größe.

---

536 Vgl. Bertelsmann Stiftung, Minijobstudie 2012, S. 1 oder auch Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008/2009, S. 324.

537 Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008/2009, S. 324.

538 *Knospe*, VSSR 2011, 223, 271 ff.

539 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 120.

540 *Knospe*, VSSR 2011, 223, 276 ff.

541 So der Vorschlag bei *Knospe*, VSSR 2011, 223, 263.

542 So der Vorschlag *Knospes*, VSSR 2011, 223, 263, allerdings bei Geltung einer anderen Fassung der Norm.

Ein ähnlicher Effekt ließe sich sicherlich durch die Festlegung fiktiver Mindesteinnahmen erreichen.[543] Eine solche Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass dadurch zwar erreicht werden könnte, dass angemessene Beiträge für den Versicherungsschutz etwa bei der Krankenbehandlung gezahlt werden, dass andererseits aber eine übermäßige Versicherung in Bezug auf solche Leistungen abgefordert würde, die vom Versicherteneinkommen abhängen. Insoweit erscheint der hier vorgeschlagene Lohnzuschlag (s.u. 2.2.9.7) zur Ermöglichung privater Vorsorge vorzugswürdig.

Der an späterer Stelle noch zu diskutierende Lohnzuschlag zum Zwecke der Selbstvorsorge (s.u. 2.2.9.7) macht Pauschalbeiträge bei versicherungsfreien Bagatellbeschäftigungen entbehrlich. Der Arbeitgeber zieht insoweit keine Beitragsvorteile aus der Beschäftigung und die unterbleibende Versorgung des Arbeitnehmers wird durch den Lohnzuschlag ausgeglichen.

Letztlich erübrigen sich in diesen Zusammenhang auch Überlegungen zu einem Mindestbeitrag. Zwar kann durch Bagatellbeschäftigungen recht günstiger Versicherungsschutz gerade bei pauschalen Leistungen wie etwa der Krankenbehandlung verschafft werden. Es scheint aber letztlich konsequent, insoweit keine prohibitiven Mindestbeiträge vorzusehen. Denn die umstandslose Einbeziehung in das Versicherungssystem jenseits einer Bagatellgrenze rechtfertigt, dann auch die Beiträge an der Leistungsfähigkeit auszurichten und die betroffenen Geringverdiener am Solidarausgleich teilhaben zu lassen. Letztlich aber ist dies eine gesonderte Frage des Finanzierungssystems insgesamt, die im Falle der grundsätzlichen Versicherungspflicht für geringfügige Beschäftigungen auch anders beantwortet werden kann, ohne dass die grundsätzliche Versicherungspflicht damit infrage gestellt wäre.

Das Haushaltsscheckverfahren (§ 28a Abs. 7 f. SGB IV) erledigt sich eigentlich durch Abschaffung der geringfügigen Beschäftigung. Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch der administrative Aufwand der Meldepflicht nach § 28a Abs. 1 ff. SGB IV selbst bei grundsätzlicher Beitragsaufrichtigkeit des Arbeitgebers im Privathaushalt einen Fehlanreiz zur Schwarzarbeit setzen kann. Insoweit bliebe es durchaus sinnvoll, weiterhin die vereinfachte Meldung für Beschäftigungen im Privathaushalt bis zu einer bestimmten Größenordnung vorzusehen, die dann durchaus auch höher liegen kann als die bisherige Geringfügigkeitsgrenze von 450 €. Zu denken wäre etwa an die Grenze der bisherigen Gleitzone (850 €). Das ist etwas mehr als eine Beschäftigung von 20 Stun-

---

543 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 41 f.

den zum gesetzlichen Mindestlohn. Dies bliebe wohl gemerkt allein eine Verwaltungsvereinfachung, die Beitragspflicht und Versicherungsschutz nicht infrage stellt.

2.2.9.5 Zusammenrechnung mehrerer Bagatellbeschäftigungen sowie Arbeitszeitbegrenzung

Wenn man, wie hier vorgeschlagen, eine Bagatellgrenze einführt, die deutlich unterhalb der bisherigen 450 €-Grenze liegt, muss man sich vor Augen halten, dass es hier ohnehin nur um zusätzliche Beschäftigungen im ehrenamtlichen Bereich oder als Nebenbeschäftigung gehen kann, deren finanzieller Anreiz gering sein dürfte. Zudem zieht der gesetzliche Mindestlohn ohnehin eine unterste Grenze. Eine konsistente Sozial- und Arbeitsrechtspolitik kann nicht von der Vorstellung ausgehen, dass der arbeitsrechtlich als sozialpolitisch hinnehmbarer Mindestlohn definierte Bereich geringer Vergütung sozialrechtlich als verwerflicher Niedriglohn behandelt wird.

Damit eine Bagatellbeschäftigung allerdings nicht zu einem neuen Modell sozialversicherungsfreier geringfügiger Beschäftigung mutiert, empfiehlt sich, eine Bagatellbeschäftigung zwar nicht mit einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung zusammenzurechnen, wohl aber mehrere Bagatellbeschäftigungen zusammenzurechnen. Eine Ausnahme davon liegt nahe im Bereich von Ehrenämtern, von denen zu vermuten ist, dass sie nicht zum Zweck der Erwerbsbeschäftigung ausgeübt werden. Hier empfiehlt sich allerdings dann eine Stundengrenze, um eine verdeckte Erwerbsbeschäftigung auszuschließen. Als – gegriffene – Größe sei ein Umfang von maximal 20 Stunden pro Woche zur Diskussion gestellt. Das sollte dann ohne Ausnahmen gelten, auch etwa für Rentner.

2.2.9.6 Änderungen im Übergangsbereich

Beschäftigte im Übergangsbereich beziehen (nach der Rechtslage ab 1.7.2019[544]) ein monatliches Entgelt von 450,01 € bis 1.300,00 €. Wird der Schwellenwert von 450 € überschritten, besteht für den Beschäftigten innerhalb aller vier Sozialversicherungszweige sowohl Versicherungs- als auch Beitragspflicht.[545] Allerdings sind die Beiträge für den Beschäftigten gestaffelt und steigen damit – auf einem reduzierten, an der Höhe des Beschäftigungsentgelts ausgerichteten Bemes-

544 S.o. Fn. 3.

545 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 149, Rn. 17 f.

sungsentgelt – allmählich an.[546] Bei einem Einkommen von mehr als 1.300,00 € wird dann das reguläre Niveau erreicht. Damit soll ein seichter Übergang in die Beitragsbelastung gewährleistet werden.[547] Der Arbeitgeber trägt innerhalb der Gleitzone von vornherein die hälftige Beitragslast.

Auch bei Beschäftigung innerhalb der Gleitzone nach altem Recht ergaben sich Nachteile im Rentenversorgungsniveau, weil für die Anwartschaft nicht das tatsächliche Arbeitsentgelt, sondern nach § 70 Abs. 1 SGB VI das (reduzierte) Bemessungsentgelt zugrunde zu legen war. Am entsprechend verringerten Beitragssatz haben sich dann die für die Rentenzahlung entscheidenden Entgeltpunkte bemessen.[548] Dies wurde allerdings im Zuge des RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetzes[549] dahin korrigiert, dass Entgeltpunkte nunmehr gemäß § 70 Abs. 1a SGB VI im Übergangsbereich aus dem tatsächlichen Einkommen ermittelt werden.

An sich hat die Beitragsprivilegierung im Übergangsbereich für die Arbeitnehmer im Wesentlichen vergleichbare Anreizwirkungen wie die geringfügige Beschäftigung auch. Mithin spricht alles dafür, auch diese Regelung zu streichen.[550] Dies ist insbesondere konsequent, wenn man dem Vorschlag einer Streichung der Abgabenprivilegierung der geringfügigen Beschäftigung anhängt.

Alternativ zum hier vorgeschlagenen Konzept der Versicherungspflicht jenseits einer Bagatellgrenze haben *Griese/Preis/Kruchen* vorgeschlagen, ab einer Bagatellgrenze von 100 € bis zur Obergrenze 450,01 € ein sozialversicherungspflichtiges Nettoarbeitsverhältnis einzuführen, bei dem allein der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge zu tragen hat. Daran soll sich eine umgekehrte Gleitzone bis 850 € anschließen, in der sich der Arbeitgeber allmählich mit steigendem Gehalt von dieser erhöhten Beitragslast bei entsprechender steigender Beitragslast des Arbeitnehmers befreien kann.[551] Der Pferdefuß liegt allerdings darin, dass vermutlich ein ähnlicher „Einpreisungseffekt" wie derzeit, nur mit umgekehrten Vorzeichen, eintreten wird: Es steht zu befürchten, dass Arbeitgeber die erhöhte Beitragslast bei der Kalkulation der Stundenlöhne berücksichti-

---

546 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 117.

547 Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau-*Gün/Voigt*, S. 149, Rn. 17 f.; ausführlich zur Gleitzone *Rolfs*, NZA 2003, 65, 70 ff.

548 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 117.

549 Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz) v. 28.11.2018, BGBl. I 2016.

550 So insb. *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 42 f.

551 *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113, 120 f.

gen werden, was wiederum Fehlanreize in Richtung Niedriglöhne bedeutet. Angesichts der Zumutbarkeitsregelungen im Grundsicherungs- und Arbeitsförderungsrecht (§ 10 SGB II, § 140 SGB III) ist nicht zu erwarten, dass es Arbeitgebern aus ökonomischen Gründen unmöglich wird, in entsprechender Weise zu kalkulieren. Ob dann aber von der „umgekehrten Gleitzone" eine entsprechende Zugwirkung aus der Geringfügigkeit heraus, die vor allem durch Anreizwirkungen auf Arbeitgeberseite wirken soll, entstehen wird, ist zu bezweifeln.

Im Ergebnis dürfte bereits die Anreizwirkung zur Einrichtung von Bagatellbeschäftigungen gering sein, da sie schon angesichts des zwingenden gesetzlichen Mindestlohns keinen großen Umfang haben kann. Der Anreiz für Arbeitgeber, Arbeitsplätze in viele Bagatellbeschäftigungen zu zerschlagen, dürfte angesichts des marginalen Umfangs nicht besonders groß sein. Insoweit ist der Bedarf für weitere beitragsrechtliche Anreize als gering einzuschätzen. Dem verbleibenden Bedarf, Fehlanreize auf Arbeitgeberseite auszuschließen, lässt sich viel besser durch eine andere Variante Rechnung tragen, nämlich durch einen Selbstvorsorgezuschlag (dazu sogleich 2.2.9.7).

2.2.9.7 Lohnzuschlag zum Zwecke der Selbstvorsorge

Ein geringer Anreiz für Arbeitgeber, eine Bagatellbeschäftigung statt versicherungspflichtiger Beschäftigung anzubieten, folgt aus dem Fehlen einer Beitragspflicht. Im hier vorgeschlagenen Konzept gibt es aber keinerlei sozialpolitische Interessen, dass Arbeitgeber solche Beschäftigungen anbieten. Sie sind vielmehr nur deshalb versicherungsfrei konzipiert, weil es um die Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwandes geht, wobei auch Versicherungssystem und Versicherte Schutz davor verdienen, dass eine Zwangsversicherung besteht, der entweder keine adäquaten Leistungsansprüche entspringen oder die umgekehrt nicht durch adäquate Beitragszahlungen gestützt wird. Eine Entlastung für Arbeitgeber ist aus dieser Konzeption heraus aber nicht erstrebt. Im Gegenteil würde sich ein solcher Anreiz als Fehlanreiz darstellen, insoweit versicherungspflichtig Beschäftigte mit Bagatellbeschäftigten konkurrieren würden und ihnen die Verdrängung durch jene drohen würde.

Thüsing hat allerdings mit Recht im Zusammenhang mit der Abgabenprivilegierung darauf aufmerksam gemacht, dass dem Vorteil der Abgabenfreiheit geringfügig Beschäftigter mit dem fehlenden Versicherungsschutz auch ein gravierender Nachteil gegenüber steht, dem zur Herstellung von Ergebnisgleich-

heit Zuschläge entsprechend entgegengestellt werden können.[552] Dieser für tarifvertragliche Gestaltungen erwogene Gedanke ließe sich für eine gesetzliche Lösung bei Bagatellbeschäftigungen weiterführen.[553]

Um insoweit Anreize auszuschließen, bietet es sich an, ähnlich dem Beitragszuschuss in der Krankenversicherung bei Versicherungsfreiheit infolge Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 257 SGB V), den Arbeitgeber zur Zahlung eines Selbstvorsorgezuschlags gesetzlich zu verpflichten. Der Umstand, dass aus den genannten Gründen vom Vorsorgezwang abgesehen wird, bedeutet schließlich nicht, dass Bagatellbeschäftigte keinen Vorsorgebedarf hätten. Vielmehr ist konzeptionell davon auszugehen, dass Vorsorgebedarf hinsichtlich jedweder abhängigen Beschäftigung besteht. Insoweit liegt es nahe, die Beschäftigten mit den Mitteln auszustatten, die der Arbeitgeber sonst für die Sozialversicherung aufgewendet hätte, um ihnen die Möglichkeit zur privaten Vorsorge zu schaffen.

Auch bei Selbstständigen etwa vertraut der Gesetzgeber auf Eigenvorsorge und nicht darauf, dass überhaupt keine Vorsorge erfolgt. Ebenso wie bei den Selbstständigen bedarf es aber eines Nachjustierens, wenn die Beschäftigung nicht hinreicht, um in wirtschaftlicher Hinsicht fähig zu sein, Selbstvorsorge zu betreiben. Das ist beispielsweise in bestimmten Bereichen der Sozialversicherung, aber etwa auch im Heimarbeitsrecht geschehen. Gerade das Heimarbeitsrecht ist ein Beispiel, wo der Auftraggeber zur Finanzierung der Selbstvorsorge mit herangezogen wird. Im Sozialversicherungsrecht ist dies beispielsweise bei der Künstlersozialversicherung nach § 1 KSVG geschehen.

Diese private Vorsorge kann im bloßen Sparen liegen oder in der Zahlung von Versicherungsbeiträgen in der Privatversicherung. Der Zuschlag wäre in etwa in der Höhe anzusiedeln, in der der Arbeitgeber sonst die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung zu zahlen gehabt hätte, also bei 20 %.

Wir sind nicht so naiv, zu glauben, dass Arbeitgeber nicht auf die Idee kommen könnten, den Selbstvorsorgezuschlag „einzupreisen“, indem sie, ausgehend von einem bestimmten Bruttolohn, einfach einen Teil der Vergütung als den Zuschlag ausweisen. Das lässt sich an sich kaum vermeiden, findet allerdings eine

---

552 *Thüsing*, ZTR 2005, 118, 126 ff.

553 Die dort angestellten Erwägungen zum Umfang von Zuschlägen (*Thüsing*, ZTR 2005, 118, 126 ff.) lassen sich hierher aber nicht übertragen, weil es hier nicht um ein Fortdenken des bisherigen gesetzlichen Konzepts geringfügiger Beschäftigung geht, sondern um ein Konzept völliger Freistellung von der Versicherung im Bereich von Bagatellentlohnungen.

Grenze in zwingenden Mindestlöhnen. Wenn ein Selbstvorsorgezuschlag zusätzlich zum Bruttolohn geschuldet wird, ist ein solches „Einpreisen" immer dann nicht möglich, wenn dadurch der zwingende Mindestlohn unterschritten würde. Das hat Bedeutung vor allem im Niedriglohnbereich an der Grenze zum Mindestlohn sowie bei tarifvertraglichen Mindestlöhnen, die entweder kraft Tarifbindung nach §§ 3, 4 TVG bzw. § 5 TVG oder auf der Grundlage des AEntG geschuldet sind. Auch wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist, nicht indes der Arbeitnehmer, wird er im Zweifel auf der Grundlage einer Bezugnahmeklausel einen Bruttolohn versprechen und den Zuschlag zahlen, denn immerhin ist die Gesamtkostenlast nicht geringer als bei sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung und anderenfalls würde der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt bieten. Für die verbleibenden Fälle bleibt schließlich ein weiteres Korrektiv: Da der Lohn ohne Selbstvorsorgezuschlag der Bruttolohn ist, der nach § 611a Abs. 2 BGB geschuldet ist, ist richtigerweise hierauf bezogen die Frage zu stellen, ob es sich um eine sittenwidrige Vergütung handelt. Da die Rechtsprechung des BAG die Sittenwidrigkeit auf der Basis eines Vergleichs mit der üblichen Vergütung bezieht,[554] kann gerade bei vergleichsweise geringer Vergütung das „Kleinrechnen" des Bruttolohns aus Arbeitgebersicht problematisch werden, da die Grenzen schneller ausgeschöpft würden.

2.2.10 Zusammenfassung

Die geringfügige Beschäftigung kann letztlich als ein Arbeitsmarktinstrument eingeordnet werden, das in weiten Teilen Merkmale von Prekarität aufweist. Eine Existenzsicherung durch das Arbeitseinkommen ist regelmäßig weder zum Zeitpunkt der Erwerbstätigkeit noch im Alter möglich. Die Beschäftigungsverhältnisse konzentrieren sich auf Tätigkeitsfelder, in denen niedrige Stundenentgeltsätze ohnehin bezeichnend sind. Die Beschäftigungsstabilität der Minijobs ist im Ergebnis deutlich geringer als die der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse.[555]

Die ursprüngliche Zielvorstellung des Gesetzgebers, geringfügige Beschäftigung bilde eine Brücke in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse, kann bis heute nicht bestätigt werden.[556] Stattdessen sind im Hinblick auf

---

554 BAG 17.12.2014 – 5 AZR 663/13, NZA 2015, 608; BAG 16.5.2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974.

555 Keller/Seifert-*Bäcker*, Atypische Beschäftigung, S. 117.

556 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.

die beidseitig ausbleibenden Qualifizierungsbestrebungen von Arbeitgebern und -nehmern Fehlentwicklungen zu konstatieren.[557] Diese wiederum schließen ihrerseits eine Brücke in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse nahezu aus.

Frauen sind die signifikanten Adressaten der Nachteile geringfügiger Beschäftigung. Das tradierte Bild der Frau in der Rollenteilung der Geschlechter wird dabei weiter verfestigt, die gemäß Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Art. 157 AEUV und §§ 1 ff. AGG intendierte Gleichstellung von Mann und Frau am Arbeitsmarkt wird torpediert.[558]

Das Einkalkulieren der Abgabenprivilegierung bei der Entgeltberechnung im Rahmen von Vertragsausgestaltungen stellt ebenso wie das Setzen auf ergänzende Grundsicherungsleistungen ein Versagen der Steuerungsfunktion des Rechts dar. Das eigenständige Kreieren von derartigen Kombilohnmodellen hat dabei ökonomische Folgewirkungen im Sinne einer den Wettbewerb störenden Marktverzerrung. Diese wirkt sich im Folgenden auf Aspekte wie Personalplanung und Arbeitsmarktstruktur aus.[559]

Im Übrigen degeneriert die Praxis das Beschäftigungsmodell zu einem „Hinzuverdienstmodell", wobei die Grundsicherungsleistung aus Arbeitslosengeld II durch eine Hinzuverdienstmöglichkeit im Sinne des § 11 Abs. 2 SGB II aufgebessert und nicht – wie eigentlich vorgesehen – das (geringe) Arbeitsentgelt durch die Grundsicherungsleistung aufgestockt wird.[560]

Das Problem geringer Einkünfte in der Gegenwart wird im Hinblick auf Rentenauszahlungen bzw. Altersarmut langfristig zum Zukunftsproblem. Geringfügige Beschäftigung dient letztlich nicht lediglich als Zwischenschritt zum Übergang in ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, sondern setzt stattdessen Anreize, die eine Erwerbstätigkeit im Normalarbeitsverhältnis erschweren. Zur zielgerichteten Behebung dieser Fehlanreize kann hier letztlich im Ausgangspunkt dem Vorschlag des Gutachters bzw. dem Beschlussprotokoll des 68. Deutschen Juristentages im September 2010 gefolgt werden, die Abgabenprivilegierung gänzlich abzuschaffen, um Zukunftsproblemen über Vorsorge bereits im Ansatz zielgerichtet begegnen zu können.[561] Das

---

557 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.
558 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.
559 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.
560 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.
561 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 40 ff., 117; Beschlüsse des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, S. 5.

bedeutet auch, dass es in der Rentenversicherung keine Möglichkeit mehr geben darf, auf die Versicherungspflicht zu verzichten. Auch Nebenbeschäftigungen sollten nicht privilegiert werden, auch nicht solche im Haushalt. Vielmehr sollte der Gesetzgeber, statt dem Rechtsbruch zu weichen, auf eine effektive Rechtsdurchsetzung setzen.

Allerdings empfiehlt es sich, Bagatellbeschäftigungen im Umfang bis zu 175 € dennoch sozialversicherungsfrei zu stellen, wobei mehrere Bagatellbeschäftigungen, soweit es sich nicht um die Ausübung von Ehrenämtern handelt, zusammenzurechnen sind. Eine Zusammenrechnung sollte allerdings auch bei Ehrenämtern stattfinden, soweit diese mehr als 20 Stunden pro Woche ausmachen. Ergänzt werden sollte die Sozialversicherungsfreiheit von Bagatellbeschäftigungen durch einen Selbstvorsorgezuschlag als gesetzlichen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in Höhe von 20 %, damit für den Arbeitgeber jeglicher Anreiz zu Bagatellbeschäftigungen entfällt. Ob und in welcher Weise der Arbeitnehmer den Selbstvorsorgezuschlag tatsächlich zur Selbstvorsorge nutzt, bleibt ihm überlassen.

2.3 Befristung von Arbeitsverträgen

Olaf Deinert/Amélie Sutterer-Kipping

2.3.1 Politischer und rechtlicher Rahmen

2.3.1.1 Überblick

Das BGB in seiner ursprünglichen Form sah in § 620 das befristete Arbeitsverhältnis ohne weiteres als eine Möglichkeit eines Dienstvertrages vor. Dies war die Alternative zum kündbaren Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit, was insoweit nicht als Besonderheit anzusehen war, als es damals auch keinen Kündigungsschutz gab. In Zeiten materiellen Bestandsschutzes durch den Kündigungsschutz stellte sich aber die Frage einer Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages. Die Rechtsprechung reagierte damit darauf, dass sie die Wirksamkeit der Befristung von einem sachlichen Grund abhängig machte. Dazu schuf der Gesetzgeber 1985 mit dem BeschFG Ausnahmen. Beides, Sachgrunderfordernis wie Möglichkeiten sachgrundloser Befristungen, findet sich heute im TzBfG, mit dem unter anderem die europäische Befristungsrichtlinie 1999/70/EG umgesetzt wurde (zur Geschichte näher u. 2.3.1.5.).

2.3.1.2 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Art. 12 Abs. 1 GG fordert vom Staat im Sinne einer Schutzpflicht die Gewährleistung eines Mindestbestandsschutzes im Arbeitsverhältnis; die Berufsfreiheit und Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes umfasst auch das Recht, den einmal gewählten Arbeitsplatz nicht wieder zu verlieren. Die Schutzpflicht fordert, bei der Ausgestaltung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse dieses verfassungsrechtlich geschützte Interesse mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Arbeitgebers, im Rahmen seiner Berufsfreiheit darüber zu entscheiden, mit welchen Mitarbeitern er sein Unternehmen betreiben möchte, zu einem Ausgleich zu bringen.[562] Dieser Anforderung hat der Gesetzgeber durch Normierung von Grenzen für die Befristung des Arbeitsvertrages im Sinne des Erfordernisses sachlicher Gründe und der Begrenzung sachgrundloser Befristungen im Hinblick auf Dauer und Häufigkeit im TzBfG Rechnung getragen. Die Rechtsprechung des BAG geht davon aus, dass die sich so ergebende Rechtslage verfassungsgemäß ist.[563] Das entspricht der Rechtsprechung des BVerfG, wonach das Befristungsrecht die Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform für den Normalfall sichern soll und die sachgrundlose Befristung demgegenüber eine Öffnung für Arbeitslose in eine Beschäftigung hinein und als Brücke zur Dauerbeschäftigung darstellt.[564]

2.3.1.3 Gesetzgeberische Intention

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000 verfolgt gemäß seinem in § 1 niedergelegten Programmsatz den Zweck, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Befristungsvereinbarungen festzulegen und die Diskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu verhindern.[565] Anders als für die Teilzeitarbeit ergibt sich für die Befristung von Arbeitsverhältnissen aus dem Gesetzeswortlaut des § 1 TzBfG kein allgemeines Ziel.[566] Der Gesetzgeber möchte vielmehr einen gesetzlichen Ordnungsrahmen für die Befristung von Arbeitsverhältnissen schaffen.[567] Diesen hat er entsprechend den

---

562 BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 175 ff.

563 BAG 15.8.2012 – 7 ABR 184/11, NZA 2013, 45, Rn. 26; BAG 19.3.2014 – 7 AZR 828/12, NZA-RR 2014, 462, Rn. 27.

564 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 47.

565 *Sievers*, RdA 2004, 291.

566 Laux/Schlachter-*Schlachter*, § 1 Rn. 2.

567 Laux/Schlachter-*Schlachter*, § 1 Rn. 2.

inhaltlichen Vorgaben der europäischen Befristungsrichtlinie 1999/70/EG ausgestalten wollen.

2.3.1.4 Rechtspolitische Ziele

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen sollte vor allem neue Arbeitsplätze schaffen, indem Unternehmen statt durch Outsourcing oder Überstunden durch befristete Neueinstellungen auf unsichere und schwankende Auftragslagen flexibel reagieren und so wettbewerbsfähig bleiben. Schließlich wollte der Gesetzgeber durch die Befristung von Arbeitsverhältnissen die Chancen befristet Beschäftigter auf eine Dauerbeschäftigung verbessern. Die Befristung sollte als Brücke in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis münden.[568] Besonders deutlich wird die Intention der gesetzgeberischen Steuerung bei Betrachtung der historischen Entwicklung von befristeten Arbeitsverhältnissen und gesetzgeberischer Reaktion. Ob die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele mit den Mitteln des TzBfG erreicht wurden und erreicht werden können, ist kritisch zu hinterfragen.

2.3.1.5 Historie

Bis zur Umsetzung der Richtlinie 97/81/EG über Teilzeitarbeit (s.o. 2.1.1) und der Richtlinie 1999/70/EG[569] über befristete Arbeitsverträge im TzBfG gab es in Deutschland keine umfassende gesetzliche Regelung zur Befristung von Arbeitsverträgen.[570] Bis dahin galt als allgemeine gesetzliche Grundlage § 620 Abs. 1 BGB.[571] Das Arbeitsverhältnis endete nach dessen Abs. 1 ganz allgemein mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen war. Gleichsam wie einen Ausnahmefall regelte sodann Abs. 2 des früheren § 620 BGB, dass mangels Bestimmung der Dauer des Dienstverhältnisses jede Seite (unter Einhaltung der Kündigungsfrist) kündigen könne.

Mit dem Ausbau des allgemeinen Kündigungsschutzes in den 1920er Jahren entstand ein zunehmender Wertungswiderspruch zwischen Vertragsfreiheit einerseits und Bestandsschutz andererseits. Während die Anforderungen an eine wirksame Kündigung auf Seiten des Arbeitgebers stiegen, eröffnete die

---

568 Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 13, 14.

569 Amtl. Anm.: Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl.EG 1999 Nr. L 175 S. 43).

570 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Tillmanns*, § 14 TzBfG Rn. 1–4; *Koberski,* NZA 2005, 79.

571 *Ars/Teslau*, NZA 2006, 297; Boecken/Joussen-*Boecken,* § 14 Rn. 1.

Befristungsfreiheit die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis durch bloßen Zeitablauf und damit ohne materielle Prüfung eines Grundes zu beenden. Daher verlangte die Rechtsprechung frühzeitig eine inhaltliche Beschränkung der Befristungsfreiheit um eine Aushöhlung der Kündigungsvorschriften zu verhindern. So entwickelte bereits das Reichsarbeitsgericht die Theorie von der subjektiven Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften.[572]

Während das Reichsarbeitsgericht noch ausschließlich für Kettenarbeitsverhältnisse das Vorliegen einer Umgehungsabsicht prüfte, erstreckte der Große Senat des BAG in seinem Beschluss vom 12. Oktober 1960[573] seine Prüfung schon auf den ersten Arbeitsvertrag und verlangte vor dem Hintergrund des Bestandsschutzes und des Grundsatzes des Sozialstaats nunmehr das Vorliegen eines Sachgrundes für Befristungen, sofern für das Arbeitsverhältnis im Übrigen der Kündigungsschutz eingriff. Bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1954, in dem es um die Zulässigkeit sachgrundloser Kettenbefristungen ging, führte das BAG aus:

> *„Die vorl. gesetzlichen und tariflichen Kündigungsschutzbestimmungen stellen auf den Fall ab, daß ein Arbeitsverhältnis, das längere Zeit dauert, in die Rechtsform eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrages gekleidet ist und daß dieses Arbeitsverhältnis zu gegebener Zeit, durch die Kündigung sein Ende findet.* [...] *§ 1 Abs. 1 KSchG enthält von dem Grundsatz des sozialen Staates aus gesehen einen allgemeinen Rechtsgedanken. Der Arbeitnehmer hat durch die Dauer seiner Zugehörigkeit zum Betrieb und Unternehmen ein Recht auf die Arbeitsstelle erworben (Hueck, KSchG, 2. Aufl., § 1 Anm. 13).* [...] *Sofern daher die bei einer Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen vorgesehene Fristbestimmung im gegebenen Fall mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Bestandschutzes nicht vereinbar ist, verstößt sie gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nach § 134 BGB nichtig.“*[574]

Im Jahr 1960 äußerte sich sodann der Große Senat des BAG zu einfachen Befristungsabreden. Er führte insoweit aus:

> *„Dem Bilde der gesetzlichen Entwicklung des Kündigungsrechts und seiner Gestaltung durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Arbeitsleben läßt sich der grundsätzliche Zweck der Rechtsordnung entnehmen, dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu erhalten, das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers zu*

---

572 Erstmalig RAG 19.5.1928 – 90/28, ARS 3,3; vgl. ferner RAG 2.7.1932 – 186/32, ARS 16, 66; RAG 5.1.1938 – 181/37, ARS 32, 1744.

573 BAG, Beschluss vom 12.10.1960 – Gr. Senat 1/59 (3 AZR 65/56) = NJW 1961, 798.

574 BAG 21.10.1954 – 2 AZR 25/53, NJW 1955, 78, 79 f.

begrenzen und zwingend in bestimmten Formen zu regeln. [...] *Das formelle Recht, einen Arbeitsvertrag befristen zu können, muß seine innere Schranke darin finden, von ihm nur einen vernünftigen, sachlichen, den allgemeinen Zwecken der Rechtsordnung entsprechenden Gebrauch zu machen. Fehlt es daran, so kann sich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf die Befristung berufen [...].*"[575]

Nicht von der Befristungskontrolle erfasst waren schon früher Arbeitsverhältnisse innerhalb der ersten sechs Monate, während derer gemäß § 1 KSchG noch kein Kündigungsschutz eingreift, in Kleinbetrieben gemäß § 23 KSchG oder im Familienhaushalt.[576] Die vom BAG getroffenen Entscheidungen bedeuteten eine Abkehr von der bis dahin verfolgten Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und stellten damit eine Zäsur dar.[577] Nunmehr war eine Prüfung der Umgehungsabsicht oder bewussten Missachtung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften nicht mehr erforderlich. Geprüft wurde vielmehr, ob durch grundsätzlich zulässige Gestaltungsformen zwingendes Kündigungsschutzrecht ausgehebelt wurde. Diese objektive Funktionswidrigkeit der Befristung genügte grundsätzlich, um ihre Unwirksamkeit herbeizuführen.

Ab Mitte der 1980er Jahre wurde der Prüfungsumfang hingegen durch Spezialgesetze – das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen sowie das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in Weiterbildung – erweitert.[578]

Während der anhaltend hohen Massenarbeitslosigkeit erfolgte 1985 eine Kehrtwende: Statt der Einführung weiterer Restriktionen erleichterte der Gesetzgeber durch das BeschFG den Abschluss befristeter Arbeitsverträge.[579] Für die Neueinstellung von Arbeitnehmern oder bei der Übernahme von Auszubildenden im Anschluss an das Ausbildungsende ließ der Gesetzgeber befristete Arbeitsverhältnisse auch ohne Sachgrund für höchstens 18 Monate zu. Schließlich war bei Neugründung eines Unternehmens und bei Arbeitgebern, die nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigten, eine Erweiterung auf 24 Monate zulässig.[580]

---

575 BAG, Beschluss vom 12.10.1960 – Gr. Senat 1/59 (3 AZR 65/56), NJW 1961, 798, 799.

576 RAG 19.5.1928 – ARS 3, 3; vgl. ferner RAG 27.6.1928 – ARS 3, 114; RAG 9.4.1930 – ARS 9, 350; RAG 28.11.1930 – ARS 10, 549; RAG 10.9.1931 – ARS 13, 42; RAG 2.12.1936 – ARS 28, 343; RAG 5.1.1938 – ARS 32, 174; BAG 12.10.1960 – GS 1/59 – 3 AZR 65/5, AP Nr. 16 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag; Laux/Schlachter-*Schlachter*, § 14 Rn. 1.

577 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 8.

578 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 20.

579 *Löwisch*, NZA 1985, 478.

580 *Friedhofen/Weber*, NZA 1985, 337.

Folglich stellte das Beschäftigungsförderungsgesetz für solche Verträge eine Rückausnahme dar.[581]

Geprägt durch die Rechtsprechung des BAG und durch die bis dahin erlassene Bundesgesetzgebung wurden bei der Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG einige Grundsätze des BAG kodifiziert und einige Vorschriften aus dem BeschFG in das TzBfG aufgenommen.[582] Es gab allerdings auch ein paar wesentliche Änderungen. So ist der Befristungsschutz nicht mehr davon abhängig, ob dadurch das KSchG umgangen werden kann, sodass beispielsweise auch befristete Arbeitsverträge in Kleinbetrieben der Befristungskontrolle unterliegen. Auch wurde die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung, die bis dahin, wenn auch mehrfach verlängert, nur für einen Übergangszeitraum zulässig sein sollte, nun als dauerhaftes Instrument im Gesetz installiert.

Die Umsetzung der EU-Richtlinie über befristete Arbeitsverträge (RL 1999/70/EG) in deutsches Recht führte jedoch auch zu einem erneuten Paradigmenwechsel: Denn unbefristete Arbeitsverträge sollten laut Präambel der Rahmenvereinbarung der Sozialpartner über befristete Arbeitsverträge, die durch die RL 1999/70/EG für die Mitgliedstaaten verbindlich gemacht wurde, *„(…) die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses darstellen (…)"*. Entsprechend betont der EuGH bei der Auslegung der Rahmenvereinbarung, dass feste Beschäftigungsverhältnisse einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellen, während befristete Arbeitsverträge nur unter bestimmten Umständen den beiderseitigen Bedürfnissen der Vertragsparteien entsprechen können.[583] Der EuGH betont, dass die der Richtlinie zugrunde liegende Rahmenvereinbarung auf der Prämisse beruhe, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form der Beschäftigung seien.[584] Diese Konzeption hat der deutsche Gesetzgeber sich mit den Regelungen zur Befristung im TzBfG zu Eigen gemacht.[585] Sie wurde durch Änderung des § 620 BGB untermauert. Den bisherigen Abs. 1 (befristete Dienstverhältnisse) und 2 (unbefristete Dienstverhältnisse mit Kündigungsmöglichkeit) wurde ein dritter Absatz angefügt, der speziell für befristete Arbeitsverträge auf das TzBfG und damit namentlich auf dessen § 14, der die Zulässigkeit von Befristungsabreden regelt, verweist.

---

581 *Hromadka*, BB 2001, 621.

582 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 24.

583 EuGH 4.7.2006 – C-212/04, Slg. 2006 I-6057, Rn. 62 – Adeneler; EuGH 26.1.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135, Rn. 37 – Kücük.

584 EuGH 28.2.2018 – C-46/17, NZA 2018, 355, 39 – John.

585 BT-Drs. 14/4347, S. 12: „Normalfall der Beschäftigung".

Nach § 5 Nr. 1 lit. a–c der Sozialpartner-Rahmenvereinbarung haben die Mitgliedstaaten eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen zu ergreifen, um den Missbrauch durch aufeinanderfolgende Arbeitsverträge entgegenzuwirken: Sie sollen sachliche Gründe für die Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen verlangen, die maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge regeln oder die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge festlegen. Deutschland hat sich bei der Umsetzung der Richtlinie für eine alternative Kombination entschieden. Die Befristung bedarf danach eines Sachgrundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Fehlt es an einem Sachgrund, sind sachgrundlose Befristungen nur im Rahmen von Höchstfristen (§ 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG) möglich. Die Zahl sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge ist derzeit auf maximal vier beschränkt (§ 14 Abs. 2 TzBfG).

2.3.1.6 Zusammenfassung/Ergebnis

Unabhängig davon, wie hoch die rechtlichen Anforderungen an die Befristung sind, verdeutlichen Historie und gesetzgeberische Intention, dass stets das unbefristete Arbeitsverhältnis als Leitbild gilt.[586] Denn das Charakteristische an einem befristeten Arbeitsverhältnis ist, dass es mit Erreichen eines bestimmten Zweckes oder mit Ablauf einer bestimmten Zeit endet, ohne dass hierfür eine Mitwirkung der am Arbeitsvertrag Beteiligten erforderlich wäre, die den Kontroll- und Schutzmechanismen des Kündigungsschutzes unterliegt. Das unbefristete Arbeitsverhältnis soll den Ausgangspunkt und die Regel darstellen. Anfänglich die Rechtsprechung, später auch der Gesetzgeber sahen die Errungenschaften des sozialen Arbeitsrechts, besonders des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer, durch Befristungsabreden bedroht. Dort, wo der Arbeitnehmerschutz vor Kündigung durch Befristung unterlaufen zu werden drohte, sah man diese grundsätzlich als unwirksam an. Nationaler wie Unionsgsetzgeber wollen Arbeitnehmer vor einer Präkarisierung durch missbräuchlichen Einsatz von Befristungen schützen, indem Befristungen nur begrenzt zugelassen werden und sich damit als Ausnahmefall vom Normalfall des unbefristeten Vertrages erweisen. Deutlich wird der Ausnahmecharakter der Befristung durch die Formulierung in der Präambel der Rahmenvereinbarung der Sozialpartner über befristete Arbeitsverhältnisse zur RL 1999/70/EG, wonach „unbefristete Verträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern darstellen und weiter darstellen werden“.

---

586 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 47, 51, 53, 59, passim.

Erst in den 1980er Jahren sah der Gesetzgeber selbst in der Zulassung von Befristungsabreden ein Mittel zur Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und erhoffte sich eine Förderung der Gesamtbeschäftigung. Der Normzweck des Befristungsteils des TzBfG ist damit gleichsam gespalten: Regelfall ist der unbefristete Arbeitsvertrag. Der befristete Arbeitsvertrag erweist sich als zu diesem Leitbild im Widerspruch stehend. Er wird vom Gesetzgeber aber nicht nachhaltig bekämpft, sondern als Sonderform mit einer gewissen Berechtigung angesehen. Er soll Flexibilisierungsmöglichkeiten bieten und auch die Brücke in eine (Dauer-)Beschäftigung bilden können.

Dementsprechend kann man festhalten, dass auch befristete Beschäftigungsverhältnisse sozialpolitisch als erwünscht anzusehen sind, solange es sich nicht um die unerwünschten Formen handelt, die der Gesetzgeber durch die Zulässigkeitskriterien in § 14 TzBfG definiert hat. Es erschiene insoweit widersprüchlich, zulässig befristete Arbeitsverträge sozialrechtlich, in welcher Weise auch immer, negativ zu sanktionieren.

2.3.2 Arbeitsrechtliche Regelung und ihre Konsequenzen

2.3.2.1 Definition

Der Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers ist in § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG legaldefiniert. Befristet beschäftigt ist ein Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG liegt ein auf bestimmte Zeit geschlossener Arbeitsvertrag vor, wenn seine Dauer kalendermäßig bestimmt ist oder sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt. Der Gesetzeswortlaut ist missglückt, zutreffender sollte es lauten: „*Ein befristeter Arbeitsvertrag liegt vor, wenn der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrages bereits bei Vertragsschluss zwischen den Parteien feststeht, sei es durch Zeitbefristung oder Zweckbefristung.*“[587] Denn gerade bei zweckbefristeten Arbeitsverhältnissen ist die Dauer nicht zeitmäßig bestimmt. Das Arbeitsverhältnis soll vielmehr mit dem Eintritt eines von beiden Parteien als gewiss angesehenen, aber zeitlich noch ungewissen Ereignisses enden.[588] Nach *Dörner* ist

---

587 Laux/Schlachter-*Schlachter*, § 3 Rn. 9; KR-*Bader*, § 3 TzBfG Rn. 3; APS-*Backhaus*, § 3 TzBfG Rn. 2; MünchArbR Bd.2-*Wank*, § 103 Rn. 15.

588 BAG, 26.03.1986 – 7 AZR 599/84, AP BGB § 620 befristeter Arbeitsvertrag Nr. 103; APS-*Backhaus*, § 3 TzBfG Rn. 1–2.

dieser Widerspruch nur zu lösen, *„wenn das Wort ‚bestimmte' in Satz 1 wie ‚begrenzte' gelesen wird"*[589].

2.3.2.2 Zulässigkeit der Befristung

2.3.2.2.1 Sachgrundbefristungen

Befristungen sind – entsprechend der Logik der bisherigen Rechtsprechung, die an den Gesichtspunkt der Umgehung des Kündigungsschutzes knüpfte – zulässig, wenn es einen sachlichen Grund für die Befristung gibt. § 14 Abs. 1 TzBfG enthält dazu eine Aufzählung möglicher Sachgründe. Der wohl am häufigsten gewählte Grund für die Befristung von Arbeitsverhältnissen ist die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG. Die Aufzählung der Sachgründe ist nicht abschließend. Ein Beispiel für einen unbenannten Sachgrund einer Befristung ist die Fortsetzung eines Arbeitsvertrages im Interesse der personellen Kontinuität der betrieblichen Interessenvertretung.[590]

Kettenbefristungen in Vertretungsfällen sind verbreitet, namentlich im öffentlichen Dienst, und missbrauchsanfällig. Gleichwohl sind Befristungsketten auch bei anderen Befristungsarten denkbar, so z.B. bei Saisonarbeit und Auftragsspitzen.[591] Im Rahmen der Sachgrundbefristung in § 14 Abs. 1 TzBfG wird auf das reine Sachgrunderfordernis abgestellt. Der Gesetzgeber sieht keine zeitlichen oder zahlenmäßigen Höchstgrenzen vor. Liegen Sachgründe für eine Befristung vor, können grundsätzlich beliebig oft nacheinander befristete Arbeitsverhältnisse abgeschlossen werden.[592] Seit den 1980er Jahren wird bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen nur die Befristung des letzten Arbeitsvertrages auf ihre Rechtfertigung geprüft.[593] Diese ständige Rechtsprechung wird durch § 17 TzBfG untermauert, wonach das Arbeitsverhältnis als beendet gilt, wenn nicht binnen drei Wochen nach Vertragsende Klage erho-

589 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 36.
590 BAG 8.6.2016 – 7 AZR 467/14, NZA 2016, 1535.
591 *Kamanabrou*, NZA 2016, 385, 389.
592 *Kamanabrou*, EuZA 2012, 441, 443.
593 BAG 8.5.1985 – 7 AZR 191/84, NZA 1986, 569, 570; BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34; BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301, 302; *Kiel*, NZA Beilage 2016, 72, 82.

ben wird.[594] Deshalb bleibt für eine Kontrolle früherer Befristungsabreden kein Raum.[595]

Zum Teil werden solche Kettensachgrundbefristungen über Jahre bzw. Jahrzehnte hinweg substitutiv eingesetzt. Wie missbrauchsanfällig diese Regelung ist, zeigt sich insbesondere im Fall *Kücük* mit dem sich auch der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV befasste. In der *Kücük* Entscheidung war eine Gerichtsangestellte beim Amtsgericht Köln über elf Jahre in insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen durchgehend vom 2.7.1996 bis zum 31.12.2007 beschäftigt und vertrat jeweils Kolleginnen, die sich entweder in Elternzeit oder im tariflichen Sonderurlaub befanden.[596] Ausgehend vom Ziel der Richtlinie, Schutz vor missbräuchlichen Kettenbefristungen zu bieten, wies der EuGH darauf hin, dass der Einsatz von Kettenbefristungen für den ständigen und dauerhaften Bedarf nicht im Einklang mit der Prämisse der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge stehe.[597] Zugleich stellte der EuGH aber auch fest, dass ein vorübergehender Bedarf an Vertretungskräften grundsätzlich einen sachlichen Grund für die Befristung darstelle.[598] Wer bei ständigem Bedarf an Vertretungskräften wiederholt auf befristete statt auf unbefristete Arbeitsverhältnisse zurückgreife, handele nicht allein deshalb missbräuchlich. [599] Die Gerichte der Mitgliedstaaten seien vielmehr im Rahmen einer Missbrauchskontrolle dazu angehalten, stets alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, dazu gehöre auch die Zahl und die Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Verträge.[600]

Diese Entscheidung nahm das BAG zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zu korrigieren und die Befristungskontrolle um eine Missbrauchsprüfung nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) zu erweitern. Seither wird im Rahmen der Befristungskontrolle geprüft, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls rechtsmissbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreift.[601] Zur Bestimmung der

---

594 *Kamanabrou*, EuZA 2012, 442, 447; Meinel/Heyn/Herms-*Meinel*, § 14 TzBfG Rn. 37.

595 BAG 24.2.2016 – 7 AZR 182/14, NZA 949, 950; ErfK-*Müller-Glöge*, § 17 TzBfG Rn. 5a; *Kiel*, NZA Beilage 2016, 72, 82.

596 EuGH 26.1.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135.

597 EuGH 26.10.2012 – C-212/04, NZA 2012, 135, 137.

598 EuGH 26.10.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135, 137.

599 EuGH 26.10.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135, 138.

600 EuGH 26.10.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135, 138; *Kamanabrou*, EuZA 2012, 443.

601 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351, 1356; APS-*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 61g; *Schwarze*, RdA 2017, 302.

Schwelle einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung orientiert sich die Rechtsprechung an den gesetzlichen Wertungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG,[602] die insgesamt vier Befristungen (Arbeitsvertrag zuzüglich drei Verlängerungen) während zwei Jahren gestattet. Werden die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzwerte – sei es alternativ oder kumulativ – um ein Mehrfaches überschritten, hat nach Auffassung des BAG eine umfassende Missbrauchskontrolle zu erfolgen.

Mit seiner Entscheidung vom 26.10.2016 legte das BAG erstmals Richtwerte fest. Werden die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzwerte entweder alternativ um das Vierfache oder kumulativ um das Dreifache überschritten, ist nach Auffassung des BAG eine vertiefte Prüfung sämtlicher Umstände geboten, allerdings hängt es von weiteren, zunächst vom Arbeitnehmer vorzutragenden Umständen ab, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten anzunehmen ist (Gelbphase).[603] Unterhalb der vierfachen Überschreitung eines der beiden Grenzwerte oder der dreifachen Überschreitung beider in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzwerte sieht das BAG hingegen keinen gesteigerten Anlass zur Missbrauchskontrolle (Grünphase).[604] Erst wenn die Grenzwerte entweder alternativ um mehr als das Fünffache oder kumulativ um mehr als das Vierfache überschritten werden, kann ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert sein (Rotphase).[605] Aber selbst dann wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, die Annahme des indizierten Rechtsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften.[606]

2.3.2.2.2 Sachgrundlose Befristungen

Neben dem Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen unbefristetem und befristetem Arbeitsverhältnis lässt sich aus § 14 TzBfG ein weiteres Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen der Befristung mit Sachgrund und ohne Sachgrund entnehmen.[607] Wenn es an einem Sachgrund für die Befristung fehlt, kommt nur eine sachgrundlose Befristung in Betracht. Sie ist in den Grenzen des § 14 Abs. 2

---

602 BAG 18.7.2012 – 7 AZR 41/15, NZA 2012, 1351, 1357; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, 386; BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, 310.

603 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, 386; BAG 7.10.2015 – 7 AZR 944/13, NZA 2016, 354.

604 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, 386; BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, 310; *Kiel*, JBArbR 50 (2013), 25, 46; *Vom Stein*, NJW 2015, 369, 371.

605 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, 387.

606 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, 387.

607 APS-*Backhaus*, § 14 Rn. 13–14.

TzBfG zulässig. Danach dürfen sachgrundlose Befristungen maximal zwei Jahre dauern. Dauern sie kürzer, können sie durch Verlängerungen bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren ausgeweitet werden, wobei maximal drei Verlängerungen möglich sind. Die sachgrundlose Befristung ist allerdings nur zulässig, wenn zwischen den Parteien nicht zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dieses sogenannte Vorbeschäftigungsverbot hat das BAG einschränkend dahin ausgelegt, dass nur Beschäftigungen berücksichtigt werden, die nicht länger als drei Jahre zurückliegen.[608] Das BVerfG sah in dieser Auslegung durch das BAG allerdings eine Überschreitung der Grenzen vertretbarer richterlicher Gesetzesauslegung, weil diese sich erkennbar über den Willen des Gesetzgebers hinweggesetzt hat.[609] Gleichwohl hält das BVerfG eine einschränkende Auslegung bzw. (genauer:) teleologische Reduktion[610] des Vorbeschäftigungsverbotes im Hinblick auf seinen Zweck für möglich und nötig, wenn es nicht erforderlich ist, um Kettenbefristungen in Ausnutzung struktureller Unterlegenheit des Beschäftigten zu unterbinden, etwa bei sehr lange zurückliegenden Beschäftigungen von kurzer Dauer in Form geringfügiger Nebenbeschäftigungen während der Schulzeit, als Werkstudent oder nach einer beruflichen Neuorientierung.[611] Eine Karenzregelung nach dem Verständnis des BAG hielt das BVerfG indes im Wege der Auslegung für nicht gewinnbar.[612]

2.3.2.2.3 Sachgrundlose Befristungen bei Existenzgründung

Erleichterte sachgrundlose Befristungsmöglichkeiten ergeben sich für Neugründungen. Gemäß § 14 Abs. 2a TzBfG können neu gegründete Unternehmen in den ersten vier Jahren bei Beginn der selbstständigen Tätigkeit des Arbeitgebers einen kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag bis zur Dauer von vier Jahren ohne Vorliegen eines Sachgrundes abschließen. Bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalenderbefristeten Arbeitsvertrages zulässig.

---

608 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905.

609 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 71 ff.; dazu *Bayreuther*, NZA 2018, 905 ff.; *Lakies*, AuR 2018, 500 ff.

610 *Kamanabrou*, Anm. zu BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, JZ 2018, 879.

611 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 62 f.

612 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 87.

2.3.2.2.4 Erleichterte Befristung mit älteren Arbeitnehmern

Für ältere Arbeitnehmer gibt es ebenfalls erleichterte Befristungsmöglichkeiten in § 14 Abs. 3 TzBfG. Seitdem ist gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines Sachgrundes zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen ist, Transferarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem SGB II oder SGB III teilgenommen hat. Das Gesetz knüpft hier an Tatbestände, die typisiert die schlechteren Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmer erfassen sollen. Bis zur Gesamtdauer von fünf Jahren ist gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.

Durch die erleichterten Befristungsmöglichkeiten sollen die betroffenen Arbeitnehmer bessere Einstellungschancen erhalten. Die Regelung wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen[613] geschaffen, nachdem die mehr oder weniger voraussetzungs- und grenzenlose Befristungsmöglichkeit mit älteren Arbeitnehmern, wie sie der Vorgängerregelung zugrunde lag, vom EuGH[614] in der Rechtssache *Mangold* als Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung angesehen wurde. Das BAG zweifelt an der Vereinbarkeit auch der Neuregelung mit europäischem Recht, soweit es nicht um die erstmalige Befristung des Arbeitsvertrages mit einem älteren Arbeitnehmer geht, sondern weitere Befristungen dadurch ermöglicht werden.[615]

2.3.2.2.5 Altersgrenzen und befristete Vertagsverlängerungen

Soll das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden, handelt es sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine Höchstbefristung des Arbeitsvertrages, nicht etwa um eine auflösende Bedingung.[616] Dazu regelt § 41 Satz 2 SGB VI, dass die Vereinbarung einer solchen Altersgrenze auf einen Zeitpunkt vor Erreichen des Regelrentenalters als auf Erreichen dieses Regelrentenalters abgeschlossen gilt, wenn die Vereinbarung nicht in den letzten drei Jahren vor dem Beendigungszeitpunkt abgeschlossen oder bestätigt worden ist. Daraus

---

613 V. 19.4.2007, BGBl. I 538.
614 EuGH 22.11.2005 – C-144/04, AP Nr. 1 zu Richtlinie 2000/78/EG – Mangold.
615 BAG 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, DB 2014, 2475.
616 BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507, Rn. 37.

folgt im Umkehrschluss, dass die Bestimmung nicht verbietet, eine Altersgrenze auf das Erreichen des Regelrentenalters zu schließen. Eine solche mit der Altersgrenze verbundene Befristung ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich sachlich gerechtfertigt durch das Interesse des Arbeitgebers an einer berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung, das vor den Interessen des Arbeitnehmers am Fortbestand seines Arbeitsvertrages Vorrang hat mit Rücksicht auf dessen wirtschaftliche Absicherung nach Erreichen der Altersgrenze, zumal der Arbeitnehmer typischerweise bei Einstellungs- und Aufstiegschancen ebenfalls von entsprechenden Altersgrenzen für andere Arbeitnehmer profitiert (hat).[617] Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich auch nicht um eine nach der RL 2000/78/EG unzulässige Altersdiskriminierung im Hinblick auf das grundsätzliche Versorgungssystem mit Erreichen des Rentenalters.[618] Diese deshalb unionsrechtlich zulässige und in § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG vorgesehene Möglichkeit von Altersgrenzen besteht sowohl für Tarifverträge[619] als auch für Betriebsvereinbarungen[620], kirchliche Arbeitsrechtsregelungen[621] sowie durch AGB gestaltete Individualverträge[622]. Die Altersgrenze ist wirksam, unabhängig von der individuellen Vorsorgesituation des Arbeitnehmers.[623]

Soweit eine solche Altersgrenze im Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt, endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Erreichen der Altersgrenze. Die Vertragsparteien können gleichwohl ein Interesse daran haben, das Arbeitsverhältnis über die Altersgrenze hinaus fortzusetzen,[624] der Arbeitnehmer etwa mit Rücksicht auf eine (noch) geringe Rente oder aus beruflichen Interessen heraus, der Arbeitgeber z.B. zum Erhalt von Know-how im Unternehmen oder zur Einarbeitung von Nachfolgekräften. Eine solche Vertragsverlängerung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht in einem sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis möglich, da es sich um eine Anschlussbefristung handelt. Möglich ist daher

---

617 BAG 9.12.2015 – 7 AZR 68/14, NZA 2016, 695, Rn. 25 ff.; BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507, Rn. 39; zur Kritik m.w.N. zusammenfassend *Waltermann*, NJW 2018, 193, 195.

618 EuGH 12.10.2010 C-45/09, NZA 2010, 1167 – Rosenbladt; dazu *Joussen*, ZESAR 2011, 201 ff.

619 BAG 8.12.2010 – 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586.

620 BAG 7.11.1989 – GS 3/85, DB 1989, 2336; BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; BAG 21.2.2017 – 1 AZR 292/15, BB 2017, 1342.

621 BAG 12.6.2013 – 7 AZR 917/11, NZA 2013, 1428.

622 BAG 9.12.2015 – 7 AZR 68/14, NZA 2016, 695; BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507.

623 BAG 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37, Rn. 27 ff.

624 Zur Empirie von Rentnerbeschäftigungen *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108 ff.

nur eine Befristung mit sachlichem Grund gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG. Die Rechtsprechung stellt hieran allerdings strenge Anforderungen, insoweit sie einen Altersrentenanspruch des Arbeitnehmers sowie eine konkrete Personalplanung des Arbeitgebers im Hinblick auf die Neubesetzung des Arbeitsplatzes fordert.[625] Ist die Befristung unwirksam oder haben die Arbeitsvertragsparteien in Hinblick auf das Befristungsrecht von einer Befristung abgesehen, wird gegebenenfalls eine Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich, etwa wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erheblich nachlässt. Die Kündigung ist für den Arbeitnehmer zwar kein Problem, sehr wohl aber für den Arbeitgeber, soweit der Betrieb dem Anwendungsbereich des KSchG nach dessen § 23 unterfällt. Der Gesetzgeber hat aus diesem Grund mit dem Rentenversicherung-Leistungsverbesserungsgesetz[626] eine zusätzliche Regelung in § 41 Satz 3 SGB VI eingefügt, wonach die Arbeitsvertragsparteien während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben können. Allerdings scheint dies in der Praxis bislang noch auf wenig Interesse zu stoßen.[627]

Die Bestimmung erlaubt letztlich Tagelöhnerverträge in unbegrenzter Zahl mit älteren Arbeitnehmern. Nicht von ungefähr wurde die Vereinbarkeit u.a. mit dem Verbot der Altersdiskriminierung insoweit in Zweifel gezogen.[628] Der EuGH hält die Regelung allerdings auf Vorabentscheidungsersuchen des LAG Bremen[629] für vereinbar mit der Richtlinie 2000/78/EG wie auch mit der Befristungsrichtlinie, und zwar deshalb, weil der Arbeitnehmer die Wahl zwischen Rentenbezug und Fortsetzungsvereinbarung hat.[630] Die Argumentation ist allerdings wenig überzeugend. Zwar ist die Situation der Entscheidung für den Arbeitnehmer komfortabler als für einen Arbeitnehmer, der noch nicht am Ende seines Berufslebens steht. Gleichwohl handelt es sich um die Zulassung von Befristungsvereinbarungen ohne eine der Beschränkungen (Sachgrund, Befristungsdauer oder Befristungshäufigkeit), die von der durch die Befristungsrichtlinie verbindlich gemachten Sozialpartnervereinbarung gefordert sind.[631] Selbst

---

625 BAG 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, NZA 2015, 1066.

626 Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungsgesetz) v. 23.6.2014, BGBl. I 787.

627 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 111.

628 *Bader*, NZA 2014, 749, 752; *Waltermann*, RdA 2015, 343; *ders*., NJW 2018, 193, 197 f.; a.A. *Bayreuther*, NZA Beilage 3/2015, 84, 87.

629 LAG Bremen 23.11.2016 – 3 Sa 78/16, NZA-RR 2017, 290.

630 EuGH 28.2.2018 – C-46/17, NZA 2018, 355 – John.

631 Krit. Auch *Waltermann*, AuR 2018, 346, 347; ferner, allerdings noch vor der EuGH-Entscheidung, *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 82.

wenn man aber in dem Interesse einer begrenzten Weiterarbeit einen Sachgrund erblicken wollte, bliebe die Problematik, dass es letztlich an jeder Begrenzung im Hinblick auf Missbrauchsgefahren fehlt.[632] Was das Thema einer Altersdiskriminierung angeht, bleibt nach wie vor der Einwand, dass das sozialpolitische Ziel einer Altersgrenze durch deren beliebiges Hinausschieben relativiert wird[633]. Die Entscheidung setzt aber nun ungeachtet der Kritik einen vorläufigen Höhepunkt der Debatte. Denn das BAG hat die Bestimmungen im Nachgang – wenig überraschend – als verfassungs- und unionsrechtskonform angesehen.[634]

2.3.2.3 Reformpläne der Großen Koalition für die 19. Legislaturperiode

Der Koalitionsvertrag der Großen Koalition für die 19. Legislaturperiode[635] sieht wesentliche Maßnahmen zur Änderung des Befristungsrechts vor.[636] Diese sind freilich erheblicher Kritik seitens der Arbeitgeber ausgesetzt (s.u. 2.3.4.4.2.1).

Kettenbefristungen über fünf Jahre hinaus (unter Einbeziehung von Leiharbeitsnehmern, die in den letzten drei Jahren entliehen wurden) sollen künftig nicht mehr möglich sein. Damit wird der Rechtsprechung des BAG (s.o. 2.3.2.2.1) zum institutionellen Rechtsmissbrauch bei wiederholten Sachgrundbefristungen Rechnung getragen. Die Maßstäbe werden aber künftig strengere sein als die vom BAG in richterlicher Rechtsfortbildung in Orientierung an § 14 Abs. 2 TzBfG definierten Grenzen.

Auch das Anschlussbefristungsverbot soll dadurch möglicherweise – zumindest partiell – eine neue Gestalt bekommen. Eine Befristung soll grundsätzlich unzulässig sein, wenn zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden hat oder haben. Eine Ausnahmeregelung soll allerdings beim Sachgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses, etwa für Künstler und Fußballer, geschaffen werden.

---

632 *Kiel*, NZA Beilage 2/2016, 72, 81; vgl. auch *Waltermann*, NJW 2018, 193, 197.
633 Vgl. *Bader*, NZA 2014, 749, 752.
634 BAG 19.12.2018 – 7 AZR 70/17.
635 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 52.
636 Dazu *Kleinebrink*, DB 2018, 1147.

Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten sollen nur noch maximal 2,5 % der Belegschaft mit sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen beschäftigen, bei Überschreitung der Quote führt jede sachgrundlose Befristung zum Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.[637]

Für alle Arbeitsverhältnisse, also unabhängig von der Unternehmensgröße, soll künftig gelten, dass sachgrundlose Befristungen nur noch bis zur Maximaldauer von 18 Monaten möglich sind. Innerhalb dieses Zeitrahmens soll auch maximal nur noch eine Verlängerung zulässig sein.

2.3.2.4 Empirische Bedeutung

Die befristete Beschäftigung hat in den letzten 20 Jahren an Bedeutung gewonnen. 2017 waren laut Statistischem Bundesamt 8,3 % der Arbeitnehmer ab 25 Jahren in Deutschland befristet beschäftigt.[638] Zu berücksichtigen ist aber, dass der Indikator nicht das gesamte Ausmaß befristeter Beschäftigung erfasst, da jüngere Arbeitnehmer, bei denen die Befristungsquote deutlich höher liegt (vgl. u. 2.3.2.4.4), unberücksichtigt bleiben, da unter 25-Jährige nicht erfasst wurden.

Während sich der Trend zu mehr befristeten Arbeitsverhältnissen in den 1990er Jahren vor allem bei Frauen zeigte, ist in den letzten 20 Jahren die Befristungsquote auch bei Männern stark gestiegen. Der Unterschied in der Art der Beschäftigung zwischen den Geschlechtern ist in Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern nur noch marginal. 2017 waren 8,4 % der Frauen in befristeten Arbeitsverhältnissen, während es 8,1 % der Männer waren.[639]

Bei 56,5 % der befristeten Arbeitsverhältnisse betrug die Laufzeit 2017 weniger als ein Jahr. 21,2 % der Befragten gaben an, einen Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren zu haben. Weitere 11,9 % besaßen einen Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit von zwei bis drei Jahren und weitere 10,4 % einen Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als drei Jahren.[640]

---

637 Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bei *Stoffels,* Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung.

638 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 (zuletzt geprüft am 24.1.2019).

639 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 (zuletzt geprüft am 24.1.2019).

640 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 (zuletzt geprüft 24.1.2019).

Laut Statistischem Bundesamt liegt Deutschland mit einer Befristungsquote von 8,3 % 2017 unterhalb des EU-Durchschnitts von 11,4 %. Angeführt wird die europäische Statistik zur Befristung von Arbeitsverhältnissen von Polen mit einer Quote von 22,7 % und Spanien mit einer Quote von 23,7 %.[641]

Die Befristungsquote unter 10 % erweckt zunächst den Eindruck, dass Befristungen als solche kein Massenphänomen darstellen und nicht zu einer Erosion unbefristeter Normalverhältnisse führen.[642] Die Entwicklung des Anteils befristeter Verträge an allen Neueinstellungen macht jedoch deutlich, dass sie in der betrieblichen Personalpolitik eine weitaus größere Rolle spielen: Der Anteil befristeter Neueinstellungen stieg zwischen 2001 und 2012 von 32 auf 44 %.[643] Die Frage ist nun, ob die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele durch die Befristung von Arbeitsverhältnissen tatsächlich erreicht wurden.

Hierzu ist zunächst ein Blick auf die Entwicklung der befristeten Arbeitsverhältnisse, der Arbeitslosenquote sowie auf die Entwicklung der Normalarbeitsverhältnisse unumgänglich. Ob Unternehmen befristete Arbeitsverträge komplementär oder substitutiv zu Normalarbeitsverhältnissen einsetzen, lässt sich schwer feststellen. Erkenntnisse lassen sich jedoch aus der Korrelation zwischen der Anzahl der abgeschlossenen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnisse sowie der Anzahl der Arbeitslosen ableiten.

2.3.2.4.1 Entwicklung der befristeten Beschäftigung seit 1985

Erstmals mit Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes stieg die Zahl der befristeten Arbeitsverträge aufgrund der erleichterten Befristung drastisch. 1985 betrug die Befristungsquote in Westdeutschland noch 5,4 %.[644] Im Jahr 1997 hatten in Gesamtdeutschland 6,5 % aller Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis, 1999 waren es bereits 7,4 %.[645] Nach Angaben des Mikrozensus befanden sich 2008 2,7 von den 30,7 Millionen abhängig Beschäftigten in einem befristeten Arbeitsverhältnis. Dies entspricht einer Befristungsquote von

641 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 (zuletzt geprüft am 24.1.2019).

642 *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 14/2010, 2.

643 *Hohendanner*, Befristete Beschäftigung – Aktuelle Zahlen aus dem IAB-Betriebspanel 2012, Stand Juni 2013, 2, 3; *Lakies*, ArbRAktuell 2013, 459; *Deinert*, RdA 2014, 65, 67.

644 BT-Drs.14/4374, S. 12 unter Bezugnahme auf IAB-Auswertung des Mikrozensus (doku.iab.de/mittab/1987/1987_3mittab_rudolph.pdf).

645 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019), Meinel/Heyn/Herms-*Herms*, Einl. Rn. 12.

8,9 %.[646] Nach leichten Rückgängen in den Jahren 2012 (8,6 %) und 2013 (8,3 %) stieg die Befristungsquote zuletzt erneut an und erreichte im Jahr 2016 einen Wert von 8,5 % und 2017 wieder einen Wert von 8,3 %.[647]

2.3.2.4.2 Entwicklung der Arbeitslosigkeit

Deutschland hatte 1985 mit einer Arbeitslosenquote von 9,3 % zu kämpfen. Bis 1992 ging die Arbeitslosenquote auf 7,7 % (2,98 Millionen Arbeitslose) zurück und stieg dann ab 1993 stetig an. 1997 betrug die Arbeitslosenquote 11,4 % (4,38 Millionen Arbeitslose) und 2005 11,7 % (4,86 Millionen Arbeitslose). Anschließend nahm sie bis 2015 schrittweise ab. 2008 betrug die Arbeitslosenquote 7,8 % (3,26 Millionen Arbeitslose) und für 2016 nunmehr 6,1 % (2,7 Millionen Arbeitslose).[648] Der Anteil der Langzeitarbeitslosen an allen Arbeitslosen ist seit 2009 gestiegen und lag 2017 bei 35,6 %.[649]

2.3.2.4.3 Entwicklung der Normalarbeitsverhältnisse

Zwischen den Jahren 2000 und 2014 ist die Zahl der Normalarbeitsverhältnisse[650] von 80 % im Jahr 2000 auf 76 % im Jahr 2014 gesunken. In Deutschland gab es im Jahr 2000 29,862 Millionen abhängig Beschäftigte, davon 23,850 Millionen Normalarbeitnehmer/innen. 6,01 Millionen waren atypisch beschäftigt[651], darunter 2,265 Millionen in befristeten Arbeitsverhältnissen. Im Jahr 2017 gab es

---

646 www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2010_03b/2010_03Beschaeftigung.html
https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2010_03b/2010_03Beschaeftigung.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

647 www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

648 www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/LangeReihen/Arbeitsmarkt/lrarb002.html

649 https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Langzeitarbeitslosigkeit.pdf S. 6, 7 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

650 Für die Berechnung der Normalarbeitnehmerinnen und Normalarbeitnehmer werden nach dem statistischen Bundesamt Personen mit einem Beschäftigungsverhältnis, das in Vollzeit und unbefristet ausgeübt wird und die direkt in dem Unternehmen arbeiten, mit dem ein Arbeitsvertrag besteht, ermittelt.

651 Ergebnisse zu atypischen Beschäftigungsformen beziehen sich – in Abgrenzung vom Normalarbeitsverhältnis – auf Teilzeitbeschäftigungen mit 20 oder weniger Arbeitsstunden pro Woche, geringfügige Beschäftigungen, befristete Beschäftigungen sowie Zeitarbeitsverhältnisse.

33,475 Millionen abhängig Beschäftigte, davon 25,757 Millionen Normalarbeitnehmer und 7,718 atypisch Beschäftigte, darunter 2,550 Millionen in befristeten Arbeitsverhältnissen.[652]

2.3.2.4.4 Betroffene Arbeitnehmer

Auffallend ist zunächst, dass vor allem jüngere Arbeitnehmer befristet beschäftigt sind. In der Altersgruppe der 25 bis 34-jährigen abhängig Beschäftigten waren für das Jahr 2017 18,1 % befristet beschäftigt. In der Altersgruppe der 35 bis 44-jährigen abhängig Beschäftigten waren es 7,9 %. Mit zunehmendem Alter nahm die Befristungsquote ab. Im Alter zwischen 45 bis 54 Jahren betrug die Befristungsquote 4,6 bei den 55 bis 64-jährigen wurden 3,4 % erreicht.[653]

Befristungen gehen zunächst von den Betrieben aus. Jeder dritte befristete Arbeitsvertrag wird von Beschäftigten eingegangen, die sich eigentlich eine Dauereinstellung wünschen. 2014 gaben 39 % der befristet Beschäftigten an, ein befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen zu haben, weil sie vergeblich eine Festanstellung suchten.[654] Daraus dürfte aber kaum der umgekehrte Schluss gezogen werden, dass in zwei von drei Fällen die Arbeitnehmer eine Befristung wünschen. Sehr viel plausibler erscheint, dass Arbeitnehmer in vielen Fällen die Befristung als unvermeidbar ansehen und sich daher von vornherein auf eine Befristung einzulassen bereit sind.

Auffällig ist ferner, dass die Häufigkeit der befristeten Arbeitsverhältnisse eng mit der Betriebsgröße zusammenhängt. So lag der Anteil befristeter Neueinstellungen in Kleinbetrieben mit bis zu zehn Beschäftigten bei 21 %, während in Großbetrieben mit mehr als 250 Beschäftigten 59 % der Neueinstellungen befristet erfolgten.[655] Anreize, in Betrieben mit bis zu zehn Beschäftigten befristete Arbeitsverträge abzuschließen, sind sehr gering, da bei Kleinbetrieben ohnehin

---

652 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2015, Kapitel 13 S. 352, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/StatistischesJahrbuch2015.pdf?__blob=publicationFile, (zuletzt geprüft am 16.02.2019).

653 https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 (zuletzt geprüft am 24.1.2019).

654 Statistisches Bundesamt, Broschüre Arbeitsmarkt auf einen Blick, S. 52, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/ErwerbstaetigeBroeschuereArbeitsmarktBlick0010022169004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 16.2.2019); *Hohendanner/Gerner*, Die Übernahme befristet Beschäftigter im Kontext betrieblicher Personalpolitik, in Soziale Welt 1/2010, S. 29.

655 *Hohendanner*, Befristete Beschäftigung – Aktuelle Zahlen aus IAB-Betriebspanel 2012, 6.

nur der nach der Rechtsprechung des BVerfG[656] verfassungsrechtlich gebotene Mindestbestandsschutz im Arbeitsverhältnis außerhalb des KSchG („Kündigungsschutz light“) zur Anwendung kommt[657]. Besondere Bedeutung kommt dabei den zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138 und 242 BGB zu. Die Entlassungskosten sind dementsprechend geringer. Großbetriebe haben hingegen aufgrund der betriebsgrößenspezifischen Schwellenwerte im Arbeitsrecht und der Mitwirkung des Betriebsrats ein größeres Interesse an befristeten Arbeitsverhältnissen.

2.3.2.4.5 Bewertung

Bis Anfang der 2000er Jahre nahmen die Arbeitslosenquote und die Quote befristeter Arbeitsverträge gleichgerichtet zu. Entgegen dem erwarteten Trend, dass die Erhöhung von befristeten Arbeitsverhältnissen zu einer Senkung der Arbeitslosigkeit führen würde, nahm diese zunächst im Gleichlauf mit der Befristung zu. Erst ab 2005 nahm die Arbeitslosenquote bei gleichzeitigem Anstieg der befristeten Arbeitsverhältnisse ab. Die Befristungsquote erreichte 2008 mit 8,9 % ihren Höhepunkt, während die Arbeitslosenquote auf 7,8 % sank.

Zwischen den Jahren 2000 und 2011 ist die Zahl der Normalarbeitsverhältnisse von 80 % auf 74 % gesunken, zugleich ist der Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen 2001 und 2011 von 6,8 % auf 8,9 % gestiegen. Dies legt den Schluss nahe, dass befristete Arbeitsverhältnisse substitutiv eingesetzt werden, unbefristete Arbeitsverhältnisse als Gestaltungselement also teilweise verdrängt haben, anstatt zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen. Für einen Substitutionseffekt spricht ferner die Entwicklung der Übernahmequote nach einer Befristung. Im ersten Halbjahr 2017 wurden 42,3 % der befristet eingestellten Arbeitnehmer übernommen, weitere 32,1 % erhielten eine Verlängerung, waren also weiterhin nur befristet beschäftigt und 24,9 % der Arbeitsverhältnisse wurden beendet.[658] Dies deutet des Weiteren darauf hin, dass die Befristung als solche weniger eine Brücken- als vielmehr eine Drehtürfunktion einnimmt, denn de facto werden mehr als die Hälfte der befristeten Arbeitsverhältnisse befristet fortgesetzt oder laufen schließlich mit Abgang aus dem Betrieb aus.

---

656 BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169.

657 Vgl. dazu *Däubler*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2017, § 242 BGB Rn. 23 ff.

658 *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 16/2018, 5.

2.3.2.5 Auswirkungen

2.3.2.5.1 Ausschalten des Kündigungsschutzes

2.3.2.5.1.1 Allgemeiner Kündigungsschutz

Die Befristung führt zu einer Vermeidung des Kündigungsschutzes. Das Arbeitsverhältnis wird ohne weitere Mitwirkung der Beteiligten und ohne Prüfung der sozialen Rechtfertigung entweder durch Zeitablauf oder durch Zweckerreichung beendet. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes trägt dem von Verfassung wegen geforderten Mindestmaß an Bestandsschutz Rechnung, indem der Kündigungsschutz nicht missbräuchlich auf diese Weise unterlaufen werden kann.

Soweit sachgrundlose Befristungen zulässig sind, bedeutet dies allerdings, dass der Bestandsschutz relativiert wird. Gerechtfertigt wird diese Beschränkung des Bestandsschutzes mit einer angeblich beschäftigungshemmenden Wirkung des strengen Kündigungsschutzes. Jedoch lässt sich eine solche ökonomisch hindernde Wirkung auf das Einstellungsverhalten von Arbeitgebern nicht belegen.[659] Empirische Studien widerlegen im Gegenteil eine Korrelation zwischen Kündigungsschutz und Einstellungsverhalten.[660] Maßgebliches Entscheidungskriterium für Neueinstellungen sind die konjunkturelle Lage und die Entwicklung des Betriebes.[661] Schließlich fallen auch die durch das KSchG entstandenen Entlastungskosten gering aus. Eine durch das WSI in der Hans-Böckler-Stiftung in Zusammenarbeit mit TNS Infratest Sozialforschung durchgeführte Befragung im Jahr 2008 ergab, dass lediglich 12 % aller Arbeitgeberkündigungen vor Gericht angefochten werden und nur 16 % der gekündigten Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindungszahlung erhalten.[662] Insoweit ist zu konstatieren, dass zwischen politischer Wahrnehmung und betrieblicher Praxis des Kündigungsschutzes eine Diskrepanz besteht. Auf die Frage, wie die Zukunft des gesetzlichen Kündigungsschutzes aussehen solle, gaben im Jahr 2006 48 % der Befragten im Alter von 20 bis 60 Jahren an, dass sie

---

659 *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts, die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz, S. 35.

660 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, S. 42; *Bauer/Bender/Bonin*, IAB-Kurzbericht 15/2004, 1-4.

661 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, S. 42.

662 *Gensicke/Pfarr/Tschersich/Ullmann/Zeibig*, AuR 12/2008, 431, 436, 437.

den bestehenden Kündigungsschutz behalten wollen. 19 % von ihnen sprachen sich sogar für einen Ausbau aus.[663] Die Zahl unter den Arbeitslosen war noch größer, 31 % der Arbeitslosen verlangten einen Ausbau des Kündigungsschutzes.[664]

2.3.2.5.1.2 Besonderer Kündigungsschutz

Zudem bewirkt die Befristung von Arbeitsverhältnissen bisweilen auch eine Umgehung des besonderen Kündigungsschutzes. Neben dem allgemeinen KSchG existieren zahlreiche gesetzliche und tarifliche Kündigungsschutzregelungen, die einzelnen Personengruppen aufgrund bestimmter personenbezogener Umstände einen besonderen Schutz vor dem Arbeitsplatzverlust vermitteln.

2.3.2.5.1.2.1 Betriebs-und Personalräte und andere Amts- und Funktionsträger der Betriebsverfassung und Personalvertretung gemäß § 15 KSchG

Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die ordentliche Kündigung von Betriebs- und Personalräten und anderen Amts- und Funktionsträgern der Betriebsverfassung und Personalvertretung unzulässig. Dieser Schutz wirkt für einen bestimmten Zeitraum auch nach der Amtszeit bzw. nach der Wahlphase fort. Während der Amtszeit bzw. Wahlphase unterliegt auch die außerordentliche Kündigung erhöhten Anforderungen. Entweder holt der Arbeitgeber die Zustimmung der jeweiligen Arbeitnehmervertretung oder bei ihrer Verweigerung die zustimmungsersetzende gerichtliche Entscheidung nach § 103 BetrVG ein. Die Vorschrift soll den störungsfreien Arbeitsablauf der Gremien sichern, indem diese für die Dauer ihrer Wahlperiode möglichst unverändert erhalten bleiben.[665] Schließlich wird durch den besonderen Kündigungsschutz die Unabhängigkeit der geschützten Personen garantiert, die ohne Angst vor einer Kündigung in der Sache entscheiden sollen.[666] Der besondere Kündigungsschutz schützt jedoch nur vor Kündigungen. Eine vor der Amtszeit wirksam vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses bleibt durch eine nachfolgende Betriebswahl unberührt.[667] Dies gilt auch für die Fälle der sachgrundlosen Befristung

---

663 Böcklerimpuls, Sicherheit erwünscht, 11/2006, 6.
664 Böcklerimpuls, Sicherheit erwünscht, 11/2006, 6.
665 BAG 17.2.1983 – 2 AZR 481/81, NJW 1983, 1927, 1927; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Appel/Wankel*, § 81 Rn. 1; APS-*Linck*, § 15 KSchG Rn. 1–5.
666 BT-Drs. VI/1786 S. 60.
667 MüKoBGB-*Hergenröder*, § 15 KSchG Rn. 79–80.

von Betriebsratsmitgliedern nach § 14 Abs. 2 TzBfG.[668] Zwar fordert die Informations- und Konsultationsrichtlinie 2002/14/EG[669], dass Personalmaßnahmen des Arbeitgebers darauf überprüft und gegebenenfalls sanktioniert werden können, ob bzw. wenn sie ihren Grund in der Eigenschaft als Arbeitnehmervertreter oder in der Ausübung dieser Funktion haben.[670] Die Rechtsprechung des BAG verlangt daher zu Recht, § 78 Satz 2 BetrVG dahin auszulegen, dass der Bestimmung nur ausreichend Rechnung getragen ist, wenn auszuschließen ist, dass die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages etwas mit der Ausübung des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes zu tun hat.[671] Bei benachteiligendem Nichtabschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages besteht daher ein Schadensersatzanspruch auf Grundlage von § 280 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags, ohne dass § 15 Abs. 6 AGG dem in analoger Anwendung entgegengehalten werden könnte.[672] Erfolgt eine Verlängerung eines Arbeitsvertrages nur wegen der Betriebsratstätigkeit befristet, so ist die Befristung nach § 78 BetrVG unwirksam.[673] Allerdings lässt sich ein solcher Nachweis des Bezuges einer benachteiligenden Personalmaßnahme zum Betriebsratsamt nur durch Indizien führen.[674] Insoweit können Arbeitnehmer überhaupt nicht sicher sein, dass die Entscheidung über die Fortsetzung eines befristeten Arbeitsvertrages ohne Rücksicht auf ein betriebsverfassungsrechtliches Amt erfolgt. Dies führt im Ergebnis vermutlich dazu, dass sich Arbeitnehmer aus Angst vor einer Nichtverlängerung ihres Vertrags auch nicht zur Wahl als Betriebsrat aufstellen lassen. Die Wahrnehmung von übertragenen Rechten setzt zugleich auch immer einen ausreichenden Bestandsschutz voraus. Nicht ohne Grund ist die ordentliche Kündigung von Betriebsräten unzulässig und unterliegt die außerordentliche Kündigung erhöhten Anforderungen.

---

668 BAG 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, AP Nr. 102 zu § 14 TzBfG mit zust. Anm. *Kaiser* = NZA 2013, 515.

669 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 80/29.

670 EuGH 11.2.2010 – C-405/08, NZA 2010, 286, Rn. 59 – Ingeniørforeningen i Danmark.

671 BAG 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515, Rn. 47.

672 BAG 25.6.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209; *Kohte*, FS Wank, S. 245, 250; insg. DDZ-*Deinert*, § 15 KSchG Rn. 42.

673 BAG 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515, Rn. 47.

674 Dazu vgl. BAG 25.6.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209, Rn. 25 ff., insb. Rn 39.

2.3.2.5.1.2.2 Mutterschutz gemäß § 9 MuSchG

Auch der in § 17 MuSchG als Kündigungsverbot mit behördlichem Erlaubnisvorbehalt ausgestaltete Sonderkündigungsschutz kann durch die Befristung umgangen werden.[675] Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn der Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung von der Schwangerschaft oder Entbindung oder zwei Wochen nach Zugang der Kündigung Kenntnis hatte. Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet aber auch in diesem Fall gemäß § 15 Abs. 1, 2 TzBfG entweder durch Zeitablauf oder Zweckerreichung, ohne dass es einer Kündigung bedarf.[676] Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, das Arbeitsverhältnis wegen der Schwangerschaft zu verlängern.[677] Folglich genießt die betroffene Arbeitnehmerin, die während eines befristeten Arbeitsverhältnisses schwanger geworden ist, keinen Bestandsschutz gegen das Auslaufen der Befristung.[678] So ist etwa denkbar, dass ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis zunächst bei Einstellung auf sechs Monate sachgrundlos befristet und später um sechs Monate verlängert, sofern keine Schwangerschaft vorliegt. Diese Verlängerungsmöglichkeit besteht innerhalb der ersten zwei Jahre drei Mal. Dies hat zur Folge, dass der Mutterschutz bewusst ausgehöhlt werden kann. Frauen, die schwanger sind oder Kinder betreuen, werden durch den Einsatz sachgrundloser Befristungen offensichtlich schlechter gestellt. Die Gefahr besteht, dass die höchstpersönliche Entscheidung beim Kinderwunsch, die durch § 17 MuSchG geschützt wird, allein wegen der Besorgnis, dass es nicht zu einer sonst möglichen Vertragsverlängerung kommt, im Sinne eines zumindest vorübergehenden Verzichts auf Kinder getroffen wird. Rechtlich gesehen wäre es zwar eine unzulässige Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn der Arbeitgeber wegen der Schwangerschaft davon absieht, den Arbeitsvertrag mit der Schwangeren zu verlängern.[679] Die Berufung des Arbeitgebers auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses wäre daher unzu-

---

675 *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24.

676 BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/56, NZJW 1961, 798, 800; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Bantle*, § 110 Rn. 203; *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24, 30; *Lembke*, NJW 2006, 325, 329.

677 APS-*Rolfs*, § 9 MuSchG Rn. 64.

678 BAG 21.12.1957 – 2 AZR 61/55, AP MuSchG § 9 Nr. 12; BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59, AP BGB § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16; *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24, 30; *Lembke*, NJW 2006, 325, 329.

679 EuGH 4.10.2001 – C-109/00, NZA 2001, 1241 – Tele Danmark; vgl. auch BAG 16.3.1989 – 2 AZR 325/88, NZA 1989, 719; NK-GA-*Boecken*, § 9 MuSchG Rn. 43.

lässig.[680] Ebenso wenig wie bei der Verweigerung der Fortsetzung eines befristeten Arbeitsvertrages wegen Betriebsratstätigkeit steht § 15 Abs. 6 AGG analog dem entgegen.[681] Freilich stellt sich ebenso wie bei der unterlassenen Verlängerung eines Arbeitsvertrages wegen Betriebsratstätigkeit das Problem des Nachweises der Kausalität. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass Befristungen den Sonderkündigungsschutz aushöhlen können.

2.3.2.5.1.2.3 Elternzeit gemäß § 18 BEEG

Schließlich wird auch der Sonderkündigungsschutz für Elternzeitberechtigte ausgehöhlt. Gemäß § 18 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen. Es handelt sich hierbei ebenfalls um ein Kündigungsverbot unter Erlaubnisvorbehalt.[682] Der Sonderkündigungsschutz für Elternzeitberechtigte soll jedem Elternteil die Möglichkeit geben, an der Betreuung und Erziehung des Kindes in der ersten Lebensphase teilzunehmen.[683] Dieser Sonderkündigungsschutz bezieht sich jedoch nur auf Kündigungen des Arbeitgebers. Jede andere Form der Beendigung des Arbeitsvertrages ist hiervon nicht erfasst. § 18 steht daher dem Auslaufen des Vertrags aufgrund einer wirksamen Befristung nicht entgegen.[684] Folglich entfällt der Bestandsschutz und die Risiken der Elternschaft werden einseitig den Eltern aufgebürdet. Dies wirkt sich auch negativ auf die Lebensplanung aus, indem die Elternschaft als solche aufgeschoben oder sogar auf sie verzichtet wird.[685]

Im Falle der Nichtverlängerung eines Arbeitsvertrages wegen der Elternzeit wird es sich um eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts handeln. In diesem Sinne geht das BVerfG von einer faktischen Benachteiligung wegen des Geschlechts aus, wenn die Rechtsprechung zum Massenentlassungsschutz sondergeschützte Arbeitnehmer in bestimmten Konstellationen davon ausnimmt, weil Elternzeit in evident höherem Maße von Frauen als von Männern in Anspruch genommen wird.[686] § 15 Abs. 2 Satz 6 BEEG, wonach der Anspruch auf Elternzeit vertraglich nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, wird vom BAG dahin interpretiert, dass auch solche arbeitsrechtli-

---

680 Vgl. KR-*Gallner*, § 17 MuSchG Rn. 219.
681 A.A. wohl KR-*Gallner*, § 17 MuSchG Rn. 219.
682 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Reinecke/Velikova*, § 18 BEEG Rn. 2.
683 BT-Drs. 10/3792, S. 20.
684 NK-GA-*Osnabrügge*, § 18 BEEG Rn. 18.
685 *Klammer/Leiber,* WSI-Mitt. 5/2006, 289.
686 BVerfG 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939, Rn. 23.

chen Regelungen unzulässig sind, die sich auf die arbeitsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers vor oder nach der Elternzeit, sei es auch nur mittelbar, nachteilig auswirken. In seiner Auslegung im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG soll die Bestimmung ausschließen, dass die Freiheit des Arbeitnehmers, sich für Elternzeit zu entscheiden, beeinträchtigt wird.[687] Ebenso wie bei der Nichtverlängerung eines Arbeitsvertrages wegen Schwangerschaft wird man daher davon ausgehen müssen, dass der Arbeitgeber sich nicht auf die unterlassene Verlängerung des Arbeitsvertrages berufen kann, wenn dies wegen der Elternzeit geschah.[688] Hier wie dort wird es aber im Allgemeinen nicht ganz einfach sein, den Nachweis der Kausalität anzutreten. Auch hier können befristete Arbeitsverträge letztlich den Sonderkündigungsschutz aushöhlen bzw. können sie dazu führen, dass der Anspruch auf Elternzeit von Arbeitnehmern nicht genutzt wird, weil sie keinen effektiven Schutz vor Benachteiligungen genießen.

2.3.2.5.1.2.4 Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte gemäß § 168 SGB IX

Ebenfalls betroffen ist der Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte. Nach § 168 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Für die Befristung des Arbeitsverhältnisses ist jedoch keine Zustimmung des Integrationsamtes notwendig.[689] Wird das Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG befristet, endet dieses ohne Kündigung zum vereinbarten Zeitpunkt, auch wenn die Anerkennung als Schwerbehinderter im Laufe des befristeten Arbeitsverhältnisses erfolgt. Dies gilt gleichfalls für die Fälle der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2, 3 TzBfG.

2.3.2.5.2 Verlängerung der gesetzlichen Probezeit von sechs Monaten zur Personalrekrutierung

Auswertungen des IAB-Betriebspanels im Jahr 2010 über die Befristungspraxis ergaben, dass 24 % der Arbeitgeber den Abschluss befristeter Arbeitsverträge für die Beurteilung der Eignung für Festanstellungen einsetzen. 22 % nutzen den Abschluss befristeter Arbeitsverträge, um der wirtschaftlich unsicheren Entwicklung zu begegnen. 20 % gaben als Grund für den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse einen zeitlich begrenzten Ersatzbedarf an, 18 % der Befrag-

687 BAG 12.4.2016 – 6 AZR 731/13, NZA 2016, 833, Rn. 18.
688 So wohl auch i.E. KR-*Bader*, § 18 BEEG Rn. 72.
689 FKS-*Schmitz*, § 85 Rn. 21 f.

ten nannten als Grund den zusätzlichen Bedarf für begrenzte Zeit und 8 % zeitlich begrenzte Finanzierungsmöglichkeiten.[690]

Für die Beurteilung der Eignung für eine Festanstellung sieht der Gesetzgeber jedoch bereits eine sechsmonatige Probezeit vor. Innerhalb dieses Zeitraums findet das KSchG nach dessen § 1 Abs. 1 keine Anwendung. Zudem kann während einer vereinbarten längstens sechsmonatigen Probezeit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach § 622 Abs. 3 BGB mit einer verkürzten Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Die sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG führt im Ergebnis also in vielen Fällen schlicht zu einer Verlängerung der gesetzlichen Probezeit.

Das ist auch unter einem anderen Blickwinkel problematisch. Denn immerhin kann die Erprobung des Arbeitnehmers auch einen sachlichen Grund gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG darstellen. Die Dauer des befristeten Probearbeitsverhältnisses erlaubt Rückschlüsse auf das Vorliegen des Sachgrundes der Erprobung.[691] Die Erprobungszeit darf dabei aber im Allgemeinen in Orientierung an den gesetzlichen Wertmaßstäben der § 1 Abs. 1 KSchG, § 622 BGB nicht länger als sechs Monate dauern. Nur in Ausnahmefällen kommt eine längere Befristung in Betracht.[692]

Hält man sich vor Augen, dass jedes vierte befristete Arbeitsverhältnis sachgrundlos zu Probezwecken eingesetzt wird, bedeutet dies, dass die sachgrundlose Befristung letztlich in einer nennenswerten Zahl von Fällen funktionswidrig eingesetzt wird und die gesetzliche Konzeption einer Regelerprobungszeit von sechs Monaten (vgl. insoweit auch § 622 Abs. 3 BGB) eine Aushöhlung erfährt. Bemerkenswert ist in dem Zusammenhang allerdings die öffentliche Diskussion um die Befristungspraxis bei der Deutschen Post. Dort werden Entfristungsentscheidungen offensichtlich nach bestimmten Parametern getroffen, zu denen auch die Erkrankungsfälle und die Zahl der Fehltage gehören.[693] Angesichts der beschriebenen Rechtslage und Praxis überrascht aber weniger die Personalpraxis der Post als die öffentliche Überraschung hierüber.

Dies widerspricht der gesetzgeberischen Intention und schafft Fehlanreize.

---

690 *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 14/2010, 5.

691 ErfK-*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 49a.

692 BAG 2.6.2010 – 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293, Rn. 16; Überblick bei DDZ-*Wroblewski*, § 14 TzBfG Rn. 111 ff.

693 Vgl. „Die Post ist kein Vorbild“, https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/befristete-vertraege-die-post-ist-kein-vorbild/21253672.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

2.3.2.5.3 Kurzfristiges Freihalten

Schließlich wird die sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG gern auch als personalpolitisches Flexibilisierungsinstrument genutzt.[694] Innerhalb von zwei Jahren kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis drei Mal verlängern. Das bedeutet, dass er innerhalb von zwei Jahren das Arbeitsverhältnis vier Mal für sechs Monate befristen kann.[695] Damit wird das Unternehmerrisiko partiell auf den einzelnen Arbeitnehmer verlagert. Unabhängig davon, ob eine Störung aus Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerkreisen eintritt, ist eine Anpassung der Belegschaftsstärke schnell und unkompliziert ohne Kündigung möglich. Dies schwächt darüber hinaus die Verhandlungsmacht des einzelnen Arbeitnehmers, der in der Hoffnung auf eine Verlängerung oder auf eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis seine Rechte unter Umständen nicht einfordert.

2.3.2.5.4 Prekaritätsrisiko

Ungeachtet des Diskriminierungsverbots in § 4 Abs. 2 TzBfG sind befristet Beschäftigte einem höheren Prekaritätsrisiko ausgesetzt. Als prekär gilt ein Arbeitsverhältnis, wenn die Beschäftigten deutlich unter ein Einkommens-, Schutz- und Integrationsniveau sinken, welches in der Gegenwartsgesellschaft mehrheitlich als Standard anerkannt wird.[696] Maßgebliche Indizien für ein prekäres Arbeitsverhältnis sind aus Arbeitnehmersicht insbesondere Beschäftigungsunsicherheit und Niedriglöhne.[697] Die fehlende Beschäftigungssicherheit ist dem befristeten Arbeitsverhältnis schon qua definitionem inhärent. Das wirkt sich als solches negativ auf die Lebensqualität der Erwerbstätigen aus. Erwerbsarbeit nimmt sowohl auf persönlicher als auch gesellschaftlicher Ebene einen besonderen Stellenwert ein. Die Erwerbsarbeit dient vermehrt der Selbstverwirklichung und persönlichen Entfaltung. Junge Erwerbstätige sind hiervon überproportional stark betroffen. Wie ein Damoklesschwert schwebt die Unbeständigkeit der Vertragsbeziehung über ihrer weiteren Lebens- und Familienplanung. Die ständige Bedrohung des Arbeitsplatzes kann mittelfristig zu vermindertem Selbstvertrauen sowie Existenzängsten führen und schließlich in psychische Erkrankungen münden. In dem Zusammenhang ist die Auswertung

694 *Deinert*, RdA 2014, 65, 67.
695 *Deinert*, RdA 2014, 65, 67.
696 *Dörre*, WSI-Mitt. 2005, 250, 252.
697 *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts, die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz, S. 43.

einer Umfrage der IG Metall im Jahr 2013 von Interesse, wonach 88 % der Befragten angaben, dass ihnen ein Dauerarbeitsverhältnis am wichtigsten sei, wichtiger sogar als ein ausreichendes und verlässliches Arbeitseinkommen.[698]

Befristete Beschäftigte verdienen aber auch im Vergleich zu unbefristet Beschäftigten deutlich weniger. Der Bruttostundenverdienst betrug 2010 bei unbefristeten Verträgen 17,97 € und bei befristeten Verträge nur 13,48 €.[699] Im Jahr 2010 waren 34 % der befristet Beschäftigten im Niedriglohnsektor tätig. Die Niedriglohngrenze lag 2010 bei 10,36 € brutto pro Stunde. Bei den Beschäftigten, die ein Normalarbeitsverhältnis eingegangen waren, lag der Anteil an Niedriglöhnen nur bei 11 %.[700] Durch die hohe Niedriglohnquote erhöht sich auch das Armutsrisiko. 2008 lag die Armutsquote der befristet Beschäftigten bei 16,5 %, während der Wert bei unbefristet Beschäftigten unter 5 % lag.[701] Soziale Ausgrenzung, Status- und Planungsunsicherheiten sind die Folge prekärer Arbeitsverhältnisse.[702]

Schlechter behandelt werden befristet Beschäftigte regelmäßig auch bei betrieblichen Weiterbildungsmaßnahmen. Für Unternehmen ist die Förderung durch betriebliche Weiterbildungsmaßnahmen nur dann rentabel, wenn die Beschäftigten langfristig an das Unternehmen gebunden sind.[703]

2.3.3 Sozialrechtliche Auswirkungen der arbeitsrechtlichen Befristung

2.3.3.1 Einleitung

Nachdem zuvor die arbeitsrechtlichen Dimensionen des Befristungsrechts dargestellt wurden, werden nun die Auswirkungen dieses arbeitsrechtlichen In-

---

698 IG Metall, Beschäftigtenbefragung, 2013, S. 8; *Bauer/Klebe/Schunder*, NZA 2013, 827, 830.

699 Statistisches Bundesamt, Verdienstunterschied Mann und Frau, Wiesbaden 2016, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VerdiensteArbeitskosten/VerdienstVerdienstunterschiede/Tabellen/GPG_Arbeitsplatz.html

700 Statistisches Bundesamt, Datenreport 2016, S. 146-147.

701 *Dörre*, WSI-Mitt. 2005, 5.

702 *Dörre*, WSI-Mitt. 2005, 5.

703 *Keller/Seifert*, Atypische Beschäftigung zwischen Prekarität und Normalität, S. 55; *Weinkopf/Hiemig/Mesaros,* Prekäre Beschäftigung, Expertise für die SPD-Landtagsfraktion NRW, Institut für Arbeit und Qualifikation (IAQ) September 2009, S. 51.

struments auf das Sozialrecht untersucht und die Wechselwirkungen von Arbeits- und Sozialrecht im Bereich der Befristung beleuchtet.

Auf den ersten Blick erweckt die Befristung den Eindruck, sie habe keine Auswirkungen auf die Sozialsysteme. Befristete *Arbeitsverhältnisse* sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV als Beschäftigungsverhältnisse einzuordnen. Die sozialrechtliche Absicherung für befristet Beschäftigte richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Sie sind grundsätzlich kraft Gesetzes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V krankenversicherungspflichtig, es sei denn, es handelt sich um eine geringfügige Beschäftigung gemäß §§ 8, 8a SGB IV. Das betrifft neben dem Fall der Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV („450-€-Jobs") den Fall der Kurzzeitigkeit (Zeitgeringfügigkeit) nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV. Eine solche liegt vor, wenn die Beschäftigung von vornherein auf drei Monate oder 70 Arbeitstage im Kalenderjahr begrenzt ist und nicht berufsmäßig ausgeübt wird und ein Entgelt von 450 € im Monat übersteigt. In diesem Fall besteht in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherungsfreiheit gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 SGB V. Aber auch im Falle der Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, bei der das regelmäßige Arbeitsentgelt 450 € im Monat nicht übersteigt, greift die Versicherungsfreiheit. Im Falle der entgeltgeringfügigen Beschäftigung muss der Arbeitgeber aber nach § 249b SGB V gleichwohl ungeachtet der Versicherungsfreiheit einen Pauschalbeitrag in Höhe von 13 % zur Krankenversicherung entrichten, wenn der befristet Beschäftigte gesetzlich krankenversichert ist (Einzelheiten o. 2.2). Wer nach diesen Grundsätzen gesetzlich krankenversichert ist, wird zugleich in die gesetzliche Pflegeversicherung kraft Gesetzes einbezogen. Befristet Beschäftigte sind des Weiteren gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII kraft Gesetzes unfallversichert. Auch für die Rentenversicherung besteht nach § 1 SGB VI Versicherungspflicht. Während allerdings im Falle einer entgeltgeringfügigen Beschäftigung unter 450 € Versicherungspflicht in der Rentenversicherung mit Befreiungsmöglichkeit auf Antrag besteht, sind geringfügig Beschäftigte aufgrund Kurzzeitigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 SGB VI von vornherein versicherungsfrei. Die besonderen Regelungen zu Beiträgen bei Entgeltgeringfügigkeit (s.o. 2.2) kommen hier nicht zur Anwendung. Befristet Beschäftigte stehen schließlich gemäß §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 SGB III in einem arbeitsförderungsrechtlichen Versicherungspflichtverhältnis, wobei geringfügig Beschäftigte gemäß § 27 Abs. 2 SGB III grundsätzlich aus der Versicherung ausgeschlossen sind.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es im Sozialrecht bei der Versicherungspflicht keinen Unterschied macht, ob der Arbeitnehmer befristet oder unbefristet beschäftigt ist. Der befristet Beschäftigte ist in allen Versicherungszweigen kraft Gesetzes pflichtversichert. Das gilt jedoch nicht für geringfügig Beschäftigte.

Allerdings ist nur im Falle der Zeitgeringfügigkeit eine besondere Situation der befristet Beschäftigten zu verzeichnen. Hier ist der Ausschluss aus der Sozialversicherung dadurch gerechtfertigt, dass es sich um eine Tätigkeit von nur untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung handelt. Einerseits stünden die geringen Beiträge außer Verhältnis zu beitragsunabhängigen Sachleistungen wie etwa dem Krankenbehandlungsanspruch. Andererseits dauert die Beschäftigung für verschiedenste Leistungen zu kurz, um Ansprüche vermitteln zu können. So kann die kurzzeitige Beschäftigung beispielsweise nicht zum Schutz vor Arbeitslosigkeit führen. Demgegenüber handelt es sich bei Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV um eine Regelung, die unabhängig von der Befristung des Arbeitsvertrages zur Anwendung kommt. Sie wurde weiter oben (2.2) behandelt. Zu prüfen ist nun, inwiefern sich die Befristung auf den Leistungsbezug des Beschäftigten auswirkt.

2.3.3.2 Wechselwirkungen

2.3.3.2.1 System der Altersversorgung

Das Befristungsrecht bringt vielfältige Probleme bei der Altersversorgung mit sich. Das System der Altersversorgung beruht auf drei Säulen. Die erste Säule besteht aus der gesetzlichen Altersversorgung in Gestalt der gesetzlichen Rentenversicherung, die zweite Säule aus der betrieblichen und die dritte aus der individuellen Altersversorgung. Direkt betroffen sind die ersten beiden Säulen.

2.3.3.2.1.1 Gesetzliches Rentensystem

Das Befristungsrecht wirkt sich vor allem auf die Altersversorgung negativ aus, wenn keine Anschlussbeschäftigung erfolgt. Das Rentenversicherungsrecht in Deutschland ist gemäß § 63 Abs. 1 SGB VI lohn- und beitragsbezogen. Das bedeutet, dass für die Höhe der Rente sowohl die Erwerbsbiografie als auch die Höhe des durch Beiträge versicherten Einkommens entscheidend sind. Um das Rentenniveau eines sog. „Eckrentners“ zu erreichen, muss der Versicherte 45 Jahre lang Beiträge nach Maßgabe des Durchschnitts der Beitragszahler an die Rentenversicherung entrichten.[704] Die Bestimmung des vorläufigen Durchschnittsentgelts nach § 69 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI erfolgt jährlich durch die Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung und beträgt für das Jahr 2019

704 *Waltermann*, Sozialrecht, § 11 Rn. 368.

38.901 € pro Jahr. Das theoretische Modell des Eckrentners verdeutlicht, wie wichtig und bedeutsam das Normalarbeitsverhältnis für das Rentensystem ist.

Die Wahrscheinlichkeit, in ein Normalarbeitsverhältnis zu wechseln, ist für vormals befristet Beschäftigte im Vergleich zu vormals unbefristet Beschäftigten um mehr als 40 % geringer.[705] Eine Befragung aus dem Jahr 2008 zu der Frage „ob und wie Arbeitnehmer aus der Nichterwerbstätigkeit ein neues Beschäftigungsverhältnis zu welchen Arbeitsbedingungen finden" ergab, dass 49 % der befristet Beschäftigten in eine befristete Beschäftigung, 8 % in Leiharbeit, 7 % in Teilzeit und 10 % in 400-€-Jobs wechselten. Nur 27 % der befristeten Arbeitsverhältnisse mündeten in ein unbefristetes Normalarbeitsverhältnis.[706] Hinsichtlich der Suchphase nach einer neuen Beschäftigung fanden 41 % der *unbefristet* Beschäftigten sofort nach Ausscheiden aus dem Betrieb eine neue Stelle. Nur 29 % der Beschäftigten schafften es, nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb unmittelbar ein neues Arbeitsverhältnis zu finden. Aus der Gruppe derjenigen, denen kein nahtloser Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis gelang, meldeten sich unter den befristet Beschäftigten nur 69 % arbeitslos. Als Grund nannten 41 % der Befragten fehlende Ansprüche auf Arbeitslosengeld.[707]

Diese Lücken in den Erwerbsbiografien wirken sich negativ auf die Berechnung der Altersrentenleistung gemäß §§ 63 ff. SGB VI aus (vgl. zum Ganzen auch u. 3.).[708] Das Fehlen einer nahtlos anschließenden Vollzeitbeschäftigung ließe sich rentenrechtlich demnach auf Grundlage des Konzeptes der Entgeltpunkte nur über höhere Beiträge, in der Regel auf Grundlage höheren Einkommens, kompensieren. Denn über die Arbeitslosenversicherung lässt sich im Fall einer anschließenden Arbeitslosigkeit nicht in jedem Fall Versicherungsschutz in der Rentenversicherung gewährleisten (vgl. § 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Folge ist, dass künftig viele Rentner mit vormals befristeten Arbeitsverhältnissen eine vergleichsweise schlechtere Altersversorgung haben und vermutlich oftmals auf staatliche Zusatzleistungen angewiesen sein werden. Dieser rentenmindernde Effekt von Unterbrechungen der Erwerbsbiografie wird zudem dadurch verschärft, dass nach Wiederaufnahme einer Beschäftigung in der Regel ungünstigere Arbeitsbedingungen nach Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit greifen, sodass sich auch dies über die Entgeltpunkte im Rentenniveau niederschlägt.[709]

---

705 *Gensicke/Herzog-Stein/Seifert/Tscherisch*, WSI-Mitt. 2010, 184; Böcklerimpuls, 7/2010, 1.
706 *Gensicke/Herzog-Stein/Seifert/Tscherisch*, WSI-Mitt. 2010, 183.
707 *Gensicke/Herzog-Stein/Seifert/Tscherisch*, WSI-Mitt. 2010, 182.
708 *Schubert*, NJW 2010, 2613, 2614.
709 *Brussig/Postels/Zink*, DRV 2018, 39, 42 f.

2.3.3.2.1.2 Betriebliche Altersversorgung

Mit der Zielsetzung einer Dämpfung der Lohnnebenkosten wurde 2001 eine Rentenreform durchgeführt, die zu einer stärkeren Verknüpfung der verschiedenen Säulen der Altersvorsorge führen sollte (s.u. 3.2). Bei gleichzeitiger Senkung des Rentenniveaus sollte ein Anreiz zur verstärkten kapitalgedeckten Altersvorsorge geschaffen werden. Erklärte Zielsetzung war, dass aus Rente und Zusatzversorgung ein Nettorentenniveau von 67 % erreicht wird.[710] Dies lässt sich verstehen als Rückkehr zum historischen Leitbild der „Zuschuss-Rente"[711] bei gleichzeitiger partieller Abkehr von der öffentlich-rechtlichen Lösung der Alters- und Invaliditätssicherung.[712] Neben der ersten Säule, der gesetzlichen Rentenversicherung, und der dritten Säule, der privaten Vorsorge, spielt damit die zweite Säule der Altersversorgung, die Betriebsrente, eine zentrale Rolle. Evidentermaßen wird bei unterbrochenen Erwerbsbiografien in der Regel auch der Aufbau einer privaten Vorsorge zumindest mit entsprechenden Lücken versehen sein. Aber auch Betriebsrenten, bei denen dies auf den ersten Blick nicht so offenkundig scheint, sind leider nicht geeignet, die beschriebenen Probleme bei der gesetzlichen Altersvorsorge zu kompensieren. Im Gegenteil ergeben sich vergleichbare Defizite wie bei der gesetzlichen Altersvorsorge auch beim Aufbau von Betriebsrentenanwartschaften, sodass sich die Vorsorgedefizite eher noch potenzieren, wie sogleich deutlich werden wird.

Die betriebliche Altersversorgung dient der Absicherung der biometrischen Risiken Alter, Tod und Invalidität. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG kann der Arbeitgeber die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung selbst oder über einen in § 1b Abs. 2–4 BetrAVG genannten Versorgungsträger (Lebensversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds, Unterstützungskasse) versprechen.

2.3.3.2.1.2.1 Defizite beim Zugang

Defizite zeigen sich jedoch bereits beim Zugang zur betrieblichen Altersversorgung. Ungeachtet des Diskriminierungsverbots in § 4 Abs. 2 TzBfG bleibt ein Ausschluss befristet beschäftigter Arbeitnehmer aus der betrieblichen Altersversorgung zulässig:[713]

Mit seinem Urteil vom 15.1.2013 hat das BAG seine ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach ein solcher Ausschluss nicht gegen den allgemeinen Gleich-

---

710 Vgl. *Ruland*, NZS 2001, 393, 395.
711 *Tennstedt*, WSI-Mitt. 2001, 478, 482.
712 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 113.
713 Vgl. *Langohr-Plato,* NZA 2016, 1051, 1054.

heitsgrundsatz verstößt, und an dieser Rechtsprechung auch unter Berücksichtigung des § 4 Abs. 2 TzBfG festgehalten.[714] Das BAG hält es für sachlich gerechtfertigt, vorübergehend Beschäftigte von betrieblichen Versorgungsleistungen auszuschließen. Die betriebliche Altersversorgung bezwecke die Förderung und Belohnung von Betriebstreue. Der Arbeitgeber sei bei vorübergehender Beschäftigung nicht daran interessiert, den Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden. Der erbrachten Betriebstreue befristet beschäftigter Arbeitnehmer werde durch die Anrechnung der zurückgelegten Beschäftigungszeit bei der Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ausreichend Rechnung getragen. Jedoch wird die zurückgelegte Beschäftigungszeit von Beginn an nur angerechnet, wenn sich das unbefristete Arbeitsverhältnis unmittelbar an das befristete anschließt.

Erleichterungen für befristet beschäftigte Arbeitnehmer bringt jedoch das am 1.1.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie[715].[716] Die Voraussetzungen der Unverfallbarkeit wurden nach den Vorgaben der Richtlinie auch für rein innerstaatliche Fälle herabgesetzt.[717] In § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG wurden sowohl das Mindestalter auf 21 Jahre gesenkt als auch die Unverfallbarkeitsfrist von fünf Jahren auf drei Jahren reduziert. In der Literatur wurde darauf hingewiesen, dass Betriebsrenten durch diese Steigerung der Portabilität zunehmend ihre Tauglichkeit als Mittel zur Mitarbeiterbindung verlören, sodass der Ausschluss befristet Beschäftigter künftig nicht mehr gerechtfertigt werden könne.[718] Ob dies tatsächlich zu einem Wandel der Rechtsprechung führen wird, bleibt abzuwarten. Immerhin kann das Niveau der Versorgung durch die Betriebsrente durchaus auch weiterhin ein Mittel der Mitarbeiterbindung bleiben.

---

714 BAG 15.1.2013 – 3 AZR 4/11, öAT 2013, 124; BAG 19.4.2005 – 3 AZR 128/04, NJOZ 2005, 2717, 2720; BAG 20.8.2002 – 3 AZR 14/01, NJOZ 2003, 2654, 2261; *Matthießen*, NZA 2014, 1058, 1064.

715 Richtlinie 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. April 2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten zur Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen, ABl. L 128/1; dazu *Koberski*, SR 2014, 108, 109 ff.

716 Gesetz v. 21.12.2015, BGBl. I 2553.

717 *Vom Stein*, RdA 2015, 272.

718 So auf Grundlage des erwarteten Rechts nach dem Komissionsvorschlag der Mobilitätsrichtlinie *Ars/Teslau*, NZA 2006, 297.

Doch selbst wenn befristet beschäftigte Arbeitnehmer nicht von vornherein von der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen wären, wäre ein gleichwertiger Zugang nicht gewährleistet, weil befristete Arbeitsverhältnisse in der Regel nicht lange genug dauern, um unverfallbare Anwartschaften im Arbeitsverhältnis zu erwerben (s.u. 2.3.3.2.1.2.2) und die Portabilitätsvorschriften keineswegs lückenlos sind (s.u. 2.3.3.2.1.2.3). Das Betriebsrentenstärkungsgesetz (s.u. 3.5.1) hat insoweit keine Verbesserung der Situation für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit sich gebracht.

2.3.3.2.1.2.2 Defizite beim Erwerb unverfallbarer Versorgungsanwartschaften

Endet das Arbeitsverhältnis – wie in den Fällen der Befristung in aller Regel – vor Eintritt des Versorgungsfalls steht dem befristet Beschäftigten gemäß § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG eine unverfallbare Anwartschaft zu, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der befristet Beschäftigte das 21. Lebensjahr vollendet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens drei Jahre bestanden hat.[719] In der Regel wird es dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht gelingen, diese Fristen für die Unverfallbarkeit zu erfüllen. Zwar gibt es, soweit ersichtlich, keine validen Zahlen, wie viele befristet Beschäftigte aus dieser Beschäftigung keine unverfallbaren Anwartschaften erwerben. Für die hier abgegebene Einschätzung spricht aber das Folgende. In 76 % der Betriebe dauern befristete Arbeitsverträge nicht länger als ein Jahr an.[720] Verträge, die länger als zwei Jahre dauern, sind die Ausnahme.[721] Dreijährige Befristungen und damit die Entstehung einer gesicherten Anwartschaft bleiben schließlich der absolute Ausnahmefall. Die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen sind dann nur im Falle einer nahtlosen Anschlussbeschäftigung zu erfüllen. Das aber gelingt, wie bereits unter 2.3.3.2.1.2 ausgeführt, in nicht mal einem Drittel der Fälle.

2.3.3.2.1.2.3 Defizite bei der Portabilität von Versorgungsanwartschaften

Grundsätzlich bleibt Arbeitnehmern, die Anwartschaften erworben haben, sie aber aufgrund kurzer Beschäftigungsdauer nicht sichern konnten, die Möglichkeit, diese in ein neues Arbeitsverhältnis zu übertragen. Die Portabilität der

---

719 Nach der Rspr. des BAG (9.10.2012 – 3 AZR 477/10, NZA-RR 2013, 150) handelt es sich bei diesen Voraussetzungen nicht um eine unzulässige Altersdiskriminierung, weil die Regelung durch den Schutz des Arbeitgebers vor zahllosen Kleinrenten und das geringere Schutzbedürfnis der Betroffenen Arbeitnehmer gerechtfertigt sei.

720 *Brücker/Klinger/Möller/Walwei*, Handbuch Arbeitsmarkt 2013, S. 173.

721 *Brücker/Klinger/Möller/Walwei*, Handbuch Arbeitsmarkt 2013, S. 173.

Versorgungsanwartschaften erweist sich allerdings bei befristet beschäftigten Arbeitnehmern aufgrund häufiger Arbeitgeberwechsel als besonders schwierig und defizitär. Denn gemäß § 4 Abs. 1 BetrAVG kann die unverfallbare Anwartschaft nur unter bestimmten Voraussetzungen übertragen werden. Gemäß § 4 Abs. 2 BetrAVG ist für die Übernahme der Versorgungszusage des ehemaligen Arbeitgebers durch den neuen Arbeitgeber sowie für die Übertragung des Wertes der unverfallbaren Anwartschaft auf betriebliche Altersvorsorge auf den neuen Arbeitgeber das Einvernehmen aller drei Beteiligten erforderlich. Ein Anspruch des Versorgungsberechtigten, die Versorgungsverpflichtung auf den anderen Versorgungsschuldner zu übertragen, besteht hingegen nicht.[722]

2.3.3.2.2 Anspruch auf Arbeitslosengeld nach Beendigung des Vertrages

Gemäß § 137 Abs. 1 SGB III setzt der Anspruch auf Arbeitslosengeld voraus, dass der Betroffene arbeitslos ist, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt hat. Gemäß § 142 Abs. 1 SGB III muss ein Arbeitnehmer derzeit mindestens zwölf Monate innerhalb der letzten 24 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden haben, um einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I zu erwerben. Die Rahmenfrist wird durch das Qualifizierungschancengesetz[723] mit Wirkung ab 2020 von 24 auf 30 Monate heraufgesetzt. Dadurch wird der Versicherungsschutz bei teilweisen Zeiten der Nichtbeschäftigung erweitert, weil die Mindestdauer von zwölf Monaten Versicherungspflichtverhältnis in der Rahmenfrist unverändert bleibt. Es ist wohl zu erwarten, dass dies gerade befristet Beschäftigten zugutekommen wird. In welchem Umfang befristet Beschäftigte hiervon profitieren, bleibt allerdings abzuwarten.

Mit diesen Anspruchsvoraussetzungen befindet sich Deutschland etwa im Mittelfeld der EU Länder. [724] Am kürzesten ist die Anwartschaftsdauer in Frankreich. Nach der Sozialpartnervereinarung vom 14. April 2017 muss der Beschäftigte gemäß Chapitre 2 Art. 3 § 1er im Zeitpunkt der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses innerhalb der letzten 28 Monate (bzw. innerhalb der letzten

---

722 Vgl. bereits für die früherer Rechtslage vor Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie BAG 17.12.1991 – 3 AZR 44/91, AP Nr. 32 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

723 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2651.

724 *Jahn/Stephan*, IAB-Kurzbericht 19/2012, 1, 2.

36 Monate bei Arbeitslosen über 53 Jahren) mindestens 88 Tage oder 610 Stunden gearbeitet haben.[725]

In der Regel kann es befristet Beschäftigten angesichts der überwiegend kurzen Beschäftigungszeiten nicht gelingen, die Anwartschaftszeit innerhalb der Rahmenfrist zu erfüllen. Wer eine kürzere Beschäftigungszeit als zwölf Monate vorzuweisen hat, muss zeitnah eine neue Beschäftigung finden, um in dieser noch die fehlende Anwartschaftszeit aufzufüllen. Allerdings gibt es für befristet Beschäftigte eine verkürzte Anwartschaftszeit von sechs Monaten (bei gleichzeitig reduzierter Anspruchsdauer gemäß § 147 Abs. 3 SGB III) unter den besonderen Voraussetzungen des § 142 Abs. 2 SGB III. Die verkürzte Anwartschaftszeit setzt voraus,

- dass sich die Beschäftigungstage in der Rahmenfrist überwiegend aus bis zu max. zehn Wochen befristeten Beschäftigungen ergeben
- und dass das in den letzten zwölf Monaten vor der Beschäftigungslosigkeit erzielte Arbeitsentgelt die zum Zeitpunkt der Anspruchsentstehung maßgebliche Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV (im Jahr 2019: 37.380 €) nicht übersteigt.

Von dieser Sonderregelung profitiert indes nur ein kleiner Personenkreis, da die Befristungen in der Regel länger dauern oder die Entlohnung die jährliche Entgeltgrenze übersteigt. Das ist letztlich beabsichtigt. Es handelt sich um eine Ausnahme von einer Grundregelung, die in der Sache eine versicherungsmäßige Beschreibung der Wartezeit beinhaltet. Diese Ausnahme soll nur für einen eng begrenzten Personenkreis greifen, um die Versichertengemeinschaft nicht übermäßig zu belasten.[726] Dies hat zur Folge, dass befristet Beschäftigte häufig keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I bekommen, obwohl sie Beiträge in die Arbeitslosenversicherung zahlen. Hinzu kommt ein Weiteres: Die Regelung ist befristet bis zum 31.12.2022. Wenn es zu keiner Verlängerung kommt, wird danach bei befristeten Verträgen wieder die allgemeine Anwartschaftszeit zur Anwendung kommen, was bewirkt, dass noch weniger befristet Beschäftigte Anwartschaften auf Arbeitslosengeld erwerben können.

---

725 Abrufbar unter: https://www.unedic.org/sites/default/files/regulations/TXT-RG-Règlement%20général%20du%2014%20avril%202017%20consolidé%20par%20l%27avenant%20n°%201%20du%2017%20janvier%202018.pdf (zuletzt geprüft am 25.1.2019).

726 BT-Drs. 16/13424, S. 32.

Falls der befristet Beschäftigte im Anschluss nicht unmittelbar eine andere Beschäftigung findet, ist er unter Umständen auf Arbeitslosengeld II angewiesen. Seit dem 1. Januar 2011 werden bei einem Bezug von Arbeitslosengeld II keine Rentenversicherungsbeiträge mehr von der Agentur für Arbeit abgeführt. Denn anders als die in § 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI aufgeführten Bezieher von Entgeltersatzleistungen gehören Empfänger von Grundsicherungsleistungen nicht zu den sonstigen Versicherten gemäß § 3 SGB VI. Aufgrund dieser Lücken fällt auch die Rente später geringer aus.[727] Das potenziert dann noch das Prekaritätsrisiko aus einer diskontinuierlichen Rentenbiografie (vgl. 3.3.2.2.4).

2.3.3.2.3 Versicherungsschutz in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung

Ohne Weiteres unter Versicherungsschutz stehen befristet Beschäftigte in der Unfallversicherung, wie ausgeführt (oben 2.3.3.2.1.1.), auch im Fall einer geringfügigen Beschäftigung. Der Bezug von Lohnersatzleistungen wie etwa Übergangsgeld (§ 49 SGB VII) endet im Fall eines Arbeitsunfalls auch nicht mit dem prospektiven Ende des Arbeitsvertrages, sondern dauert über das Ende der Beschäftigung hinaus und endet erst mit der Arbeitsunfähigkeit.[728]

Befristet Beschäftigte sind außerdem in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert. Im Falle der Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV folgt dieser Schutz zwar nicht aus einer Versicherung als Beschäftigter, sie ist aber in der Regel aus anderen Gründen gegeben, wenn auch nicht zwingend in jedem denkbaren Fall. Im Falle der Zeitgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV besteht hingegen kein Versicherungsschutz (oben 2.3.3.1). Soweit die befristete Beschäftigung Versicherungsschutz vermittelt, was ja nur im Fall der Geringfügigkeit anders sein kann, verschafft sie Zugang zu den Sachleistungen der Krankenversicherung, insbesondere zum Behandlungsanspruch nach § 27 SGB V. Ebenso wie in der Unfallversicherung endet auch hier der Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nicht mit dem Ende des befristeten Beschäftigungsverhältnisses, sondern erst mit dem Ende der Arbeitsunfähigkeit oder mit Erreichen der Grenzen der Dauer des Krankengeldbezuges nach § 48 SGB V.[729] In Ermangelung einer Anschlussbeschäftigung kann Krankenversicherungsschutz vermittelt werden über den Bezug von Arbeitslosengeld oder Arbeitslosengeld II nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 2a SGB V.

---

727 *Jahn/Stephan*, IAB-Kurzbericht 19/2012, 1 ff.
728 BSG 26.5.1982 – 2 RU 41/81, SozR 2200 § 560 Nr. 12.
729 Küttner Personalbuch-*Schlegel*, Befristetes Arbeitsverhältnis Rn. 69.

Der Versicherungsschutz in der Pflegeversicherung folgt gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 2a SGB XI dem Krankenversicherungsschutz, so dass die vorstehenden Ausführungen entsprechend gelten. Erforderlich ist für Leistungen allerdings gemäß § 33 Abs. 2 SGB XI eine Vorversicherungszeit von zwei Jahren während der letzten zehn Jahre vor Antragstellung. Ausgehend davon, dass Pflegebedürftigkeit in den allermeisten Fällen erst in höherem Lebensalter eintritt, wird diese Voraussetzung oftmals auch durch befristete Beschäftigungsverhältnisse erfüllt werden können.

2.3.4 Entwicklung eines kohärenten Ansatzes

2.3.4.1 Ausgangspunkt

Befristete Beschäftigung birgt nach dem bisher Gesagten ein hohes Prekaritätsrisiko. Für eine Integration in die Sozialsysteme ist eine stabile Beschäftigung erforderlich. Schließlich wirkt sich auch die Höhe des Einkommens auf die Ansprüche aus der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung aus. Befristet Beschäftigte sind weit weniger im Haushaltkontext finanziell abgesichert als unbefristet Beschäftigte. 2008 lebten 48 % der befristet Beschäftigten allein in einem Haushalt.[730]

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme gerechtfertigt, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Folgen befristeter Arbeitsverhältnisse zu einer Segmentierung des deutschen Arbeitsmarktes in zwei Teilmärkte führen. In dem primären Teil der Märkte kommen die unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer in den Genuss des Kündigungs-, Zeit- und Arbeitsplatzschutzes sowie hoher Löhne, während den befristet beschäftigten Arbeitnehmern auf dem sekundären Arbeitsmarkt eine soziale und arbeitsrechtliche Sicherung fehlt, diese zumindest reduziert ist, und die Löhne niedrig sind.[731]

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass befristete Arbeitsverhältnisse zu erheblichen beruflichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers führen. Dieser Umstand macht es erforderlich, bei der Entwicklung von Lösungsvorschlägen auf

---

730 Statistisches Bundesamt, Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, Begleitmaterial zum Pressegespräche am 19. August 2009, S. 22; abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/VerteilungNiedriglohn/PressbroschNiedriglohn.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

731 *Jahn*, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, S. 220.

diese besondere Interessenlage näher einzugehen und sie dem Interesse des Arbeitsgebers nach weniger Bestandsschutz gegenüberzustellen.

Gemessen an der eingangs beschriebenen rechtspolitischen Konzeption (vgl. o. 2.3.1) müssen befristete Beschäftigungsverhältnisse auf Ausnahmefälle beschränkt sein, bei denen

- entweder kein dauerhafter Beschäftigungsbedarf besteht
- oder die befristete Beschäftigung trotz dauerhaften Bedarfs eine Brücke in reguläre Beschäftigung darstellt.

Die fehlende Arbeitsplatzsicherheit ist der befristeten Beschäftigung inhärent. Doch sollte in der zweiten Variante der Brücke in reguläre Beschäftigung in besonderer Weise der Missbrauchsanfälligkeit dieser Gestaltung begegnet werden. In beiden Fällen handelt es sich aber um eine „ganz normale" Beschäftigung. Befristet beschäftigte Arbeitnehmer sollten daher nicht durch schlechtere Arbeitsbedingungen benachteiligt werden. Die Vorenthaltung oder Reduzierung des Sozialschutzes muss sich daher aus der Besonderheit einer befristeten Beschäftigung rechtfertigen.

Dazu ist nachfolgend der rechtspolitische Handlungsbedarf zu erörtern. Dazu sollen zunächst Abschaffung und Einschränkungen sachgrundloser Befristungen im Allgemeinen und sachgrundloser Befristungen in spezifischen Fällen diskutiert werden (nachfolgend 2.3.4.2). Im Zusammenhang damit ist auch zu erörtern, ob der Sachgrund der Erprobung gegebenenfalls zu streichen wäre (nachfolgend 2.3.4.3). Im Weiteren sind die Möglichkeiten zu eruieren, um lange Befristungsketten einschränken zu können (nachfolgend 2.3.4.4). Zu erörtern ist auch, ob die Rückführung auf die rechtspolitischen Zwecksetzungen von befristeten Arbeitsverträgen durch eine gesetzliche Karenzzeit befördert wird (nachfolgend 2.3.4.5). Schließlich ist die rechtspolitische Option einer Prekaritätsprämie zum Ausgleich für die Nachteile befristeter Beschäftigung zu diskutieren (nachfolgend 2.3.4.6), bevor anschließend die Möglichkeiten der sozialrechtlichen Flankierung durch weitergehende Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung und Verbesserung der Altersvorsorge in den Blick genommen werden (nachfolgend 2.3.4.7).

2.3.4.2 Abschaffung bzw. Einschränkung sachgrundloser Befristungen

2.3.4.2.1 Abschaffung der sachgrundlosen Befristung

Ausgehend von der rechtspolitischen Zielstellung, dass befristete Beschäftigung die Ausnahme und eine unbefristete Beschäftigung der Regelfall sein soll, ist es konsequent, befristete Beschäftigungen von einem Sachgrund für die Befristung

abhängig zu machen (§ 14 Abs. 1 TzBfG).[732] Die Zulassung sachgrundloser Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG muss man mit Blick auf diese Zielstellung als kontraproduktiv ansehen. Sie lässt sich daher nur als Erleichterung des Übergangs in reguläre Beschäftigung rechtfertigen. Der tatsächliche Effekt dieser Regelung ist allerdings der, dass Unternehmen dieses Gestaltungsinstrument offensichtlich zweckwidrig vielfach zur Erprobung von Arbeitnehmern einsetzen, obwohl nach der gesetzlichen Konzeption die Erprobung regelmäßig maximal sechs Monate dauern soll (s.o. 2.3.2.5.2). In dieser Zeit kann der Arbeitgeber ohne die „Fesseln" des Kündigungsschutzes mit verkürzter Frist, sofern vereinbart, kündigen. Eine ausnahmsweise sich ergebende Notwendigkeit einer längeren Erprobungszeit lässt sich sachlich rechtfertigen gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG.[733] Kaum nachvollziehbar ist es daher, wenn Regierungsmitglieder wie Finanzminister *Olaf Scholz*, der in seinen Zeiten als Arbeitsminister nichts für die Abschaffung sachgrundloser Befristungen getan hat, sich darüber empört, dass die Post mit ihrer Entfristungspraxis (dazu s.o. 2.3.2.5.2) letztlich Befristungen als erweiterte Probezeiten nutzt und damit von den Spielräumen Gebrauch macht, die ihr das Arbeitsrecht belässt.[734] Der DGB-Vorsitzende *Rainer Hoffmann* hat in dem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass die von der Post offenkundig betriebene Praxis vom geltenden Recht gedeckt sei, wenn auch „moralisch verwerflich".[735]

Vor diesem Hintergrund kann die Brückenfunktion eigentlich nur dadurch Platz greifen, dass Arbeitgeber zusätzliche Arbeitsplätze schaffen, die sie sonst nicht geschaffen hätten, wenn auch nur vorübergehend, was dem Arbeitnehmer die Möglichkeit verschafft, sich im Unternehmen zu bewähren mit der weiteren Hoffnung, dass der Arbeitgeber eventuell eine Dauerstelle schafft oder den Arbeitnehmer zumindest auf eine zwischenzeitlich freigewordene Stelle übernimmt. Der empirische Befund (s.o. 2.3.2.4) hat allerdings gezeigt, dass befristete Beschäftigungen tatsächlich diese erhoffte Brückenfunktion in reguläre Beschäftigung nicht haben.

Um eine Aushöhlung des KSchG zu verhindern, sollte daher die sachgrundlose Befristung abgeschafft werden. Entfällt die sachgrundlose Befristung, ist zu erwarten, dass die pauschale Befristungspraxis in weiten Teilen eingeschränkt

---

732 Ebenso *Waltermann*, AuR 2018, 346, 348.

733 S.o. Fn. 117.

734 „Die Post ist kein Vorbild", https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/befristete-vertraege-die-post-ist-kein-vorbild/21253672.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

735 „Die Post ist kein Vorbild", https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/befristete-vertraege-die-post-ist-kein-vorbild/21253672.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

wird. Diese Erwartung wird durch die hohen Übernahmequoten bestärkt, die den Schluss nahelegen, dass das befristete Arbeitsverhältnis substitutiv eingesetzt wird.[736] Durch die umfangreichen und nicht abschließend geregelten Sachgründe in § 14 Abs. 1 TzBfG ist ausreichend Raum für Flexibilität gegeben.[737] Der Einwand gegen jede Restriktion bei sachgrundlosen Befristungen, dass Arbeitgeber vielleicht doch auf Einstellungen verzichten, kann empirisch nicht belegt werden. Von daher ist jede andiskutierte Alternative, im Hinblick auf die rechtspolitische Maßgabe, dass unbefristete Beschäftigung der Normalfall des Arbeitsverhältnisses sein soll, stattdessen an der sachgrundlosen Befristung festzuhalten, diese aber mit zusätzlichen Abgabenlasten zu belegen,[738] am Ende nicht überzeugend. Denn das gibt das Ziel der Arbeitsplatzsicherheit für Beschäftigte preis und macht diese zum Spielball ökonomischer Interessen.

Fraglich ist allerdings, ob eine derartige Abschaffung der sachgrundlosen Befristung zulässig ist. Die Frage aufzuwerfen, wirkt auf den ersten Blick grotesk, weil sie im Falle der Bejahung bedeuten würde, dass die Rechtslage bis zum BeschFG 1985 verfassungswidrig war. Gleichwohl ist ihr nachzugehen, weil das BVerfG in seiner Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundlosen Befristungen ein verfassungsrechtliches Gebot zur teleologischen Reduktion dieses Vorbeschäftigungsverbotes postuliert hatte (s.o. 2.3.2.2): Das Gericht sah in der Regelung, die im Fall einer Vorbeschäftigung den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ausschließt, sowohl eine Beeinträchtigung der Arbeitsvertragsfreiheit des einzelnen arbeitsuchenden Beschäftigten als auch des Arbeitgebers. Diese sei grundsätzlich verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber dem strukturell unterlegenen Arbeitnehmer Kettenbefristungen entgegenwirken wolle. Wo dies aber nicht erforderlich sei, weil eine entsprechende Gefahr nicht bestehe, bedürfe es einer einschränkenden Auslegung von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.[739]

Das ließe sich so verstehen, dass sowohl das Interesse eines Arbeitslosen auf Abschluss eines Arbeitsvertrages (mit genau diesem Arbeitgeber, sic!) als auch das Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers am Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge verfassungsrechtlich geschützt ist, sodass sachgrund-

---

736 *Hohendanner*, Befristete Arbeitsverhältnisse begrenzen – welche Folgen hat die Abschaffung sachgrundloser Befristungen, IAB- Stellungnahme 6/2010, 5.

737 *Schubert*, NJW 2010, 2613, 2618. Vgl. auch BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 61.

738 Vgl. m.w.N. *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 16/2018, 11.

739 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 35 ff.

lose Befristungen von Verfassung wegen möglich sein müssen, um diesen aus Art. 12 Abs. 1 GG fließenden Positionen Rechnung zu tragen, und nur ausnahmsweise bei drohenden Kettenbefristungen Einschränkungen zulässig sind.[740]

Das kann aber ernstlich nicht gemeint sein: Das BVerfG misst dem Interesse des Beschäftigten auf Zugang zu einer, sei es auch nur sachgrundlos befristeten, Beschäftigung zwar einen hohen Wert bei, weil diese im System der sozialen Sicherheit, das maßgeblich auf im Arbeitsverhältnis erwirtschaftete Beitragszahlungen gestützt wird, von erheblicher Bedeutung ist.[741] Andererseits betont das Gericht den großen gestalterischen Spielraum des Gesetzgebers im Rahmen der Abwägung, wenn er zwar eine Brücke in Dauerbeschäftigungen zulassen möchte, diese Möglichkeit aber mit Blick auf drohende Kettenbefristungen auf Ersteinstellungen beschränken möchte.[742] Das Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers, das ebenfalls in die Abwägung einzustellen ist, bewertet das Gericht demgegenüber eher niedriger, weil dieser auch zahlreiche andere Flexibilisierungsmöglichkeiten habe.[743] Diese Ausführungen deuten eher darauf hin, dass der Gesetzgeber grundsätzlich im Interesse des unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses als Normalfall weitgehende Freiheiten zur Beschränkung von Befristungen hat, zumal die Möglichkeiten des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG über die Sachgrundbefristungen den Interessen an ausnahmsweise befristeten Arbeitsverträgen durchaus Rechnung trägt.[744] Insofern erschiene das hier diskutierte Gebot, sachgrundlose Befristungen prinzipiell zulassen zu müssen, geradezu widersprüchlich. Tatsächlich macht es aber Sinn im Rahmen einer Argumentation, wonach der Gesetzgeber mit dem Ausschluss jedweder Sachgrundbefristungen, selbst wenn keine Gefahr der Kettenbefristung besteht, das eigene gesetzgeberische Ziel nicht mehr folgerichtig umgesetzt hat. Dafür spricht auch, dass das Gericht diesen Aspekt im Rahmen der Zumutbarkeit im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips im weiteren Sinne diskutiert hat.[745]

Nach allem spricht nichts dafür, dass eine Abschaffung sachgrundloser Befristungen verfassungswidrig wäre. Für den betroffenen Arbeitnehmer geht es ohnehin nur um die Chance auf Abschluss eines Arbeitsvertrages bei gerade

---

740 So i.E. *Bayreuther*, NZA 2018, 905, 906 f.

741 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 56.

742 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 60 f.

743 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 57.

744 Darauf weist auch BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 61, hin.

745 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 55 ff.

diesem Arbeitgeber, wobei der Arbeitgeber im Übrigen nicht gehindert ist, einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit diesem Arbeitnehmer zu schließen. Für den Arbeitgeber geht es um die Möglichkeit, ein weiteres Flexibilisierungs- und Erprobungsinteresse neben den vorhandenen Möglichkeiten unter Einschluss von Sachgrundbefristungen zu erhalten. Demgegenüber stehen mit erheblichem Gewicht die Schutzpflicht gegenüber den Beschäftigten mit ihrem Interesse an einer Dauerbeschäftigung, aber auch das Sozialstaatsprinzip.[746] Dabei hat für das BVerfG erkennbar erhebliches Gewicht die – im Kontext der vorliegenden Diskussion besonders relevante – Abhängigkeit der Sicherung des Arbeitnehmers im Sozialversicherungssystem von der Erwirtschaftung des Einkommens im Arbeitsverhältnis.[747]

Insoweit hat *Wiedemann* mit Recht darauf hingewiesen, dass die Sachgrundbefristung im Hinblick auf das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an Bestandsschutz die Ausnahme sein muss.[748] Nicht deren Abschaffung bedarf der Rechtfertigung, sondern ihre Einführung. Das bedeutet nicht, dass man die Regelung einer Sachgrundbefristung nicht rechtfertigen könnte, Wiedemann selber befürwortet sie sogar.[749] Er weist allerdings auch darauf hin, dass das Potenzial passender Regelungen für die Wirtschaft in den Regelungen der Sachgrundbefristung durchaus angelegt werden kann.

Von Arbeitgeberseite werden allerdings bereits die geplanten Einschränkungen der sachgrundlosen Befristung, wie sie der Koalitionsvertrag der Großen Koalition vorsieht (s.o. 2.3.2.3), scharf kritisiert, weil das notwendige Flexibilisierungspotenzial im Hinblick auf ungewisse wirtschaftliche Entwicklungen ansonsten fehle.[750] Wäre das richtig, spräche dies auch gegen die ins Auge gefasste Abschaffung der sachgrundlosen Befristung. Dazu beruft man sich insbesondere auf ein Gutachten von *Giesen* im Auftrag von Gesamtmetall wonach andere Flexibilisierungsinstrumente, namentlich in Gestalt der betriebsbedingten Kündigung und der Sachgrundbefristung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung versagten.[751] Der Vorwurf an die Rechtsprechung, dass sie betriebsbedingte Kündigungen praktisch unmöglich mache, ist nicht neu, wird dadurch aber nicht richtiger (vgl. auch u. 3.3.1.2). Schon allein der Eindruck der regelmä-

---

746 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 46 f., 53.

747 Vgl. BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 46 f., 51, 53, 56, 59.

748 *Wiedemann*, FS Otto, 2008, S. 609, 615.

749 *Wiedemann*, FS Otto, 2008, S. 609, 619.

750 Vgl. „Fristverletzung", SZ v. 20.1.2019, S. 18.

751 *Giesen*, Reform des Befristungsrechts.

ßig veröffentlichten drittinstanzlichen Rechtsprechung deutet in eine andere Richtung. Nun mag man einwenden, dass publizierte Revisionsentscheidungen insoweit nicht repräsentativ seien. Dennoch zeigt dies, dass betriebsbedingte Kündigungen keineswegs unmöglich sind. Das schließt freilich nicht aus, dass Personalverantwortliche, gegebenenfalls auch mit anwaltlicher Beratung, Fehler machen. Wichtiger noch: Nur in 11 % der Fälle wird eine Kündigung vom Arbeitnehmer gerichtlich angegriffen.[752] Nicht viel anders wird sich die Lage mit Blick auf Sachgrundbefristungen darstellen. Selbst aber, wenn dem uneingeschränkt zuzustimmen wäre, wäre die Schlussfolgerung nicht die richtige. In diesem Falle wäre an den Stellschrauben zu korrigieren, die an den Fehlentwicklungen sitzen, mithin der Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung wie zur Sachgrundbefristung, nicht aber an jenen an völlig anderem Ort.

Kritik an dem Vorhaben der Großen Koalition, das ja immerhin ein Minus gegenüber der vollständigen Abschaffung der sachgrundlosen Befristung wäre, kommt auch aus dem IAB.[753] So wird die Vermutung aufgestellt, dass auf diese Weise Arbeitsplätze verloren gehen könnten. Das scheint nach den bisherigen Erkenntnissen (s.o. 2.3.2.4) freilich nicht naheliegend. Wenn stattdessen vorgeschlagen wird, an den Möglichkeiten der sachgrundlosen Befristung festzuhalten und dafür einen höheren Beitrag zur Arbeitslosenversicherung für Arbeitgeber einzufordern, die Arbeitnehmer befristet beschäftigen, geht dies schlechterdings am Problem vorbei. Denn vielen befristet Beschäftigten nützt dies nur eingeschränkt etwas, weil ein Anspruch auf Arbeitslosengeld nach Auslauf der Befristung nicht sicher zu erwarten ist (s.o. 2.3.3.2). Vor allem aber wird bei diesem Vorschlag verkannt, dass das Befristungsrecht Arbeitnehmer schützen soll und nicht primär die Arbeitslosenversicherung und dass der befristete Arbeitsvertrag die Ausnahme und nicht die Regel sein soll.

2.3.4.2.2 Vertragsverlängerungen nach Erreichen der Altersgrenze nur mit Sachgrund

Die Möglichkeiten der Verlängerung des Arbeitsvertrages nach Erreichen einer Altersgrenze (s.o. 2.3.2.5) ergänzen das Szenario einer Befristungsfalle vorwiegend am Anfang oder während der gesamten Dauer des Berufslebens um das Szenario einer Befristungsfalle am Ende des Berufslebens. Dieses würde sich erledigen, wenn man die Altersgrenzen insgesamt beseitigen würde. Dafür gibt

752 *Bielinksi/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 83, 87.
753 *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 16/2018.

es sicher Argumente. Freilich scheint hier eine rechtspolitische Wegmarke gesetzt durch die umfassende Anerkennung seitens der Rechtsprechung mit den Weihen der Europarechtskonformität sowie die gesetzliche Rezeption in § 41 SGB VI, die an dieser Stelle nicht weiter infrage gestellt werden soll. Anerkennenswert ist jedenfalls die Konzeption, mit der der Gesetzgeber die Regelung, die sich heute in § 41 Satz 2 SGB VI findet, geschaffen hat.[754] Vorausgegangen war eine Regelung, die den Arbeitnehmern die rechtliche Möglichkeit gegeben hatte, über das gesetzliche Rentenalter hinaus zu arbeiten. Das führte offenbar zu Mitnahmeeffekten dergestalt, dass mit der Drohung, über das Rentenalter hinaus zu arbeiten, Abfindungsverhandlungen angeboten wurden. Das allerdings kann nicht der Sinn der Grenzen des Befristungsrechts sein.

Fraglich bleibt aber, wie die Möglichkeit der Weiterarbeit nach Erreichen der Altersgrenze zu bewerten ist. Die Gestattung sachgrundloser Befristungen als rechtspolitisch konzeptionelle Ausnahme zum befristeten Arbeitsvertrag mag noch der Hoffnung auf eine Verbesserung der Arbeitsmarktchancen von Arbeitslosen dienen. Mag dasselbe für die erleichterte sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern nach § 14 Abs. 3 TzBfG mit Rücksicht auf vermutete schlechtere Arbeitsmarktchancen dieser älteren Arbeitnehmer gelten. Problematisch wird dann eine Begründung der unbeschränkten Befristungsmöglichkeiten nach Erreichen der Altersgrenze.[755] Das Arbeitsplatzargument kann eigentlich nur so begründet werden, dass ein Arbeitnehmer gerade im Hinblick auf die möglicherweise nicht zufriedenstellende Altersversorgung ein Interesse am Verbleib im Berufsleben haben kann. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, dass die arbeitsrechtliche Möglichkeit, Altersgrenzen zu vereinbaren, im Ergebnis zu dem befremdlichen Befund führt, dass arbeitswillige ältere Arbeitnehmer in staatliche Unterstützungssysteme gedrängt werden.[756] Insofern ist die Erleichterung der Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit begrüßenswert. Die Chancen dafür sind naturgemäß beim bisherigen Arbeitgeber am günstigsten.

Allerdings erscheint es unverhältnismäßig, dies ohne jede Beschränkung zu gestatten. Regelmäßig wird es zur Vertragsverlängerung ohnehin nur dann kommen, wenn auch der Arbeitgeber ein Interesse daran hat. Dass er sich dabei oftmals aber nicht auf das Risiko eines unbefristeten Arbeitsvertrages einlassen mag, ist nachvollziehbar. Denn eine Kündigung mit nachlassendem Leistungs-

---

754 BT-Drs. 12/8040; vgl. auch *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, 43. Aufl., Frankfurt/Main 2018, Einl. III zum SGB VI, Nr. 30 VI.

755 Vgl. auch *Waltermann*, NJW 2018, 193, 198.

756 *Waltermann*, NJW 208, 193, 199.

vermögen zu begründen, ist sicher in praktischer Hinsicht nicht ganz einfach und mit einem nicht unerheblichen Prozessrisiko verbunden.[757]

Allerdings hat das BAG mit der Möglichkeit der Sachgrundbefristung den Weg gezeigt, wie eine den beiderseitigen Interessen gerecht werdende Lösung aussehen kann. Dass der Arbeitgeber in diesem Fall eine konkrete Personalplanung vortragen muss, ist weder unzumutbar noch unlösbar.[758] Vielmehr ist eine konkrete Personalplanung, nimmt man das Leitbild des unbefristeten Vertrages als Regelfall ernst, das Mindeste, was von einem Arbeitgeber erwartet werden kann, wenn er von einer Befristung Gebrauch machen möchte. Denn anderenfalls liefe die Befristung auf nichts anderes hinaus als eine Vermeidung des Kündigungsschutzes bei Ungewissheit über den Fortbestand des Personalbedarfs.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ebenfalls herangezogen werden könnte, um die Einarbeitung eines Nachfolgers zu ermöglichen oder bestimmte Projekte abzuschließen.[759]

Vordergründig scheint die Möglichkeit beliebiger Verlängerungen des Arbeitsvertrages allerdings der Zielsetzung des Flexirentengesetzes[760] besser zu entsprechen. Dieses soll den Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand weiter flexibilisieren, indem Teilrenten mit Teilzeitarbeit kombiniert werden können und die Option für eine Versicherungspflicht nach Erreichen der Altersgrenze geschaffen wird. In der jetzigen Ausgestaltung wird § 41 Satz 3 SGB VI dieser rechtspolitischen Zielsetzung aber kaum gerecht. Das hat letztlich damit zu tun, dass in die Entscheidung über eine befristete Verlängerung des Arbeitsvertrages maßgeblich die unternehmerischen Interessen des Arbeitgebers einfließen. Nur dort, wo diese für eine befristete Verlängerung sprechen, ist dem Arbeitnehmer überhaupt der flexible Übergang in der Gestalt des Aufbesserns der Rentenanwartschaft durch Verlängerung des Berufslebens ermöglicht.

---

757 *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 79; *Bayreuther*, NZA Beilage 3/2015, 84, 88.

758 Ebenso i.E. *Kiel*, NZA Beilage 2/2016, 72, 81; krit. insoweit jedoch *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 81.

759 *Waltermann*, NJW 2018, 193, 198.

760 Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben (Flexirentengesetz) v. 8.12.2016, BGBl. I 2838; dazu *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71 ff.; *Lorenz-Schmidt*, ZTR 2017, 199 ff.; *Matlok/Fecher*, DRV 2017, 1 ff.; Rolfs, NZS 2017, 164 ff.; *Winkel/Nakielski*, SozSich 2017, 51 ff.;

Viel besser würde es dieser Konzeption gerecht, würde ein Sachgrund im Arbeitnehmerinteresse anerkannt. Dieser könnte abhängig gemacht werden von

- Äußerung eines diesbezüglichen Wunsches des Arbeitnehmers
- mit konkreter Dauer der gewünschten Vertragsverlängerung im Hinblick auf ein bestimmtes Rentenniveau-Ziel
- nach darauf bezogene Rentenauskunft.

Das läuft letztlich mehr oder weniger auf die bisher schon von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an eine Befristung des Arbeitsvertrages auf Wunsch des Arbeitnehmers hinaus. Nicht ausreichend ist danach, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag unterzeichnet hat. Vielmehr ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer sich, hätte er die freie Wahl zwischen einem unbefristeten und einem befristeten Arbeitsvertrag für letzteren entschieden hätte.[761] Ein solcher Sachgrund würde es erlauben, dass dem Wunsch des Arbeitnehmers nach Verlängerung des Berufslebens keine Negativanreize entgegenstehen, sodass sich der Arbeitgeber ohne drohende Nachteile auf diesen Wunsch einlassen kann, wenn er dem entsprechen möchte. Ein solcher Sachgrund könnte gesetzlich als ein neuer § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6a TzBfG eingeführt werden, ließe sich aber auch durch die Rechtsprechung aus § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG (in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund) konkretisieren[762].

Zugleich würde sich durch diese Konzeption die Kritik erledigen, dass § 41 Satz 3 SGB VI nur die Fortsetzung mit bisherigen Arbeitnehmern gestattet, nicht aber die Neueinstellung von Arbeitnehmern jenseits der Altersgrenze.[763] Eine solche lässt sich ebenso auf Sachgründe im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG stützen, zusätzlich ist sogar die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zulässig. Dasselbe gilt für die Kritik, dass zwar eine Verlängerung mit einem bisherigen Arbeitnehmer möglich ist, nicht jedoch eine Rückholung nach Ende des Arbeitsvertrages.[764] Auch diese bleibt möglich und kann mit sachlichen Gründen in Form eines befristeten Arbeitsvertrages stattfinden. Auch das Problem, dass im Rahmen einer Verlängerungsvereinbarung nach § 41 Satz 3 SGB VI Vertragsänderungen, die im Hinblick auf die Weiterarbeit nach Erreichen der Regelrentenaltersgrenze geboten sein könnten, als nicht bloßes Hinausschieben

---

761 BAG 18.1.2017 – 7 AZR 236/15, NZA 2017, 849, Rn. 30 ff.

762 Vgl. auch, wenn auch nicht so konkret, *Kiel*, NZA Beilage 2/2016, 72, 81; *Waltermann*, NJW 2018, 193, 198.

763 *Schlegel*, NZS 2017, 241, 244.

764 Vgl. *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71.

des Vertragsendes unzulässig sein könnten,[765] stellt sich im Rahmen eines Anschlussvertrages mit Sachgrundbefristung nicht.

Es sei aber bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass auch ein solcher Sachgrund die vom Gesetz beabsichtigte flexible Entscheidung des Beschäftigten über den Rentenzugang letztlich vom Gutdünken des Arbeitgebers abhängig macht, wenn dieser nicht verpflichtet ist, eine Verlängerungsvereinbarung zu vereinbaren. Eine solche autonome Entscheidung sollte dem Arbeitgeber nur belassen bleiben, wo es bislang an einer vertraglichen Bindung fehlt. Bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis scheint es demgegenüber vorzugswürdig, das Regel-Ausnahmeverhältnis umzukehren und dem Arbeitnehmer eine Verlängerungsoption einzuräumen, der der Arbeitgeber gegebenenfalls im Wege der Kündigung entgegentreten müsste. Darauf wird im Kapitel zu den diskontinuierlichen Erwerbsbiografien noch näher einzugehen sein (unter 3.5.5).

Eine weitere Ungereimtheit hinsichtlich der befristeten Weiterbeschäftigung nach Rentenbeginn würde sich durch Streichung von § 41 Satz 3 SGB VI allerdings nicht erledigen. Offensichtlich besteht in der Praxis eine Tendenz, das Arbeitsverhältnis ein gutes Vierteljahr vor Erreichen der Altersgrenze zu beenden, sodass der Arbeitnehmer Arbeitslosengeld beziehen kann.[766] Infolge der Beschäftigungslosigkeit im Sinne von § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III wird dann von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, mit dem älter als 52-jährigen Arbeitnehmer einen nach § 14 Abs. 3 TzBfG erleichtert befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Das läuft auf eine Umgehung der Grenzen des Bestandsschutzrechts auf Kosten der Solidargemeinschaft der Beitragszahler hinaus. Die richtige Antwort auf dieses Problem ist freilich nicht, erleichterte Befristungen nach Erreichen der Altersgrenze zuzulassen,[767] sondern die aus anderen Gründen gebotene Streichung von § 14 Abs. 3 TzBfG (s.u. 2.3.4.2.3).

Angesichts der vorhandenen Möglichkeiten, einen Arbeitsvertrag bei Erreichen der Altersgrenze zu befristen, besteht für ein alternativ zur Diskussion gestelltes

765 *Bayreuther*, NZA Beilage 3/2015, 84, 88; *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 82; Zweifel an dieser These indes bei *Kiel*, NZA Beilage 2/2016, 72, 80.

766 Vgl. dazu *Schlegel*, NZS 2017, 241.

767 So aber *Schlegel*, NZS 2017, 241, 244.

Konzept einer Lockerung des Kündigungsschutzes für diese Gruppe[768] kein zusätzlicher Bedarf.[769]

Insgesamt setzen sich damit die Argumente für die Abschaffung der sachgrundlosen Befristung bei der Befristung nach Erreichen der Altersgrenze fort. Desgleichen erscheinen die Bedenken, die sich bereits gegen die erleichterten Befristungen mit älteren Arbeitnehmern in der früheren Fassung des § 14 Abs. 3 TzBfG ergaben, gleichsam als Wiedergänger in leicht veränderter Gestalt. Alles spricht damit für eine Streichung des § 41 Satz 3 SGB VI. Zudem würden sich dadurch auch die rechtsdogmatischen Bedenken gegen die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache John, die eine unionsrechtliche Billigung der Regelung bewirkt (s.o. 2.3.2.2.5), in Wohlgefallen auflösen.

Wollte man dem nicht nähertreten, bedürfte es zumindest einer Höchstzahl der Verlängerungsmöglichkeiten (maximal zwei oder drei), um den Arbeitgeber dazu anzuhalten, dass er eine konkrete Planung mit Blick auf das Ausscheiden des Arbeitnehmers vornimmt, und um dem Arbeitnehmer eine gewisse Planungssicherheit zu verschaffen. Insoweit geht der in der Literatur unterbreitete Vorschlag von maximal fünf Verlängerungen während höchstens fünf Jahren[770] erheblich zu weit. Lediglich das zeitliche Höchstmaß von fünf Jahren vermöchte zu überzeugen, da kaum vorstellbar ist, dass Arbeitgeber darüber hinaus Beschäftigungsbedarf gerade für diesen älteren Arbeitnehmer haben. In der bisherigen Praxis, die im Übrigen dadurch gekennzeichnet ist, dass in den allermeisten Fällen unbefristete Verträge geschlossen werden,[771] werden überwiegend Verträge bis 36 Monate geschlossen,[772] was dafür spricht, dass ein deutlich darüberhinausgehender Bedarf regelmäßig nicht gegeben ist.

---

768 *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 83.

769 Das BAG (27.4.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902) hat immerhin bereits den Kündigungsschutz von Altersrentnern im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung gelockert.

770 So *Kiel*, NZA Beilage 2/2016, 72, 81, in Anlehnung an *Bayreuther*, NZA Beilage 3/2015, 84, 87.

771 Dabei scheint es nicht plausibel, dass die hohe Zahl unbefristete Verträge auf der unsicheren Rechtslage beruht (so *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110). Denn aus Arbeitgebersicht ist es ohne Weiteres möglich, zunächst eine befristete Beschäftigung zu vereinbaren, um bei Erreichen des Vertragsendes vorsorglich zu kündigen, anstatt sich von vornherein allein auf die Option der Kündigung zur Begründung des Vertragsendes einzulassen.

772 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.

2.3.4.2.3 Abschaffung erleichterter sachgrundloser Befristung mit Älteren

Die in § 14 Abs. 3 TzBfG niedergelegte Möglichkeit sachgrundloser Befristung für ältere Arbeitnehmer, die im Nachgang zur Mangold-Entscheidung des EuGH nachkonturiert wurde (s.o. 2.3.2.2.4), ist ebenfalls missbrauchsanfällig und schafft keine erkennbaren Vorteile für Wirtschaft und Beschäftigung.

Anders als bei § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG hat der Gesetzgeber bei Absatz 3 auf ein Anschlussverbot verzichtet. Dieses kommt nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zum Tragen.[773] Nach einer viermonatigen Beschäftigungslosigkeit kann daher erneut ein befristeter Arbeitsvertrag gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG abgeschlossen werden, obwohl bereits ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden hat.[774] Dadurch können verschiedene sachgrundlose Befristungen nach §§ 14 Abs. 2, 2a, 3 TzBfG miteinander kombiniert werden, die zusammengenommen dann länger als fünf Jahre dauern.[775]

Der Rückgriff auf den Begriff der Beschäftigungslosigkeit führt zu einer erheblichen Erweiterung des Anwendungsbereichs. Denn die Beschäftigungslosigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gehört zu den Normen des Leistungsrechts.[776] Danach ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses keine Leistungsvoraussetzung. Leistungsrechtlich steht ein Arbeitnehmer ungeachtet des rechtlichen Fortbestands des Arbeitsverhältnisses dann in keinem Beschäftigungsverhältnis, wenn der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nicht mehr ausübt.[777] Wer beschäftigungslos ist, ist also nicht unbedingt arbeitslos.[778] Beschäftigungslosigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn das Arbeitsverhältnis zwar rechtlich noch fortbesteht, aber die Vertragsparteien darüber einig sind, dass der Arbeitnehmer tatsächlich nicht mehr weisungsabhängig tätig sein soll, wie beispielweise in den Fällen der einvernehmlich unwiderruflichen Freistellung.[779] Folglich ist bei direkter Anknüpfung an das sozialrechtliche Verständnis der Beschäftigungslosigkeit eine Altersbefristung unmittelbar im Anschluss an ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis denkbar.[780]

---

773 *Bauer*, NZA 2007, 544; *Grimm/Bock*, ArbRB 2007, 156f.
774 *Bauer*, NZA 2007, 544, 545; APS-*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 435h.
775 *Schiefer/Köster/Korte*, DB 2007, 1081, 1083;
776 APS-*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 430.
777 BSG 28.9.1993 – 11 Rar 69/92, NZS 1994, 140,141; BSG 25.4.2002 – B11 AL 65/01, NZA-RR 2003, 105, 107.
778 KR-*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 666.
779 BSG 24.9.2008 – B 12 KR 22/07 R, NZA-RR 2009, 272, 273.
780 *Schiefer/Köster/Korte*, DB 2007, 1081, 1085.

Durch solche Aneinanderreihungen kann letztlich die Obergrenze von fünf Jahren ohne größere Hürden umgangen werden und der Arbeitnehmer dauerhaft oder zum überwiegenden Teil vom Normalarbeitsverhältnis ausgeschlossen werden.[781] Die Ermöglichung einer weitgehend schrankenlosen Befristungspraxis mit älteren Arbeitnehmern steht daher der rechtspolitischen Konzeption des unbefristeten Arbeitsvertrages als Regelfall entgegen. Sie lässt sich nur rechtfertigen als Startrampe für die Rückkehr älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt. Allerdings ist nicht erkennbar, wie die Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmer durch Ermöglichung zahlreicher Anschlussbefristungen gestärkt werden sollen. Das Argument greift vor allem für die erstmalige Befristung. Entsprechend sah das BAG die erleichterte erstmalige sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern als gerechtfertigt an, weil der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums diese Erleichterung als Brücke in eine Beschäftigung ansehen durfte, sodass in der Regelung keine unzulässige Altersdiskriminierung zu sehen ist. Das Gericht zweifelte indes an einer Rechtfertigung der wiederholten Befristungsmöglichkeiten.[782]

Auch wenn man mit dem BAG davon ausgeht, dass der Gesetzgeber zulässigerweise die Hoffnung an eine Brückenfunktion in Beschäftigung für ältere Arbeitnehmer durch Erleichterung sachgrundloser Befristungen knüpfen durfte, sprechen die bisherigen Erfahrungen mit dieser Regelung jedenfalls in rechtspolitischer Hinsicht mit Rücksicht auf die mehrfach angesprochene rechtspolitische Konzeption befristeter Beschäftigung dafür, die Regelung abzuschaffen, weil die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt wurden. Die erweiterte Befristungsmöglichkeit für ältere Arbeitnehmer hat die Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber nicht erhöht. Ein Förderungseffekt zugunsten älterer Arbeitnehmer ist auch künftig nicht zu erwarten. Dies legen die Zahlen zur Beschäftigungsquote und die bisher geringe Inanspruchnahme der Vorschrift nahe. Zwar ist die Beschäftigungsquote von Personen im Alter von 55 bis unter 60 Jahren und von 60 bis unter 65 Jahren von 2005 bis 2015 um 13 Prozentpunkte auf 58 % bzw. um 20,9 Prozentpunkte auf 35,6 % gestiegen, jedoch hat die Zahl der befristeten Arbeitsverträge im Alter von 55 bis 64 Jahren im gleichen Zeitraum kontinuierlich abgenommen.[783] Sie ist von 4,5 % im Jahr 2005 auf 3,6 % im Jahr 2015 gesunken.[784]

---

781 *Preis/Temming*, NZA 2010, 185, 197.

782 BAG 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, DB 2014, 2475.

783 Arbeitsmarktberichterstattung, Dez. 2016, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/

Den mangelnden Beschäftigungseffekt bestätigen auch die Ergebnisse einer Untersuchung des IAB zum Einstellungsverhalten gegenüber älteren Bewerbern. Ein Jahr nach Inkrafttreten der Regelung gaben 89 % der Betriebe an, dass sie ältere Bewerber nicht eingestellt hatten, weil entweder das Qualifikationsprofil oder die Persönlichkeit nicht passend war oder sie nicht in die betriebliche Altersstruktur passten.[785] Diese Ergebnisse wurden durch Befragungen in den Jahren 2005 und 2006 im Rahmen der SGB II-Grundsicherungs-Evaluation bekräftigt. 96 % der Befragten gaben an, dass die Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG keinen Einfluss, auf die bisherige Einstellungspraxis habe.[786] Damit wird einmal mehr deutlich, dass weniger Kündigungsschutz nicht zwangsläufig auch mehr Arbeitsplätze schafft.

Bereits zum 67. Deutschen Juristentag 2008 in Essen mit dem Titel „Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer?“ sprach sich die Mehrheit der Anwesenden für eine ersatzlose Streichung dieser Vorschrift aus.[787] Dem ist einschränkungslos zuzustimmen. 14 Abs. 3 TzBfG bietet keine nennenswerten wirtschaftlichen Vorteile, führt gleichwohl zur zusätzlichen Belastung einer ohnehin unter Druck stehenden Arbeitnehmergruppe. Dort, wo auch die Kombinationsmöglichkeit nicht klar ist, führt die Vorschrift darüber hinaus zu Rechtsunsicherheit. Sie steht im Widerspruch zur rechtspolitischen Konzeption, dass unbefristete Beschäftigung mit Arbeitsplatzsicherheit den Regelfall darstellen soll, und lässt sich nicht als Brücke in reguläre Beschäftigung rechtfertigen.

2.3.4.2.4 Existenzgründerprivileg einschränken

Das Existenzgründerprivileg nach § 14 Abs. 2a TzBfG soll einen Anreiz zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit schaffen, indem der Personalbestand ohne Befürchtungen hinsichtlich des Bestandsschutzes der Arbeitnehmer aufgebaut werden kann, zumal bei Gründung des Unternehmens die Entwicklung

---

generische-Publikationen/Aeltere-amArbeitsmarkt-2015.pdf, S. 13, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

784 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Qualitaet-Arbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

785 *Hohendanner*, Befristete Arbeitsverträge begrenzen – Welche Folgen hat die Abschaffung sachgrundloser Befristungen?, IAB-Stellungnahme 6/2010, 6.

786 *RWI Essen/ISG*, Evaluation der Umsetzung der Vorschläge der Hartz Kommission, Arbeitspaket 1, Endbericht, Juni 2006, S. 7.

787 KR-*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 514; *Preis*, NZA 2008, 922, 925; *Giesen*, NZA 2008, 905, 908.

und der erforderliche Personalbestand nur schwer abschätzbar sind.[788] Der Gesetzgeber hat daher verlängerte sachgrundlose Befristungen ermöglicht. Das ist in rechtspolitischer Hinsicht sicher akzeptabel. Die mangelnde Beschäftigungssicherheit lässt sich dadurch rechtfertigen, dass sie in diesem Fall einen Anreiz zur Schaffung neuer Arbeitsplätze enthält.

Es bleibt freilich die Frage des Maßes. Umstritten ist nämlich insoweit die Bedeutung der zweimaligen Erwähnung einer Vierjahresfrist in § 14 Abs. 2a Satz 1 TzBfG. Sie lässt sich einerseits so verstehen, dass in den ersten vier Jahren nach Gründung sachgrundlose Befristungen über diese Gesamtdauer zulässig sind. Sie lässt sich aber andererseits auch so verstehen, dass der erste Vierjahreszeitraum beschreibt, bis wann letztmalig von dieser erleichterten Befristungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden kann, sodass die zweite Erwähnung einer Vierjahresfrist dazu führt, dass, wenn das Arbeitsverhältnis nur innerhalb dieses ersten Vierjahreszeitraums befristet wurde, grundsätzlich für die Dauer von vier Jahren eine Befristung möglich ist. Wird also am letzten Tag der ersten Vierjahresfrist ein befristetes Arbeitsverhältnis auf die Dauer von vier Jahren geschlossen, kann der Existenzgründer also insgesamt bis zur Dauer von acht Jahren von dieser Regelung profitieren. Die letztgenannte Deutung entspricht der h.M.[789]

Ungeachtet rechtlicher Bedenken gegen die Ansicht der h.M mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlich gewährleisteten Mindestbestandsschutz[790] spricht jedenfalls alles dafür, die Befristungstermine auf die Gründungsphase zu beschränken. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck weitestgehend kleinen Unternehmen mit weniger als zehn Beschäftigten zugutekommt, die bereits durch die Kleinbetriebsklausel gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausreichend geschützt sind, insoweit die Kündigung von Arbeitsverträgen grundsätzlich nicht am KSchG zu messen ist, denn nach Daten des IAB nutzten 61 % der neugegründeten Kleinbetriebe im Jahr 2004 befristete Arbeitsverträge.[791] Schließlich traut der Gesetzgeber dem Unternehmer auch in anderen Vorschriften zu, innerhalb von vier Jahren einzuschätzen, wie sich das Unternehmen künftig weiterentwickelt und wie hoch der Personalbedarf sein wird. Gemäß § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entfällt beispielsweise die Sozialplan-

---

788 Vgl. BT-Drs. 15/1204, S. 10

789 Vgl. etwa ErfK-*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 105; APS-*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 415k; a.A. etwa DDZ-*Wroblewski*, § 14 TzBfG Rn. 233.

790 KR-*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 633.

791 *Hohendanner*, Befristete Arbeitsverträge begrenzen, welche Folgen hat die Abschaffung sachgrundloser Befristungen?, IAB-Stellungnahme 6/2010, 6.

pflicht bei Betriebsänderungen von Unternehmen in den ersten vier Jahren nach ihrer Gründung. Eine weite Auslegung und eine daraus resultierende sachgrundlose Befristungsmöglichkeit bis in das achte Jahr nach Gründung ginge über das Maß des Erforderlichen zur Förderung der Beschäftigung hinaus und stünde deshalb im Widerspruch zur rechtspolitischen Konzeption befristeter Arbeitsverhältnisse als Ausnahme.[792]

2.3.4.2.5 Hilfsweise: Stärkung des Anschlussbefristungsverbots

Folgt man dem hier unterbreiteten Vorschlag einer gänzlichen Abschaffung sachloser Befristungen (außer in Existenzgründungsphasen), erledigt sich damit auch das Anschlussbefristungsverbot nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Wollte man dem nicht nähertreten, wie dies offensichtlich auch bei der Großen Koalition der Fall ist, die zwar die Möglichkeiten sachgrundloser Befristungen einschränken, nicht jedoch abschaffen möchte (s.o. 2.3.2.3), behielte das Anschlussbefristungsverbot seine Bedeutung. Das BAG hat dieses mit umstrittener[793] verfassungsrechtlicher Argumentation, wonach das Anschlussbefristungsverbot den Arbeitsplatzzugang für davon betroffene Arbeitnehmer übermäßig beschränke, einschränkend ausgelegt und will nur Beschäftigungen als befristungsschädlich ansehen, die innerhalb der letzten drei Jahre vor Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages lagen (s.o. 2.3.2.2.2.).[794] Es war zu befürchten, dass eine solche Lockerung in Konzernunternehmen und in Kombination mit Leiharbeit zu Umgehungen genutzt wird, indem die Karenzzeit etwa mit Leiharbeit überbrückt wird.[795] Das ermöglichte kurzfristige Anpassungen der Belegschaftsstärke ohne Kündigungsschutz. Das BVerfG hat dieser einschränkenden Auslegung allerdings mit Recht einen verfassungsrechtlichen Riegel vorgeschoben.[796] Insofern könnte man an einem weiteren Klarstellungsbedarf zweifeln. Zu begrüßen wäre eine gesetzliche Unterstreichung aber mit Blick auf ihre Signalfunktion: Dies würde der Konzeption befristeter Arbeitsverträge als Ausnahme deutlich besser entsprechen. Was die Planungen der Großen Koalition zur Reform des

---

792 Entsprechend wurde von der Bundestagsfraktion die Linke die Streichung des § 14 Abs. 2a TzBfG vorgeschlagen (Antrag BT-Drs. 18/7), siehe ebenso Stellungnahme WSI.

793 A.A. zum BAG: LAG Baden-Württemberg 26.9.2013 – 6 Sa 28/13; LAG Niedersachsen 23.5.2017 – 9 Sa 1304/16, NZA-RR 2017, 520.

794 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255.

795 *Waltermann*, Gutachten B zum 68 DJT, S. 67.

796 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774.

Befristungsrechts in dieser Angelegenheit bedeuten, bleibt abzuwarten. Zu vage ist die Formulierung des Koalitionsvertrages, als dass Interpretationsversuche hilfreich wären. Immerhin könnte sich insoweit eine weitere Einschränkung ergeben, als auch bei länger zurückliegenden Vorbeschäftigungen eine sachgrundlose Befristung ausscheiden muss, wenn die Vorbeschäftigungen eine Gesamtdauer von fünf Jahren überschritten haben.

Wollte man – entgegen der hier unterbreiteten Empfehlung (s.o. 2.3.4.2.3) – an der erleichterten sachgrundlosen Befristung für ältere Arbeitnehmer festhalten, würde sich die Frage stellen, ob sich die Einführung eines Anschlussbefristungsverbotes bei dieser Befristungsmöglichkeit empfiehlt. Dies ist zu verneinen. Wenn man sich auf die – unseres Erachtens nicht überzeugende – Logik einlassen möchte, dass erleichterte sachgrundlose Befristungen die Rückkehr älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt fördern, spricht einiges dafür, dies in einem weiteren Sinne zu verfolgen, was auch die Rückkehr in den Arbeitsmarkt beim früheren Arbeitgeber gestattet.

2.3.4.3 Abschaffung des Sachgrundes der Erprobung

Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG ist angesichts der Wartezeit für den sozialen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG und der Möglichkeit, eine Probezeit mit verkürzter Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 3 BGB zu vereinbaren, weitgehend überflüssig. Der Gesetzgeber selbst sieht bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen eine Probezeit von sechs Monaten als ausreichend an, um sich ein Bild über das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers machen zu können. Es bleibt daher kein Raum für den Sachgrund „Befristung zur Erprobung". Vielmehr entspricht dem Leitbild „unbefristeter Arbeitsvertrag als Normalfall" weit besser, dass es keinen solchen Befristungsgrund gibt und der Arbeitgeber stattdessen während der Probezeit erleichtert kündigen kann, wie dies ja auch jetzt schon vorgesehen ist.

Das ist auch geboten zur Vermeidung unerwünschter Nebeneffekte mit Rücksicht auf die hier vorgeschlagene Abschaffung sachgrundloser Befristungen. 24 % der Arbeitgeber geben als Motiv für den Einsatz befristeter Arbeitsverträge die Erprobung des Mitarbeiters an. Würde lediglich die sachgrundlose Befristung gestrichen, wäre zu erwarten, dass die Arbeitgeber künftig auf den Sachgrund „Befristung zur Erprobung" ausweichen. In der Folge wäre nur eine Verschiebung der Befristungsarten zu beobachten. Insoweit wäre eine Abschaffung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG unverzichtbar.

Daraus ergäbe sich allerdings ein Folgeproblem. Denn in Ausnahmefällen kann der Bedarf an einer Erprobungszeit von mehr als sechs Monaten gegeben sein.

Das hat die Rechtsprechung bisher im Kontext des Sachgrundes der Erprobung nach § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG anerkannt, indem sie Erprobungszeiten, die nicht notwendig waren, als Indiz, das gegen den Sachgrund spricht, angesehen hat (s.o. 2.3.2.5.2). Für die seltenen Fälle, in denen längere Erprobungszeiten als sechs Monate geboten sind, würde dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Verschlechterung der Rechtsposition des Arbeitgebers führen, wenn man grundsätzlich anerkennt, wie dies der Gesetzgeber bislang getan hat, dass die Erprobung ein sachlicher Grund sein kann, der eine Befreiung von den Schranken des sozialen Kündigungsschutzes rechtfertigt. Dem ließe sich auf zweierlei Weise begegnen. Einerseits könnte man an die Stelle der bisherigen Nr. 5 einen Befristungssachgrund des „außergewöhnlichen Erprobungsbedarfs" einführen. Andererseits könnte man es bei der Streichung von Nr. 5 belassen und der Rechtsprechung überlassen, den außergewöhnlichen Erprobungsbedarf als unbenannten Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG anzuerkennen. Für die zweitgenannte Variante spricht, dass ein unbenannter Sachgrund weniger dazu einlädt, aus Fehlbeurteilungen heraus außergewöhnlichen Erprobungsbedarf anzunehmen oder einen solchen gar bewusst lediglich vorzuschieben.

2.3.4.4 Verhinderung langer Befristungskarrieren

Durch die sog. Ampelrechtsprechung des BAG zur Identifizierung von Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristungen (s.o. 2.3.2.2.1) gewinnt das Prüfprogramm der Missbrauchskontrolle zwar an Konturen, allerdings ist eine dreistufige Prüfung, deren wesentliche Bedeutung in der Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast liegt – zumindest in dieser Form – kein effektives Mittel, um den Missbrauch von Kettenbefristungen zu verhindern und den Vorgaben der Rahmenvereinbarung gerecht zu werden. Sowohl nach dem deutschen als auch nach dem europäischen Recht stellt das unbefristete Arbeitsverhältnis die Regel und das befristete Arbeitsverhältnis die Ausnahme dar. Dem steht das vergleichsweise großzügige Ampelmodell des BAG diametral entgegen. Erst nach zwölf Vertragsverlängerungen innerhalb von acht Jahren oder alternativ nach einer Gesamtbefristungsdauer von zehn Jahren oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen setzt die Rotphase ein. Und selbst dann können die Umstände des Einzelfalls stets andere Wertungen ergeben.[797]

Dies demonstrieren beispielhaft zwei Entscheidungen des BAG: In der Entscheidung, mit der die Ampelrechtsprechung begründet wurde, war der Kläger

---

797 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Lakies*, § 114 Rn. 108.

als diplomierter Sportlehrer zwischen 2007 und 2014 für über sechs Jahre mit 15 Vertragsverlängerungen als Vertretungslehrer im Fach Sport beschäftigt.[798] Das BAG hielt zwar eine Missbrauchskontrolle für veranlasst, wertete jedoch die unveränderte Beschäftigung des Klägers an derselben Schule nicht als dauerhaften Beschäftigungsbedarf und schloss aufgrund besonderer Personalplanung im Schulbereich einen Rechtsmissbrauch aus.[799]

In einem anderen, etwas älteren Fall war der Kläger zwischen 1998 bis 2013, mit insgesamt zehn aufeinanderfolgend befristeten Arbeitsverträgen, als stellvertretender Leiter der Küche des städtischen Alten- und Pflegeheims beschäftigt.[800] Das BAG hielt aufgrund der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von fast 15 Jahren und der Anzahl von zehn befristeten Verträgen eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung zwar für indiziert, allerdings wurde die Annahme des Gestaltungsmissbrauchs aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalls widerlegt.[801] Der Kläger vertrat während der gesamten Zeit ausschließlich eine Kollegin, die sich in Mutterschutz bzw. in Elternzeit befand und zuletzt Sonderurlaub beantragte. Trotz mehrfacher Vertragsverlängerung hielt das BAG strengere Anforderungen an die Rückkehrprognose mit zunehmender Anzahl befristeter Arbeitsverträge für nicht erforderlich. Der Arbeitgeber könne insbesondere Ausfallzeiten, die durch Mutterschutz, Elternzeit und Sonderurlaub bedingt sind, durch befristete Einstellungen überbrücken. Zu keiner Zeit habe ein Dauerbeschäftigungsbedarf bestanden, da der Kläger für die unmittelbar abwesende Stammkraft eingesetzt worden sei. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sich der Arbeitgeber bei einem ständig auftretenden Personalbedarf aus einem Personal Pool befristeter Arbeitnehmer bedienen kann. Diese Gestaltungsoption fördert lange Befristungskarrieren und die Bildung faktischer Personalreserven aus befristet Beschäftigten.[802] Solange das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Prüfung von Kettenbefristungen in Vertretungsfällen festhält und trotz zunehmender Anzahl und Dauer der befristeten Arbeitsverträge hinsichtlich des Sachgrundes den gleichen Maßstab anlegt, wird die Annahme des institutionellen Rechtsmissbrauchs die Ausnahme bleiben. Dem Arbeitnehmer wird es kaum gelingen einen dauerhaften Personalbedarf des Arbeitgebers nachzuweisen.[803] Die Rechtsprechung des BAG ist auch deshalb angreifbar, weil sie

---

798 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017 382, 387.
799 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017 382, 387.
800 BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, NZA 2015, 931.
801 BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, NZA 2015, 931.
802 *Kiel*, NZA Beilage 2016, 72, 82.
803 *Eufinger*, EWiR 18/2015, 585, 586.

nicht berücksichtigt, dass die ursprüngliche Prognose des Arbeitgebers, wonach der Bedarf auf die ursprüngliche Befristungsdauer beschränkt sei, falsch war, was sich im weiteren Vertretungsbedarf zeigt.[804] Zugegeben: Das BAG[805] hat in seinem Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache *Kücük* durchaus mit dem Gedanken sympathisiert, dass bei tatsächlichem Dauerbedarf durch aufeinanderfolgende Vertretungsfälle eine Befristung des Arbeitsvertrages nicht gerechtfertigt sei. Gerade dies hat der EuGH mit seiner nachfolgenden Entscheidung aber nicht angenommen. Die Möglichkeiten, die rechtspolitisch insoweit angezeigten Korsettstangen durch richterliche Rechtsfortbildung einzuziehen, sind angesichts dieser Vorgabe insoweit beschränkter als der rechtspolitische Handlungsspielraum des Gesetzgebers.

Dass der Arbeitgeber sich eine Personalreserve mit befristet Beschäftigten vorhalten kann, erscheint indes schon mit Blick auf die Befristungsrichtlinie und deren Leitbild des unbefristeten Vertrages als Normalfall fragwürdig. Entsprechend hat der EuGH in einer neueren Entscheidung judiziert, dass bei einem strukturellen Mangel an Planstellen, der auf einen dauerhaften Bedarf an Vertretungskräften hinausläuft, ein unzulässiger Missbrauch der Befristungsmöglichkeiten gegeben sei.[806] Dies könnte das BAG nötigen, die Missbrauchskontrolle deutlich strenger als bislang durchzuführen. Mit Blick auf die rechtspolitische Konzeption bedarf es aber jedenfalls eines gesetzgeberischen Einschreitens gegen solche Arten von Kettenbefristungen.

2.3.4.4.1 Vermutungsregel

Als mögliche gesetzliche Korrekturen werden im Wesentlichen diskutiert, eine Veränderung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Sachgrundes sowie eine gesetzliche Höchstbefristungsdauer.

In Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast wird die Einführung einer gesetzlichen Vermutungsregelung diskutiert, die sich als Alternative zur Höchstbefristungsdauer darstellt.[807] Den Arbeitgeber träfe dann nicht nur die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Sachgrundes als solchen, sondern auch dafür, dass der Beschäftigungsbedarf tatsächlich nur vorübergehender Natur ist. Die gesetzliche Vermutungsregel ist aber nur dann gegenüber einer Höchst-

---

804 *Eufinger*, AuR, 2016, 224, 225.

805 BAG 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (A), NZA 2011, 34.

806 EuGH 14.9.2016 – C-16/15, NZA 2016, 1265 – Pérez López.

807 So der *DGB* in seiner Broschüre „Befristete Beschäftigung – Arbeiten ohne Bestandsschutz", S. 22.

befristungsdauer ein milderes und gleich effektives Mittel, wenn die Anforderungen an die Prognose mit Überschreiten einer bestimmten Gesamtbefristungsdauer oder Anzahl von Vertragsverlängerung steigen – es also nicht mehr auf den einzelnen Vertretungsfall ankommt, sondern eine Prognose über den dauerhaft erforderlichen Arbeitskräftebedarf angestellt wird. Nur so lässt sich die Vermutungsregel von der Ampelrechtsprechung des BAG unterscheiden. Anderenfalls würde es sich nur um eine Perpetuierung der bisherigen Rechtsprechung handeln.

Diese Form der Beweislastverteilung wäre sachgerecht, schließlich ist der Arbeitgeber bereits jetzt beweispflichtig für das Vorliegen eines Sachgrundes. Zeigt sich aber, dass der Befristungsgrund von Dauer ist oder stets neue Gründe für eine vorrübergehende Beschäftigung beim Arbeitgeber entstehen, so sind grundsätzliche Zweifel an dem vorübergehenden Arbeitskräftebedarf angebracht. Ob eine Maßnahme betrieblich notwendig ist oder nicht, kann allein der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dem Arbeitnehmer wird dies in der Regel nicht gelingen.

Problematisch an diesem Lösungsvorschlag ist allerdings, dass er insbesondere für den Arbeitnehmer keine Rechtssicherheit zu erzeugen vermag. Denn letztlich kann vor einem Entfristungsprozess nicht verlässlich beurteilt werden, ob die Befristung rechtmäßig ist oder nicht.

2.3.4.4.2 Höchstbefristungsdauer für Kettenbefristungen

Eine Höchstbefristungsdauer knüpft insoweit zwar nicht an die Frage der Dauerhaftigkeit des Beschäftigungsbedarfs, schafft aber klare Verhältnisse. Berechtigte Interessen des Arbeitgebers, die dem entgegenstünden, sind nicht erkennbar. Möchte er dauerhaft weiter mit dem betreffenden Arbeitnehmer zusammenarbeiten, bleibt ihm immer noch die Möglichkeit, einen unbefristeten Vertrag zu schließen, bei fortfallenden Beschäftigungsbedarf kann er betriebsbedingt kündigen. Als problematisch anzusehen ist, dass der Arbeitnehmer später mit dem Dilemma konfrontiert ist, dass aus einer Norm, die zu seinem Schutze gedacht ist, der Nachteil folgt, dass er keine Anschlussbeschäftigung bei diesem Arbeitgeber findet. Dies sollte andererseits aber auch nicht zu sehr ins Gewicht fallen, da die potenzielle Anschlussbeschäftigung in den Fällen der Kettenbefristung ohnehin auf eine nur befristete Anschlussbeschäftigung hinausläuft. Zudem ließe sich durch eine Höchstzahl an Vertragsverlängerungen ein Anreiz für den Arbeitgeber schaffen, mit dem Arbeitnehmer eine unbefristete Beschäftigung zu vereinbaren.

2.3.4.4.2.1 Höchstdauer der Befristung

Um das Risiko langer Befristungskarrieren zu verringern, empfiehlt sich also, Höchstgrenzen auch bei Sachgrundbefristungen zum Schutz der Arbeitnehmer festzulegen.[808] Ziel ist es zu verhindern, dass in dem Arbeitnehmer durch lange aufeinanderfolgende Befristungsverträge die Erwartung geweckt wird, er könne auch künftig bei demselben Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden. Schließlich wird damit dem Grundsatz entsprochen, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis die übliche Form und Regel darstellt.[809] Bereits andere EU-Mitgliedstaaten haben bei der Umsetzung der Richtlinie auf das Modell Sachgrund mit begrenzter Dauer zurückgegriffen. Wie oben bereits ausgeführt, regelt die EU das Befristungsrecht nicht umfassend, sondern nur mit einer Rahmenvereinbarung (s.o. 2.3.1.5). Die Rahmenvereinbarung hat Kompromisscharakter.[810] Die wichtigste materielle Regelung der Rahmenvereinbarung enthält deren § 5. Diese Regelung räumt den Mitgliedstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum ein.[811] So haben die Mitgliedstaaten die Wahl aus drei Mitteln: Anknüpfung an Sachgründe gemäß § 5 Nr. 1 lit. a, Begrenzung der Höchstdauer aufeinanderfolgender befristeter Verträge gemäß § 5 Nr. 1 lit. b und Begrenzung der zulässigen Zahl der Verlängerungen solcher Verträge gemäß § 5 Nr. 1 lit c.[812]

Belgien verwendet das Sachgrunderfordernis im Sinne des § 5 Nr. 1 lit. a, aber auch Maßnahmen nach § 5 Nr. 1 lit. b und c der Rahmenvereinbarung. Gemäß Art. 10 Abs. 1 Loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978/GAV[813] wird grundsätzlich bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen vermutet, dass ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde, wenn keine dem Arbeitnehmer zuzurechnende Unterbrechung eingetreten ist oder der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass die aufeinanderfolgenden befristeten Verträge durch die Art der Arbeit oder aus anderen Gründen gerechtfertigt waren. Dem Arbeitnehmer zuzurechnen ist die Unterbrechung, wenn sie aus persönlichen Gründen erfolgt. Die Sachgründe sind zwar nicht im Gesetz genannt, aber Rechtsprechung und Literatur haben verschiedene Sachgründe

---

808 *Eufinger*, AuR 2016, 224, 225; *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 94; *vom Stein*, NJW 2015, 369, 374.

809 *Eufinger*, AuR 2016, 224, 225.

810 *Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 15.

811 *Kamanabrou*, NZA 2016, 385.

812 *Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 19.

813 Abrufbar unter: http://droitbelge.be/codes.asp (zuletzt geprüft am 24.1.2019).

anerkannt, darunter beispielsweise die schwierige wirtschaftliche Lage eines Unternehmens.[814] Allerdings gibt es für Vertretungsfälle eine eigenständige Norm. So dürfen Arbeitnehmer gemäß Art. 11 § 1 Abs. 1 Loi relative aux contrats de travail/GAV einen anderen Arbeitnehmer ersetzen, der aus anderen Gründen als Streik oder Aussperrung, ungünstige Witterung, oder Arbeitsmangel aus wirtschaftlichen Gründen nicht beschäftigt wird.[815] Nach § 11 § 1 Abs. 3 Loi relative aux contrats de travail/GAV ist eine Vertretungsbefristung für höchstens zwei Jahre möglich.[816] Zwar können nach Art. 11 § 1 Abs. 4 einzelne aufeinanderfolgende Verträge abgeschlossen werden, allerdings dürfen diese nicht die Höchstdauer von zwei Jahren überschreiten, es sei denn, es liegt eine vom Arbeitnehmer zu verantwortende Unterbrechung vor.[817] Neben der Sachgrundbefristung besteht gemäß Art. 10 bis Loi relative aux contrats de travail/GAV noch die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung, allerdings kann der Arbeitgeber mit demselben Arbeitnehmer ohne Sachgrund höchstens vier befristete Arbeitsverträge hintereinander abschließen, wobei der einzelne Vertrag die Dauer von drei Monaten nicht unterschreiten darf. Darüber hinaus darf die Gesamtdauer der Befristung zwei Jahre nicht überschreiten. Die sachgrundlose Befristung ist für eine bestimmte Zeit und nicht für eine bestimmte Arbeit zulässig. Werden diese Vorgaben eingehalten, greift die Vermutungsregel aus Art. 10 Loi relative aux contrats de travail/GAV nicht.[818] Die Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren kann aber durch die Kombination aus Vertretungsbefristung und anderweitiger Befristung umgangen werden.[819] In diesen Fällen greift die strenge Vermutung des § 10 Loi relative aux contrats de travail/GAV nicht ein.[820]

---

814 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 430.

815 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 433; *Bleck*, RdA 2015, 416, 419; *Kamanabrou*, EuZA 2012, 442, 469; *Kamanabrou*, NZA 2016, 385, 386.

816 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 434.

817 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 436.

818 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 428.

819 Trib. Trav. Namur, 16.11.1992, J.T.T. 1993, 162; *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 436.

820 *Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 436.

In Schweden ist ebenfalls die Vertretungsbefristung gemäß § 5 Nr. 2 lag om anställningsskydd (LAS) zeitlich begrenzt worden. Das schwedische Recht kennt die sachgrundlose Befristung und daneben vier Sachgründe, die die Befristung rechtfertigen. Gemäß § 5 LAS können befristete Arbeitsverträge in folgenden Fällen geschlossen werden: Probezeit, Vertretungsbedarf, Saisonarbeit und wenn der Arbeitnehmer das 67. Lebensjahr erreicht hat. Ein Arbeitnehmer darf in Vertretungsfällen oder bei der sachgrundlosen Befristung innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nicht mehr als zwei Jahre bei einem Arbeitgeber beschäftigt sein.[821] Werden die zulässigen Befristungszeiträume überschritten, verwandelt sich das befristete in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Schweden verwendet also die Maßnahmen im Sinne von § 5 Nr. 1 lit. a und lit. b der Rahmenvereinbarung. Allerdings wird die Gesamtbefristungsdauer alternativ erfasst, sodass die Gesamtbefristungsdauer von zwei Jahren pro Befristungstatbestand auf insgesamt vier Jahre in dem Berechnungszeitraum ausgeweitet werden kann. Zusätzlich kann mit demselben Abreitnehmer noch ein wegen Saisonarbeit befristeter Arbeitsvertrag, für den keinerlei Höchstgrenzen vorgesehen sind, geschlossen werden.[822]

Für die Bestimmung der Höchstgrenze in Deutschland kann beispielsweise das WissZeitVG herangezogen werden. § 2 Abs. 1 WissZeitVG sieht für die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichen Mitarbeitern und künstlerischem Personal eine Höchstgrenze von sechs Jahren vor. So fordert auch *Eufinger* neben einer Begrenzung der Höchstdauer auch die Begrenzung der Höchstzahl. Innerhalb eines Sechsjahreszeitraums solle nur die dreimalige Verlängerung des Arbeitsvertrages erlaubt sein.[823] *Vom Stein* verlangt ebenfalls eine Beschränkung der Höchstdauer und schlägt einen Zeitraum von sechs bis acht Jahren vor.[824] Ob es sich hierbei um eine absolute oder nur relative Höchstgrenze handeln soll, hängt maßgeblich von der Dauer der geforderten Unterbrechung ab. Eine nur kurze Unterbrechung würde nicht verhindern, dass sich bei dem Arbeitnehmer ein Sicherheitsgefühl einstellt. Ferner sollte die Höchstbefristungsdauer auch für Kombinationen mit anderen Befristungstatbeständen gelten, anderenfalls besteht das Risiko, dass die Höchstbefristungsdauer unterlaufen wird.

---

821 *Kamanabrou*, EuZA 2012, 442, 464; *Kamanabrou*, NZA 2016, 385, 386.

822 *Berenbrinker*/*Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 166.

823 *Eufinger*, AuR 2016, 224, 226.

824 *Vom Stein*, NJW 2015, 369, 374.

Die Große Koalition plant insoweit eine Höchstbefristungsdauer von fünf Jahren (s.o. 2.3.2.3).

Unabhängig davon, welche konkrete Höchstgrenze man auch immer festschreiben möchte, scheint jedenfalls rechtspolitisch einleuchtend, dass eine Höchstgrenze gesetzlich fixiert werden sollte. Auf diese Weise wird vermieden, dass eine Personalreserve vorgehalten werden kann, die einem dauerhaften Personalbedarf entspricht, bei der aber das Risiko veränderten Personalbedarfs durch die Befristungsgestaltung auf die Arbeitnehmer abgewälzt wird.

Allerdings besteht nicht bei allen Sachgründen die Gefahr langfristiger Befristungskarrieren. Der Sachgrund der Erprobung beispielsweise wird im Regelfall nur einmal in Betracht kommen. Auch die Übergangsbefristung nach einer Ausbildung ist insoweit nicht verdächtig. Bei einer Befristung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers bedarf es ebenfalls keines ergänzenden Schutzes. Insoweit verbleibt im Wesentlichen der Sachgrund der Vertretungsbefristung. Aber auch bei der Befristung wegen vorübergehenden betrieblichen Bedarfs liegt es nahe, eine Höchstgrenze einzuziehen. Entsprechend empfiehlt es sich, die Höchstgrenze für alle Sachgründe einzuführen, auch wenn bei einigen von ihnen schon aus der Natur der Sache heraus nicht die Gefahr besteht, dass die Höchstbefristungsdauer erreicht wird. Demgegenüber kann bei Befristungen aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung ein dauerhaft wiederholter Befristungsbedarf denkbar sein. Das ist etwa vorstellbar bei Profifußballspielern oder bei Schauspielern. Insoweit empfiehlt es sich, hier eine Ausnahme von der Höchstbefristungsdauer vorzusehen. Dieser Besonderheit will ja auch die Große Koalition bei ihrer Reform des Befristungsrechts Rechnung tragen (s.o. 2.3.2.3). Aber auch für Befristungen aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers sollte eine Ausnahme von der Höchstbefristungsdauer vorgesehen sein. Die Höchstbefristungsdauer wäre in diesem Fall nicht aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes geboten und würde damit dem Arbeitnehmer Steine statt Brot geben.

2.3.4.4.2.2 Höchstzahl der Vertragsverlängerungen

Bei einer zeitlichen Dimension der Höchstbefristungsdauer (fünf Jahre), wie sie der Großen Koalition vorschwebt, scheint aber auch eine Begrenzung der Zahl der Befristungen geboten. Ansonsten bliebe es in vielen Fällen möglich, Arbeitnehmer beliebig mit befristeten Verträgen in einer Personalreserve zu halten und später zu rotieren, wenn die Fünfjahresfrist erreicht wird. Zur Vermeidung einer solchen „Belegschaft 2. Klasse“ sollten nicht allzu viele Vertragsverlängerungen gestattet werden. Denn das würde für Arbeitgeber einen Anreiz schaffen, bei dauerhaftem Vertretungsbedarf im Zweifel einen bereits bewährten, befristet beschäftigten Arbeitnehmer in eine Daueranstellung zu überführen.

Hier bietet sich in der Tat eine Anlehnung an § 14 Abs. 2 TzBfG in der aktuellen Fassung an. Zulässig wären damit maximal drei Vertragsverlängerungen.

2.3.4.5 Einführung einer Karenzzeit nach französischem Vorbild

Denkbar wäre ferner – nach französischem Vorbild – die Einführung einer Karenzzeit für die erneute befristete Besetzung eines Arbeitsplatzes.

Während es bei der Einführung einer Höchstdauer primär um den Schutz des Arbeitnehmers geht und darum zu verhindern, dass sich bei ihm durch lange Befristungsketten ein Sicherheitsgefühl einstellt, zielt die Einführung einer Karenzzeit darauf ab, die wiederholte Befristung insgesamt zu begrenzen. Dadurch soll verhindert werden, dass Daueraufgaben statt durch den Abschluss unbefristeter durch den wiederholten Abschluss befristeter Verträge erfüllt werden.[825]

In Deutschland ist zwar die wiederholte sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitnehmer beschränkt, nicht aber die wiederholte Befristung auf einem Arbeitsplatz. Der Arbeitgeber kann die Position, die zuvor mit einem sachgrundlos befristeten Arbeitnehmer besetzt war, ohne eine Wartezeit einhalten zu müssen, mit einem anderen Arbeitnehmer – ebenfalls auf Grundlage einer sachgrundlosen Befristung – besetzen.

In Frankreich muss hingegen grundsätzlich vor der erneuten befristeten Besetzung eines Arbeitsplatzes eine Karenzzeit gewahrt werden. Der Arbeitgeber kann also nicht ohne Weiteres einen befristet beschäftigten Arbeitnehmer gegen einen anderen austauschen.[826] Die Karenzzeit bezieht sich auf den Arbeitsplatz und ist unabhängig davon, ob es sich um denselben befristet beschäftigten Arbeitnehmer oder einen anderen handelt, zu wahren.[827]

Gemäß Art. L. 1244-3-1. C.trav. beträgt die Karenzzeit ein Drittel der Laufzeit des abgelaufenen Vertrages (einschließlich Verlängerung), wenn dieser 14 Tage oder länger gedauert hat. Bei einer Dauer von weniger als 14 Tagen beträgt die Karenzzeit gemäß Art. L. 1244-3-2. C. trav. die Hälfte der Gesamtdauer des abgelaufenen Arbeitsverhältnisses (einschließlich Verlängerung). Die Frist wird nicht nach Kalendertagen berechnet, sondern nach Werktagen im betroffenen

---

825 *Kamanabrou*, EuZA 2012, 442, 472; *Bleck*, RdA 2015, 416, 418.

826 *Kamanabrou*, NZA 2016, 385, 388; *Bleck*, RdA 2015, 416, 418.

827 *Lokiec* in: Blanpain et al (Hrsg.), Regulation of Fixed-term Employment Contracts, A comparative overview, S. 76f.

Unternehmen oder Betrieb.[828] Maßgeblich für die Bestimmung des Arbeitsplatzes ist ferner die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und nicht der Ort an dem sie ausgeführt wird.[829] Wird die Karenzzeit nicht eingehalten, wird der befristete Arbeitsvertrag gemäß Art. L. 1245-1 C. trav. in einen unbefristeten umgedeutet.

Im Zusammenspiel mit der Höchstdauer entsteht dadurch für den Arbeitgeber der Anreiz, das Arbeitsverhältnis nach Erreichen der Höchstdauer nicht auslaufen zu lassen und den befristet beschäftigten Arbeitnehmer, sofern der Bedarf über die Höchstdauer hinaus besteht, fest einzustellen, da ansonsten eine lange Karenzzeit zu befürchten ist.

Mit der Karenzzeit würde erreicht, das rechtspolitische Ziel des unbefristeten Arbeitsvertrages als Standardfall des Arbeitsverhältnisses durch entsprechenden Anreiz zu etablieren. Befristete Arbeitsverträge würden weitgehend auf die Ausnahmefälle beschränkt, für die sie an sich vorgesehen sind, nämlich Fälle, in denen von vornherein kein dauerhafter Bedarf an der Arbeitskraft besteht. Die Karenzzeit sollte aus diesem Grund neben Höchstbefristungsdauer und Höchstzahl der Vertragsverlängerungen bei Sachgrundbefristungen eingeführt werden. Die Gründe, die dort für Ausnahmen bei Befristungen wegen der Eigenart der Arbeitsleistungen sowie aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers sprechen, sprechen auch hier für eine Ausnahme, sodass Karenzzeiten nicht nach diesen Befristungsgründen eingreifen.

2.3.4.6 Einführung einer Prekaritätsprämie nach französischem Vorbild

Zu diskutieren ist weiterhin, ob den aus diesem Vertragstyp resultierenden Risiken dadurch Rechnung getragen werden sollte, dass ein monatlich höheres Arbeitsentgelt für befristet Beschäftigte (Modell 1) oder eine Prekaritätsprämie (Modell 2) nach französischem Vorbild eingeführt wird. Der französische Gesetzgeber räumt befristet Beschäftigten insoweit Sonderrechte ein. Auch hier gilt gemäß Art. L. 1221 – 2 C. trav. das Prinzip des unbefristeten Arbeitsvertrages.[830] Eine Befristung verlangt gemäß Art. L. 1242 – 2ff. C. trav. stets einen Sachgrund. Den befristet Beschäftigten steht darüber hinaus eine Prekaritätsprämie zu. Enden die Vertragsbeziehungen mit Zweckerreichung oder durch Zeitablauf, ohne in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu münden, ist der Arbeitgeber ge-

---

828 Die Gesetze sind abrufbar unter https://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

829 Cass. Soc. V. 31.10.1989, 86-43137, Bull. CiV. V 1989, Nr. 641.

830 Art.L. 1221 – 2 CT : „Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail".

mäß Art. L. 1243 – 8 C. trav. verpflichtet, eine Abfindung in Höhe von 10 % der gesamten Bruttovergütung an den Arbeitnehmer zu zahlen.[831] Hierin liegt der wesentliche Unterschied zwischen Modell 1 und Modell 2. Dem befristeten Arbeitnehmer wird eine Entgeltzulage nicht laufend, sondern erst bei Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses gewährt, und dies auch nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch einen (unbefristeten) Arbeitsvertrag fortgesetzt wird. Durch diese Regelung soll erstens sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer, im Falle des Auslaufens des Arbeitsverhältnisses, über ausreichend finanzielle Mittel verfügt, um die Zeit der Arbeitslosigkeit zu überbrücken. Bei einer Mehrvergütung ist der Arbeitnehmer hingegen aufgefordert, monatlich für den Fall des Auslaufens des Arbeitsverhältnisses eigenverantwortlich Ersparnisse zurückzulegen. Zweitens wirkt Modell 1 eher dem Versuch entgegen, die gesetzlich vorgeschriebene Mehrvergütung durch Lohnkürzung auf der „offiziellen Lohnseite" zu kompensieren, diese also letztlich einzupreisen, was es allerdings nicht ausschließt, dass der Arbeitgeber versucht, die Prämie durch eine geringere Eingangsvergütung zu finanzieren und auf diese Weise einzupreisen. Drittens aber – das wohl wichtigste Argument – schafft das französische Modell beim Arbeitgeber einen zusätzlichen Anreiz, das Arbeitsverhältnis durch einen unbefristeten Vertrag fortzusetzen, um der Pflicht zur Zahlung einer unter Umständen erheblichen Vertragsbeendigungsprämie entgehen zu können. Aus diesen Gründen ist die Einführung einer Prekaritätsprämie nach französischem Vorbild gegenüber einer laufenden Lohnerhöhung vorzugswürdiger.

Zu beachten ist jedoch, dass die Vertragsbeendigungsprämie in Frankreich gemäß Art. L. 1243 – 10 C. trav. in Fällen von Saisonarbeitsverträgen, gewohnheitsrechtlichen und beschäftigungspolitisch motivierten Befristungen sowie Ferienjobs für Schüler und Studenten entfällt. Schließlich ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der befristet Beschäftigte denselben oder einen ähnlichen

---

831 Art.L. 1243 – 8 CT : „Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation.
Cette indemnité est égale à 10 % de la renumération totale brute versée au salarié. Elle s'ajoute à la renumération totale brute due au salarié. Elle est versée à l'issue du contrat en même temps que le dernier salaire et figure sur le bulletin de salaire correspondant.
Zur Veranschaulichung dient folgendes Beispiel: Ist ein Arbeitnehmer für drei Monate befristet beschäftigt und verdient er monatlich 2000 € brutto, so erhält er mit Ablauf der Befristung eine Prekaritätprämie in Höhe von 600 € (10 % von 6000 €).

Arbeitsplatz mit gleichwertiger Bezahlung ablehnt, das Vertragsverhältnis selbst vorzeitig beendet oder das befristete Arbeitsverhältnis aufgrund eines schweren Fehlverhaltens des Arbeitnehmers oder aufgrund äußerer Umstände vorzeitig beendet werden muss.[832]

Eine Differenzierung der verschiedenartigen Sachgründe, dahingehend ob eine Dauerbeschäftigungserwartung besteht und ob diese enttäuscht wird, erscheint indes nicht zweckmäßig. Eine Prekaritätsprämie sollte vielmehr Nachteile, die der befristet Beschäftigte aufgrund des fehlenden Bestandschutzes von vornherein bereit ist, auf sich zu nehmen, ausgleichen.[833] Diese berufliche Unsicherheit, die bei Auslaufen des Arbeitsvertrages eintritt, trifft letztlich jeden befristet Beschäftigten gleichermaßen. Auch wenn für bestimmte Arbeitsverhältnisse (wie beispielsweise Saison- oder Projektarbeitsverhältnisse) nur ein vorübergehender Arbeitskräftebedarf besteht und dadurch die Dauerbeschäftigungserwartung entsprechend gering ist, ist diese Gruppe von Arbeitnehmern gleichwohl schutzbedürftig. Anders als in Frankreich sollte daher jeder befristet Beschäftigte einen Anspruch auf eine Prekaritätsprämie haben. Eine Abfindung ist nur dann abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis von sich aus nicht weiter fortsetzen möchte oder dieses aufgrund eines schweren Fehlverhaltens seitens des Arbeitnehmers nicht fortgeführt wird.

Ein ähnliches Bild zeichnet sich auch in anderen europäischen Rechtsordnungen ab: In Italien hat jeder Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis befristet oder unbefristet war, einen Abfindungsanspruch nach Art. 2120 Codice Civile in Höhe eines Monatsentgelts pro Dienstjahr, das sog. trattamento di fine rapporto.[834] In Spanien steht ebenfalls jedem Arbeitnehmer bei Auslaufen des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Abfindung in Höhe einer Entloh-

---

832 Art. L. 1243-10 C. trav.: „L'indemnité de fin de contrat n'est pas due:
1° Lorsque le contrat est conclu au titre du 3° de l'article L. 1242-2 ou de l'article L. 1242-3, sauf dispositions conventionnelles plus favorables;
2° Lorsque le contrat est conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires;
3° Lorsque le salarié refuse d'accepter la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente;
4° En cas de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié, à sa faute grave ou à un cas de force majeure."

833 *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 980.

834 *Ebeling/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 622; Gesetze abrufbar unter: https://lexscripta.it/codici (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

nung für zwölf Werktage pro Dienstjahr gemäß Art. 49. 1 lit c. Satz. 2 Estuto de los Trabajadores zu, soweit nichts anderes bestimmt ist.[835]

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass sich die öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung der Sozialversicherung rechtspolitisch vorzugswürdig gegenüber einer privatrechtlichen Konzeption darstellt, die häufig Mitnahmeeffekte des Arbeitnehmers gestattet. Die über das bisherige Maß hinausgehende Einbeziehung befristet Beschäftigter in die Arbeitslosenversicherung lässt sich aber in versicherungsförmigen Wegen nicht realisieren und stellt sich daher nicht als ernsthafte Alternative zur Prekaritätsprämie dar, was angesichts einer geringen Erwartung von Mitnahmeeffekten auch nicht problematisch erscheint (sogleich u. 2.3.4.7.1).

Fraglich ist, in welcher Höhe eine solche Prekaritätsprämie vorgesehen werden sollte. Zunächst könnte man an eine Orientierung an der Wahrscheinlichkeit einer späteren Arbeitslosigkeit denken. Doch lässt sich diese abstrakt kaum voraussagen. Sie lässt sich auch schwerlich mit der Höhe des Beitrags zur Arbeitslosenversicherung ausdrücken, da diese Ergebnis der Bewertung der Globaläquivalenz ist. Aber auch eine Konzeptionierung nach einem möglichen Verantwortungsbeitrag des Arbeitgebers ist schwierig. Geht man vom Beispiel des französischen Rechts aus und wählt eine Prämie von 10 %, geht dies deutlich über die Höhe des (hälftig zu tragenden, § 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III) Beitragssatzes von derzeit 2,5 % zur Arbeitslosenversicherung[836] hinaus. Insoweit lassen sich die Einwände von Lobbyisten vorausahnen, dass eine solche Prämie Arbeitsplätze vernichte. Zu erwarten ist dies seriöser Weise allerdings nicht. Ebenso wie die Erleichterung von Befristungen offensichtlich kaum Arbeitsplätze geschaffen hat, ist zu erwarten, dass Arbeitgeber auf Arbeitsplätze verzichten, die sie an sich benötigen, nur weil sie teurer sind. Vielmehr ist zu erwarten, dass Arbeitgeber sorgfältig prüfen, ob sie von der Befristung eines Arbeitsvertrages Gebrauch machen oder die Probezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG in Anspruch nehmen, um gegebenenfalls bei Nichtbewährung zu kündigen. Ebenso ist zu erwarten, dass Arbeitgeber bei befristeten Arbeitsverträgen zur Vermeidung einer notwendig zu zahlenden Prekaritätsprämie sorgfältig nach Möglichkeiten einer Anschlussbeschäftigung suchen.

---

835 Kamanabrou, in: Kamanabrou (Hrsg.), Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, S. 662. Gesetze abrufbar unter: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430 (zuletzt geprüft am 10.2.2019).

836 Verordnung über die Erhebung von Beiträgen zur Arbeitsförderung nach einem niedrigeren Beitragssatz für die Kalenderjahre 2019–2022 (Beitragssatzverordnung 2019 – BeiSaV 2019) v. 18.12.2018, BGBl. I 2663.

Ausnahmen sollten nur anerkannt werden für Fälle, in denen die Befristung dem Arbeitnehmerinteresse dient. Das wäre eine Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers[837] sowie eine solche, die im Sinne des hier vorgeschlagenen § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6a TzBfG-neu (s.o. 2.3.4.2.2) zur Aufbesserung der Rentenanwartschaft erfolgt.

Wenn die Prekaritätsprämie es auch rechtfertigt, dass der Arbeitnehmer keinen erweiterten Schutz in der Arbeitslosenversicherung genießt (s.u. 2.3.4.7.1), gilt es zu erkennen, dass diese einen elementaren Nachteil insoweit enthält, als der Arbeitgeber insolvent werden kann. Sie sollte mithin uneingeschränkt durch Insolvenzgeld geschützt werden. Das ergibt sich an sich schon aus dem Tatbestand des § 165 Abs. 2 SGB III, sollte aber ausdrücklich gesetzlich klargestellt werden.

2.3.4.7 Sozialrechtliche Flankierung

In sozial- und arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht ist die befristete Beschäftigung einerseits eine „ganz normale" Beschäftigung, andererseits aber dadurch, dass sie in vielen Fällen nicht in eine nahtlose Anschlussbeschäftigung führt, prekär, weil der Versicherungsschutz im Wesentlichen immer nur für die Dauer der Beschäftigung besteht und Zwischenräume sozialversicherungsrechtlich nicht abgesichert werden.

Befristete Beschäftigung vermittelt regelmäßig den Schutz der Sozialversicherung, sieht man einmal von dem Sonderfall der Zeitgeringfügigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ab. Letztere Ausnahme lässt sich rechtspolitisch gut begründen mit Blick auf die geringe wirtschaftliche Bedeutung einer kurzzeitigen Beschäftigung (s.o. 2.3.3.1). Soweit befristete Beschäftigungen hingegen als entgeltgeringfügige Beschäftigungen im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV Sonderregelungen unterliegen, sind diese für sich kritikwürdig (s.o. 2.2.9), nicht aber spezifisch mit Blick auf befristet Beschäftigte. Der problematische Sozialschutz drückt sich vor allem in Lücken im Schutz durch die Arbeitslosenversicherung (vgl. u. 2.3.4.7.1) sowie in einer potenziell ungünstigeren Rentenbiografie (vgl. u. 2.3.4.7.2) aus.

---

837 Zu den Anforderungen an die Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers BAG 18.1.2017 – 7 AZR 236/15, NZA 2017, 849.

2.3.4.7.1 Weitergehende Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung?

Die Problematik der sozialen Sicherheit findet ihren Ausdruck zunächst darin, dass oftmals mangels nahtloser Anschlussbeschäftigung kein Arbeitsentgelt mehr bezogen wird und demzufolge die Betroffenen von Arbeitslosengeld abhängig sind. Insoweit scheitert aber häufig die Anspruchsberechtigung daran, dass die Anwartschaftszeit nach § 142 SGB III nicht erfüllt ist. Sie kann allerdings während einer, auch befristeten, Anschlussbeschäftigung später noch erfüllt werden. Insoweit kann bei Ausschöpfung der Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG über die sachgrundlose Befristung durchaus noch ein Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben werden. Selbst kürzere Unterbrechungszeiten können für den Arbeitslosengeldanspruch unschädlich sein, weil § 142 SGB III nur verlangt, dass in der Rahmenfrist (§ 143 SGB III) mindestens zwölf Monate eine Beschäftigung im Versicherungspflichtverhältnis bestand.

Insofern bleiben zwei Fälle, die mit einem Fragezeichen zu versehen sind. Da ist zunächst der Fall, dass eine befristete Beschäftigung unter zwölf Monaten dauert und in der Rahmenfrist auch keine weitere Beschäftigung aufgenommen wird. In diesem Fall hat der Beschäftigte (ebenso wie sein Arbeitgeber) Beiträge geleistet, ohne später im Fall der Arbeitslosigkeit Leistungen zu erhalten. Dies ist eine gewisse Härte, die aber dem Versicherungsprinzip als solchem innewohnt, insoweit eine Mindestdauer als Voraussetzung des Leistungsbezugs allgemein definiert werden kann und, ungeachtet des Strukturprinzips des sozialen Ausgleichs,[838] mit Blick auf ein Mindestmaß an Individualäquivalenz auch definiert werden sollte.

Zum anderen aber ist der Fall zu sehen, in dem Arbeitnehmer öfter in befristeten Beschäftigungsverhältnissen stehen und Beiträge leisten, regelmäßig aber die Anwartschaftszeit nicht erfüllen, sodass sie keine ihren Beiträgen adäquaten Leistungen erhalten. Das scheint auf den ersten Blick besonders problematisch, insoweit der Gesetzgeber selber durch die erleichterten Befristungsmöglichkeiten bis zu zwei Jahren nach § 14 Abs. 2 TzBfG (ferner aber auch im Falle einer von der großen Koalition in Aussicht genommenen Reduzierung auf 18 Monate) ein breites Anwendungsfeld hierfür geschaffen hat. Dieser Härte begegnet der Gesetzgeber zwar durch die vorübergehend bis Ende 2022 verkürzte An-

---

838 Vgl. BVerfG 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256, 300 ff.; vgl. auch BVerfG 6.12.1988 – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223, 236 f.; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033, 2044; ferner *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, S. 248 ff.; *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, S. 225 ff.; *Bieback*, VSSR 2003, 1, 28 ff.

wartschaftszeit nach § 142 Abs. 2 SGB III. Es fragt sich aber, ob der Gesetzgeber rechtspolitisch konsequent gehandelt hat. Insoweit könnte man einerseits sagen, dass die Aufnahme einer befristeten Beschäftigung letztlich die Alternative zur Nichtbeschäftigung ist, die ja ihrerseits ebenfalls keinen Versicherungsschutz gegen Arbeitslosigkeit vermitteln kann (sie ist ja selber Arbeitslosigkeit), sodass die mit Rücksicht auf die Versichertengemeinschaft gebotene (§ 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III) Aufnahme einer befristeten Beschäftigung keineswegs zwingend Schutz gegen Arbeitslosigkeit vermitteln muss. Andererseits könnte man aber auch argumentieren, dass der Gesetzgeber gerade für diejenigen, die erstmalig eine Beschäftigung aufnehmen und nicht nach dem SGB II oder SGB III in der Obliegenheit einer Aufnahme einer Erwerbstätigkeit stehen, letztlich einen Anreiz schafft, lieber eine unbefristete Beschäftigung aufzunehmen als eine befristete. Freilich ließe sich insoweit gegenargumentieren, dass auf diese Weise immerhin befristete Arbeitsverträge eher für diejenigen zur Verfügung stehen, die zur Entlastung der Solidargemeinschaft oder der Gemeinschaft der Steuerzahler eine Beschäftigung aufnehmen sollten.

Insgesamt aber scheint die Botschaft, dass befristete Beschäftigungen jedenfalls dann, wenn sie nicht die erwünschte Brücke in eine Dauerbeschäftigung sind, arbeitslosenversicherungsrechtlich Beschäftigungen zweiter Klasse sind, rechtspolitisch nicht glücklich. Dies korrespondiert auf der anderen Seite aber mit der Konzeption, dass die unbefristete Beschäftigung als Normalfall anzusehen ist und die befristete Beschäftigung eine Ausnahme sein soll. Dann aber erscheint es selbst für den besonderen Fall der Zulassung sachgrundloser Befristungen aus der Konzeption der Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze heraus zumindest nicht widersprüchlich, wenn solche erleichterten Befristungen nicht mit einem erweiterten Arbeitslosenversicherungsschutz verbunden werden. Insofern ist es auch konsistent, wenn die Rechtsprechung des BSG in der Aufgabe eines unbefristeten Arbeitsvertrages zum Zwecke des Wechsels in ein Arbeitsverhältnis, das (zunächst) befristet ist, den Sperrzeittatbestand der Lösung im Sinne des § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III erkennt, sodass es entscheidend darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer für einen solchen Wechsel einen wichtigen Grund hatte.[839]

---

[839] BSG 12.7.2006 – B 11a AL 55/05 R, NZA 2006, 1362; BSG 12.7.2006 – B 11a AL 73/05 R, AP Nr. 9 zu § 144 SGB III; vgl. bereits BSG 21.9.1956 – 7 RAr 104/55, BSGE 3, 298, 301 f.; insg. Gagel-*Winkler*, § 159 SGB III Rn. 68.

Insgesamt ist nach allem zu konstatieren, dass es rechtspolitisch zumindest nicht widersprüchlich erscheint, wenn Arbeitnehmer, die sich in der Falle wiederholter Befristungen befinden, prekär beschäftigt sind und hiergegen keinen lückenlosen Schutz der Arbeitslosenversicherung finden. Insoweit spricht tatsächlich mehr dafür, statt einer Erweiterung des Arbeitslosigkeitsschutzes eine partielle Absicherung über den Arbeitgeber mittels einer Prekaritätsprämie (s.o. 2.3.4.6) zu gewährleisten. Das ist gewissermaßen die Arbeitslosenversicherung über den dafür verantwortlichen Arbeitgeber. Mit ihr wird dem Arbeitgeber ein erhöhter Verantwortungsbeitrag abverlangt, sodass ein Anreiz für Dauerbeschäftigungen geschaffen wird. Dieser lässt sich aber nicht gut in versicherungsförmigen Lösungen realisieren, weil er sonst übermäßig die Solidargemeinschaft der Beitragszahler fordern würde. Insoweit ist es folgerichtig, dass gegebenenfalls, soweit das eigene Einkommen und Vermögen unter Einschluss der Prekaritätsprämie des beschäftigungslos gewordenen ehemals befristet Beschäftigten nicht zum Lebensunterhalt genügen, die Gemeinschaft der Steuerzahler mit Grundsicherungsleistungen einspringen muss.

Dadurch wird auch eine weitere rechtspolitische Konzeption, die der Gesetzgeber bislang gewählt hatte, verwirklicht. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III verlangt von den Arbeitgebern, dass sie vorrangig durch betriebliche Maßnahmen die Inanspruchnahme von Arbeitsförderungsleistungen und Entlassungen von Arbeitnehmern vermeiden. Die Bereitstellung von Dauerarbeitsplätzen ist in diesem Sinne ein Instrument zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit, selbst wenn sie nicht zu Leistungsansprüchen der Arbeitnehmer führen würde, mit der der Arbeitgeber seiner arbeitsmarktpolitischen Verantwortung gerecht werden kann.

Letztlich läuft dieses rechtspolitische Modell der Prekaritätsprämie unter Verzicht auf einen erweiterten Schutz der Arbeitslosenversicherung darauf hinaus, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung hat, die unmittelbar in seine Tasche fließt. Das läuft der bewährten sozialversicherungsrechtlichen Konzeption einer Inpflichtnahme des Arbeitgebers für die Selbstversorgung des Arbeitnehmers, die insbesondere ihren Ausdruck in den Regelungen über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§§ 28d ff. SGB IV) findet, zwar zuwider. Hier sind allerdings regelmäßig wenige Mitnahmeeffekte zu erwarten. Denn der Arbeitnehmer, der keine nahtlose Anschlussbeschäftigung findet, wird regelmäßig die Prämie genau dafür verwenden, wofür sie vorgesehen ist, nämlich unmittelbar für den eigenen Lebensunterhalt.

2.3.4.7.2 Verbesserung der Altersvorsorge?

Mit Blick auf die Altersvorsorge besteht das Problem befristeter Beschäftigungen nicht während der Beschäftigung, sondern in beschäftigungslosen Zeiten. Während dieser Zeiten werden keine Entgeltpunkte in der Rentenversicherung erworben. Nur wenn der vormals befristet Beschäftigte Arbeitslosengeld bezieht, kommt eine Versicherung über die BA nach § 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI zustande. Aber auch dies ist nicht zwingend, da die Versicherungspflicht eine einjährige Vorversicherungszeit voraussetzt. Soweit demgegenüber kein Arbeitslosengeld bezogen wird, jedoch Grundsicherungsleistungen in Anspruch genommen werden, besteht keine Versicherungspflicht. Die Beitragslücke wird regelmäßig auch nicht durch Anschluss an betriebliche Altersversorgungen geschlossen (s.o. 2.3.3.2.1).

Das Problem der Beitragslücken in der Altersvorsorge bildet wesentlich den unvollständigen Schutz durch die Arbeitslosenversicherung ab. Konnte aber dort nicht für eine Erweiterung des Versicherungsschutzes plädiert werden, spricht auch hier nichts dafür. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vorsorge vorrangig dem Arbeitgeber über eine Prekaritätprämie abverlangt werden sollte. Dieses Modell einer privatrechtlichen Vorsorge für Zeiten der Nichtbeschäftigung muss folgerichtig so ausgestaltet sein, dass die Prämie auch einen Beitrag zur Altersvorsorge während dieser spezifischen Zeit der Nichtbeschäftigung leistet. Das sollte geschehen durch Beitragspflichtigkeit der Prämie selbst. Das ist unproblematisch, weil es sich insoweit auch um Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 SGB IV handelt. Es spricht aber viel dafür, die Prekaritätsprämie auch dann in vollem Umfang beitragspflichtig auszugestalten, wenn sie die Beitragsbemessungsgrenze nach §§ 157, 159 SGB VI erreicht, solange sie nicht zusammen mit den bisherigen Einkünften aus der befristeten Beschäftigung im Durchschnitt zur Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze führt.

Ob weitere Änderungen im Rahmen des Betriebsrentengesetzes sinnvoll sind, scheint zweifelhaft. Die Schwellen für die Unverfallbarkeit dienen dem Schutz des Arbeitgebers vor einer Vielzahl von Kleinstrenten und finden insoweit die Billigung des BAG (s.o. 2.3.3.2.1.2). Letztlich wird auf diese Weise eine unerwünschte negative Anreizwirkung vermieden. Der beste Anreiz zur Einbeziehung befristet Beschäftigter in die betriebliche Altersversorgung besteht in einem Anreiz, eine Anschlussbeschäftigung anzubieten, sodass die Arbeitnehmer automatisch einbezogen werden. Insoweit ist eine entsprechende Folgewirkung von einer Prekaritätsprämie zu erwarten.

2.3.5 Fazit

Unionsrechtliches und einfachrechtliches rechtspolitisches Leitbild ist der unbefristete Arbeitsvertrag, während befristete Arbeitsverträge die Ausnahme sein müssen. Befristete Arbeitsverträge sollen darüber hinaus eine Brücke in unbefristete Beschäftigungsverhältnisse darstellen können.

Diesem Anspruch wird das geltende Recht nicht gerecht, was sich insbesondere in Nachteilen befristet Beschäftigter in ihrer sozialrechtlichen Position ausdrückt. Dem abzuhelfen, empfehlen sich verschiedene rechtspolitische Instrumente.

Zunächst ist die sachgrundlose Befristung insgesamt abzuschaffen. Das Existenzgründerprivileg des § 14 Abs. 2a TzBfG wäre zumindest einzuschränken.

Wenn man an Altersgrenzen festhalten möchte, wäre ein besonderer Sachgrund im Arbeitnehmerinteresse zur Weiterbeschäftigung im Sinne eines flexiblen Rentenzugangs sinnvoll, der von der Voraussetzung der Äußerung eines diesbezüglichen Wunsches des Arbeitnehmers mit konkreter Dauer der gewünschten Vertragsverlängerung im Hinblick auf ein bestimmtes Rentenniveau-Ziel und nach darauf bezogener Rentenauskunft abhängt.

Die Sachgrundbefristung zur Erprobung sollte gestrichen werden, soweit die erleichterten Kündigungsmöglichkeiten nicht genügen, könnte die Rechtsprechung einen unbenannten Sachgrund der verlängerten Erprobungsbefristung konturieren. Zur Verhinderung langer Befristungsketten sollte eine Höchstdauer der Sachgrundbefristung eingeführt werden, wie dies ja auch von der Großen Koalition geplant ist. Das sollte im Übrigen kombiniert werden mit einer Höchstzahl von Verlängerungsmöglichkeiten (maximal drei).

Überdies empfiehlt sich die Einführung einer Karenzzeit nach der befristeten Besetzung eines Arbeitsplatzes. Das hält Arbeitgeber zur sorgfältigen Prüfung an, ob wirklich ein befristeter Beschäftigungsbedarf besteht.

Zudem sollten Arbeitgeber verpflichtet werden, bei Auslaufen eines befristeten Vertrages mangels Anschlussbeschäftigung eine Prekaritätsprämie zu zahlen, sofern die Vertragsbeendigung nicht auf Wunsch des Arbeitnehmers oder auf dessen Fehlverhalten zurückzuführen ist. Dadurch werden Arbeitgeber angehalten, Möglichkeiten einer Anschlussbeschäftigung sorgfältig zu prüfen. Die Prekaritätsprämie sollte in der gesetzlichen Rentenversicherung ungeachtet der Beitragsbemessungsgrenze beitragspflichtig und überdies insolvenzgeldgeschützt sein.

Bei Einführung einer Karenzzeit wie einer Prekaritätsprämie ist eine Erweiterung des Schutzes durch die Arbeitslosenversicherung verzichtbar.

2.4 Erwerbstätige Arbeitslosengeld II-Bezieher („Aufstocker“)

Olaf Deinert/Elena Maksimek

Neben dem reinen Erwerbseinkommen kann die Einkommenssituation von weiteren Faktoren, wie beispielweise von dem vorhandenen Vermögen, den im Haushalt lebenden Personen, von Steuern oder Abgaben, abhängen. Darüber hinaus können auch zusätzliche Transferleistungen eine Rolle für die Einkommenssituation spielen.[840] In diesem Zusammenhang wird die sozialrechtlich geregelte Aufstockung von Erwerbseinkommen mit Arbeitslosengeld II relevant. Denn auch wenn ein Erwerbseinkommen im Niedriglohnbereich nicht als alleinige Ursache wirkt, kann es dennoch oftmals eine ganz maßgebliche Rolle für eine konkrete Armutsgefährdung spielen bzw. tatsächlich zu Armut führen.[841]

Im Rahmen der Aufstockung wird das Arbeitsentgelt aus der Beschäftigung (§ 11 SGB II) mit sozialrechtlichen Transferleistungen, namentlich mit der Grundsicherung für Arbeitssuchende („Hartz IV“), aufgefüllt (§ 7 Abs. 1 SGB II), wenn trotz Erwerbstätigkeit Hilfebedürftigkeit im Sinne des § 9 SGB II besteht. Oft werden die hiervon betroffenen Personen auch als „erwerbstätige Arbeitslosengeld II-Bezieher“[842] oder schlicht als „Aufstocker“ bezeichnet.

2.4.1 Historische Entwicklung der Grundsicherung

Die Voraussetzungen zum heutigen Bezug von Arbeitslosengeld II sind mit Wirkung ab 1.1.2003 im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch geregelt und inhaltlich an die Bestimmungen des ehemaligen Bundessozialhilfegesetzes angelehnt.[843] Das die Sozialhilfe regelnde BSHG war bis Ende des Jahres 2004 Bestandteil des Sozialgesetzbuches und wurde sodann durch das SGB XII ersetzt.[844] Zuvor existierten mit der Arbeitslosen- und der Sozialhilfe zwei separate Sozialleistungssysteme.[845] Dabei stand die Sozialhilfe in der Tradition der Armenpflege, die sich seit der Neuzeit zunehmend zu einer kommunalen Aufgabe entwickel-

---

840 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 73.

841 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 73, 86.

842 Dies ist vor allem die Bezeichnung, die die Bundesagentur für Arbeit verwendet.

843 Art. 1 des Vierten Gesetzes für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I 2954.

844 Art. 68 Abs. 1 Nr. 1, 70 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch v. 27.12.2003, BGBl. I S. 3022.

845 *Bauer*, DÖV 2004, 1017, 1018 f.

te.[846] Die Arbeitslosenhilfe als das modernere Sozialsicherungssystem entwickelte sich hingegen erst seit Anfang des 20. Jahrhunderts aus der klassischen Armenfürsorge heraus und später in eine zentralstaatliche Verantwortung hinein.[847] Zuletzt standen sowohl die Arbeitslosenhilfe als auch die Sozialhilfe jeweils als steuerfinanzierte staatliche Fürsorgeleistungen unterschiedlicher Träger (Bundesagentur für Arbeit bzw. Kommunen), allerdings mit sich teilweise überschneidender Zielsetzung, nebeneinander.[848] Diese Zweispurigkeit der Leistungsträgerzuständigkeit führte bei der Gruppe der Aufstocker insbesondere dazu, dass personalintensive Entscheidungsabläufe bei BA und Kommunen organisiert werden mussten, da beide für diese Gruppe zuständig waren.[849]

Das heutige SGB II ist das Vierte jener Gesetze, die auf Vorschläge der nach ihrem Vorsitzenden, *Peter Hartz*, benannten sog. *Hartz*-Kommission zurückgehen, und somit Teil der im Jahr 2002 von der aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen zusammengesetzten Regierung unter Kanzler *Gerhard Schröder* ausgerufenen „Agenda 2010".[850] Als Reaktion auf die anhaltende Massenarbeitslosigkeit, fiskalische Engpässe sowie diverse weitere Problemlagen im Bereich des Arbeitsmarktes und der Sozialsysteme bzw. des Steuersystems zielte diese auf Sanierung der sozialen Sicherungssysteme und Reduzierung des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes. Die wohl einschneidendste Maßnahme war die schlussendliche Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe zur einheitlichen Grundsicherung für Arbeitssuchende in einem einzigen System der sozialen Sicherung. Das unübersichtliche und vor allem bürgerunfreundliche Nebeneinander zweier Sozialsicherungssysteme sollte beendet und Verwaltungsaufwand zugleich vermindert werden.[851] Die Grundsicherung für Arbeitssuchende ist nunmehr im SGB II geregelt, die Sozialhilfe im SGB XII. Die Arbeitslosenhilfe wurde abgeschafft, weil die Grundsicherung nach dem SGB II deren Aufgabe funktionell übernommen hat. Dies wurde durch das BVerfG gebilligt.[852] Im Ergebnis hat dies im Verbund mit Einschnitten in der Arbeitslosenversicherung

---

846 *Stolleis*, Quellen zur Geschichte des Sozialrechts, 1976, S. 11 ff., 17.
847 *Stolleis*, Quellen zur Geschichte des Sozialrechts, 1976, S. 13.
848 *Bauer*, DÖV 2004, 1017, 1018 f.
849 Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt", Bericht vom 16.8.2002, S. 126.
850 Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 3.
851 Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt", Bericht vom 16.8.2002, S. 126; *Bauer*, DÖV 2004, 1017, 1019; *Kittner/Deinert*, ASO, 30 II, S. 1234.
852 BVerfG 7.12.2010 – BvR 2628/07, NZS 11, 699.

dazu geführt, dass ein Großteil der erwerbsfähigen Arbeitslosen nicht im Arbeitslosengeld- sondern im Arbeitslosengeld II-Bezug steht.[853]

2.4.2 Sozialrechtliche Rahmenbedingungen für Grundsicherung durch Aufstockungsleistungen

2.4.2.1 System

Konzeptionell schließt sich die Grundsicherung für Arbeitsuchende insbesondere an das Arbeitslosengeld („Arbeitslosengeld I") an, wenn der Leistungsberechtigte auch nach Auslaufen der Bezugsdauer noch keine neue Beschäftigung gefunden hat oder sie setzt beim Erwerbsfähigen von Anfang an ein, weil die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld nicht erfüllt sind. Für die Dauer des Bezuges von Arbeitslosengeld I geht dieses vor. Anders als die Sozialhilfe wird die Grundsicherung dabei nur auf Antrag[854] erbracht. Allgemein wird Arbeitslosengeld II nach §§ 7 Abs. 1, 7a SGB II an in Deutschland lebende Personen[855] gewährt, die zwischen 15 und 65 Jahren alt sind und erwerbsfähig, aber hilfebedürftig sind.

Nicht erwerbsfähige Angehörige erhalten ein Sozialgeld gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Dieses Sozialgeld – wie auch die Grundsicherung – orientiert sich dabei an gesetzlich festgelegten Pauschalen, wobei ein ggf. vorhandenes Vermögen des Hilfesuchenden angerechnet wird.

Diejenigen Personen, die Grundsicherung bzw. Sozialgeld beziehen, haben darüber hinaus gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II, § 21 Satz 1 SGB XII keinen Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII.

---

853 Dazu und zur rechtspolit. Kritik *Bäcker*, SozSich 2018, 349 ff.

854 Dieser ist nicht automatisch in einem Antrag auf Arbeitslosengeld nach dem SGB III enthalten, BSG 2.4.2014 – B 4 AS 29/13, NZS 14, 547.

855 Die Leistungsberechtigung wurde durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch v. 22.12.2016 (BGBl. I 3155) im Wesentlichen auf Deutsche, freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und aufenthaltsberechtigte Ausländer beschränkt. Für Personen, die nicht leistungsberechtigt sind, wurden an Stelle dessen Überbrückungsleistungen nach dem SGB XII bis zur Ausreise eingeführt. Die danach Leistungsberechtigten müssen allerdings zur Arbeitsaufnahme berechtigt sein, § 8 Abs. 2 SGB II. Vgl. *Kittner*, ASO, Einl. II 2 zum SGB II.

Erwerbsfähig ist nach § 8 Abs. 1 SGB II, wer nicht durch Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit gehindert ist, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes eine Arbeit mindestens drei Stunden täglich auszuüben. Die Entscheidung über das Bestehen von Erwerbsfähigkeit trifft die Bundesagentur für Arbeit (§ 44a SGB II).

2.4.2.2 Arbeitslosengeld II

Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen (§ 11 ff. SGB II) und Vermögen (§ 12 SGB II) sichern kann und keine Hilfe von insbesondere Angehörigen oder anderen Sozialleistungsträgern erhält (§ 9 Abs. 1 SGB II).[856] Von der Anrechnung unberücksichtigt bleiben als Schonvermögen in angemessenem Umfang Gegenstände des persönlichen Bedarfs, wie beispielsweise Hausrat, ein selbstgenutztes Haus, PKW sowie Lebensversicherungen, falls keine gesetzliche Rentenversicherung besteht (§ 12 Abs. 3 SGB II).

Im Fall der Aufstockung von Erwerbseinkommen mit Grundsicherungsleistungen ergibt sich die Grundlage der Berechnung des Anspruches einerseits aus der Bedarfs- und andererseits aus der Einkommensberechnung. Der Bedarf wird dabei genauso berechnet wie bei Personen ohne eigene Einnahmen und setzt sich aus dem Regelbedarf gemäß § 20 SGB II, dem Mehrbedarf gemäß § 21 SGB II sowie den Bedarfen für Unterkunft und Heizung nach Maßgabe der §§ 22 ff. SGB II zusammen. Die Einkommensberechnung erfolgt über die Zuordnung zu einer von drei Gruppen – Einkünfte aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit, Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und alle anderen Einnahmen. Je nach Gruppenzuordnung erfolgt dann eine unterschiedliche Berechnung. Im Fall nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit ergibt sich das für die Berechnung relevante Nettoeinkommen dabei aus dem Bruttoeinkommen abzüglich der Sozialversicherungsbeiträge und der Steuern auf das Einkommen, die jeweils vom Arbeitgeber abgeführt werden (§ 11b Abs. 1 Nrn. 1 und 2 SGB II). Weiter können dann verschiedene Absetzungen für (private) Versicherungen (§ 11b SGB II i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1–2 ALG II-V), Werbungs- (§ 11b SGB II i.V.m. § 6 Abs. 3a ALG II-V) und Fahrtkosten (§ 11b SGB II i.V.m. § 6 Abs. 3b ALG II-V) vorgenommen werden.

---

856 Zur Rechtslage nach dem Regelbedarfsermittlungsgesetz vom 24.3.11 vgl. *Geiger*, info also 2011, 106 ff.

2.4.2.3 „Fördern und Fordern“

Die Erwerbsfähigkeit des Hilfebedürftigen soll mithilfe der Leistungen des SGB II erhalten, verbessert oder wiederhergestellt werden (§ 1 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 SGB II). Dabei liegt der Schwerpunkt neben der Sicherung des Lebensunterhalts auf der Eingliederung in Arbeit (§ 1 Abs. 3 SGB II). Zu diesem Zweck werden Hilfestellungen dazu geleistet, dass die Leistungsempfänger ihren Lebensunterhalt künftig wieder unabhängig von der Grundsicherung, also autonom, bestreiten können (§ 1 Abs. 2 SGB II). Neben einer Absicherung des Existenzminimums sollen daher Anreize zur Aufnahme einer Erwerbsarbeit gesetzt werden, um so vor Armutsfallen zu schützen.[857] Die Sicherung des ökonomischen Existenzminimums sollte dabei als Übergangslösung, also als vorübergehend, verstanden werden.[858] Der Leitgedanke des SGB II ist vor diesem Hintergrund durch die Grundsätze des „Förderns und Forderns“ geprägt (vgl. die Überschrift des 1. Kapitels des SGB II).

Hilfebedürftige sollen durch den Grundsatz des „Forderns“ veranlasst werden, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die den Zustand der Hilfebedürftigkeit verringern oder beenden. Ihnen obliegt hierbei, sich – soweit möglich – eigenständig um die Aufnahme einer Arbeit zu bemühen. Im Rahmen dessen muss jede Arbeit unabhängig von ihrer Entgelthöhe aufgenommen werden. Auch ungünstigere Arbeitsbedingungen sowie eine weitere Entfernung vom Wohnort als zuvor oder eine Arbeit außerhalb der eigentlichen beruflichen Qualifikation müssen akzeptiert werden (§ 10 Abs. 2 SGB II). Um die Kooperation mit den Leistungsberechtigten sicherzustellen, wurde ein Sanktionssystem von Leistungskürzungen aufgestellt. Verweigert der Leistungsempfänger ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 10 Abs. 1 SGB II) die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit oder die Durchführung einer Eingliederungsmaßnahme bzw. missachtet er die ihm obliegenden Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung, wird die Leistung gekürzt bzw. entfällt ganz, wenn es sich um eine sich zum zweiten Male wiederholende Verfehlung handelt (§ 31a Abs. 1 SGB II). Auf Antrag können ergänzende Leistungen erbracht werden (§ 31a Abs. 3 SGB II), um das Existenzminimum zu sichern. Auf die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung[859] muss an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

---

857 BT-Drs. 15/1516, S. 59 f.; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 54 f.

858 *Boss*/*Christensen*/*Schrader*, Kieler Diskussionsbeiträge März 2010, S. 3.

859 Vgl. m.w.N. KKW-*Knickrehm*, § 31a SGB II Rn. 12; Eicher/Luik-*Knickrehm*/*Hahn*, § 31a Rn. 34 f.

Nach dem Grundsatz des Förderns unterstützen die Träger der Leistungen den Betroffenen umfassend bei der Arbeitssuche (§ 14 SGB II). Die Förderleistungen im SGB II stellen – wie auch die im SGB III – vor allem für Langzeitarbeitslose eine wichtige Voraussetzung für die Realisierung ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 GG dar.[860] Dies beruht darauf, dass vor allem Menschen mit langer Verweildauer im Leistungsbezug häufig nicht oder nur mit Mühen in den Arbeitsmarkt zurückfinden und so ihr persönliches Arbeitsvermögen nicht realisieren können.[861]

§ 3 Abs. 3 Satz 1 SGB II sieht ausdrücklich vor, dass Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nur erbracht werden dürfen, soweit die Hilfebedürftigkeit nicht anderweitig beseitigt werden kann. Die Förderung ist damit eng mit der Überwindung des Hilfebedarfs verknüpft.[862] Abs. 1 Satz 4 weist darüber hinaus auf die Beachtung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Leistungserbringung hin. § 3 Abs. 1 Satz 2 SGB II nennt allerdings Merkmale der Leistungsberechtigten, die bei der Eingliederung in Arbeit zu berücksichtigen sind (Eignung, individuelle – und hier insbesondere die familiäre – Lebenssituation, voraussichtliche Dauer der Hilfebedürftigkeit und Dauerhaftigkeit der Eingliederung). § 16 Abs. 1 SGB II beinhaltet hinsichtlich der Erbringung von Eingliederungsleistungen darüber hinaus einen Verweis auf § 35 SGB III sowie einen Katalog an Eingliederungsleistungen aus dem Dritten Kapitel des Dritten Buches. Hieraus kann ein zu sicherndes, mit dem SGB III vergleichbares Niveau abgeleitet werden.[863] Im Sinne des Leitbilds einer „aktivierenden Arbeitsmarktpolitik" ist zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt davon auszugehen, dass die Agentur für Arbeit alle Einflussfaktoren für die berufliche Eingliederung zu berücksichtigen und jedwede erforderliche Unterstützung zu bieten hat, die sich mit den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

---

860 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 6.

861 Dies belegt u.a. eine Studie der Bundesagentur für Arbeit aus September 2017. Hiernach sind mehr als 3 von 5 der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten Langzeitleistungsbezieher; etwas weniger als die Hälfte der erwerbsfähigen Leistungsbezieher ist bereits seit 4 Jahren und länger auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen. Auch eine Studie von *Bruckmeier*/*Schnitzlein* aus dem Jahr 2007, die den Verbleib von ehemaligen Arbeitslosenhilfeempfängern im Jahr 2005 untersucht bestätigt, dass 28 % aller erwerbstätigen Empfänger im Leistungsbezug verblieben. Ergänzt wurden diese Untersuchungen sodann von *Bruckmeier*/*Eggs*/*u.a.*/*Walwei* im IAB-Kurzbericht 14/2013. Auch so: *Adamy*, SozSich 2008, 219, 222; *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 8.

862 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 12.

863 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 12.

vereinbaren lässt (§ 3 Abs. 1 Satz 4 SGB II).[864] Die vor diesem Hintergrund erbrachten Leistungen sollen durch Beratungs-, Vermittlungs- und Förderangebote begleitet werden.[865] Neben einer weitergehenden Betreuung hat auch eine intensive persönliche Beratung stattzufinden. Dies kann durch konkrete Hinweise für eigenständiges Handeln der Betroffenen, aber auch durch gezielte Angebote von Tätigkeiten sowie durch jegliche Unterstützungsangebote zur Eingliederung umgesetzt werden.[866]

2.4.2.4 Soziale Sicherung im Leistungsbezug

Generell besteht für Personen in der Zeit des Bezugs von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II Versicherungspflicht in der gesetzlichen Pflege- und Krankenversicherung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2a SGB XI bzw. § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V. Für den Fall, dass der Leistungsempfänger vor dem Bezug von ALG II freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert war, endet die freiwillige Mitgliedschaft gemäß § 191 Nr. 2 SGB V wegen der Pflichtmitgliedschaft als Bezieher von Grundsicherungsleistungen kraft Gesetzes und wird sodann von eben dieser Pflichtmitgliedschaft abgelöst.[867] Im Fall der Aufstockung des Erwerbseinkommens mit Grundsicherung ergibt sich insoweit eine besondere Konstellation. Hier kann es zu Konkurrenzen zwischen der Mitgliedschaft wegen Bezuges von Leistungen nach dem SGB II (§ 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V) und der Mitgliedschaft als abhängig Beschäftigter (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) oder des Bezuges von Leistungen nach dem SGB III (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V) kommen.[868] Allgemeiner Grundsatz ist hier, dass ein Versicherungsverhältnis aus abhängiger Beschäftigung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V anderen Versicherungsverhältnissen gegenüber vorrangig zu behandeln ist. Dies folgt aus dem Charakter der gesetzlichen Krankenversicherung als Erwerbstätigenversicherung.[869]

Seit dem 1.1.2011 führt der Bezug von ALG II nicht mehr zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, es werden keine Rentenversicherungsbeiträge von der Agentur für Arbeit mehr gezahlt.[870] Zeiten, in denen

---

864 BT-Drs. 15/1516, S. 54; 15/1728, S. 177.
865 *Boss/Christensen/Schrader*, Kieler Diskussionsbeiträge März 2010, S. 3.
866 Gagel-*Kohte*, § 14 SGB II, Rn. 19 f.
867 Gagel-*Luik*, § 5 SGB II Rn. 40.
868 Gagel-*Luik*, § 5 SGB II Rn. 41.
869 KassKomm-*Peters*, § 5 SGB V Rn. 15.
870 Art. 15 Haushaltsbegleitgesetz 2011 (HBeglG 2011) v. 9.12.2010, BGBl. I 1885.

ALG II bezogen wird, sind seither keine zu rentenrechtlichen Ansprüchen führenden Beitragszeiten mehr, sie zählen lediglich als Anrechnungszeiten (§ 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB VI).[871] Anrechnungszeiten bewirken allerdings nicht den Erwerb von rentenrechtlichen Anwartschaften, sondern stellen lediglich den Erhalt bereits erworbener Anwartschaften sicher. Mit ihnen können teilweise Wartezeiten im Sinne des § 50 SGB VI erfüllt werden (näher § 51 SGB VI). Grundsätzlich betrifft dieser Aspekt den Personenkreis der Aufstocker nicht, wenn sie pflichtversichert beschäftigt sind. Denn in diesem Fall werden Sozialversicherungsbeiträge auf das Einkommen aus der abhängigen Beschäftigung in allen Zweigen der Sozialversicherung vom Arbeitgeber an die zuständigen Versicherungen abgeführt. Freilich ist das Einkommen geringer als es wäre, wenn der Beschäftigte ein Einkommen beziehen würde, das keine ergänzenden Grundsicherungsleistungen notwendig macht. Entsprechend geringer ist dann der Ertrag der Altersvorsorge.

Nicht umfänglich pflichtversichert beschäftigt sind diejenigen Aufstocker, die ausschließlich geringfügig beschäftigt sind (§ 8 SGB IV). Geringfügige Beschäftigungen sind grundsätzlich in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 7 SGB V) und in der gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 SGB XI) sowie in der Arbeitslosenversicherung (§ 27 Abs. 2 SGB III) versicherungsfrei. In der gesetzlichen Rentenversicherung besteht zwar prinzipiell Versicherungspflicht als Beschäftigter (§ 2 Nr. 1 SGB VI), allerdings können sich entgeltgeringfügig Beschäftigte auf schriftlichen Antrag von der Rentenversicherungspflicht befreien lassen (zur Abgabenbegünstigung geringfügiger Beschäftigung im Detail s. 2.2.1). Eine Modellrechnung in Anlehnung an *Winkel*[872] zeigt, dass es sich vor allem bei Aufstockern, die einer geringfügigen Beschäftigung nachgehen, keinesfalls empfiehlt, auf die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung zu verzichten: In dem Fall, dass die Beschäftigten rentenversichert bleiben, müssen die geringfügig Beschäftigten den ohnehin vom Arbeitgeber gezahlten Rentenversicherungsbetrag aufstocken (lediglich um 3,6 %, was bei einem Minijob mit einem Verdienst der vollen 450 € einem Betrag in Höhe von 16, 20 € entspricht[873]). Der springende Punkt dabei ist, dass dieser Betrag indirekt durch das Jobcenter finanziert wird: Beim Bezug von ALG II sind bei einem Verdienst von 450 € 170 € anrechnungsfrei, die restlichen 280 € werden mit dem ALG verrech-

871 Art. 19 Nr. 5 Haushaltsbegleitgesetz 2011 (HBeglG 2011) v. 9.12.2010, BGBl. I 1885.

872 *Winkel*, Viele Minijobber sparen am falschen Ende, abrufbar unter: https://rp-online.de/leben/beruf/viele-minijobber-sparen-am-falschen-ende_aid-9651157 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

873 Abgabenbeträge aus dem Jahr 2019.

net. Wird auf eine Befreiung von der Rentenversicherung verzichtet, sinkt zwar das Nettogehalt (um eben diese 16,20 €, also auf 433, 80 €), es bleibt aber bei dem Freibetrag in Höhe von 170 € – ob mit oder ohne Rentenversicherung.[874] Für den Minijobber mit ALG II-Bezug ändert die Entscheidung für die Rentenversicherung also nichts an dem Betrag, den er zusätzlich zum bezogenen ALG II behalten darf; sie ändert jedoch ganz wesentlich seine Rentensituation im Alter, denn Niedriglöhne oder Zeiten der Rentenversicherungsfreiheit führen zu niedrigen Entgeltpunkten bzw. versicherungsfreie Zeiten zu gar keinen Entgeltpunkten in der Rentenversicherung (vgl. insgesamt u. 3). Bei einem langfristig sinkenden Rentenniveau steigt das Risiko von Armutsrenten, die nicht einmal auf Grundsicherungsniveau sind (näher zur Absicherung gegen soziale Risiken im Rahmen sozialversicherungsfreier Beschäftigung s. 2.2).

2.4.3 Sozialpolitisches Leitbild und rechtspolitischer Zweck der Grundsicherung

Da das Arbeitslosengeld II als primäre Aufgabe zum Ziel hat, dem Leistungsberechtigten das Führen eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen (§ 1 Abs. 1 SGB II), ist ein Blick in das Grundgesetz obligatorisch. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt ist hier das vom BVerfG entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.[875] Dem systematischen Zusammenhang des § 1 Abs. 1 SGB II mit dem Subsidiaritätsprinzip in § 1 Abs. 2 SGB II und dem Normgehalt sowie der Formulierung der §§ 20, 21, 22, 24 und 28 SGB II sowie dem Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG)[876] ist zu entnehmen, dass der Regelbedarf zur Sicherung des laufenden Unterhalts und des Wohnbedarfs lediglich auf einem unteren Niveau, eben einem (Existenz-) Minimum, anzusiedeln ist.[877] Dieses deckt lediglich diejenigen Bedarfe ab, die für ein menschenwürdiges Dasein in den Bereichen physischer Existenz (dazu gehören etwa Nahrung, Kleidung, Unterkunft, Hausrat, Gesundheit, Heizung und Hygiene) sowie zur Sicherstellung einer Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und der Teilhabe am gesellschaftlichen, kultu-

---

874 *Winkel*, Viele Minijobber sparen am falschen Ende, abrufbar unter: https://rp-online.de/leben/beruf/viele-minijobber-sparen-am-falschen-ende_aid-9651157 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

875 Grundlegend dazu: BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175.

876 Art. 1 RBEG v. 22.12.2016, BGBl. I 3159.

877 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 12.

rellen und politischen Leben unerlässlich sind.[878] Das Recht auf ein zu gewährleistendes Existenzminimum hat nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung neben dem absolut wirkenden Grundrecht aus Art. 1 GG auf Achtung der Würde des Einzelnen eine eigenständige Bedeutung und ist dem Grunde nach unverfügbar, wenngleich es jedoch der ständigen Konkretisierung und Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedarf, der die zu erbringenden existenzsichernden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den existierenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht dem Gesetzgeber ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.[879]

Ob es im Rahmen der Förderleistungen ein zu gewährleistendes Existenzminimum gibt, ist zweifelhaft; das SGB II enthält hierzu jedenfalls keine normativen Festlegungen.[880]

Ermöglicht werden soll das Führen eines menschenwürdigen Lebens in erster Linie durch eine Stärkung der Eigenverantwortung der Betroffenen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 SGB II), sie ist ebenfalls als Ziel der Norm zu betrachten.[881] Vor diesem Hintergrund sollen die Leistungen des SGB II dazu dienen, Hilfebedürftigkeit durch eine Erwerbstätigkeit zu vermeiden, zu beseitigen, sie zu verkürzen oder zu verringern (§ 1 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II).

Insgesamt ist jedenfalls zu konstatieren, dass die Grundsicherung von Verfassung wegen erforderlich ist, um ein Mindestniveau der Existenzsicherung zu gewährleisten. Sie ist gesetzlich als subsidiäres System ausgestaltet, wie insbesondere § 2 Abs. 3 sowie § 5 SGB II deutlich machen. Das betrifft nicht nur die Subsidiarität gegenüber anderen Sozialleistungen, sondern vor allem die Subsidiarität gegenüber anderen Formen der Existenzsicherung. Auch das Sozialversicherungsrecht knüpft, wie das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zum Anschlussbefristungsverbot nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG mehrfach hervorgehoben hat, an die Einkommenserwirtschaftung aus einer Beschäftigung.[882] Die Verweisung auf staatliche Transferleistungen darf nach der aktuellen Wirtschafts- und Sozialverfassung nicht der Regelfall der Existenzgewährleistung

---

878 BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175; BVerfG 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 u.a. – BVerfGE 132, 134.

879 BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175; BVerfG 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 u.a. – BVerfGE 132, 134.

880 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 12.

881 Gagel-*Knickrehm*, § 1 SGB II Rn. 1.

882 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, Rn. 46 f., 51, 53, 56, 59.

werden, sondern muss der Ausnahmefall bleiben, wenn die eigenständige Existenzsicherung durch Beschäftigung nicht (uneingeschränkt) möglich ist.

Wie im gesamten Niedriglohnsektor stellen sich daher auch für den Personenkreis der Aufstocker Fragen sozialer Absicherung gegen Lebensrisiken in der Gegenwart und Zukunft. Diese Absicherung ist in Deutschland in erster Linie an die Beschäftigung in Arbeit geknüpft und orientiert sich darüber hinaus im Wesentlichen an den Beiträgen zur Sozialversicherung, die wiederum an der durch die Arbeit erzielten Einkommenshöhe gemessen werden. Wenn Vorsorgelücken nicht anderweitig vermieden werden, müssen sie in der Zukunft mit Steuermitteln aufgefangen werden, was nicht nur in Zeiten von finanziellen Krisen zum Problem werden kann.[883] Auf Grundlage der geltenden Rechtskonzeption des Sozial- und Arbeitsrechts ist davon auszugehen, dass die Minimierung steuerfinanzierter Aufwendungen einen Gemeinwohlbelang darstellt, dem es gerecht zu werden gilt.[884]

2.4.4 Empirische Daten

2.4.4.1 Zahl der „Aufstocker"

Hilfebedürftigkeit trotz Erwerbsfähigkeit und Erwerbstätigkeit stellt ein tendenziell häufiges Problem dar, der Anteil von Aufstockern unter den Regelleistungsberechtigten in Deutschland ist verhältnismäßig hoch: Von 5.631.000 Regelleistungsberechtigten[885] sind 1.090.180 Personen (davon 1.017.201 abhängig Beschäftigte) Aufstocker.[886] Das ergibt einen Gesamtanteil an Aufstockern von insgesamt 19,36 % unter den Regelleistungsberechtigten. 50,96 % der erwerbstä-

883 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 77.

884 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 87.

885 Zahlen aus Januar 2019, Bundesagentur für Arbeit, Statistik, Regelleistungsberechtigte Personen in der Grundsicherung und Arbeitslose nach Rechtskreisen, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grusi-Schaubild.pdf (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

886 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, September 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Suchergebnis_Form.html?view=processForm&resourceId=210358&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&region=&year_month=201809&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

tigen Leistungsbezieher sind Frauen.[887] 189.379 Menschen der Aufstocker arbeiteten im Juni 2018 in Vollzeit.[888]

Insbesondere im Bereich atypischer Beschäftigungsformen sind die Aufstockerzahlen auffallend hoch.[889] Im September 2018 lag die Zahl bei 464.035 Personen, also bei 45,6 %, das Bruttoeinkommen bei 450 € oder weniger.[890] 22,5 % verdienten zwischen 450 € und 850 € brutto monatlich.[891] Bei dem überwiegenden Anteil der Beschäftigten handelt es sich mithin um Mini- bzw. Midijobber.

---

887 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, September 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Suchergebnis_Form.html?view=processForm&resourceId=210358&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&region=&year_month=201809&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

888 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, September 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Suchergebnis_Form.html?view=processForm&resourceId=210358&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&region=&year_month=201809&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

889 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 74.

890 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, September 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Suchergebnis_Form.html?view=processForm&resourceId=210358&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&region=&year_month=201809&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

891 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, September 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Suchergebnis_Form.html?view=processForm&resourceId=210358&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&region=&year_month=201809&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt geprüft am 4.2.2019).

2.4.4.2 (Fehl-) Anreize zum Verbleib in der Grundsicherung

Ein großes Problemfeld auf dem Gebiet der Aufstockung liegt darin, dass die Betroffenen oftmals große Schwierigkeiten haben, aus der Position des Leitungsbezugs wieder hinauszutreten[892] und sich aus der Sogwirkung von Armutsbegebenheiten zu lösen, wenn sie erst hineingeraten sind.

2.4.4.2.1 Der Selbstbehalt nach §§ 11a und 11b SGB II

Um generelle Anreize für Leistungsbezieher zur Arbeitsaufnahme zu setzen, spielt der Einkommensabstand zwischen reinen Leistungsbeziehern und Leistungsbeziehern, die ihr Einkommen aufstocken, eine wichtige Rolle.

Um die Aufnahme von Erwerbstätigkeit zu unterstützen, gilt es grundsätzlich, zu verhindern, dass Leistungsberechtigte ohne die Aufnahme einer Arbeit das gleiche Einkommen erzielen wie Leistungsbezieher, die einer Arbeit nachgehen.[893] Dies soll durch den Selbstbehalt der §§ 11a und b SGB II gewährleistet werden. Danach bleibt bei erwerbstätigen Leistungsbeziehern – gestaffelt nach Höhe ihres Einkommens – ein Teil dessen bei der Leistungsberechnung unberücksichtigt, um so monetäre Anreize zur Erwerbsaufnahme zu setzen.[894] Dadurch soll der Intention des ALG II nachgekommen werden, den Beschäftigten alsbald wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren und lange Zeiten der Arbeitslosigkeit und Passivität zu verhindern. In diesem Sinne werden die ersten 100 € des Einkommens grundsätzlich nicht angerechnet. Darüber hinaus dürfen bis zu einer Verdienstgrenze von 1000 € 20 % des Einkommens behalten werden, es besteht mithin eine Entzugsrate von 80 % des Gehalts. Ein Leis-

---

892 Dies belegt u.a. eine Studie der Bundesagentur für Arbeit aus September 2017. Hiernach sind mehr als 3 von 5 der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten Langzeitleistungsbezieher; etwas weniger als die Hälfte der erwerbsfähigen Leistungsbezieher ist bereits seit 4 Jahren und länger auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen. Auch eine Studie von *Bruckmeier/Schnitzlein* aus dem Jahr 2007, die den Verbleib von ehemaligen Arbeitslosenhilfeempfängern im Jahr 2005 untersucht bestätigt, dass 28 % aller erwerbstätigen Empfänger im Leistungsbezug verblieben. Ergänzt wurden diese Untersuchungen sodann von *Bruckmeier/Eggs/u.a./Walwei* im IAB-Kurzbericht 2013. Auch so: *Adamy*, SozSich 2008, 219, 222 und *Koller/Neder/Rudolph/Trappmann*, IAB-Kurzbericht 2012, 1, 10; *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 8.

893 BT-Drs. 15/1516, S. 59 f.; BT-Drs. 17/3404, S. 95; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 54 f.; *Schüssler/Becker*, SozSich 2014, 102, 108; iwd 2010, 6.

894 *Thode*, SF 2003, 284; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 55.

tungsbezieher mit einer Verdiensthöhe von über 1000 € darf in der Regel nur noch 10 % seines Einkommens behalten, es besteht dann also eine Entzugsrate von 90 % (§ 11b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SGB II).[895] Ab einem Einkommen von 1200 € gibt es keinen Selbstbehalt mehr. Bei erwerbstätigen Leistungsbeziehern mit Kindern bleibt der Selbstbehalt von 10 % allerdings bis zu einem Einkommen von 1500 € gemäß § 11b Abs. 3 Satz 3 SGB II.

2.4.4.2.2 „Einpreisung“[896] und staatlich subventionierte Billiglöhne[897]

Allein im Jahr 2016 subventionierte der Staat nicht existenzsichernde Löhne von Erwerbstätigenhaushalten durch Grundsicherungsleistungen insgesamt mit 10,78 Milliarden €.[898] Da die Aufstockung mit Grundsicherung nach dem SGB II sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite aufkommensneutral ist, entsteht hier ein steuerfinanziertes Kombilohnmodell, im Rahmen dessen vor allem die Arbeitgeber im Wettbewerb über geringe Kosten von vornherein ergänzende Grundsicherungsleistungen bei Vertragsschluss (entgegen dem Vertragsprinzip der rechtsgeschäftlichen Ordnung) bereits in die Einnahmen des Arbeitnehmers „einkalkulieren“.[899] Dies führt in der Folge zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem gesamten Arbeitsmarkt.[900] Wie *Waltermann* treffend im Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag feststellt, ist es dabei plausible Praxis, dass Arbeitnehmer eher dazu bereit sind, sich mit geringen Stundenlöhnen abzufinden und entsprechende Angebote nutzbar zu machen, wenn ein

---

895 Bei erwerbstätigen Leistungsbeziehern mit Kindern erhöht sich diese Grenze auf 1500 €.

896 Vgl. *Preis/Ulber*, FS Kempen 2013, S. 15, 32; *Giesen*, FS Kempen 2013, S. 216, 220; *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52.

897 *Picker*, RdA 2014, 25, 27; *Waltermann* NZA 2013, 1041, 1045 f.; *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52.

898 Bundesagentur für Arbeit, Darstellung O-Ton Arbeitsmarkt, Hartz-IV-Leistungen an Erwerbstätigenhaushalte, abrufbar unter: http://www.o-ton-arbeitsmarkt.de/o-ton-news/hartz-iv-aufstocker-staat-subventioniert-niedrigeinkommen-jaehrlich-mit-milliarden-euro, (zuletzt geprüft am 16.02.2019); Im Jahr 2012 waren es allein 4 Milliarden € für aufgestockte Vollzeitjobs und sozialversicherte Teilzeitjobs: *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S.1.

899 Vgl. *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52; *Kittner/Deinert*, ASO, 30 II, S. 1241; *Preis/Ulber*, FS Kempen 2013, S. 15, 32; *Giesen*, FS Kempen 2013, S. 216, 220; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 88 f.; *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 21; *Dingeldey/Sopp/Wagner*, WSI Mitt. 2012, 32, 39.

900 *Picker*, RdA 2014, 25, 27; *DGB*, arbeitsmarktaktuell, Januar 2012, S. 12.

an sich theoretisch existenzbedrohendes Einkommen aufgrund von monatlichen Ergänzungsleistungen faktisch gar keine Existenzbedrohung mehr darstellt.[901]

Dass diese Marktsituation insgesamt eine Ausdehnung des Niedriglohnsektors befeuert ist dabei unvermeidbare Konsequenz.[902] Das sozialpolitische Leitbild (s.o. 2.4.3) fußt allerdings auf der Prämisse, dass der Einzelne seinen Lebensunterhalt durch seine Erwerbstätigkeit unabhängig von etwaigen Transferleistungen bestreiten kann. Die Grundsicherung nach dem SGB II sollte als subsidiäre und ausnahmsweise Unterstützung für zeitlich begrenzte Sondersituationen verstanden werden, nicht allerdings als ein gleichwertiges Beschäftigungsmodell erster Wahl in Form dauerhafter Arrangements.[903] Es ist daher Aufgabe der Rechtsordnung, die Grundlagen für eine autonome und ausreichende Existenzsicherung zu schaffen und sodann dauerhaft aufrecht zu erhalten.[904]

2.4.4.3 Schwächung der Verhandlungsmacht des Arbeitnehmers durch das Zumutbarkeitsrecht

Die in § 10 SGB II normierten Bestimmungen zur Zumutbarkeit von Arbeit spielen eine zentrale Rolle im Leitgedanken des Forderns innerhalb des Zweiten Sozialgesetzbuches.[905] Dabei ist der Kreis der zumutbaren Arbeiten durchaus weiter gezogen als er es im Dritten Sozialgesetzbuch ist: § 10 Abs. 1 SGB II geht davon aus, dass dem Leistungsberechtigten grundsätzlich jede Arbeit zumutbar ist.[906] Es folgt in Absatz 2 ein Katalog mit Gesichtspunkten, die der Zumutbarkeit einer Arbeitsaufnahme nicht entgegenstehen – vor allem gestützt auf Umstände, die auf einer früheren beruflichen Betätigung beruhen. Der ordnungspolitische Ansatz dieser Vorschrift scheint den Hilfebedürftigen insgesamt eine grundsätzliche Resistenzhaltung gegenüber der Aufnahme von Arbeit zu unterstellen und stellt sie damit unter einen Generalverdacht des Arbeitsvermeidungsstrebens, der durch drohende Sanktionen flankiert wird (§§ 31 ff. SGB II).[907]

---

901 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 88.
902 Vgl. *Brose*, DRV 2018, 341, 342 ff.
903 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 89.
904 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 91.
905 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Mayer*, SGB II § 10 Zumutbarkeit Rn. 1; Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Arbeitslosengeld II Rn. 13.
906 BT-Drs. 15/1516, S. 53.
907 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Mayer*, SGB II § 10 Zumutbarkeit Rn. 2; Gagel-*Bender*, § 10 SGB II Rn. 2 f.

Eine absolute Grenze nach unten scheint für die Zumutbarkeit von Arbeit daher lediglich über die Generalklausel in Abs. 1 Nr. 5, dem wichtigen entgegenstehenden Grund, in bestehenden Mindestlohnsätzen nach dem MiLoG bzw. nach § 4 AEntG, § 3a AÜG oder § 5 TVG zu existieren.[908]

Bei geringen Schwellen der Zumutbarkeit haben Arbeitsuchende mittlerweile[909] kaum mehr Möglichkeiten, eine Beschäftigung als unzumutbar abzulehnen. Sie befinden sich zunehmend in der Situation, auch gering entlohnte und untertarifliche Beschäftigung eingehen zu müssen. Denn ein Bezieher von Arbeitslosengeld nach § 136 SGB III kann eine Beschäftigung nur noch dann ablehnen, wenn sie gegen geltende gesetzliche oder tarifliche Normen bzw. Betriebsvereinbarungen verstößt (§ 140 Abs. 2 SGB III).[910] Dasselbe gilt im Wesentlichen für den Fall des Arbeitslosengeldes II (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II).[911] Vor diesem Hintergrund haben erwerbstätige Bezieher von Grundsicherung bei etwaigen Lohnverhandlungen insgesamt nur noch wenig Verhandlungsmacht (wenngleich oftmals vermutlich auch gar kein entsprechendes Verhandlungsinteresse, wenn ohnehin Ansprüche auf entsprechende Leistungen des Jobcenters bzw. des kommunalen Trägers bestehen[912]), da der Einwand, dass der in Aussicht gestellte Lohn hinter dem bisherigen Arbeitslosengeld II zurückbleibt, nicht vorgebracht werden kann.[913] Dies führt letztlich dazu, dass angebotene Arbeitsplätze – ungeachtet ihrer Attraktivität oder ihres Lohnniveaus – ergriffen werden müssen und eine entsprechende Selektion auf Seite der Arbeitnehmer nicht stattfinden kann.[914] Arbeitslose müssen dann auch Beschäftigungsverhältnisse eingehen, die zwar aus arbeitsloser Armut hinaus führen, jedoch im Anschluss nicht selten in eine Armutssituation trotz Erwerbstätigkeit münden.[915] Denn durch sehr geringe Anforderungen an die Zumutbarkeit einer Beschäftigung sind Arbeitslose oftmals in der Lage, Beschäftigungsverhältnisse vor allem in atypi-

---

908 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Mayer*, § 10 Zumutbarkeit SGB II Rn. 2; Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Arbeitslosengeld II Rn. 13; Gagel-*Bender*, § 10 SGB II Rn. 1.

909 Bis zum 1. April 1997 hatte eine arbeitslose Person unabhängig ihrer Tarifgebundenheit noch die Möglichkeit, eine Beschäftigung sanktionslos als unzumutbar abzulehnen, wenn sie untertariflich entlohnt wurde, § 5 Abs. 1 Nr. 2 Zumutbarkeit-AO (Zumutbarkeitsanordnung vom 16.03.1982, Amtl. Nachricht der BA, S. 523).

910 Gagel, SGB II/ III- *Baldschun*, § 140 SGB III Rn. 82 f.

911 Vgl. Gagel, SGB II/ III- *Bender*, § 10 SGB II Rn. 32.

912 *Picker*, RdA 2014, 25, 27.

913 *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52.

914 *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 88 f.

915 *Waltermann*, NJW Beilage 2010, 81, 85.

scher Arbeit eingehen zu müssen.[916] Diese Beschäftigungsformen sind in höherem Maße missbrauchsanfällig, was die an sich gesetzlich vorgesehenen Pflichten betrifft. Im Ergebnis bewirkt die Regelung damit Lohnsubventionen für Arbeitgeber in unteren Einkommenssegmenten.[917] Das „Zuverdienstmodell" wird auf diese Weise zusätzlich begünstigt.[918] Um Arbeitslose dauerhaft in den Arbeitsmarkt zu integrieren, ist es aber wichtig, dass Arbeit einen gewissen Ertrag hat und in einem vernünftig abgesicherten Rahmen stattfindet.[919]

2.4.4.4 Auswirkungen des Mindestlohns auf die Aufstockung nach dem SGB II

Dem Staat obliegt grundsätzlich eine Pflicht aus dem im Grundgesetz verankerten Sozialstaatsprinzip nach Art. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG, die Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins durch die Gewährung von Sozialleistungen sicherzustellen. Die Frage nach einer autonomen Existenz sollte sich allerdings – zumindest bei Vorliegen von regulärer Arbeit – auf Grundlage der geltenden Rechtskonzeption des Privat- und Sozialrechts gar nicht erst stellen. Mit der auf Freiheit gegründeten Verfassung im Hintergrund geht das Privatrecht mit dem Leitmotiv der Privatautonomie davon aus, dass die Privatrechtssubjekte ihre Lebens- und Rechtsverhältnisse – hiervon umfasst ist auch die Existenzsicherung als Ausgangspunkt – selbstbestimmt und eigenverantwortlich regeln.[920] Dies ist ebenfalls Kennzeichen einer funktionierenden Gesellschaftsordnung.[921] Staatliche Unterstützung soll lediglich als subsidiäres Mittel fungieren. An diesen Ausgangsgedanken knüpft in der Folge dann auch das Sozialrecht mit seinem gesamten Versicherungswesen an (vgl. insgesamt o. 2.4.4.3). Vom Gesetzgeber ist bei all dem ein geeigneter Rechtsrahmen bereitzustellen, der dafür Sorge trägt, dass die jeweiligen Rechtsgebiete auf der notwendigen Ausgangsbasis folgerichtig aufbauen können.[922]

Dem versucht der Staat seit dem 1. Januar 2015 mit dem gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von zunächst 8,50 €, mittlerweile 9,19 € pro Stunde, nachzukom-

---

916 So auch: *Waltermann*, NJW Beilage 2010, 81, 85.

917 *Picker*, RdA 2014, 25, 27; *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1045 f.; *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 52.

918 Vgl. *Brose*, DRV 2018, 341, 345 f.

919 Im Ergebnis auch: *Waltermann*, NJW Beilage 2010, 81, 85.

920 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – NZA 1990, 389; *Canaris*, Systemdenken, S. 48; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 87.

921 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 87.

922 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 87.

men. Ähnlich wie im Fall der geringfügigen Beschäftigung (s.o. 2.2.7) wurden aber auch für die Gruppe der Aufstocker die Probleme dadurch bisher nicht zufriedenstellend gelöst. Je nach Simulationsvariante wurde bei einem Mindestlohn i.H.v. 8,50 € pro Stunde prognostisch ohnehin lediglich mit zwischen 43.000 und 53.000 Haushalten (bzw. 57.000 bis 64.000), die den Transferbezug verlassen könnten, gerechnet.[923] Tatsächlich sind es nach dem IAB sogar nur rund 20.000 Personen, die durch den Mindestlohn einen Ausgang aus dem Leistungsbezug fanden.[924] Auf der einen Seite verringert sich durch einen flächendeckenden Mindestlohn zwar die Abhängigkeit von Sozialleistungen dieser Personengruppe. Auf der anderen Seite hat ein Mindestlohn in dieser Höhe kurzfristig aber nur geringe Einkommenswirkungen auf den Bereich der Aufstockung mit Grundsicherung, weil die Erwerbsumfänge der Leistungsbezieher – wie bereits dargelegt – häufig nur äußerst gering und zumeist als Teilzeit- oder gar geringfügige Beschäftigungsverhältnisse ausgestaltet sind.[925] Es steht zu vermuten, dass diejenigen, denen ein Ausstieg aus dem Leistungsbezug durch den Mindestlohn gelang, ohnehin bereits einer Vollzeitbeschäftigung, zumindest aber einer vollzeitnahen Beschäftigung, nachgingen.[926] Für den Rest veränderte sich das Nettoeinkommen wegen der existierenden Anrechnungsregeln nicht wesentlich.[927]

Für die öffentlichen Sozialbudgets bedeutet der Mindestlohn durchaus eine Entlastung sowie Mehreinnahmen an Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen. Es wurde von einer Senkung der Ausgaben für Grundsicherungsleistungen um jährlich 700 bis 900 Millionen € ausgegangen (die dann durch Mehrausgaben bei Wohn- und Kindergeld allerdings auf 500 bis 650 Millionen € zurückge-

---

923 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 149.

924 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB Aktueller Bericht 10/2016, 1; FAZ, Warum der Mindestlohn den Aufstockern kaum hilft, abrufbar unter: http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/arbeitsmarkt-warum-der-mindestlohn-den-aufstockern-kaum-hilft-14366034.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

925 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 5 f.; *Schüssler/Becker*, SozSich 2014, 102, 103.

926 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 5, 8; *Bruckmeier/Eggs/Sperber/Trappmann/Walwei*, IAB-Kurzbericht 19/2015, 1; *Gagel-Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 149; *Schüssler/Becker*, SozSich 2014, 102, 103.

927 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 6; *Bruckmeier/Eggs/Sperber/Trappmann/Walwei*, IAB-Kurzbericht 19/2015, 1; *Gagel-Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 149.

hen).[928] Mit den Mehreinnahmen an Sozialversicherungsbeiträgen und Einkommensteuer wurde eine Gesamtentlastung der Steuerkassen in Höhe von zwischen etwa 2,2 und 3 Milliarden € erwartet.[929]

Die derzeitige Höhe des gesetzlichen Mindestlohns von 9,19 € scheint deutlich zu gering, um ein transferleistungsunabhängiges Leben zu gewährleisten. Das belegt die Tatsache, dass es trotz Mindestlohn nach wie vor Vollzeitbeschäftigung gibt, die für sich genommen nicht zur Existenzsicherung genügt.

Das betrifft einerseits den aktuellen Existenzsicherungsbedarf. *Schüssler/Becker* berechneten bereits für das Jahr 2008 einen Bruttostundenlohn für einen alleinstehenden Vollzeitbeschäftigten i.H.v. 9,63 €, um über das Grundsicherungsniveau zu gelangen.[930] Eine Modellrechnung von *Bäcker* aus dem Jahr 2013 zeigt auf, dass ein Ehepaar mit einem Kind, bei dem nur einer der beiden Partner arbeitet, der Stundenlohn bei Ansetzen der Kosten für die Unterkunft mit einem Bundesdurchschnittswert bei 10,65 € liegen muss, um einschließlich Wohngeld, Kindergeld und Kinderzuschlag auf das Bedarfsniveau der Grundsicherung einschließlich Erwerbstätigenfreibetrag und Kosten für die Unterkunft zu kommen.[931]

Zudem genügt die Mindestlohnhöhe nicht, um daraus eine existenzsichernde Altersvorsorge unabhängig von ergänzenden Sozialleistungen zu erwirtschaften. Nach aktuellen Berechnungen der Bundesregierung aus Mai 2018[932] müsste der gesetzliche Mindestlohn derzeit sogar bei 12,63 € liegen, damit Betroffene im Alter überhaupt eine Rente oberhalb der Grundsicherung erzielen können: Aus einer Antwort des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf eine schriftliche Frage zu diesem Thema geht hervor, dass der durchschnittliche Bruttobedarf von Grundsicherungsempfängern, die nicht in entsprechenden Einrichtungen leben, im Alter 814 € beträgt.[933] Für eine Nettorente oberhalb

---

928 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 1, 5, 8; FD-ArbR 2014, Aktuelle Nachrichten; *Schüssler/Becker*, SozSich 2014, 102, 103.

929 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 1, 5, 8; FD-ArbR 2014, Aktuelle Nachrichten.

930 *Schüssler/Becker*, SozSich 2014, 102, 108.

931 *Bäcker*, SozSich 2013, 223 ff.

932 Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin des BMAS Kramme auf eine schriftliche Frage im April 2018, Arbeitsnummer 377, 7. Mai 2018; abrufbar unter: https://www.linksfraktion.de/fileadmin/user_upload/PDF_Dokumente/Ferschl_Susanne_2018-04-377_-_Antwort.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

933 Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin des BMAS Kramme auf eine schriftliche Frage im April 2018, Arbeitsnummer 377, 7. Mai 2018; abrufbar unter: https://www.linksfraktion.de/fileadmin/user_upload/PDF_Dokumente/Ferschl_Susanne_2018-04-377_-_Antwort.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

dieses Betrages seien momentan 29,5 Entgeltpunkte erforderlich. Um diese überhaupt erreichen zu können, müsse über einen Zeitraum von 45 Jahren hinweg bei einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden versicherungspflichtig zu einem Stundenlohn von 12,63 € gearbeitet werden.[934]

2.4.4.5 Zusammenfassung

Erwerbstätige Bezieher von Aufstockungsleistungen nach dem SGB II sind kein zu vernachlässigendes Sonderphänomen, sondern kommen in nennenswerter Zahl vor. Das teilweise steuerfinanzierte Lohnmodell der Aufstockung mit Grundsicherungsleistungen führt zu Mitnahmeeffekten auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite und darüber hinaus auch zur langfristigen Einrichtung erwerbstätiger Empfänger von Arbeitslosengeld II im Leistungsbezug.[935] Es entsteht so ein „Hinzuverdienstmodell", wobei die Grundsicherungsleistung aus Arbeitslosengeld II durch eine Hinzuverdienstmöglichkeit im Sinne des § 11 Abs. 2 SGB II aufgebessert und nicht – wie eigentlich vorgesehen – das (geringe) Arbeitsentgelt durch die Grundsicherungsleistung aufgestockt wird.[936]

Die Ausgestaltung des Zumutbarkeitsrechts aus § 10 SGB II, § 140 SGB III trägt im Weiteren dazu bei, dass Arbeitnehmer zunehmend gering entlohnte und untertarifliche Beschäftigung infolge einer gesetzlich verursachten bzw. verstärkten (!) strukturellen Ungleichgewichtslage eingehen.

2.4.5 Lösungsmöglichkeiten

2.4.5.1 Senkung des Grundsicherungsniveaus

Nicht selten wird in der sozialpolitischen Diskussion die allgemeine Höhe der Regelleistung und daraus folgend der Einkommensabstand zwischen aufgestocktem Einkommen und regulären Löhnen auf dem Arbeitsmarkt kritisiert.[937] Es wird argumentiert, dass die Lohnersatz- und Existenzsicherungsleistungen

---

934 Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin des BMAS *Kramme* auf eine schriftliche Frage im April 2018, Arbeitsnummer 377, 7. Mai 2018; abrufbar unter: https://www.linksfraktion.de/fileadmin/user_upload/PDF_Dokumente/Ferschl_Susanne_2018-04-377_-_Antwort.pdf, (zuletzt geprüft am 16.02.2019).

935 Küttner Personalbuch-*Griese*, Mindestlohn Rn. 2; Eicher/Luik-*Stölting*, SGB II, § 16b, Rn. 12.

936 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.

937 *Boss/Christensen/Schrader*, Kieler Diskussionsbeiträge März 2010; *Dietz/Walwei*, APuZ 2007, 31, 31 ff.; *Dietz/Walwei*, IAB-Forum 1/2007, 32, 32 ff..

gewissermaßen einen Netto-Mindestlohn bestimmen würden und dadurch insgesamt ein zu hohes Lohnniveau für Aufstocker erreicht werde. Unter diesem Lohnniveau würde für die Leistungsbezieher kein Anreiz bestehen, nach einer regulären Arbeit ohne Inanspruchnahme von Transferleistungen zu suchen.

Lohnersatzleistungen dürfen allerdings keine Alternative zu den Löhnen auf dem Arbeitsmarkt sein, es muss daher ein gewisses Lohnabstandsgebot eingehalten werden.[938] Bereits im Jahr 2006 schlug der Sachverständigenrat in seinem Jahresgutachten als Lösungsansatz daher vor, die Basisleistung um 30 % zu senken, gleichsam aber die Entzugsrate ab einem Lohn von mehr als 200 € bis 800 € von 80 % auf 50 % zu senken.[939] Eine solche Diskussion um die Senkung der Basisleistung liegt allerdings nicht im Sinne des Sozialstaatsgebotes und des Art. 1 GG. Sie verkennt, dass eine Leistung zur Existenzsicherung einem Anspruch, sich an allgemeinen Marktlöhnen zu orientieren, nicht gerecht werden muss, sondern allein an den Faktoren, die ein Mindestmaß an würdevollem menschlichem Dasein sicherstellen – wenngleich dies nicht zur Senkung der Aufstockerzahlen beiträgt.[940] Selbst wenn die bestehende Höhe der Basisleistung eventuell Anreize setzt, im Leistungsbezug zu verbleiben und keine Erwerbstätigkeit mit hinreichendem Einkommen aufzunehmen, ist zu berücksichtigen, dass das SGB II als unterstes Sozialsicherungssystem für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins Sorge zu tragen hat.[941] Die Leistungen stehen mit anderen Worten nicht zur Disposition. Eine Beeinflussung des allgemeinen Lohnniveaus durch die Höhe von Lohnersatzleistungen ließ sich im Übrigen empirisch bisher nicht nachweisen.[942]

2.4.5.2 Erhöhung des Selbstbehalts

Der Selbstbehalt und vor allem dessen adäquate Höhe ist rechts- und sozialpolitisch ein zweiseitiges Schwert: Durch einen hohen Selbstbehalt, der die Erreichung eines entsprechenden Lohnniveaus trotz Erwerbstätigkeit mit leidglich

---

938 Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2005/6 Ziffer 226 ff., 322 ff.; *Boss*/*Christensen*/*Schrader*, Kieler Diskussionsbeiträge März 2010, S. 3; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 56 f.

939 Sachverständigenrat, Arbeitslosengeld II reformieren – ein gezieltes Kombilohnmodell, 2006.

940 So auch Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 57.

941 So auch Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 57.

942 So auch festgestellt von *Kromphardt*, MittAB 1992, 221, 221 ff.; *Ganßmann*/*Haas*, Lohn und Beschäftigung, 1996.

geringem Einkommen sicherstellt, soll auf der einen Seite nicht dazu ermutigt werden, sich mit diesem abzufinden und langfristig in der Aufstockungssituation zu verbleiben.[943] Sie stehen zudem der Konzeption einer Grundsicherung entgegen, die lediglich ein Existenzminimum gewährleisten soll.[944] Auf der anderen Seite ist es wichtig durch einen Einkommensabstand zum reinen Leistungsbezug auch monetäre Anreize zur Arbeitsaufnahme bzw. zur Aufnahme einer möglichst vollzeitnahen Beschäftigung mit möglichst existenzsicherndem Einkommen zu setzen. Leistungsbezieher sollen dazu animiert werden, Arbeiten aufzunehmen, die der Erwirtschaftung einer existenzsichernden Vergütung näherkommen als die aktuelle Arbeitsstelle. So soll eine allmähliche Aufwärtsmobilität und eine Annäherung an den Übergang in eine Beschäftigung ohne Leistungsbezug im Sinne der vom Gesetzgeber intendierten Aktivierung greifbarer gestaltet werden. Immerhin sind rund 42,53 % aller Aufstocker lediglich (entgelt)geringfügig beschäftigt, haben also ein Monatseinkommen von nicht mehr als 450 €.[945] Vor allem bei dieser Personengruppe ist es überaus wichtig, die Betroffenen durch Mobilisierung an eine möglichst vollzeitnahe Stelle heranzubringen und langsam an den regulären Arbeitsmarkt zu gewöhnen, vorausgesetzt, eine solche ist zu bekommen. Dies entlastet auch das Steueraufkommen, da die Summe, die nach Abzug der Erwerbstätigenfreibeträge übrigbleibt, als Nettoerwerbseinkommen auf die der Bedarfsgemeinschaft zustehenden Grundsicherungsleistungen angerechnet wird. Ausgezahlt wird dem Betroffenen letztlich lediglich die Differenz zwischen Existenzminimum und angerechnetem Erwerbseinkommen.[946] Es liegt also im Sinne der Steuerzahlergemeinschaft, innerhalb des Leistungsbezuges Anreize zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit mit möglichst hohem Einkommen zu setzen.

Zum Teil wurde (und wird) daher eine Erhöhung des Selbstbehalts bzw. eine Erhöhung des Hinzuverdienstes diskutiert.[947] Dabei wird sowohl die Erhöhung

---

943 *Bruckmeier/Graf/Rudolph,* IAB-Forum 1/2007, 20; *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 88; Gagel-*Knickrehm*, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Einführung SGB II, Rn. 55; anders aber: *Adamy*, SozSich 2008, 219, 221.

944 *Brose*, DRV 2018, 341, 346.

945 Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Grundsicherung für Arbeitssuchende in Zahlen, Nürnberg, September 2017, S. 11.

946 *Adamy*, SozSich 2008, 219, 225.

947 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitslosengeld II reformieren: Ein zielgerichtetes Kombilohnmodell, Wiesbaden, September 2009; FDP im Thesenpapier „Aufstiegschancen verbessern – auf dem Weg zum fairen Sozialstaat" zum Symposium vom 10. März 2010; BMWi-Beirat, Re-

der einkommensunabhängigen Freigrenze als auch die Erhöhung der einkommensabhängigen Grenzen ins Auge gefasst.[948] Nicht selten[949] wird dies mit sog. Workfare-Stellen, also mit von der öffentlichen Hand bereitgestellten Arbeitsgelegenheiten als Gegenleistungsbedingung zum Bezug staatlicher Transferleistungen, kombiniert (zur Auseinandersetzung mit der Thematik „Workfare" s.u. 2.5), teilweise darüber hinaus auch mit der Absenkung des Regelsatzes für Arbeitslosengeld II-Bezieher (s.o. 2.4.5.1).[950]

Wie die vergangenen Jahre und die Entwicklung steigender Aufstockerzahlen vor Einführung des gesetzlichen Mindestlohnes zeigen,[951] trägt die Verfestigung eines teilweise steuerfinanzierten Lohnmodells allerdings sowohl zu Mitnahmeeffekten auf Arbeitgeberseite als auch zu einer langfristigen Einrichtung erwerbstätiger Empfänger von ALG II im Leistungsbezug bei.[952] Die Ausdeh-

---

form des Sozialstaats für mehr Beschäftigung im Bereich gering qualifizierter Arbeit, 2002, BMWi Dokumentation 512; *Sinn/Holzner/Meister/Ochel/Werding*, ifo Schnelldienst 59 (2), S. 6-27; *Brose*, DRV 2018, 341, 346.

948 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitslosengeld II reformieren: Ein zielgerichtetes Kombilohnmodell, Wiesbaden, September 2009; FDP im Thesenpapier „Aufstiegschancen verbessern – auf dem Weg zum fairen Sozialstaat" zum Symposium vom 10. März 2010; BMWi-Beirat, Reform des Sozialstaats für mehr Beschäftigung im Bereich gering qualifizierter Arbeit, 2002, BMWi Dokumentation 512; *Sinn/Holzner/Meister/Ochel/Werding*, ifo Schnelldienst 59 (2), S. 6-27.

949 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitslosengeld II reformieren: Ein zielgerichtetes Kombilohnmodell, Wiesbaden, September 2009; FDP im Thesenpapier „Aufstiegschancen verbessern – auf dem Weg zum fairen Sozialstaat" zum Symposium vom 10. März 2010; BMWi-Beirat, Reform des Sozialstaats für mehr Beschäftigung im Bereich gering qualifizierter Arbeit, 2002, BMWi Dokumentation 512; *Sinn/Holzner/Meister/Ochel/Werding*, ifo Schnelldienst 59 (2), S. 6-27.

950 *Sinn/Meister/Ochel/Werding*, ifo Schnelldienst 2007, 3, 5.

951 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen, erwerbstätige erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Monats- und Jahreszahlen), Daten nach einer Wartezeit von 3 Monaten, Nürnberg, Februar 2018, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021944/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=1023388&year_month=201710&year_month.GROUP=1&search=Suchen, (zuletzt geprüft am 16.02.2019); Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Grundsicherung für Arbeitsuchende in Zahlen, Nürnberg, März 2017, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201703/iiia7/grusi-in-zahlen/grusi-in-zahlen-d-0-201703-pdf.pdf, (zuletzt geprüft am 16.02.2019); Küttner Personalbuch-*Griese*, Mindestlohn Rn. 2.

952 Küttner Personalbuch-*Griese*, Mindestlohn Rn. 2; Eicher/Luik-*Stölting*, SGB II, § 16b, Rn. 12.

nung eines Modells mit Folgewirkungen dieser Art durch die Erhöhung der Hinzuverdienstgrenzen oder durch eine Senkung des Transferentzuges ist daher bei einer Sozialpolitik, die bemüht ist, die Aufstockerzahlen zu senken, nicht empfehlenswert.

Eine Erhöhung der Freibetrags- oder Selbstbehaltsgrenzen würde in der Folge zu einer weiteren Ausdehnung des bestehenden Kombilohnmodells führen und Finanzierungsproblematiken lediglich weiter in die Zukunft verschieben, was dort langfristig betrachtet bei einer insgesamt alternden Gesellschaft hinsichtlich der Altersvorsorge zu ganz erheblichen Defiziten führen wird (s. hierzu u. 3). Das Verschieben von Steuerlasten der Gegenwart in die Zukunft bedeutet daher lediglich ein Aufschieben von Problemen und sicherlich keinesfalls ihre Beseitigung.

2.4.5.3 (Wieder-)Einführung von Zumutbarkeitsgrenzen

Wie gezeigt (s.o. 2.4.4.3), bewirkt die konkrete Ausgestaltung der sozialrechtlichen Regelung über zumutbare Beschäftigung im Ergebnis eine Verschärfung der strukturellen Ungleichgewichtslage bei Verhandlungen der Arbeitsvertragsparteien, was sich letztlich in ungünstigen Folgewirkungen auf die gesamte Marktsituation im Niedriglohnbereich niederschlägt.[953] Die von der Privatrechtsordnung intendierte Privatautonomie im Rahmen von Rechtsbeziehungen wird so durch die vom Sozialrecht bereitgestellte, als Kombilohn verzerrte Grundsicherung insgesamt torpediert, Sozial- und Zivilrecht sind an dieser Stelle nicht ausreichend miteinander abgestimmt.[954] Eine Erhöhung der Anforderungen an die Zumutbarkeit von Beschäftigung ist daher notwendiges Mittel, um das Verhandlungsgleichgewicht von Arbeitnehmer und -geber wiederherzustellen und somit zu einer Ausgewogenheit der Marktsituation zu führen sowie den aktuell geleisteten Beitrag zur Expansion atypischer Beschäftigung zurück zu regulieren.

Vor allem die Abkehr von den personenbedingten Zumutbarkeitsregelungen aus dem SGB III, die mit dem Übergang von den ehemaligen Regelungen der Arbeitslosenhilfe zum Arbeitslosengeld II einherging, ist vor diesem Hintergrund als bedenklich zu bewerten. Danach war über die Verweisungsnorm in § 198 SGB III a.F. die Zumutbarkeitsregelung des § 121 SGB III a.F. (heute § 140

953 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 88 f.
954 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 89.

SGB III n.F.) auch für die ehemalige Arbeitslosenhilfe anwendbar.[955] Dies ist seit dem Übergang zum Arbeitslosengeld II im Zuge der Agenda-Politik nicht mehr der Fall. Die Verweisungsnorm wurde ersatzlos gestrichen, personenbedingte Unzumutbarkeitsgründe, wie niedriges Entgelt (§ 140 Abs. 3 SGB III n.F.) oder lange Pendelzeiten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (§ 140 Abs. 4 SGB III n.F.), sind im SGB II nicht mehr zu berücksichtigen.[956] Es ist für eine Wiederherstellung von Verhandlungsparität aber insbesondere wichtig, eine personenbedingte Unzumutbarkeitsgrenze bezüglich des Entgelts zu regeln und Preisunterbietungen, die langfristig zu Wettbewerbsverzerrungen führen, im Rahmen der Aufstockung einzudämmen. Es wäre hier sowohl denkbar, § 140 Abs. 3 SGB III abermals über eine Verweisungsnorm im SGB II anzuwenden oder eine inhaltlich an diese Vorschrift angelehnte Regelung direkt in § 10 SGB II zu verankern, wobei Letzteres sicherlich vorzugswürdig ist.

Ein weiterer Aspekt, der einer Korrektur bedarf, ist im Zusammenhang mit der Ablehnbarkeit untertariflicher Arbeitsbedingungen zu sehen. Diese setzt nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers und die des Arbeitslosen voraus, solange der Tarifvertrag nicht nach § 5 TVG allgemeinverbindlich ist.[957] Insgesamt spielt Tarifbindung im Bereich atypischer Beschäftigung – und generell im Niedriglohnsektor – aber auffallend selten eine Rolle[958], weshalb die Unzumutbarkeit von Arbeit aufgrund untertariflicher Arbeitsbedingungen nicht häufig Geltung erlangt.

Der Aspekt der untertariflichen Arbeitsbedingungen als Grund unzumutbarer Arbeit führt aber darüber hinaus noch zu einem weiteren Dilemma: Für diejenigen Arbeitnehmer, die organisiert sind, ist eine Verweigerung von Arbeit unterhalb des tariflichen Standards sanktionslos möglich. Es ist jedoch zu bedenken, dass der nichtorganisierte Arbeitslose dadurch aus dem Wettbewerb mit Organisierten um Arbeitsplätze als Sieger hervorgehen wird, da die Anforderungen an die Zumutbarkeit von Arbeit für ihn wesentlich enger gesteckt sind und er sich somit eher gezwungen sehen muss, eine Arbeit anzunehmen als ein organisierter Arbeitsloser.[959] Die aktuelle Ausgestaltung des Zumutbarkeitsrechts wirkt somit zu Lasten der Tarifautonomie.[960] Vorzugswürdig ist es daher,

---

955 Gagel-*Bender*, § 10 SGB II Rn. 4 f.

956 Gagel-*Bender*, § 10 SGB II Rn. 4 ff.

957 *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 53.

958 *Giesen*, FS Kempen 2013, 216, 230; *Picker*, RdA 2014, 26, 27; *Schulze Buschoff*, Atypische Beschäftigung in Europa, S. 37.

959 *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 53.

960 So *Deinert*, Referat Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, S. K 53.

erhebliche (um 20 %) Unterschreitungen tariflicher Arbeitsbedingungen generell als unzumutbar zu definieren (dazu ausführlich u. 4.3.5.1).

2.4.5.4 Ausweitung der individuellen Arbeitszeit

Da die Mehrzahl der Aufstocker keiner vollzeitnahen Beschäftigung nachgeht,[961] stellt die Ausweitung der individuellen Arbeitszeit der Betroffenen einen elementaren Aspekt für die Träger der Grundsicherung zur vollständigen Wiedereingliederung der Aufstocker in den regulären Arbeitsmarkt dar.

2.4.5.4.1 Anreiz zur Erhöhung von Arbeitsvolumina: Anrechnungsfreier Überstundensockel

Die Optimierungsmöglichkeiten von Einkommen und Zeiteinsatz müssen von den entsprechenden Leistungsstellen zwingend durch individuelle und persönliche Beratung flankiert werden. Das Jobcenter muss außerdem von den Leistungsbeziehern die Arbeitsuche auf dem regulären Arbeitsmarkt – selbst bei vollzeitnaher Beschäftigung – intensiv fordern und Qualifizierungsmaßnahmen zur (Rück-)Erlangung von Fertigkeiten sowie Kenntnissen und Arbeitsmotivation als Leistungsbezugsauflage durchführen.

Die Herausforderung für die Arbeitsvermittler besteht in der Berücksichtigung einer Vielzahl unterschiedlicher Komponenten (Arbeitsmotivation, Qualifikation usw.) bei einer individuellen Hilfestellung für die Betroffenen.[962] Maßnahmen müssen deshalb zwingend individuell angepasst werden, standardisierte Abläufe im Rahmen der Arbeitsvermittlung sind unbedingt zu vermeiden.

Die aktuelle Sozialpolitik privilegiert – sowohl durch die Freibetragsgrenzen als auch durch die Versicherungsfreiheit geringfügiger Beschäftigung – gegenwärtig kleinere Einkommen in niedrigen Lohnsegmenten. Es müssen dringend

---

961 Im Februar 2017 waren von 1.146.692 Millionen erwerbstätigen erwerbsfähigen Leistungsberechtigten 189.205 Personen – und mithin 16,5 % – sozialversicherungspflichtig in Vollzeit beschäftigt (Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Grundsicherung für Arbeitssuchende in Zahlen, Nürnberg, September 2017); *Bruckmeier/Eggs/u.a./Walwei,* IAB-Kurzbericht 14/2013, 3, 8.

962 *Dietz/Müller/Trappmann*, IAB-Kurzbericht 2/2009, 10.

Anreize zur Arbeitsaufnahme bei zunehmendem Einkommen gesetzt werden, damit der Schritt aus der Abhängigkeit attraktiver wird.[963]

Bereits im Jahr 2010 monierte die OECD, dass Langzeitarbeitslose in Deutschland trotz Agenda-Reformen auf Europaebene vergleichsweise wenig finanzielle Anreize hätten, eine geringbezahlte, aber existenzsichernde Beschäftigung aufzunehmen.[964] Die bestehenden Anreize zur Arbeitsaufnahme anhand der gestaffelten Freibetragsgrenzen im SGB II konzentrierten sich vor allem auf geringfügig Beschäftigte.[965] Regulär Beschäftigte unterliegen selbst bei sehr geringen Verdiensten einer relativ hohen Steuer- bzw. Abgabenbelastung. Laut OECD muss ein deutscher Arbeitnehmer mit zwei Kindern ein deutlich höheres Einkommen erwirtschaften, und zwar über 60 % des Durchschnittslohns, damit sich seine Arbeitsleistung spürbar gegenüber dem Transferbezug lohnt.[966]

Anstatt, dass Anreize für die Aufnahme einer regulären Beschäftigung gesetzt werden, erarbeiten sich die Leistungsempfänger lediglich ein Taschengeld zu der Transferleistung – nicht der unzureichende Arbeitslohn wird also – wie intendiert – durch das ALG II aufgestockt, sondern das ALG II wird zu einem Hinzuverdienstmodell verkehrt.[967] Im Ergebnis findet so eine Vermischung von Grundsicherung und Beschäftigung statt, die existierende Lohnabstände fördert und letztlich zu einer Verkrustung des gesamten Arbeitsmarktes führt.[968] Eine Beschäftigung in geringem Umfang muss also nicht nur unattraktiver werden, Beschäftigungen in möglichst regulärem Umfang gleichsam auch attraktiver. Insbesondere bei denjenigen Personen, die zwar unterhalb einer regulären, aber oberhalb eines Mini- oder Midijobs liegen, besteht Handlungsbedarf. Es müssen

---

963 U.a. monierte dieses Defizit auch die FDP im Thesenpapier „Aufstiegschancen schaffen – auf dem Weg zum fairen Sozialstaat" zum Symposium vom 10. März 2010 von Heinrich L. Kolb, Pascal Kober, Johannes Vogel und Christian Lindner.

964 OECD, Absicherung von Arbeitslosen und Langzeitarbeitslosen in Deutschland kaum über internationalem Durchschnitt, Berlin/Paris – 18. Februar 2010, abrufbar unter: http://www.oecd.org/berlin/presse/absicherungvonarbeitslosenundlangzeitarbeitslosenindeutschlandkaumuberinternationalemdurchschnitt.htm (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

965 iwd 8/2010, 6 f.

966 OECD, Absicherung von Arbeitslosen und Langzeitarbeitslosen in Deutschland kaum über internationalem Durchschnitt, Berlin/Paris – 18. Februar 2010, abrufbar unter: http://www.oecd.org/berlin/presse/absicherungvonarbeitslosenundlangzeitarbeitslosenindeutschlandkaumuberinternationalemdurchschnitt.htm (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

967 iwd 2010, 6, 7.

968 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 31 f.; *Waltermann*, NJW 2013, 118, 122 f.

für diese Personen zunächst vor allem Anreize zur selbstbestimmten Erhöhung des Arbeitsvolumens gesetzt werden.

Eine diesbezügliche Starthilfe könnte ein „anrechnungsfreier Überstundensockel" darstellen. Freiwillige Mehrarbeit von Leistungsbeziehern ab einem Monatseinkommen von mehr als 850 € (bisherige Grenze der „Gleitzone"[969]) könnte im Umfang der Überstundenvergütung und -zuschläge anrechnungsfrei auf die Aufstockungsleistung gestellt werden. Das würde erlauben, Einkommen autonom weiter aufzubessern und vor allem weitere Anreize zur Aufnahme von Tätigkeiten mit höherem Arbeitsvolumen setzen. Diese Regelung müsste dann allerdings zeitlich (maximal für drei Monate) begrenzt werden, um keine Mitnahmeeffekte durch Anreize, dauerhaft im Leistungsbezug zu bleiben oder von regulärer Arbeit in den Leistungsbezug zu wechseln, herbeizuführen.

Ein solches Modell ist selbstverständlich nicht möglich, ohne im selben Zug konsequenterweise weiteren Anreiz zur Aufstockung der Vergütung, klassisch im Zuge einer Verlängerung der Arbeitszeit zu schaffen (dazu u. 2.4.5.6).

2.4.5.4.2 Erwerbszuschuss für einkommensschwache Haushalte

Kürzlich wurde aus dem IAB der Vorschlag entwickelt, Grundsicherung, Wohngeld und Kinderzuschlag für einkommensschwache Haushalte unbürokratisch in einem sog. Erwerbszuschuss in Anlehnung an das Grundsicherungssystem zusammenzufassen.[970] Die Transferentzugsrate soll aber bei geringeren Einkommen höher sein und mit steigenden Einkommen ab 450 € auf 60 % sinken bzw. ganz entfallen. Ab einer gewissen höheren Schwelle (z.B. 1200 € für Alleinstehende) würde der Haushalt vom Grundsicherungsbezug in den Erwerbszuschuss wechseln, bei dem keine Verpflichtungen gegenüber dem Grundsicherungsträger bestehen. Der Vorschlag steht allerdings unter dem Label „Arbeit muss sich lohnen – auch im unteren Einkommensbereich!" Er nimmt sich, insofern verdienstvoll, der Zielsetzung der Aktivierung und der Armutsbekämpfung an, enthält aber kein erkennbares Anreizelement, die Transferabhängigkeit zu beenden. Auch insoweit sei auf einen hier vertretenen umfassenderen Ansatz durch den Aufstockungsbonus (dazu u. 2.4.5.6) verwiesen.

---

969 Zur Gleitzone und zu deren Ablösung durch den Übergangsbereich bis 1.300 € s.o. 2.2.

970 *Bruckmeier/Mühlhan/Wiemers/Walwei*, Arbeit muss sich lohnen, https://www.iab-forum.de/arbeit-muss-sich-lohnen-auch-im-unteren-einkommensbereich-ein-reformvorschlag/ (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

2.4.5.4.3 Unzulängliche Kinderbetreuungsmöglichkeiten

Unzulänglichkeiten im Bestand von Kinderbetreuungsmöglichkeiten sind ein hinlänglich bekanntes bundesweites Defizit, das sich für alle Arten der Existenzausgestaltung – egal, ob reguläre Beschäftigung oder aufgestocktes Einkommen – zum Problem entwickeln kann. Vor allem allerdings in Haushalten, in denen sich alleinerziehende Personen, die ihr Gehalt aufstocken müssen, sowie in Haushalten, in denen sich beide Partner in einer Aufstockungssituation befinden, stehen unzureichende Möglichkeiten der Kinderbetreuung einer umfassenden Erwerbstätigkeit und einem Übergang in den regulären Arbeitsmarkt oftmals im Weg. Eine Studie aus dem Jahre 2009[971] betrachtet Aufstocker-Bedarfsgemeinschaften vom Typ „Paare mit Kindern". Explizit wurden hier die nicht erwerbstätigen Partner betrachtet, diese machten zum Untersuchungszeitraum eine Anzahl von 194.000 Personen aus. Lediglich 40,8 % hiervon suchten aktiv nach Arbeit. Insgesamt 61,4 % aller nicht Erwerbstätigen waren weiblich, davon waren 79,2 % nicht arbeitsuchend. Als Grund für diesen extrem hohen Wert an weiblichen Nicht-Suchenden gaben über 71 % die Kinderbetreuung als dominierenden Grund an. Diese Ergebnisse veranschaulichen, dass eine Ressourcenhebung an Kinderbetreuungsmöglichkeiten hier von großer Wichtigkeit zur Überwindung der bestehenden Erwerbshindernisse dieser Personengruppe zu sein scheint.[972]

2.4.5.5 Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns

Die Berechnung der Bundesregierung, wonach ein Mindestlohn von 12,63 € für eine Rente oberhalb der Grundsicherung notwendig ist (s.o. 2.4.4.4), basiert auf der Idealvorstellung des sog. Eckrentners. Dieser ist 45 Jahre lang kontinuierlich und bei voller Wochenstundenzeit versicherungspflichtig beschäftigt (vgl. u. 3.2). Ein solcher Erwerbsverlauf divergiert allerdings von den heutzutage realen Erwerbsverläufen erheblich, denn durch die erhebliche Ausweitung atypischer Beschäftigung werden diskontinuierliche Erwerbsbiografien (s.u. 3) geschaffen, in denen die zugrunde gelegten Ausgangswerte faktisch gar nicht erreicht werden können.[973]

---

971 *Dietz/Müller/Trappmann*, IAB-Kurzbericht 2/2009.

972 *Bruckmeier/Eggs/u.a./Walwei,* IAB-Kurzbericht 14/2013, 3, 8; *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 21; *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S.10.

973 Hierzu: http://www.sueddeutsche.de/geld/eckrentner-noch-zeitgemaess-oder-praxisfernes-konstrukt-1.180543 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

Mit einem Mindestlohn in aktueller Höhe jedenfalls kann keine existenzsichernde Altersvorsorge erzielt werden, etwaige Ausstiegsszenarien aus dem Niedriglohnbereich sind darüber hinaus aktuell kaum zu erkennen.[974]

Ein allgemeiner Mindestlohn, der den Anforderungen des Sozialstaatsprinzips gerecht werden will, hat durch seine Höhe dafür Sorge zu tragen, dass als Minimum eine Hilfebedürftigkeit trotz Vollerwerbstätigkeit von vornherein ausscheidet. Das wirft dann die Frage auf, ob der gesetzliche Mindestlohn auf eine entsprechende Höhe angehoben werden sollte, die es erlaubt, zumindest nach dem Modell des Eckrentners eine existenzsichernde Altersversorgung zu erwirtschaften. Die Bundestagsfraktion Die Linke hatte in diesem Sinne im März 2017 eine Erhöhung des Mindestlohns auf 12 € je Zeitstunde gefordert.[975]

Mit Blick auf diese Frage wäre zunächst einmal zu klären, ob der Gesetzgeber im Sinne einer Schutzpflicht aus dem Grundgesetz zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums auch in der Weise verpflichtet ist, dass er Arbeitgebern die Pflicht im Arbeitsverhältnis auferlegt, Löhne in einer Höhe zu zahlen, die dieses Existenzminimum gewährleisten.[976] Das BVerfG hat sich mit dieser Frage bislang noch nicht befasst. Auf Grundlage der Rechtsprechung des BAG ist sie zu verneinen. Denn die Bemessung des Arbeitsentgelts ist nach dem Wert der Arbeitsleistung und nicht nach der sozialen Lage des Arbeitnehmers zu bemessen.[977] Das BAG hat das unter anderem damit begründet, dass eine geringere Vergütung in einer Nebentätigkeit nicht damit begründet werden kann, dass die Hauptbeschäftigung eine ausreichende Existenzsicherung gewährleistet. Der Arbeitgeber schuldet danach („nur“) eine dem Wert der Arbeitsleistung angemessene Gegenleistung. Dies fußt auf dem bürgerlichrechtlichen Vertragsprinzip und entspricht letztlich auch der Konzeption eigenverantwortlicher Existenzsicherung durch Verwertung der Arbeitskraft am Markt.

Eine davon zu trennende Frage ist die, ob der Staat berechtigt ist, einen gesetzlichen Mindestlohn in bestimmter Höhe festzulegen. Das ist grundsätzlich zu bejahen.[978] Der Gesetzgeber gewährleistet durch einen Mindestlohn den notwendigen Arbeitnehmerschutz, soweit dieser nicht durch Selbsthilfe im Rah-

---

974 Antrag der Fraktion DIE LINKE, 21.3.2017, Drs. 18/11599.
975 Antrag der Fraktion DIE LINKE, 21.3.2017, Drs. 18/11599.
976 So *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping, S. 37 ff., 72 ff.
977 BAG 1.11.1995 – 5 AZR 85/85, NZA 1996, 813, 816; BAG 1.11.1995 – 5 AZR 880/94, NZA 1996, 816, 818.
978 Vgl. statt vieler m.w.N. Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Lakies*, § 49 Rn. 31 ff.

men der Tarifautonomie gewährleistet werden kann. Er gleicht damit eine gestörte Vertragsparität auf dem Gebiet der Entlohnung aus.[979] In dem Zusammenhang hat er einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum hinsichtlich der dafür angemessenen Höhe.[980] Grundsätzlich muss er dabei auch berücksichtigen, dass ein zu hoch bemessener Mindestlohn die Gefahr heraufbeschwören könnte, Arbeitsplätze zu vernichten. Dem hat der Gesetzgeber des MiLoG einerseits durch die Festlegung der Höhe des Mindestlohns (§ 1 Abs. 1 MiLoG), andererseits aber auch durch den Mechanismus seiner Anpassung (§§ 4 ff. MiLoG) Rechnung getragen. Ob das eine rechtspolitisch optimale Einschätzung war, entzieht sich einer Bewertung durch *die Verfasser*. Es handelt sich jedenfalls nicht im Sinne der vorliegenden Fragestellung um eine kontraproduktive Rechtsetzung im Zielkonflikt mit sozialrechtlichen Regelungen. Vielmehr knüpft das Sozialleistungssystem gerade umgekehrt an die verschiedenen Konstellationen an, in denen die Existenzsicherung durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte nicht (vollständig) gelingt. Die Aufstockungsregelungen des SGB II sind Ausdruck dessen (vgl. o. 3). Eine Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns ist von daher keine rechtspolitisch gebotene Maßnahme. Sehr wohl aber lässt sich über verschiedenste Konzeptionen zur Stärkung der Tarifautonomie diskutieren, um die notwendige Verhandlungsparität der Akteure bei der Lohngestaltung zu gewährleisten, was Grundbedingung für existenzsichernde Einkommen, die auch eine hinreichende Altersvorsorge gestatten, ist (dazu u. 4.3).

2.4.5.6 Einführung eines Aufstockungsbonus

Die unter 2.4.5 angesprochenen Instrumente, namentlich auch der anrechnungsfreie Überstundensockel, basieren letztlich auf der Vorstellung, dass der Arbeitnehmer ohne Weiteres die individuelle Arbeitszeit erhöhen kann. Das wird allerdings oftmals daran scheitern, dass der Arbeitgeber nicht bereit ist, einen Arbeitsplatz mit größerem Arbeitszeitdeputat anzubieten. Es ist daher darüber nachzudenken, Arbeitnehmern *und* Arbeitgebern einen Anreiz zu bieten, damit sie eine entsprechende Erhöhung der Vergütung, und sei es auch über eine entsprechende Verlängerung der Arbeitszeit, vereinbaren. Das könnte den Anreiz zur Aufrechterhaltung des Kombilohnmodells aufbrechen. Dies würde

---

979 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Lakies*, § 49 Rn. 31; *Preis/Ulber*, in: Fischer-Lescano/Preis/Ulber, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, S. 167 ff.

980 Vgl. *Preis/Ulber*, in: Fischer-Lescano/Preis/Ulber, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, S.169 („lässt nur Raum, um evidente Missgriffe zu beanstanden.“).

auch das Dilemma überwinden, dass der Arbeitgeber letztlich nicht über eine beliebige Erhöhung des Mindestlohns zu vollumfänglich existenzsichernden Löhnen verpflichtet werden kann.

Zu denken ist insoweit an einen Aufstockungsbonus: eine Leistung in Höhe je eines Bruttomonatsgehalts für Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter den folgenden Voraussetzungen:

- Es wird eine Vereinbarung zur Aufstockung der Vergütung (regelmäßig, aber nicht zwingend mit einer Erhöhung der Arbeitszeit verbunden) getroffen,
- die nicht befristet ist,
- während der Arbeitnehmer im Grundsicherungsbezug steht, und
- die Grundsicherungsleistungen – unter Ausblendung eventueller Hilfebedürftigkeit mit Rücksicht auf Angehörige einer Bedarfsgemeinschaft – entfallen lässt.

Um die Leistung nachhaltig zu stellen, darf sie nur dauerhaft behalten werden, wenn das Arbeitsverhältnis die nächsten zwei Jahre Bestand hat. Als Vorbild könnte insoweit § 92 Abs. 2 SGB III über die Rückzahlung von Eingliederungszuschüssen Pate stehen, allerdings mit Modifikationen: Es ist daher eine Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers vorzusehen, wenn er das Arbeitsverhältnis oder die Vergütungsvereinbarung ohne wichtigen Grund innerhalb von zwei Jahren beendet oder eine Beendigung aus wichtigem Grund durch den Arbeitnehmer veranlasst. Auf Arbeitnehmerseite ist bei Beendigung ohne wichtigen Grund oder Veranlassung eines wichtigen Grundes des Arbeitgebers zur Beendigung für den Arbeitslosengeldbezug eine achtwöchige Sperrzeit, die auf ein „Aufzehren" des Aufstockungsbonus hinausläuft, vorzusehen. Für den Fall des Grundsicherungsbezugs ist ein Rückzahlungsanspruch vorzusehen, der durch eine moderat sukzessive Verrechnung erfolgt. In allen anderen Fällen wäre ebenfalls ein Rückzahlungsanspruch vorzusehen.

Der Aufstockungsbonus sollte aus Steuermitteln finanziert werden. Denn er lässt sich leicht refinanzieren durch sinkende Grundsicherungsleistungen.

2.4.5.7 Weiterbildung und Qualifizierung

Einen der wichtigsten Aspekte zur Reintegration in den regulären Arbeitsmarkt bilden berufsbegleitende Weiterbildungsmaßnahmen zum In-Gang-Setzen von Aufwärtsmobilität, denn Aufstocker sind im Durchschnitt deutlich schlechter

qualifiziert als Personen, die keine Grundsicherungsleistungen beziehen.[981] Aus einer Studie des IAB aus dem Jahr 2005 geht hervor, dass lediglich die Hälfte aller vollzeitbeschäftigten Aufstocker eine Berufsausbildung hat. Unter allen sozialversicherungspflichtigen Personen sind es hingegen drei Viertel.[982] Ihre Beschäftigung konzentriert sich daher häufig auf einfache und dementsprechend unterdurchschnittlich bezahlte Tätigkeiten. Dies sind vor allem Tätigkeiten in der Zeitarbeitsbranche sowie im Gastgewerbe, aber auch im Rahmen von Reinigungsdiensten, Tätigkeiten in der Land- und Forstwirtschaft sowie in Verkehrsunternehmen. Fast ein Drittel aller Aufstocker war im Untersuchungszeitraum in einem dieser Wirtschaftszweige tätig.[983] Die Ausweitung von Beschäftigungsmöglichkeiten durch berufsbegleitende Weiterbildungsmaßnahmen stellt hier eine dringend empfehlenswerte Option zur Hebung individueller Arbeitsressourcen dar.[984] Insoweit hat das Qualifizierungschancengesetz mit der Förderung beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 82 SGB III eine klaffende Lücke geschlossen (vgl. 4.2.2.1). Diese sollte durch einen arbeitsrechtlichen Anspruch auf Weiterbildungsfreistellung ergänzt werden (vgl. 4.2.5.2).

2.4.5.8 Erhöhung des Wohn- und Kinderzuschlages

Niedrige Stundenlöhne sind zwar eine wesentliche Erklärungskomponente für Armutsszenarien Erwerbstätiger, allerdings kommen oftmals auch weitere Faktoren hinzu, die eine Armutssituation hervorrufen oder begünstigen können. Hier spielt neben der konkreten Haushaltskonstellation – insbesondere der Anzahl der im Haushalt lebenden Personen – auch die Wohnsituation eine wichtige Rolle.[985] Bei hohem Mietniveau kann selbst bei Vollzeitbeschäftigung Bedürftigkeit oftmals nicht durch Eigenleistung überwunden werden.[986]

---

981 *Bruckmeier/Eggs/u.a./Walwei,* IAB-Kurzbericht 14/2013, 3, 8; *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 21; *Gundert*, IAB-Forschungsbericht 10/2017, 4, 46 ff.

982 *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 25.

983 *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 6; *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 23.

984 So auch *Bruckmeier/Hohmeyer*, IAB-Kurzbericht 2/2018, 7.

985 *Waltermann*, NZA Beilage 2009, 110, 115, 117; *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 10.

986 *Waltermann*, NZA Beilage 2009, 110, 115; *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 10; *Bruckmeier/Graf/Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 21.

Einen Anspruch auf Wohngeld oder Kinderzuschlag haben beispielsweise jene Personen, die durch eben diese Zahlungen eine SGB II-Bedürftigkeit umgehen können. Sie sind dann nicht nach dem SGB II leistungsberechtigt, da sie durch die Sozialleistungen über der Grundsicherungsgrenze liegen, verdienen alleingenommen aber nicht genügend, um selbstständig für ihre unterhalts- oder kindbezogenen Zahlungen aufkommen zu können.

Eine präzisere Anpassung der Wohngeldleistungen je nach regionalen Erfordernissen sowie eine Anpassung des Kindergeldzuschlages[987] – vor allem in Haushalten, in denen der Unterhalt aus dem Erwerbseinkommen für mehr als eine Person bewältigt werden muss bzw. bei kinderreichen Haushalten – ist zwar wichtig, um nicht in die SGB II-Bedürftigkeit zu rutschen und kann in diesem Sinne sicherlich auch vor einem Arbeitslosengeld II-Bezug schützen. Allerdings ändert sich damit lediglich die Bezugsquelle der steuerlichen Transferleistungen. Es ändert nicht die Tatsache, dass die betroffenen Personen nicht autonom für ihren Lebensunterhalt sorgen können. Ein alleiniges Verschieben innerhalb der verschiedenen steuerfinanzierten Transferleistungsarten kann hier folglich nicht zu einer Problemlösung für diejenigen Personen führen, die trotz Erwerbstätigkeit armutsbedroht sind.[988] Vielmehr ist durch ein vorgegebenes gesetzliches Mindestmaß von vornherein für ein auskömmliches Einkommen zu sorgen, damit eine Abhängigkeit von sozialrechtlichen Transferleistungen – egal welcher Art – erst gar nicht entsteht.

2.4.5.9 Subventionierung der Arbeitnehmerbeiträge durch umgekehrte Gleitzone

Während von einer arbeitgeberseitigen Entlastung der Sozialversicherungsbeiträge dringend abzuraten ist, da sie die Attraktivität einer Umwandlung von regulären Arbeitsverhältnissen im Niedriglohnsektor durch eine Fragmentierung in Kleinstarbeitsverhältnisse vervielfachen würde und so zeitgleich eine Abschaffung der Steuerprogression stattfände[989], schlagen *Bofinger*/*Dietz*/

---

987 So gefordert vom *DGB*, arbeitsmarktaktuell Januar 2012, S. 17 oder auch *Bruckmeier*/*Graf*/*Rudolph*, IAB-Forum 1/2007, 20, 21.

988 *Waltermann*, NZA Beilage 3/2009, 110, 115, *Waltermann*, NJW 2010, 801, 803.

989 So auch *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67f., abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

Genders/Walwei[990] demgegenüber eine gezielte Absenkung des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung für Geringverdiener bei gleichzeitiger Beseitigung der derzeitigen Abgabenprivilegierung von Mini- und Midijobs vor. Diese wollen sie als negative Einkommensteuer ausgestalten, die im Rahmen der jährlichen Steuererklärung beantragt werden kann. Diese könnte monatlich ausgezahlt werden, wenn der Sozialversicherungszuschuss als Freibetrag im Lohnsteuersystem vermerkt würde. Der Sozialversicherungszuschuss würde dann in Höhe des jeweiligen Arbeitnehmeranteils subventioniert werden. Um die Förderung kleiner Arbeitsverhältnisse zu verhindern, schlagen sie vor, die Bezuschussung an die Arbeitszeit zu koppeln. Dabei würde der volle Zuschuss bei einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden gewährleistet werden, zwischen 15 und 30 Wochenstunden würde er halbiert, unter 15 Wochenstunden entfiele er komplett. Diese Unterstützung wollen sie ab einem Erwerbseinkommen von 750 € bei Alleinstehenden zur Anwendung kommen lassen. Darüber hinaus wollen sie eine (umgekehrte) Gleitzone einführen, innerhalb derer die negative Einkommenssteuer wieder auf null (bei einer erreichten Höhe von 1300 € für Alleinstehende) zurückgeführt wird.

Dieser Vorschlag berücksichtigt durch die an der Einkommenshöhe orientierten Subventionsgewährung nicht nur den Aspekt, dass von einer Begünstigung geringfügiger Beschäftigung abgesehen werden muss, sondern begünstigt auch eine Förderung von Beschäftigung im oberen Niedriglohnsegment. Es werden so Anreize für den Arbeitnehmer gesetzt, höher entlohnte Beschäftigungen anzunehmen und sich somit einer regulären Beschäftigung anzunähern.

Allerdings ist auf der anderen Seite die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, dass auch hier die Abgabenersparnis eingepreist wird und letztlich die gering entlohnte Beschäftigung eine Sackgasse bleibt. Insoweit wäre für den Zuschuss letztlich dasselbe zu befürchten, was jetzt für Aufstockungsleistungen gilt. Insofern macht ein Vorschlag von *Griese*, *Preis* und *Kuchen* – jedenfalls in einer Modifizierung – mehr Sinn, der im Abschnitt zur geringfügigen Beschäftigung bereits dargestellt wurde (s.o. 2.2.9.7). Danach ist eine umgekehrte Gleitzone einzuführen, die erhebliche Anreize für den Arbeitgeber schaffen kann, höher vergütete Beschäftigungsverhältnisse anzubieten. Dieser Vorschlag war im Kontext der geringfügigen Beschäftigungen abgelehnt worden, weil er keine Alternative zur vollen Sozialversicherungspflicht für geringfügig Beschäftigte

---

990 *Bofinger/Dietz/Genders/Walwei,* Gutachten für das Sächsische Ministerium für Wirtschaft und Arbeit (SMWA), August 2006; *Dietz/Walwei*; ifo Schnelldienst 2007, 28, 30 f.

darstellt. Unter dem Gesichtspunkt nicht existenzsichernder Löhne, die zur Inanspruchnahme von Aufstockungsleistungen zwingen, macht er aber viel mehr Sinn: Der Arbeitgeber trägt bis zur Grenze von X € die volle Last der Sozialversicherungsbeiträge unter Einschluss der Beitragslast des Arbeitnehmers und kann sich in der Gleitzone mit steigendem Einkommen des Arbeitnehmers ansteigend von der Beitragslast des Arbeitnehmers befreien, bis er am Ende der Gleitzone bei der hälftigen Beitragslast angekommen ist und der Arbeitnehmer die andere Hälfte zu tragen hat. Die Frage ist nur, bis zu welcher Höhe die Gleitzone gehen soll. Auch dies ist eine Frage, die der Gesetzgeber bei seinem weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu entscheiden hat. Viel spricht dafür, die Grenze da einzusetzen, wo der Gesetzgeber auch sonst das gebotene Mindestmaß gesehen hat: beim Mindestlohn. Im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung mit 40 Wochenstunden wären das gut 1500 € (52 Wochen im Jahr mit 40 Stunden zu 8,84 € unter Abzug von 3 Wochen Urlaub: 1501,03 €). Es bietet sich insoweit an, die Gleitzone bei der Hälfte, also 750 € beginnen und bei 1500 € enden zu lassen.

Das Steuereinkommen würde durch die Subvention der arbeitnehmerseitigen Sozialversicherungsbeiträge zunächst zwar nicht komplett entlastet, allerdings kann durch die Förderung von Aufwärtsmobilität wohl eine allmähliche Annäherung an reguläre Beschäftigung erwartet werden, was langfristig betrachtet nicht nur die arbeitnehmerseitige Absicherung sozialer Risiken begünstigt, sondern auch aus dem Transferbezug verhelfen kann.

2.4.5.10 Bedingungsloses Grundeinkommen

Ein weiterer Ansatzpunkt, der Situation „Armut trotz Arbeit" zu begegnen, basiert auf der Idee eines bedingungslosen Grundeinkommens, das aktuell in den Fokus politischer und medialer Aufmerksamkeit gerückt ist und schließlich auch Eingang in die Koalitionsvereinbarung für das Land Schleswig-Holstein gefunden hat, wo – sollten sich CDU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP auf ein Konzept einigen können – ein Modellversuch geplant ist.[991]

---

991 Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtages 2017-2022, S. 31, abrufbar unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/_documents/koalitionsvertrag2017_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt geprüft am 16.02.2019); *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

Das Grundmodell fußt auf dem Gedanken, Armut so zu vermeiden, dass jedes Gesellschaftsmitglied ohne Bedürftigkeitsprüfung ein gleich hohes, staatlich finanziertes Grundeinkommen zur Erreichung eines existenziellen Mindestniveaus erhält[992], ohne dafür eine Gegenleistung erbringen zu müssen bzw. ohne überhaupt das Merkmal der Bereitschaft zur Gegenleistungserbringung aufweisen zu müssen.

Aus dieser Grundidee haben sich verschiedene speziellere Ausgestaltungsmöglichkeiten entwickelt. Den verschiedenen Modellen gemein ist eine Finanzierung über Besteuerungen – sei es eine Besteuerung des Einkommens (in Form einer negativen Einkommenssteuer)[993], eine Besteuerung des Konsums (in Form einer Umsatzsteuer, die an Stelle aller anderen Steuern und Sozialabgaben tritt)[994], eine Besteuerung der natürlichen Ressourcen (in Form einer Abschöpfung ökonomischer Renten, z.B. von Ackerböden, Baugelände oder Bergbau)[995] oder die Besteuerung des Geldverkehrs (in Form einer Finanztransaktionssteuer, beispielsweise auf den Handel mit Aktien)[996].[997]

Die Modelle des bedingungslosen Grundeinkommens harmonisieren meist sehr gut mit dem neoliberalen Zeitgeist, da sie dem einzelnen Bürger eine gewisse Freiheit seiner (wirtschaftlichen) Lebensgestaltung zusprechen.[998] Es werden dabei tradierte Mechanismen der kollektiven Absicherung von Lebensrisiken im Grundsatz aufgebrochen und aufwendige bürokratische Vorgänge dadurch

---

992 Beispielsweise in Höhe von 1000 €, *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 455.

993 *Althaus* in: Das Solidarische Bürgergeld – Analysen einer Reformidee 2007, S. 3 ff.; *Opielka/Strengmann-Kuhn* in: Das Solidarische Bürgergeld – Analysen einer Reformidee 2007, S. 44 ff.; *Spannagel*, WSI Report 2015, S. 5.

994 *Werner/Eichhorn/Friedrich,* Das Grundeinkommen, S.7 ff.

995 Zur Besteuerung natürlicher Ressourcen: L*öhr*, Prinzip Rentenökonomie.

996 Zur Finanztransaktionssteuer: *Bolliger*, Reinvent The System, Mikrosteuer auf dem Zahlungsverkehr; Der Schweizer Soziologe, Volks- und Betriebswirtschaftler Oswald Sigg schlägt bspw. eine Belastung von 0, 05 % auf Zahlungsverkehr, der 300-mal so groß ist wie das Bruttoinlandprodukt, vor, abrufbar unter: https://www.schweizamwochenende.ch/politik/die-loesung-heisst-mikrosteuer-131065363, (zuletzt geprüft am 16.02.2019).

997 *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 456, 458; *Fischer*, bpb am 22.3.2016, abrufbar unter: https://www.bpb.de/dialog/netzdebatte/223286/das-bedingungslose-grundeinkommen-drei-modelle (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

998 Vgl. *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 453; *Butterwegge/Lösch/Ptak*, Kritik des Neoliberalismus; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67f., abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

stark versimpelt, ohne sich gleichzeitig jedoch mit dem Vorwurf sozialer Ignoranz konfrontiert zu sehen.[999] Eine Anrechnung des Partnereinkommens auf Transferleistungen entfiele, was einer eigenständigen sozialen Sicherung von Frauen zugute kommen würde.[1000]

Das Spektrum der Befürworter des Grundeinkommens ist polychrom. Es erstreckt sich über ganz verschiedene politische bzw. theoretische Lager und findet dabei sowohl Anklang in linken als auch in neoliberalen und emanzipatorischen Lagern.

So positiv die Vorzüge klingen mögen, gibt es doch naheliegende Einwände, die hier nur kurz skizziert werden können, ohne dass das Konzept an dieser Stelle umfassend gewürdigt werden könnte.

Beispielhaft sei hier das von dem Ökonomen *Thomas Straubhaar*[1001] ursprünglich entworfene Modell[1002] des solidarischen Bürgergeldes herangezogen. Dieses Konzept sieht eine weitreichende Deregulierung vor, im Rahmen derer das Grundeinkommen alle steuer- und abgabenfinanzierten Sozialleistungen ersetzt. Danach entfallen sowohl die gesetzliche Renten- und Arbeitslosenversicherung als auch das Arbeitslosengeld, die Sozialhilfe sowie das Wohn- und Kindergeld. Das Konzept wurde später vom Hamburgischen Weltwirtschaftsinstitut (HWWI)[1003] weiterentwickelt, welches darüber hinausgehend eine komplette Abkehr von der Sozialversicherungspflicht in sämtlichen Zweigen sowie die Streichung von Mindestlöhnen und Sozialklauseln vorschlägt. Weiter soll der bestehende Kündigungsschutz abgeschafft werden, an Stelle dessen aller-

---

999 Ähnlich auch *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/2017, 67, 68, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1000 *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67 (68), abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1001 Ein bekannter Ökonom in der Tradition von Milton Friedman, s. *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67, 69, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1002 *Straubhaar*, Radikal gerecht, S. 100.

1003 Thomas Straubhaar war hier bis zum Jahr 2014 Leiter.

dings ein betriebliches Abfindungssystem treten. Auch Flächentarifverträge entfallen nach diesem Modell vollständig.[1004]

Die weitreichenden Deregulierungen führen im Ergebnis zu dem Verfall der gewerkschaftlich allmählich erkämpften Arbeitnehmerrechte und würden neben der weitgehenden Entrechtung abhängig beschäftigter Arbeitnehmer außerdem einer gewerkschaftlichen Interessenvertretung die Grundlage entziehen, da Gewerkschaften ihre Verhandlungsparität entzogen würde. Sie wären als Gegenmacht so sehr entkräftet, dass eine sinnvolle gewerkschaftliche Vertretung nicht mehr praktikabel wäre.[1005]

Mit Abschaffung der Sozialversicherungen würde mit dem Wohlfahrtsstaat, der auf dem Sozialversicherungswesen gründet und als solcher eine Errungenschaft von mehr als einem Jahrhundert ist, komplett gebrochen, es würde stattdessen ein System geschaffen, das soziale Sicherung von der Lohnarbeit löst, wodurch ein Staat der Gnadengaben entstünde. Ein System, das sich selbst die Grundlage von sowohl Fördern als auch Fordern entzieht, dürfte zudem auf ein Ende der Arbeitsgesellschaft hinauslaufen.

Die Spannbreite zwischen Arm und Reich würde dadurch vermutlich vergrößert, da ein solches, flächendeckendes Kombilohnmodell jeglichen Anreiz zur autonomen Gestaltung der eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse für Personen mit vergleichsweise niedrigen Erwerbschancen nimmt.[1006] Lässt man einen solchen mittelbaren Ausschluss von der Erwerbsarbeit zu, bedeutet dies auch den Verlust sozialer Identität vieler Gesellschaftsmitglieder, was letztlich einen Ausschluss aus der sozialen Gesellschaft an sich mit sich bringen könnte. Diese würde in der Folge Gefahr laufen, auseinanderzudriften und in die Kategorien „Personen mit Erwerbsarbeit“ und „Personen ohne Erwerbsarbeit“ zergliedert

---

1004 *Hohenleitner/Straubhaar*, Bedingungsloses Grundeinkommen und solidarisches Bürgergeld 2008, S. 20 f.; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67, 72, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1005 So auch *Bothfeld*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2018, 33, 35; *Butterwegge*, SozSich 2017, 446, 448; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/2017, 67, 70, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1006 So auch *Bofinger*, Ist der Markt noch zu retten?, S. 215; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/2017, 67, 68 ff., abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

zu werden. Gesellschaftliche Stigmatisierung Letzterer könnte schließlich eine Zwei-Klassen-Gesellschaft manifestieren.

Gewinner des Modells wären Arbeitgeber, für die die Ware „Arbeit" nun staatssubventioniert und damit deutlich kostengünstiger würde.[1007] Wenn die komplette Erwerbsarbeit auf einem Kombilohnmodell beruht, werden langfristig alle Barrieren für einen weiter ausufernden Niedriglohnsektor abgeschafft. Die bewusste Ausdehnung und Verfestigung schlecht entlohnter Arbeit führt allerdings nicht zu wirklich auskömmlichen Renten, sondern produziert im Gegenteil vermehrt Renten, die am Existenzminimum anzusiedeln sind.[1008] Wirklich auskömmliche und solide Altersabsicherungen können daher lediglich durch einen wirklich existenzsichernden Lohn, vor allem mit einer soliden tariflichen Lohnpolitik durch starke Gewerkschaften, erreicht werden.[1009] Eine effektive Stärkung der Tarifautonomie mit auskömmlichen Löhnen, beginnend beim Mindestlohn, wäre an dieser Stelle das folgerichtige Mittel.

Ein bedingungsloses Grundeinkommen setzt demgegenüber in der Wirkungskette zu spät an: Es bekämpft die aufgetretenen Symptome, wenn sie sich bereits deutlich abzeichnen – nachhaltig und effektiv wäre es, den Ursachen zu begegnen, bevor sich Symptome überhaupt manifestieren.

2.4.6 Fazit

In Deutschland sind längst nicht alle Grundsicherungsempfänger arbeitslos. Gesellschaftspolitisch betrachtet ist das Signal, das von Armut trotz (Voll-) Erwerbstätigkeit für die Arbeitsmotivation von Folgegenerationen ausgeht, verhängnisvoll.[1010] Das Modell staatlicher Aufstockung mit Transferleistungen

---

1007 *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/ 2017, 67, 72, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1008 So auch *Butterwegge*, SozSich 2017, 446, 450; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/2017, 67, 72, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019); *Bothfeld*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2018, 33, 36.

1009 So auch *Butterwegge*, SozSich 2017, 446, 450; *Butterwegge* in: Vorgänge Nr. 219/2017, 67, 72, abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/typo3/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=uploads/media/v219_10_Butterwegge3.pdf&t=1527773307&hash=f7317ef94ec6e610e374304e6cfe9dc4 (zuletzt geprüft am 16.2.2019); *Bothfeld*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2018, 33, 36.

1010 *DGB*, arm trotz Arbeit, S. 2.

wurde so allmählich zu einem „Hinzuverdienstmodell“, wobei die Grundsicherungsleistung aus Arbeitslosengeld II durch eine Hinzuverdienstmöglichkeit im Sinne des § 11 Abs. 2 SGB II aufgebessert und nicht – wie eigentlich vorgesehen – das (geringe) Arbeitsentgelt durch die Grundsicherungsleistung aufgestockt wird. Der Niedriglohnsektor wird dadurch weiter ausgedehnt und zur Voraussetzung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen auf dem Markt. Eine weitere Ausdehnung dieses Modelles durch die Erhöhung der erwerbsunabhängigen bzw. der erwerbsabhängigen Freibetragsgrenzen durch eine Senkung des Transferentzuges ist daher bei einer Sozialpolitik, die bemüht ist, die Aufstockerzahlen zu senken, nicht empfehlenswert. Auch wenn die bestehende Höhe der Basisleistung Anreize setzen kann, im Leistungsbezug zu verbleiben, ist zu berücksichtigen, dass das SGB II immerhin als unterstes Sozialsicherungssystem für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins Sorge zu tragen hat. Ein Absenken der Basisleistungen ist folglich keine infrage kommende Alternative.

Bisher ist es nicht gelungen, Armut und Arbeitslosigkeit nachhaltig zu bekämpfen. Auch dem Rentensystem gelingt es nicht – unter anderem wegen der Ausbreitung diskontinuierlicher Erwerbsbiografien –, Altersarmut zu verhindern. Im Gegenteil, die Anzahl der Menschen, die im Alter auf Leistungen der Grundsicherung angewiesen sind, nimmt kontinuierlich zu. Der Ansatz eines bedingungslosen Grundeinkommens vermag jedoch nicht nachhaltig weiterzuhelfen, da er ausschließlich die Symptome, nicht jedoch die Ursachen mangelnder Absicherung sozialer Risiken kuriert.

Die Ausgestaltung des Zumutbarkeitsrechts aus § 10 SGB II, § 140 SGB III begünstigt, dass Arbeitnehmer zunehmend gering entlohnte und untertarifliche Beschäftigungen eingehen müssen. Eine Schwächung der Verhandlungsmacht des Arbeitnehmers und mithin eine Störung der Privatautonomie sind die Folge. Für eine Wiederherstellung der Verhandlungsparität ist es daher wichtig, eine personenbezogene Unzumutbarkeitsgrenze bezüglich des Entgelts zu regeln und Preisunterbietungen, die langfristig zu Wettbewerbsverzerrungen führen, im Rahmen der Aufstockung einzudämmen.

Es empfiehlt sich, Anreize für eine Aufstockung des Arbeitsvolumens zu schaffen, damit über ein erhöhtes Einkommen die autonome Existenzsicherung gelingt. Einen ersten Einstieg könnte ein anrechnungsfreier Überstundensockel bieten. Die Vergütung für Überstunden sowie Überstundenzuschläge würde damit anrechnungsfrei neben den Grundsicherungsleistungen bezogen werden können. Das Modell muss aber zeitlich eng befristet sein, um Mitnahmeeffekte auszuschließen. Naheliegend ist, den anrechnungsfreien Überstundensockel auf die ersten drei Monate des Grundsicherungsbezugs zu begrenzen.

Oftmals ist der Grundsicherungsbedarf allerdings Ergebnis dessen, dass der Arbeitgeber, aus welchen Gründen auch immer, kein Arbeitsverhältnis anbietet, das eine existenzsichernde Vergütung gewährleistet. Dem könnte möglicherweise ein Stück weit durch Erhöhung des Mindestlohns Rechnung getragen werden. Die Festsetzung seiner Höhe ist aber letztlich Ausdruck der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Sie kann jedenfalls nicht in ihrer derzeitigen Ausgestaltung als sozialrechts-kontraproduktive Rechtsetzung bezeichnet werden.

Um gleichwohl Möglichkeiten existenzsichernder Einkommen zu schaffen, empfiehlt sich ein Aufstockungsbonus für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Höhe von je einem Monatsgehalt bei Beendigung des Grundsicherungsbezugs durch mindestens zwei Jahre beständige Erhöhung der Vergütung.

Einen weiteren Anreiz zur Erhöhung der Vergütung könnte eine umgekehrte Gleitzone in Anlehnung an den Vorschlag von *Griese*/*Preis*/*Kruchen* schaffen. Basierend auf der vollen Sozialversicherungspflicht jenseits einer Bagatellgrenze von 175 € (vgl. o. 2.2.9.5) muss danach der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge vollständig allein tragen. Ab einem Bruttoeinkommen von 750 € beginnt langsam steigend eine Beteiligung des Arbeitnehmers an den Sozialversicherungsbeiträgen, bis bei einem Einkommen von 1500 € die hälftige Beitragslast erreicht ist.

Alles in allem ist es zwar von Erheblichkeit, gewisse finanzielle Anreize zur Erhöhung des Einkommens zu setzen. Dabei darf jedoch nicht aus dem Blickfeld geraten, dass Faktoren wie Ausbildung, Weiterbildung, Qualifikation, Haushaltsituation und nicht zuletzt auch gesundheitliche Begebenheiten zum Entstehen sog. Armutsfallen beitragen bzw. zum Hindernis für den Weg aus dem Leistungsbezug werden können. Es ist Grundvoraussetzung für das Initiieren von Aufwärtsmobilität, an diesen Stellen während des Leistungsbezuges ganz aktiv durch die entsprechenden Leistungsträger anzuknüpfen. Auch Unzulänglichkeiten in der Kinderbetreuung können ein Beschäftigungshemmnis darstellen. Eine Ressourcenhebung an Kinderbetreuungsmöglichkeiten ist hier zur Überwindung der bestehenden Erwerbshindernisse entsprechender Personengruppen wichtig.

2.5 Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung („Ein-Euro-Jobs“)

Olaf Deinert/Elena Maksimek

Viele Jahre waren die sog. Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung (AGH-MAE, im weiteren Verlauf hier kurz AGH) die am häufigsten eingesetzte Fördermaßnahme für Arbeitslosengeld II-Bezieher.[1011] Auch heute sind von insgesamt 811.000 Personen, die sich in einer vom Bund oder der Bundesagentur für Arbeit geförderten arbeitsmarktpolitischen Maßnahme befinden, immer noch rund 73.000 Personen in AGH untergebracht.[1012] Die AGH ist gemäß dem Förderkatalog der Bundesagentur für Arbeit das letzte Mittel der Arbeitsförderung und soll für Hilfebedürftige ausschließlich dann eingesetzt werden, wenn alle anderen möglichen Maßnahmen nicht (mehr) zielführend sind. Damit findet es vor allem im Hinblick auf besonders arbeitsmarktferne Personen Anwendung, also solche Personen, die sich in Situationen langanhaltender Erwerbslosigkeit befinden.[1013]

Die gesetzliche Regelung der AGH in § 16d SGB II kann wohl als eine der meist umstrittenen und problematischsten Vorschriften des Sozialrechts insgesamt gesehen werden – immer wieder werden AGH unter dem Namen „Ein-Euro-Jobs“ daher auch Thema medialer Aufbereitung und öffentlicher Diskussionen.[1014]

1011 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1; v. *Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2; *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 1.

1012 Zahlen der Bundesagentur für Arbeit für Juli 2018, Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt, S. 33, abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Arbeitsmarktbericht0718_ba018364.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019); Zum Vergleich: Zwischen den Jahren 2005 und 2010 waren es noch zwischen 600.000 und 800.000 Personen, *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 6.

1013 O-Ton Arbeitsmarkt vom 6. April 2018, Ein-Euro-Jobs können Chancen am Arbeitsmarkt erhöhen, abrufbar unter: http://www.o-ton-arbeitsmarkt.de/o-ton-news/ein-euro-jobs-koennen-chancen-am-arbeitsmarkt-erhoehen (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1014 *Stahlmann* zur Vorgängerregelung § 16 III SGB II, info also 2005, 243; v. *Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2.

2.5.1 Historische Entwicklung

Die AGH ist letztlich ein Nachfolger der bereits seit den 1920er Jahren bestehenden gemeinnützigen, zusätzlichen Arbeit, die mit der Verkündung der Verordnung über Erwerbslosenfürsorge im Jahr 1918 statuiert wurde.[1015] In erster Linie verpflichtete diese die Gemeinden zur Errichtung einer Erwerbslosenfürsorge, die ohne den Status der „Armenpflege" innezuhaben, zur „gehobenen Fürsorge" der Weimarer Republik gehörte.[1016] Die Erwerbslosenfürsorge war zunächst auf rein kompensatorische Leistungsgewährung bei Arbeitslosigkeit ausgerichtet – Elemente der aktiven Arbeitsmarktpolitik, wie es sie heute gibt, waren nur rudimentär vorhanden. Um real bestehenden oder vermeintlichen Missbrauch von Unterstützungsleistungen zu verhindern, ist die Unterstützung bei bestehender Arbeitslosigkeit mit der Verpflichtung zur Annahme zumutbarer Arbeit verknüpft gewesen.[1017] Dabei kannte die Erwerbslosenfürsorge zu ihrer Zeit keinen Berufsschutz. Auch ein etwaiger Statusschutz existierte nur insoweit, als ein angemessener oder ortsüblicher Lohn nicht unterlaufen werden sollte. Sperrzeitregelungen gab es im Zusammenhang mit den Zumutbarkeitsbestimmungen nicht, vielmehr entfiel der Anspruch auf Unterstützungsleistung bei Ablehnung zumutbarer Arbeit.[1018]

Vor dem Hintergrund der beginnenden Weltwirtschaftskrise war der sog. Verwaltungsausschuss des öffentlichen Arbeitsnachweises ab November des Jahres 1923 dazu angehalten, die Erwerbslosenunterstützung von einer Arbeitsleistung abhängig zu machen, soweit die Gelegenheit dazu bestand.[1019] Unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsbeschaffung bestimmte bald schon die sog. Verordnung über die Fürsorgepflicht (RFV) vom 1.2.1924, dass arbeitsfähige Personen, um eine Fürsorgeunterstützung von Ländern oder Kommunen zu erhalten, gemeinnützige Arbeit ableisten mussten.[1020] Die Heranziehung von Fürsorgeempfängern zur sog. Fürsorgepflichtarbeit begründete dabei kein Arbeitsverhältnis im bürgerlich-rechtlichen Sinn, auch wurden keine Beiträge zur Renten-, Kranken- oder Arbeitslosenversicherung gezahlt. Es entstand vor diesem Hinter-

---

1015 Verordnung über Erwerbslosenfürsorge vom 13.11.1918, RGBl. I 1305.

1016 *Steffen*, öffentlich geförderte Beschäftigung, S. 7.

1017 *Steffen*, öffentlich geförderte Beschäftigung, S. 17.

1018 *Steffen*, öffentlich geförderte Beschäftigung, S. 17.

1019 Mittelaufbringungs-VO v. 15.10.1923, RGBl. I 984; Ausführungsbestimmungen zur Mittelaufbringungs-VO v. 25.10.1923, RGBl. I 1027; Ausführungsvorschriften zur VO über Erwerbslosenfürsorge v. 25.3.1924, RGBl. I 376.

1020 § 19 der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924, RGBl. I 100, 104.

grund auch kein sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis. Die Arbeitsleistung der Pflichtarbeiter wurde vielmehr als außerhalb des Arbeitsrechts stehende Gegenleistung zur Unterstützung betrachtet.[1021]

Der Verwaltungsausschuss des öffentlichen Arbeitsnachweises hatte ab April 1924 dafür Sorge zu tragen, dass den Erwerbslosen nur solche Arbeiten zugewiesen wurden, die einen gemeinnützigen Charakter vorweisen konnten. Eine Erhebung des Reichsarbeitsministeriums aus dem Monat September 1926 ergab, dass rund ein Viertel von reichsweit 66.934 aus Wohlfahrtspflegemitteln unterstützten Erwerbslosen im Rahmen des § 19 RFV beschäftigt waren und somit sicherstellten, erneut eine Anwartschaft auf die Erwerbslosenfürsorgeleistungen zu erhalten.[1022]

Ein großer Schritt hin zur heutigen AGH erfolgte ab Mai 1925 im Wege der Änderung der Ausführungsvorschriften zur Erwerbslosenfürsorge.[1023] Nicht nur wurde geregelt, dass Pflichtarbeit ab sofort generell die Voraussetzung der Zusätzlichkeit der Arbeit erfüllen musste, darüber hinaus wurde außerdem festgelegt, dass der Träger der Pflichtarbeit dem Erwerbslosen für Mehraufwendungen, die ihm bei ordnungsgemäßer Ausführung der zugewiesenen Arbeiten entstünden, aus eigenen Mitteln eine Entschädigung gewähren musste. Das kann mithin als Geburtsstunde der Mehraufwandsentschädigung betrachtet werden. Zu dieser Zeit durfte die Mehraufwandsentschädigung nicht 50 % der dem Erwerbslosen zustehenden Hauptunterstützung betragen sowie mit der Hauptunterstützung zusammengerechnet nicht mehr sein als die Summe, die der Erwerbslose bei gleicher Arbeitsdauer als Notstandsarbeiter erhalten würde. Der Umfang der Pflichtarbeit sollte darüber hinaus nicht mehr als 16 Wochenstunden betragen.[1024] Der Umfang der Fürsorgepflichtarbeit wurde mithin früh schon reguliert, die Voraussetzungen nach und nach enger gefasst, um nachteilige Auswirkungen auf den ersten Arbeitsmarkt zu vermeiden.

Die Erwerbslosenfürsorgeverordnung wurde später vom Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 abgelöst. Ab dem 31. Januar 1927 durften vor diesem Hintergrund sog. Regelaufgaben, also

---

1021 *Steffen*, öffentlich geförderte Beschäftigung, S. 21; *Ayaß*, Pflichtarbeit und Fürsorgearbeit, S. 6 f.

1022 RArbBl. 1926, S. 812.

1023 V. 2.5.1925, RGBl. I 61.

1024 Änderung der Ausführungsvorschriften zur VO über Erwerbslosenfürsorge v. 2.5.1925, RGBl. I 61.

„regelmäßige Arbeiten, die fortlaufend die Arbeitstätigkeit eines Arbeitnehmers beanspruchten" nicht mehr im Wege der Pflichtarbeit ausgeführt werden.[1025]

Durch das am 1. Juni 1962 in Kraft getretene Bundessozialhilfegesetz (BSHG) wurde dann erstmalig ausdrücklich der Begriff der Arbeitsgelegenheit im dortigen § 19 etabliert, um auszudrücken, dass es sich bei der bisher im Rahmen der Fürsorgepflichtarbeit bezeichneten „Gegenleistung" zur Unterstützung fortan vielmehr um eine Eingliederungsunterstützung in Arbeit für den Leistungsempfänger handeln sollte. Dies bedeutete zu damaliger Zeit einen regelrechten Paradigmenwechsel – wenngleich die Verweigerung der Inanspruchnahme der Arbeitsgelegenheiten die Streichung der Leistung zur Folge haben konnte.[1026]

Die Arbeitsgelegenheiten waren darüber hinaus in zwei Varianten denkbar, zum einen in der sog. Entgeltvariante, zum anderen in der sog. Mehraufwandsvariante.[1027] Im Rahmen der Entgeltvariante wurde ein reguläres Arbeitsverhältnis begründet, bei dem der Sozialhilfeträger die Kosten des Arbeitsentgelts übernahm. In der Regel war der Sozialleistungsträger auch der Arbeitgeber, die Anstellung konnte allerdings, wie heute auch, ebenfalls bei einem Dritten erfolgen.[1028] Während die Arbeitsleistungen zwar an die Kriterien der vorübergehenden Dauer und der verbesserten Eingliederung des Hilfesuchenden gebunden waren, waren die Kriterien der Gemeinnützigkeit und Zusätzlichkeit keine zwingende Voraussetzung.[1029]

In der Mehraufwandsvariante befindliche Personen bezogen Hilfe zum Lebensunterhalt mit zusätzlicher Mehraufwandsentschädigung für entstehende Kosten. Hier fanden die Kriterien der Gemeinnützigkeit und Zusätzlichkeit uneingeschränkt Anwendung (§ 19 Abs. 2 BSHG). Ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts entstand ausdrücklich nicht (§ 19 Abs. 3 BSHG).

In der Öffentlichkeit bis dahin eher nicht im Fokus, erlangten die Arbeitsgelegenheiten erst mit ihrer Einführung als arbeitsmarktpolitische Maßnahme im

---

1025 Ergänzung der Ausführungsvorschriften zur VO über Erwerbslosenfürsorge v. 22.1.1927, RGBl. I 50.

1026 § 19 Abs. 1 Bundessozialhilfegesetz v. 30. Juni 1961, BGBl. I 815 ff.; § 25 Abs. 1, 2 BSHG (außer Kraft getreten am 1. Januar 2005, BGBl. I 3022).

1027 *Jenak*, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 21 ff.

1028 Eicher/Luik-*Stölting*, SGB II § 16d Rn. 4.

1029 *Jenak*, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 23.

Sozialgesetzbuch II[1030] durch die Agenda 2010 im Jahr 2005 Aufmerksamkeit.[1031] Das SGB II enthielt in seiner ursprünglichen Fassung den § 16 Abs. 3, der sich inhaltlich an die Vorgängervorschrift des § 19 Abs. 1 BSHG anlehnte. Wenngleich nicht ausdrücklich als solche benannt, sah die Gesetzesbegründung auch hier jeweils eine Entgelt- und eine Mehraufwandsmöglichkeit vor.[1032] Die Formulierung der Regelung hinterließ allerdings Zweifel, ob die Schaffung eines Arbeitsverhältnisses in der Entgeltvariante lediglich beim Leistungsträger selbst möglich war[1033] oder nach wie vor auch beim privaten Arbeitgeber.[1034] Faktisch kam diesem Streit im Ergebnis allerdings nur wenig Relevanz zu, da die Entgeltvariante nach der Einführung des SGB II in der Praxis ohnehin kaum mehr bedeutsam war.[1035] Die Anzahl der Teilnehmer von AGH in der Mehraufwandsvariante nahm demgegenüber deutlich zu und erreichte im Jahr 2006 eine Anzahl von 327.628 geförderten Personen.[1036]

Durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008[1037] wurde die Fassung des § 16 Abs. 3 a.F. SGB II schließlich ohne wesentliche Änderungen in § 16d SGB II übernommen. Grundlegend geändert wurde die Vorschrift erst durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011[1038], welches die Entgeltvariante aus § 16d SGB II letztendlich praktisch abschaffte, indem diese Eingang in § 16e SGB II als neues Instrument zur Förderung von Arbeitsverhältnissen fand.[1039] § 16e regelte die antragsbedingte Förderung von Arbeitgebern durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt im Falle der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einer erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person, § 16e Abs. 1 SGB II. Nunmehr ist das Instrument als Eingliederung von Langzeitar-

---

1030 Ursprüngliche Fassung v. 24.12.2003, BGBl. I 2954 f., in Kraft getreten am 1.1.2005; *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*, Hartz IV – Menschen in Arbeit bringen, S. 70 f.

1031 *Karasch*, ZfSH/SGB 2004, 718.

1032 BT-Drs. 15/1749, S. 32.

1033 Vgl. u.a. Hauck/Noftz-*Voelzke*, Stand 6/2011 Rn. 14; jurisPK-SGB II-*Harks*, 3. Aufl. 2012 Rn. 21.

1034 Vgl. z.B. Eicher/Spellbrink-*Eicher*, 2. Aufl. 2008, § 16 Rn. 201.

1035 Eicher/Luik-*Stölting*, SGB II, § 16d Rn. 6.

1036 IAQ, abblV63, Geförderte Personen in Arbeitsgelegenheiten 2005-2016, abrufbar unter: http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Datensammlung/PDF-Dateien/abbIV63.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1037 BGBl. I 2917.

1038 BGBl. I 2854.

1039 Vgl. BT-Drs. 17/6277, S. 116.

beitslosen in § 16e SGB II durch das Teilhabechancengesetz[1040] weiterhin als Instrument der Bezuschussung des Arbeitsentgelts für ein Arbeitsverhältnis ausgestaltet (vgl. auch u. 3.5.5).

Nach der Neuregelung des § 16d SGB II existieren AGH dementsprechend nur noch in der Mehraufwandsvariante, d.h. ohne das Begründen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts.

2.5.2 Sozialrechtliche Rahmenbedingungen für Arbeitsgelegenheiten

2.5.2.1 Systematisches

AGH werden grundsätzlich während der Bezugsdauer von Leistungen nach dem SGB II durchgeführt. Der Maßnahmeteilnehmer bezieht mithin weiter Arbeitslosengeld II, um seinen Lebensunterhalt zu sichern.

Die Grundsicherung für Arbeitssuchende schließt sich insbesondere an Bezugszeiten von Arbeitslosengeld I an, wenn der Leistungsbezieher nach Auslaufen der Leistung noch keine neue Beschäftigungsmöglichkeit gefunden hat. Allgemein wird Arbeitslosengeld II nach §§ 7 Abs. 1, 7a SGB II an in Deutschland lebende Personen[1041] gewährt, die zwischen 15 und 65 Jahren alt sind und erwerbsfähig, aber hilfebedürftig sind. Erwerbsfähig ist nach § 8 Abs. 1 SGB II, wer nicht durch Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit gehindert ist, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes eine Arbeit mindestens drei Stunden täglich auszuüben. Die Entscheidung über das Bestehen von Erwerbsfähigkeit trifft die Bundesagentur für Arbeit (§ 44a SGB II). Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen (§§ 11 ff. SGB II) und Vermögen (§ 12 SGB II)

1040 Zehntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Schaffung neuer Teilhabechancen für Langzeitarbeitslose auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt (Teilhabechancengesetz – 10. SGB II-ÄndG) v. 17.12.2018, BGBl. I 2583.

1041 Die Leistungsberechtigung wurde durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch v. 22.12.2016 (BGBl. I 3155) im Wesentlichen auf Deutsche, freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und aufenthaltsberechtigte Ausländer beschränkt. Für Personen, die nicht leistungsberechtigt sind, wurden an Stelle dessen Überbrückungsleistungen nach dem SGB XII bis zur Ausreise eingeführt. Die danach Leistungsberechtigten müssen allerdings zur Arbeitsaufnahme berechtigt sein, § 8 Abs. 2 SGB II.

sichern kann und keine Hilfe von insbesondere Angehörigen oder anderen Sozialleistungsträgern erhält, § 9 Abs. 1 SGB II (im Detail 2.4.2.2).[1042]

2.5.2.2 Zuweisung von Arbeitsgelegenheiten

Die gesetzliche Regelung des § 16d Abs. 1 SGB II bestimmt, dass erwerbsfähige Leistungsberechtigte zur Erhaltung oder Wiedererlangung ihrer Beschäftigungsfähigkeit, welche zur Eingliederung in Arbeit erforderlich ist, vom Leistungsträger in Arbeitsgelegenheiten zugewiesen werden können. Dies findet Rückhalt im sozialrechtlichen Grundsatz des Forderns, der neben dem Grundsatz des Förderns einen der Leitgedanken des SGB II darstellt (s. zu den Grundsätzen des Forderns und Förderns 2.4.2.3). Hilfebedürftige sollen dazu angehalten werden, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die den Zustand der Hilfebedürftigkeit verringern oder beenden. Ihnen obliegt hierbei, sich – soweit möglich – eigenständig um die Aufnahme einer Arbeit zu bemühen. Findet dieses Bemühen nicht (erfolgreich) statt, kann im Umkehrschluss die Zuweisung in Arbeitsgelegenheiten durch den Leistungsträger stattfinden. Vor diesem Hintergrund ordnet § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB II an, dass der Leistungsberechtigte eine ihm angebotene zumutbare Arbeitsgelegenheit zu übernehmen hat, wenn eine Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in absehbarer Zeit (d.h. innerhalb von ca. sechs Monaten[1043]) nicht möglich ist.

Die Schaffung einer AGH liegt im Ermessen der Agentur für Arbeit als Leistungsträger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II. Die Aufgaben der Agentur für Arbeit werden hierbei durch das Jobcenter (§ 6 SGB II) wahrgenommen. Dies erfolgt entweder in Form einer gemeinsamen Einrichtung im Sinne des § 44b SGB II oder in Form eines zugelassenen Trägers im Fall von Optionskommunen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II).[1044]

Die rechtlichen Rahmenbedingungen des § 16d SGB II geben vor, dass die angebotenen Arbeitsgelegenheiten zusätzliche Arbeiten sind, die im öffentlichen Interesse liegen und wettbewerbsneutral sind. Die Kriterien sind in der Vorschrift legaldefiniert: Zusätzlich sind Arbeiten gemäß § 16d Abs. 2 Satz 1 SGB II, wenn sie ohne die Förderung nicht, nicht in diesem Umfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt würden.[1045] Sie liegen gemäß § 16d Abs. 3 Satz

---

1042 Zur Rechtslage nach dem Regelbedarfsermittlungsgesetz vom 24.3.11 vgl. *Geiger*, info also 11, 106 ff.

1043 v. *Koppenfels-Spies*, Sozialrecht, Rn. 709.

1044 HWK-*Bittner*, § 16d SGB II Rn. 1.

1045 S. auch BT-Drs. 17/6277, S. 115.

1 und 2 SGB II im öffentlichen Interesse, wenn das Arbeitsergebnis der Allgemeinheit und nicht überwiegend erwerbswirtschaftlichen Interessen oder den Interessen eines begrenzten Personenkreises dient. AGH dürfen im Umkehrschluss nicht von jedem Unternehmen angeboten werden, sondern ausschließlich von geeigneten Trägern wie beispielweise öffentlichen Einrichtungen oder Vereinen. Arbeiten sind wettbewerbsneutral, wenn durch sie eine Beeinträchtigung der Wirtschaft infolge der Förderung nicht zu befürchten ist und sie nicht zu einer Verdrängung oder Entstehungsverhinderung von Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt führen (§ 16d Abs. 4 SGB II).

Diese Kriterien sollen zusammengenommen eine Konkurrenz der AGH zur regulären Beschäftigung auf dem ersten Arbeitsmarkt ausschließen. Das schließt es freilich nicht aus, darin auch einen Schutz des Hilfebedürftigen vor subtiler Ausbeutung in Form einer „billigen" Beschäftigung als Zweck zu erkennen.[1046] Eine Arbeitsgelegenheit, die diesen Voraussetzungen nicht genügt, ist nicht zumutbar und kann daher sanktionslos abgelehnt werden.[1047] Bei den in Frage kommenden Tätigkeiten handelt es sich oftmals um Hilfstätigkeiten in den Bereichen der Gesundheit, der sozialen Betreuung, des Naturschutzes oder der Ökologie.[1048]

Durch die Arbeiten entsteht weder ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts noch ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, § 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II.[1049] Der Rechtscharakter der AGH entspricht nach überwiegender Ansicht einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis eigener Art.[1050] Nach der Rechtsprechung des BAG sind die Beziehungen zwischen Maßnahmeträger und Hilfebedürftigen öffentlich-rechtlicher Natur.[1051] Das gilt auch, soweit die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer AGH im Rahmen der Zuweisung nicht vorlagen. Deshalb entsteht auch bei rechtswidri-

---

1046 Dazu *Vießmann*, NZS 2011, 128 ff.

1047 *Bieback*, NZS 2005, 337, 343.

1048 Eicher/Spellbrink-*Eicher*, § 16 Rn. 226.

1049 Ausführlich zum Rechtsverhältnis zwischen Maßnahmeträger und Hilfebedürftigem Gagel-*Kohte*, § 16 SGB II Rn. 43 ff.; *Zwanziger*, AuR 2005, 8 ff.

1050 BVerwG 13.10.1983 – 5 C 66/82, BeckRS 9998, 44941; BAG 8.11.2006 – 5 AZB 36/06, Rn. 13, NZA 2007, 53; 17.1.2007 – 5 AZB 43/06, Rn. 11, NJW 2007, 3303; 26.9.2007 – 5 AZR 857/06, Rn. 9, AP Nr. 3 zu § 16 SGB II; 20.2.2008 – 5 AZR 290/07, Rn. 18, NZA-RR 2008, 401; *Jenak*, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 26.

1051 BAG 19.11.2008 – 10 AZR 658/07, NZA 2009, 269, Rn. 20 ff.

gen Arbeitsgelegenheiten weder ein Arbeitsverhältnis[1052] noch ein faktisches Arbeitsverhältnis oder ein Rechtsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person.[1053] Stattdessen sieht die sozialgerichtliche Rechtsprechung mit der Literatur[1054] die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs als eröffnet an.[1055] Die Arbeitsleistung sei in diesem Sinne eine Leistung des Hilfeempfängers. Zwar sei diese keine Gegenleistung für den Erhalt der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Gleichwohl handele es sich um eine wertschöpfende, fremdnützige Tätigkeit. Diese Leistung sei dem Träger der Grundsicherung zuzurechnen. Sie werde in Erfüllung der Verpflichtungen aus der Eingliederungsmaßnahme dem Träger der Grundsicherung zugewandt, der auch die Kosten der Mehraufwandsentschädigung trage. Da die Arbeit nicht herausgegeben werden könne, sei Wertersatz zu leisten. Allerdings sei zu ermitteln, ob eine Bereicherung des Trägers vorliege, was es beinhalte, dass Grundsicherungsleistungen und Mehraufwandsentschädigung per Saldo dem Wertersatzanspruch entgegenzuhalten seien.

Die Zahlung ist vor diesem Hintergrund auch nicht als Arbeitsentgelt zu klassifizieren,[1056] sondern als Entschädigung für entstehende Mehraufwendungen (Abs. 7 Satz 1). Die Bezeichnung „Ein-Euro-Job" ist ebenfalls irreführend: Sie suggeriert nicht nur fälschlich, dass es sich bei der entsprechenden Tätigkeit um eine Leistung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses handelt, sondern auch, dass den entsprechenden Personen als vermeintliche Gegenleistung ihrer Arbeitserbringung ein finanzieller Rahmen von nicht mehr als einem Euro pro Stunde oder gar pro Monat[1057] zur Verfügung gestellt wird.[1058] Dies entspricht jedoch nicht den Tatsachen: Die AGH ist eine arbeitsmarktpolitische Maßnahme während des Bezugs von Sozialleistungen – namentlich während des regulären Bezugs von Arbeitslosengeld II (zu den Voraussetzungen des ALG-II-Bezuges

---

1052 BAG 20.2.2008 – 5 AZR 290/07, DB 2008, 1159; zust. BSG 27.8.2011 – B 4 AS 1/10 R, BSGE 109, 70, Rn. 19; a.A. *Bieback*, NZS 2005, 337, 343; Gagel-*Kohte*, § 16 SGB II Rn. 53 ff.

1053 BAG 26.9.2007 – 5 AZR 857/06, AP Nr. 3 zu § 16 SGB II.

1054 *Eichenhofer*, SGb 2012, 66 ff.; *Gehrken*, SozSich 2010, 433 ff.; *v.Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 1, 6; *Pattar*, SGb 2012, 631 ff., SGb 2012, 699 ff.; *Rixen*, SozSich 2005,152, 156 f.; *ders./Pananis*, NJW 2005, 2177, 2180; a.A. *Zwanziger*, AuR 2005, 8, 11.

1055 BSG 13.4.2011 – B 14 AS 98/10 R, BSGE 108, 116; BSG 27.8.2011 – B 4 AS 1/10 R, BSGE 109, 70.

1056 BSG 13.11.2008 – B 14 AS 66/07 R, BSGE 102, 73, Rn. 11; KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 18.

1057 Denn die Bezeichnung 450-Euro-Job meint hingegen den monatlichen Verdienst, nicht den Stundenlohn.

1058 *Wuttke*, Arbeitgeber 1-2/2005, 12.

s. 2.4.2.2). Die finanziellen Mittel, die im Rahmen der Mehraufwandsentschädigung erlangt werden, sind anrechnungsfrei und werden zusätzlich zum ALG II an den Leistungsempfänger gezahlt (§ 16d Abs. 7 Satz 1 SGB II). Die Arbeitsgelegenheiten werden dabei pro Stunde mit in der Regel mindestens einem Euro vergütet, obwohl es an sich noch nicht einmal einen Mindestumfang der Mehraufwandsentschädigung gibt. Dieser Wert ist eine gesetzlich nicht geregelte Richtgröße und kann in der Praxis auch höher ausfallen.[1059] Ein Anspruch auf eine höhere Aufwandsentschädigung besteht immer, wenn der Hilfebedürftige nachweisen kann, dass die Mehraufwandsentschädigung die tatsächlich anfallenden Kosten nicht deckt.[1060] In der Praxis liegt die Mehraufwandsentschädigung meist zwischen einem und zwei Euro pro Stunde.[1061] Mehraufwendungen können beispielweise Fahrtkosten, benötigte Berufsbekleidung und deren Reinigung oder berufsbedingte Mehrkosten für zusätzlichen Nahrungsbedarf sein.[1062] Ob ein kleiner Entlohnungsanteil über die Deckung des Mehraufwands hinaus in der Entschädigung enthalten sein muss, hat die Rechtsprechung bislang offengelassen.[1063] Unproblematisch dürfte eine Pauschale sein, die den Mehraufwand überschreitet, um sicherzustellen, dass der Hilfebedürftige auf keinen Fall „draufzahlt". Insoweit mag auch ein gewisses Anreizelement, solange es nicht in den Charakter eines Entgelts abgleitet, nicht zu beanstanden sein. Ob es aber von Rechts wegen zu fordern ist,[1064] erscheint zweifelhaft. Auch wenn eine Arbeitsgelegenheit, die dem Hilfebedürftigen aufgezwungen wurde, nicht sinnvoll erscheinen mag, ändert dies nichts daran, dass das SGB II über das Sanktionsinstrumentarium auch die unfreiwillige Teilnahme ermöglicht.

Obwohl keine Klassifizierung als Arbeitsverhältnis erfolgt, sind gemäß Abs. 7 Satz 2 Halbs. 2 dennoch die Vorschriften über den Arbeitsschutz und das Bundesurlaubsgesetz – mit Ausnahme der Regelungen über das Urlaubsentgelt – entsprechend anzuwenden. Das bedeutet hinsichtlich des Arbeitsschutzes, dass die Vorschriften zum technischen Arbeitsschutz, die Unfallverhütungsvorschriften sowie die Vorschriften zum Mutter- und Jugendschutz Berücksichtigung

1059 LSG Hessen 28.4.2008 – L 9 AS 1/07; *Wuttke*, Arbeitgeber 1-2-/2005, 12, 13.
1060 BSG 13.11.2008 – B 14 AS 66/07 R, BSGE 102, 73, Rn. 13.
1061 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1; *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 2.
1062 *v. Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 1, 2.
1063 BSG 13.11.2008 – B 14 AS 66/07 R, BSGE 102, 73, Rn. 14.
1064 So *v. Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 1, 5.

finden.[1065] Auch das Arbeitszeitrecht findet darüber hinaus entsprechende Anwendung.[1066]

Gemäß Abs. 7 Satz 3 haften die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten des Weiteren für während der Tätigkeitsausübung entstehende Schäden mit denselben Haftungsbeschränkungen wie Arbeitnehmer.

Es gibt keine grundsätzliche Höchstzahl an Wochenstunden für AGH. Aus den früher vom BVerwG abgeleiteten Kriterien zur Vorgängervorschrift der AGH im BSHG ergab sich allenfalls, dass Arbeiten im Rahmen einer AGH nicht vollschichtig sein durften.[1067] In der Literatur wurde daher eine Vollzeittätigkeit überwiegend abgelehnt.[1068] Das BSG hat demgegenüber entschieden, dass die für Arbeitsgelegenheiten geltenden Prinzipien nicht zu einer solchen Annahme zwingen. Eine AGH sei in jedem Fall nur ein Zwischenschritt zum angestrebten Endziel eine Eingliederung des Hilfebedürftigen in Arbeit. Das BSG hat daher auch Arbeitsgelegenheiten mit einem zeitlichen Umfang von bis zu 30 Stunden wöchentlich gebilligt.[1069] Weder lasse sich durch eine Höchststundenzahl die Gefahr einer Verdrängung regulärer Beschäftigung eingrenzen, denn dies hänge von der Art der Tätigkeit und nicht deren Umfang ab. Noch könne einer umfangreichen AGH entgegengehalten werden, dass der Hilfebedürftige daran gehindert werde, sich um die Aufnahme einer Tätigkeit am ersten Arbeitsmarkt zu bemühen. Dies sei vielmehr individuell zu bestimmen. Die Höchstgrenzen ergäben sich aus den spezifischen Eingliederungserfordernissen des jeweiligen Einzelfalls.

2.5.2.3 Soziale Sicherung

Die Leistungsberechtigten gelten während der Maßnahme gemäß § 16 Abs. 2 SGB III nicht als arbeitslos, denn sie sind Teilnehmende an Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik zur Eingliederung in Arbeit (vgl. § 16d Abs. 1 SGB II). Vor diesem Hintergrund werden sie auch nicht in der Arbeitslosenstatistik ausgewiesen. § 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II bestimmt allerdings ausdrücklich, dass die AGH auch kein Beschäftigungsverhältnis begründet, es liegt mithin zwar

---

1065 KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 19.

1066 KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 19.

1067 BVerwG 13.10.1983 – 5 C 67/82, BVerwGE 68, 91; BVerwG 10.12.1992 – 5 B 118/92; OVG Niedersachsen 30.10.2003 – 4 ME 393/03 – (FEVS 55, 345).

1068 *Bieback*, NZS 2005, 337, 342; *Krahmer*, SGb 2006, 581, 586; *v. Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 1, 4; *Rixen/Pananis*, NJW 2005, 2177, 2178.

1069 BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201.

keine Arbeitslosigkeit vor, allerdings handelt es sich auch nicht um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV. Die Leistungsberechtigten beziehen vielmehr ALG II und werden hinsichtlich der sozialen Sicherung dementsprechend auch wie reguläre Leistungsbezieher behandelt.

Während des Bezuges von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II besteht in der gesetzlichen Pflege- und Krankenversicherung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2a SGB XI bzw. gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V Versicherungspflicht. Die ebenfalls dort genannten Ausnahmen gelten ausschließlich für den Fall, dass die Leistung nur darlehensweise gewährt wird oder nur Leistungen für Bedarfe nach § 24 Abs. 3 SGB II bezogen werden, also solche, die nicht zum Regelbedarf gemäß § 20 SGB II zählen. Die Versicherungspflicht bleibt sowohl in der gesetzlichen Kranken- als auch in der gesetzlichen Pflegeversicherung auch dann weiter bestehen, wenn die Entscheidung, die zum Bezug vom ALG II geführt hat, rückwirkend aufgehoben wird und die Leistungen zurückgefordert oder -gezahlt worden sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 2a Halbs. 2 SGB V bzw. § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a SGB XI). War der Leistungsempfänger vor dem Bezug von ALG II freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert, endet die freiwillige Mitgliedschaft wegen der Pflichtmitgliedschaft als Bezieher von Grundsicherungsleistungen kraft Gesetzes gemäß § 191 Nr. 2 SGB V und wird sodann von eben dieser Pflichtmitgliedschaft abgelöst.[1070] Bis Ende 2015 war nicht versicherungspflichtig, wer gemäß § 10 SGB V familienversichert war. Diese Regelung wurde nachfolgend aber gestrichen,[1071] da für die Bezieher von ALG II ein einheitlicher und von der Familienversicherung unabhängiger Versicherungsstatus geschaffen werden sollte.[1072] Der Versicherungsstatus in der gesetzlichen Pflegeversicherung knüpft gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI an den Versicherungsstatus in der gesetzlichen Krankenversicherung an, denn wer versicherungspflichtiges Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung ist, ist auch in der gesetzlichen Pflegeversicherung versicherungspflichtig. Dies sind unter anderem gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a SGB XI auch Personen, die ALG II nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch beziehen.

Dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung unterliegen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 14 b) SGB VII auch diejenigen Personen, die an einer Maßnahme teilneh-

---

1070 Gagel-*Luik*, SGB II § 5 Rn. 40.

1071 Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Finanzstruktur und der Qualität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-FQWG) vom 21.7.2014, BGBl. I 2014, 1133.

1072 BT-Drs. 18/1307, S. 26.

men, wenn sie selbst oder die Maßnahme entweder über die BA oder einen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II zuständigen Träger oder einen nach § 6a SGB II zugelassenen kommunalen Träger gefördert werden.

Die obligatorischen pauschalierten Beiträge zur Sozialversicherung übernimmt die Agentur für Arbeit (vgl. § 232a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V) bzw. im Ausnahmefall des § 6a SGB II der zugelassene kommunale Träger der Grundsicherung.[1073] Liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, wird weiter ALG II gezahlt. Der Leistungsbezug endet in diesem Fall erst mit der bindenden Feststellung der Erwerbsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen.[1074]

Seit dem 1.1.2011 führt der Bezug von ALG II nicht mehr zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. Es werden daher keine Rentenversicherungsbeiträge von der Agentur für Arbeit mehr gezahlt.[1075] Zeiten, in denen ALG II bezogen wird, zählen seither lediglich als Anrechnungszeiten (§ 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB VI) und sind keine zu rentenrechtlichen Ansprüchen führenden Beitragszeiten mehr.[1076] Einzelheiten sind im Kapitel zu diskontinuierlichen Erwerbsbiografien und Phasen geringer Entlohnung dargestellt (s.u. 3.3.2.2.4).

2.5.3 Sozialpolitisches Leitbild und rechtspolitischer Zweck der Arbeitsgelegenheiten

Die Gesetzesmaterialien sind speziell zur Zweckausrichtungsfrage der AGH nur wenig ergiebig. Vertreten werden daher grundsätzlich zwei verschiedene Zweckrichtungen der AGH: Die eine besteht dabei in der schlichten Erbringung einer Gegenleistung für den fortdauernden Leistungsbezug.[1077] Darüber hinaus wird teilweise auch von einem erzieherischen Aspekt gegenüber dem Leistungsbezieher, teilweise sogar von einem Test der Arbeitsbereitschaft ausgegangen.[1078] Die Gegenansicht sieht als Zweck der AGH den Versuch der Integration Langzeitarbeitsloser in den ersten Arbeitsmarkt – also eine Eingliederungs-

---

1073 KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 19.
1074 KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 19.
1075 Art. 15 Haushaltsbegleitgesetz 2011 (HBeglG 2011) v. 9.12.2010, BGBl. I 1885.
1076 Art. 19 Nr. 5 Haushaltsbegleitgesetz 2011 (HBeglG 2011) v. 9.12.2010, BGBl. I 1885.
1077 Dazu *Spellbrink*, SGb 2008, 445, 447, 450; *Spindler*, SozSich 2008, 365 ff.; *Buntenbach*, SozSich 2006, 335 ff.
1078 *Bieback*, NZS 2005, 337, 342.

leistung durch die Beseitigung subjektiver Beschäftigungshemmnisse durch Aufrechterhaltung und Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit.[1079]

Die erstgenannte Deutung fügt sich zwar in historische Gepflogenheiten, da bereits zu Zeiten der Weimarer Republik der Bezug von Sozialleistungen an die Erbringung einer Gegenleistung in Form von Arbeit geknüpft war (s.o. 2.5.1).[1080] Dieses Verständnis wandelte sich allerdings grundlegend mit der Einführung des BSHG, durch das die AGH nicht mehr als Gegenleistung, sondern vielmehr als Eingliederungshilfe verstanden wurde.[1081] Auch das BVerwG betonte in seiner Rechtsprechung, dass das Arbeiten als solches, gleich auf welchem Weg es initiiert würde, ein Mittel des Leistungsempfängers zur Unterstützung seiner Selbsthilfe und Persönlichkeitsentwicklung sei. Vor allem müsse dies unter den Aspekten des Vorbeugens einer Arbeitsentwöhnung und der Förderung eines unabhängigen Daseins betrachtet werden, welches letzten Endes Ausdruck eines menschenwürdigen Lebens sei.[1082] Daran schließt sich nahtlos an, dass das heutige die AGH normierende SGB II einen ganz wesentlichen Bestandteil des im Zuge der Agenda 2010 vorgestellten Reformkonzeptes des Arbeitsmarktes der damaligen Regierung aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen darstellt. Erklärtes Ziel der Reformen war vor allem der Abbau von Langzeitarbeitslosigkeit.[1083] Dafür wurde auch das Sozialrecht entsprechend in Stellung gebracht. Die allgemeine Begründung zum Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, das die AGH im SGB II regelte, enthält Zielsetzungen, die sicherlich auch auf die AGH bezogen werden können. Darunter befinden sich beispielsweise das längerfristige Erreichen von Vollbeschäftigung und die Eingliederung Hilfebedürftiger in den ersten Arbeitsmarkt durch die Stärkung der Arbeitsfähigkeit unter dem Leitmotiv des „Förderns und Forderns“ (s.o. 2.4.2.3).[1084] Es spielen darüber hinaus auch arbeitspädagogische Zwecke im Rahmen der AGH eine nicht zu vernachlässigende Rolle, da durch die Maßnahmenteilnahme einer Arbeitsentwöhnung vorgebeugt bzw. eine Arbeitsge-

---

1079 Vgl. auch Eicher/Luik-*Stölting*, SGB II § 16d, Rn. 8; HWK-*Bittner*, § 16d SGB II, Rn. 1.

1080 Vgl. auch *Jenak*, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 15 f.

1081 *Jenak*, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 27.

1082 BVerwG 10.2.1983 – 5 C 115/81, BVerwGE 67, 1; BVerwG 13.10.1983 – 5 C 67/82, BVerwGE 68, 91; BVerwG 13.10.1983 – 5 C 66/82, BVerwGE 68, 97.

1083 BT-Drs. 15/1516, S. 44.

1084 BT-Drs. 15/1516, S. 44; das schließt u.a. auch daraus KKW/*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 2; SRH-*Knickrehm*, § 24 Rn. 111; *Stahlmann*, ZfSH/SGB 2006, 131, 132; *Bieback*, NZS 2005, 337, 342.

wöhnung erreicht werden kann.[1085] Es kann außerdem aus Phasen langer Arbeitslosigkeit resultierenden Demotivationsprozessen entgegengewirkt und Kontakte zu sozialem Umfeld sowie zur Arbeitswelt wiederhergestellt werden.[1086]

Letztendlich ist aufgrund der historischen Entwicklung, die kontinuierlich weg vom bloßen Verständnis der Gegenleistungserbringung geht, und vor allem auch vor dem Leitgedanken der Agenda-Politik grundlegend von einem Primärziel der AGH auszugehen, das auf die Eingliederung Langzeitarbeitsloser in den ersten Arbeitsmarkt in Form einer Hilfeleistung zielt.[1087]

2.5.3.1 Workfare-Konzept im Sozialrecht

In letzter Zeit wurde allerdings der Aspekt des an sich veralteten Gegenleistungsverständnisses revitalisiert: Unter dem Begriff „Workfare" wird seither erneut diskutiert, ob das SGB II unter dem Aspekt der sanktionsfähigen AGH dahingehend zu interpretieren ist, von einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen gemeinnützige Arbeitstätigkeit als Gegenleistung zum Grundsicherungsbezug fordern zu dürfen.[1088] Die Wortschöpfung „Workfare" stammt dabei aus dem Englischen und ist ein Wortspiel, das die Begriffe „welfare" (Wohlfahrt) und „work" (Arbeit) miteinander vereint. Ins Deutsche übersetzt bedeutet es so viel wie „Arbeiten für die Grundsicherung". Gemeint ist damit, die eigene Arbeitsleistung im Gegenzug zur staatlichen Existenzsicherung zur Verfügung zu stellen, sich die staatlichen Leistungen also wörtlich zu „verdienen".[1089] Dieses Konzept stellt des weiteren dann mit Sanktionen bedrohte Aktivierungsmaßnahmen bereit und ist als solches in der Praxis bereits seit den 1990er Jahren ein essentielles Element des amerikanischen Sozialsystems zur Beförderung der Arbeitsaufnahme.[1090]

1085 Vgl. u.a. BVerwG 13.10.1983, FEVS 33, 89; VG Schleswig, ZfF 1986, 230, 231; VGH München 9.12.2003, FEVS 55, 463, 465; vgl. auch *Birk*, ZfSH/SGB 1984, 109, 110 ff.; *Bieritz-Harder*, ZFSH/SGB 2005, 259.

1086 *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 2.

1087 So auch u.a. *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Hahn*, SGB II § 16d Rn. 2; SRH-*Knickrehm*, § 24 Rn. 111; *Stahlmann*, ZfSH/SGB 2006, 131, 132; *Bieback*, NZS 2005, 337, 342; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; andere Ansicht *Wuttke*, Arbeitgeber 1-2/2005, 12.

1088 Z.B. *Spellbrink*, SGb 2008, 445, 445 ff.; *Spindler*, SozSich 2008, 365 ff.; *Wuttke*, Arbeitgeber 1-2/2005, 12, 12.

1089 So übersetzt es auch *Spindler*, SozSich 2008, 365.

1090 Ähnlich auch: *Spindler*, SozSich 2008, 365.

Von herrschenden deutschen Wirtschaftsinstituten und ökonomischen Beratern wird das Konzept des Workfare auch auf nationaler Ebene immer wieder als – vor allem – ökonomisch effiziente Lösungsvariante vorgeschlagen.[1091] Das liegt wohl unter anderem daran, dass auf der einen Seite Konflikte um die Zumutbarkeit von Arbeit oder um Eingliederungsvereinbarungen sowie die Abhängigkeit der Arbeitsvermittlung vom Sättigungsgrad des allgemeinen Arbeitsmarktes wegfielen. Auf der anderen Seite wird des Weiteren von einer Abschreckungsfunktion des Gegenleistungskonzepts ausgegangen, die einen Leistungsmissbrauch verhindern soll.[1092] Zeitgleich entfiele vor allem aber wohl eines: jegliches Versprechen einer Hilfeleistung zum Übergang in Arbeit, also quasi das Fördern als wichtige Komponente innerhalb des Leitgedankens des Förderns und Forderns im deutschen Sozialrecht (s.o. 2.4.2.3).[1093]

Aus sozialphilosophischer Sicht wird beim Workfare nicht selten eine Steigerung des Selbstwertgefühls des betroffenen Arbeitslosen postuliert, da dieser im Sinne eines „Geben und Nehmen" aus der Rolle des einseitigen „Almosenempfängers" hinaustreten und die empfangene Leistung gegenüber der Gesellschaft abgelten könne. *Spindler* bezeichnet Workfare-Stellen als eine „Art öffentlichen Arbeitsdienst", der mit dem ehemaligen Zivildienst vergleichbar sei.[1094] Richtigerweise zeigt sie aber die Grenzen eines solchen Modells auf, das die Schaffung einer hohen Anzahl plötzlich benötigter AGH fordern würde. Vor diesem Hintergrund ging sie von 3.136.992 benötigten AGH aus.[1095] Diese zu schaffenden Stellen müssten dabei nach *Spindler* grundsätzlich so unattraktiv ausgestaltet sein, dass Anreize zum freiwilligen Eintritt bzw. zum Verbleib in dem Modell seitens aller Beteiligten verhindert würden, denn ein solches Konzept erfordere ebenfalls öffentliche Mittel in Form von Subventionen, da auch für die Träger,

---

1091 So z.B. von *Eichhorst*/*Schneider* für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, in: IZA Research Report No. 18., Mai 2008 oder im Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen: Existenzsicherung und Erwerbsanreiz, Mai 2008.

1092 *Wolf*, SozSich 2008, 372, 376; *Eichhorst*/*Schneider* für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, in: IZA Research Report No. 18, Mai 2008, S. 4.

1093 *Spindler*, SozSich 2008, 365.

1094 *Spindler*, SozSich 2008, 365.

1095 Anzahl der erwerbslosen, aber erwerbsfähigen Leistungsbezieher im Oktober 2017, Bundesagentur für Arbeit, Statistik, Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II, abrufbar unter:https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Grundsicherung-fuer-Arbeitsuchende-SGBII/Grundsicherung-fuer-Arbeitsuchende-SGBII-Nav.html (zuletzt geprüft am 16.02.2019).

die Personen in diesen Arbeitsgelegenheiten beschäftigten, ein Anreiz zur Integration der AGH in Form der Förderpauschale existieren müsse.[1096]

Der deutsche Gesetzgeber bzw. das geltende Recht stützt die Auffassung eines Gegenleistungsverständnisses ohnehin nicht.[1097] Das BSG stellte zurecht in einer Entscheidung im Zusammenhang mit den AGH klar, dass die Verrichtung dieser nicht als Gegenleistung für die gewährten Grundsicherungsleistungen angesehen werden könne.[1098] Diese Rechtsprechung findet Rückhalt in der systematischen Stellung des § 16d SGB II: Die Norm ist Teil des Ersten Abschnitts des Dritten Kapitels, in welchem die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit geregelt sind. Dies gibt bereits ein erstes Indiz zur gesetzgeberischen Intention hinsichtlich der Regelung, deren Zweck augenscheinlich mehr in der Eingliederung der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in Arbeit zu sehen ist als in der Erbringung einer Gegenleistung für den Leistungsbezug.[1099] Dies findet auch Bestätigung in den Gesetzesmaterialien, in denen die AGH als „integrationsorientiertes" Instrument beschrieben werden, welches die Integration in den Arbeitsmarkt in den Vordergrund stelle.[1100] Gestützt wird dies auch durch die Einführung von § 16d Abs. 6 SGB II, der nunmehr eine begrenzte Verweildauer von Leistungsberechtigten in AGH vorsieht und somit im Umkehrschluss nicht von einem generellen Gegenleistungsverständnis für den Bezugszeitraum von Sozialleistungen ausgehen kann.

Darüber hinaus lässt auch das Bestehen der Mehraufwandsentschädigung im Rahmen der AGH darauf schließen, dass es bei § 16d SGB II nicht allein um die Erbringung einer Gegenleistung in Arbeit für den Leistungsbezug gehen kann. In dem Fall wäre das Auszahlen einer Mehraufwandsentschädigung nämlich im Grunde genommen überflüssig, da Arbeitslosengeldzahlung und Arbeitserbringung dann bereits Leistung und Gegenleistung darstellen würden.

Auch das Bestehen der stufenweisen Leistungsabsenkung als Sanktion in den §§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 31a SGB II ist nicht im Sinne eines solchen Gegenleis-

---

1096 *Spindler*, SozSich 2008, 365; *Eichhorst*/*Schneider* für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, in: IZA Research Report No. 18, Mai 2008, S. 6.

1097 Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 15, 22; *Voelzke*, SGb 2015, 1, 5; zweifelnd aber *Knickrehm*, FG Bieback, S. 27, 40.

1098 BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201; BSG 13.4.2011 – B 14 AS 98/10 R, BSGE 108, 116, Rn. 17; *Krahmer*, SGb 2009, 748 ff.; vgl. allerdings auch BSG 13.11.2008 – B 14 AS 66/07 R – SozR 4-4200 § 16 Nr. 3.

1099 I.E. auch Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 22; vgl. auch *Voelzke*, FS Jaeger, S. 347, 351 ff.

1100 BR-Drs. 313/11, S. 235 ff.

tungsverständnis zu interpretieren,[1101] denn die Sanktionen treten nicht etwa wegen des Nichterbringens einer Arbeitsleistung als Verletzung einer Gegenleistungspflicht ein: Das Nichterbringen einer Arbeitsleistung stellt vielmehr eine Verletzung der Obliegenheit des Leistungsempfängers aus dem Sozialrechtsverhältnis dar, die eigene Hilfebedürftigkeit durch Erhaltung oder Wiedererlangung von Beschäftigungsfähigkeit zu beseitigen.[1102]

Aus der derzeitigen Formulierung sowie dem bestehenden Gesetzeskontext jedenfalls ergibt sich für § 16d SGB II lediglich, dass es sich bei AGH um eine zeitlich begrenzte, arbeitsmarktpolitische Maßnahme handelt, die Arbeitslose bei der Integration in den Arbeitsmarkt unterstützen soll. Sinn und Zweck von § 16d SGB II ist mithin weder die Erbringung einer Gegenleistung noch die Integration von Workfare im deutschen Sozialrecht. Für die Zuordnung zu einem Workfare-Ansatz wäre vielmehr eine explizite gesetzliche Regelung erforderlich gewesen, hätte man ein solches Konzept statuieren wollen.[1103]

2.5.3.2 Vereinbarkeit mit höherrangigem und internationalem Recht

Weigert sich der Leistungsempfänger ohne Bestehen eines wichtigen Grundes, eine AGH aufzunehmen bzw. fortzuführen oder verhindert er ihre Anbahnung durch sein Verhalten, verstößt er gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 SGB II gegen seine ihm obliegenden Pflichten aus dem Sozialrechtsverhältnis. Die Rechtsfolgen einer solcher Pflichtverletzung reichen – nach Belehrung über die Rechtsfolgen einer Ablehnung[1104] – von einer stufenweisen Leistungsminderung (prozentual steigend nach Wiederholungsanzahl der Pflichtverletzung) bis hin zum kompletten Leistungsentfall (§ 31a SGB II). Die Pflicht zur Übernahme einer AGH im Zusammenhang mit den darauf beruhenden Sanktionsmöglichkeiten muss sowohl mit höherrangigem nationalen als auch mit internationalem Recht vereinbar sein.

Auf nationaler Ebene wären durch die Zuweisung in AGH insbesondere Verstöße gegen Art. 12 Abs. 1 GG, also das Grundrecht auf freie Berufswahl und -ausübung denkbar. Das BVerfG betrachtet diesen Grundrechtseingriff allerdings zurecht als gerechtfertigt: Aus dem Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1,

---

1101 Vgl. auch BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201.

1102 So auch Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 23.

1103 BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201, Rn. 22; so auch *Knickrehm* in: FG Bieback 2010, 27, 42; *Bieritz-Harder*, ZFSH/SGB 2005, 259; Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 15, 22; *Voelzke*, SGb 2015, 1, 5.

1104 Dazu BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201, Rn. 30 ff.

28 Abs. 1 Satz 1 GG lässt sich eine Pflicht des Staates zur Bekämpfung von Arbeitslosigkeit herleiten.[1105] Der Gesetzgeber ist im Rahmen seines Gestaltungsauftrages in der Wahl seiner Mittel weitgehend frei.[1106] Der Entscheidung zur Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit durch das Bereitstellen von AGH kommt nach Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls Verfassungsrang zu.

Auch ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 2 und 3 GG, das Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit, ist durch die Zuweisung in AGH mit den einhergehenden Sanktionsmöglichkeiten nicht gegeben, da es sich bei der Ausübung der AGH lediglich um eine Obliegenheit des Leistungsempfängers aus dem Sozialrechtsverhältnis handelt, die vor dem Hintergrund des Forderns dem Grundsatz entspricht, alles nach Kräften Mögliche zu unternehmen, um den Zustand der Hilfebedürftigkeit zu beseitigen oder zu vermindern.[1107] Die AGH ist also als Instrument zur Überwindung der Hilfebedürftigkeit zu sehen – ob der Leistungsberechtigte die AGH aber annimmt oder nicht (und damit die Sanktionen in Kauf nimmt oder nicht), bleibt letztlich ihm überlassen. Von einem Zwang zur Arbeit kann hier nicht die Rede sein.

Messen lassen müssten sich die Sanktionen in Form von Leistungskürzungen oder -wegfall aber auch an Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, also an der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums[1108]. Aber auch dieses Grundrecht begründet keine Ansprüche auf bedarfsunabhängige und voraussetzungslose Sozialleistungen.[1109]

Auch Verstöße gegen das Übereinkommen Nr. 29 der International Labour Organization (ILO) vom 1.6.1956[1110] und Nr. 105 vom 17.1.1959[1111] über Zwangs- und Pflichtarbeit bzw. Verstöße gegen Art. 4 Abs. 2 der Europäischen Menschen-

---

1105 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 307; BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, BVerfGE 100, 271, 284; BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 126/65, BVerfGE 21, 245, 251.

1106 BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, BVerfGE 100, 271, 284; *Steiner*, NZA 2005, 657, 661.

1107 LSG Berlin-Brandenburg 16.9.2013 – L 19 AS 2377/13 B ER, L 19 AS 2378/13 B PKH; *O´Sullivan*, SGb 2005, 369, 372; Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 26.

1108 Vgl. BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 u.a., BVerfGE 125, 175, 222 ff.; dazu auch *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4 f.

1109 BVerfG 7.7.2010 – 1 BvR 2556/09, NJW 2010, 2866, 2867; anders allerdings *Banafsche*, VSSR 2012, 131, 152.

1110 BGBl. II 640.

1111 BGBl. II 443.

rechtskonvention (EMRK) über das Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit auf internationaler Ebene sind mit entsprechenden Erwägungen zu verneinen.[1112]

Im Ergebnis muss davon ausgegangen werden, dass die AGH als Instrument der Arbeitsförderung mit dem GG und mit internationalem Recht vereinbar ist.

2.5.3.3 Zwischenergebnis

Aus dem Leitgedanken der Agenda-Politik und aufgrund der historischen Entwicklung der AGH, bei der sich kontinuierlich von einem Gegenleistungsverständnis entfernt wurde, ist grundlegend vom Primärziel der Eingliederung Langzeitarbeitsloser in den ersten Arbeitsmarkt auszugehen. Aus der derzeitigen Formulierung sowie aus dem bestehenden Gesetzeskontext ergibt sich für § 16d SGB II, dass die AGH eine arbeitsmarktpolitische Maßnahme ist, die Arbeitslose im Sinne einer Hilfestellung bei der Integration in den Arbeitsmarkt unterstützen soll. Für die Zuordnung zu einem Workfare-Ansatz wäre indes eine explizite gesetzliche Regelung erforderlich gewesen. Die AGH mit ihren Sanktionsmöglichkeiten ist vor diesem Hintergrund auch nicht als Zwangsinstrument, sondern als Instrument der Arbeitsförderung konstruiert. Sie ist daher sowohl verfassungskonform als auch mit internationalem Recht vereinbar.

2.5.4 Rechtstatsachen

2.5.4.1 Verdrängungseffekte im Rahmen regulärer Beschäftigung

Die AGH intendiert – wie festgestellt – grundsätzlich positive arbeitsmarktpolitische Effekte im Sinne einer aktiven Arbeitsförderung. Ihr Einsatz gilt dennoch mit gutem Grund als problematisch. Die größten Bedenken gründen darauf, dass die AGH reguläre Arbeit am Arbeitsmarkt verdrängen könnte. Dies liegt vor allem an der Subventionseigenschaft der AGH. Die Bundesagentur für Arbeit gab allein im Jahr 2010 mehr als fünf Milliarden Euro für die Förderung von Arbeitslosengeld II-Empfängern aus. Davon entfielen allein 20 % – und damit

---

[1112] LSG Nordrhein-Westfalen v. 14.5.2012 – L7 AS 557/12 B ER, NZS 2012, 632 f.; BVerwG 23.2.1979 – 5 B 114/78; OVG Münster 14.7.2000 – 16 B 605/00, BeckRS 2004, 26518; *Berger-Delhey*, NVwZ 1988, 899, 900; Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 26 ff.; anders z.B. *Gehrken*, Die Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung, S. 360 ff.

der größte Anteil – auf die AGH.[1113] Die Teilnehmer an AGH erhalten vom Jobcenter einen Zuschuss zum ALG II in Form von Mehraufwandsentschädigungen. Die Träger der Maßnahme wiederum erhalten eine monatliche Pauschale, durch die die Kosten (beispielsweise für Personal, Verwaltung, Unfall- und Haftpflichtversicherung, Qualifizierung, Arbeitskleidung, Sachkosten oder Betreuung) für die Einrichtung der AGH erstattet werden soll.[1114] Die Höhe der Maßnahmenkostenpauschale ist regional verschieden und von dem Leistungsträger des Weiteren nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einzelfallbezogen zu entscheiden (§ 14 Abs. 4 SGB II). Der Leistungsträger kann die AGH grundsätzlich bei freien sowie öffentlichen Maßnahmeträgern, aber auch bei privaten Trägern und in Eigenregie organisieren.[1115]

Die Kernproblematik liegt vor allem darin, dass der Erwerb von Arbeitsleistung durch die Beschäftigung von Personen in AGH für die Maßnahmeträger wesentlich kostengünstiger ist als es ein regulärer Arbeitnehmer mit regulärem Mindestlohn wäre. Die Besetzung entgeltlicher Dienstleistungen mit AGH wird dabei mit dem Argument begründet, dass die entsprechenden Preise marktorientiert seien und die erzielten Erlöse wiederum der Finanzierung der AGH-Maßnahme dienen würden. So werden Ein-Euro-Jobs allerdings auf die gleiche Art und Weise (nämlich marktorientiert) an den Markt gebracht wie sonstige Arbeiten auch.[1116] Es muss daher davon ausgegangen werden, dass manche Arbeiten, die ohne die Existenz von AGH auf dem regulären Arbeitsmarkt nachgefragt würden, dort allein deshalb nicht angeboten werden, weil sie gewohnheitsmäßig mit kostengünstigen AGH besetzt sind und es deshalb gar nicht in Frage käme, die entsprechenden Stellen für einen wesentlich höheren Lohn anzubieten.[1117]

Das Gesetz versucht, diesem Aspekt entgegenzuwirken, indem es entsprechende Kriterien zur Einrichtung von AGH vorgibt: Das Ergebnis der Arbeit muss zumindest mittelbar der Allgemeinheit dienen und darf darüber hinaus nicht überwiegend erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen oder lediglich im Interesse eines begrenzten Personenkreises liegen (§ 16d Abs. 2, 3 und 4 SGB II). Die Arbeit muss darüber hinaus auch zusätzlich sein. Zusätzlich sind Arbeiten per Legaldefinition in § 16d Abs. 2 Satz 1 SGB II, wenn sie ohne die Förderung

---

1113 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 6.
1114 *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 2.
1115 SRH-*Knickrehm/Krauß*, § 24 Rn. 112.
1116 *Krahmer*, SGb 2006, 581, 585.
1117 Ähnlich auch *Krahmer*, SGb 2006, 581, 585.

nicht, nicht in diesem Umfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt würden. Diese Kriterien sollen eigentlich eine Konkurrenz zum ersten Arbeitsmarkt ausschließen, es soll im Speziellen verhindert werden, dass die AGH, dadurch, dass sie staatlich subventioniert wird, reguläre Arbeit am Arbeitsmarkt verdrängt. In der öffentlichen Debatte aber wird dem „Ein-Euro-Job" immer wieder gerade eine solche wettbewerbsverzerrende Eigenschaft vorgeworfen.[1118] Problematisch ist wohl vor allem, dass das Zusätzlichkeitskriterium an sich in der Praxis nur schwer überprüfbar ist, da es stets auf der hypothetischen Ausgangslage basiert, dass eine Tätigkeit nicht zu einem höheren Preis auf dem Markt angeboten würde. Daran anschließend kamen mehrere Studien – unter anderem der Bundesagentur für Arbeit[1119] und des Bundesrechnungshofes[1120] – zu dem Ergebnis, dass auch bereits bestehende reguläre Beschäftigung durch AGH verdrängt wird: Zwei Drittel aller AGH erfüllten demnach nicht die gesetzlichen Kriterien. In den meisten Fällen, so etwa im Bereich von Reinigungsarbeiten in öffentlichen Verkehrsmitteln, im Bereich der Altenpflege oder bei Hausmeistertätigkeiten, wurde das Kriterium der Zusätzlichkeit schlichtweg nicht erfüllt.

AGH bergen demnach gleich zwei Gefahren für den Arbeitsmarkt: Auf der einen Seite können sie durch die kostengünstigere Besetzung von Tätigkeitsbereichen die Entstehung regulärer Beschäftigung verhindern, auf der anderen Seite drohen sie unter Nichtbeachtung des Zusätzlichkeitskriteriums, bereits bestehende Beschäftigung aktiv durch Setzen finanzieller Fehlanreize im Arbeitsmarktwettbewerb zu verdrängen. In der Folge können auch in der Sozialversicherung Beitragslöcher entstehen, da AGH keine Beschäftigungen darstellen und damit auch keine Versicherungspflichten begründen.[1121] Beitragsfreie Zeiten im Rahmen der Sozialversicherung sind freilich für zukünftige Zeiten auch für die Maßnahmeteilnehmer ein nachteiliger Effekt in der Erwerbsbiografie (s.u. 3.3.2.2.4).

Vor diesem Hintergrund kommt der strengen Auslegung des Kriteriums der Zusätzlichkeit besonders hohe Relevanz zu, die dort verankerte Schutzfunktion muss zwingend berücksichtigt werden, um Verdrängungseffekte am Arbeits-

---

1118 *Krahmer*, SGb 2006, 581, 585; *Hohmeyer/Moczall*, IAB-Forum 2016, Nr. 1, 40.

1119 Studie der Bundesagentur für Arbeit, vgl. Westfälische Rundschau v. 5.6.2009, abrufbar unter: https://www.wr.de/wr-info/ein-euro-jobs-vernichten-arbeitsplaetze-id359947.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1120 Bundesrechnungshof, BT-Drs. 16/11488, S. 191.

1121 *v. Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2, 6.

markt zu verhindern.[1122] Dabei sind auch strengere Kontrollen, einhergehend mit Sanktionierungen, empfehlenswert.[1123]

Das sozialpolitische Leitbild fußt an sich auf der Prämisse, dass der Einzelne seinen Lebensunterhalt durch seine Erwerbstätigkeit unabhängig von etwaigen Transferleistungen bestreiten kann. Die Grundsicherung nach dem SGB II sollte als subsidiäre und ausnahmsweise Unterstützung für zeitlich begrenzte Sondersituationen verstanden werden, nicht als dauerhaftes, gleichwertiges Beschäftigungsmodell wie es sich im Rahmen der AGH offensichtlich etabliert hat.[1124] Es ist daher Aufgabe der Rechtsordnung, die Grundlagen für eine autonome und ausreichende Existenzsicherung zu schaffen und sodann dauerhaft aufrecht zu erhalten und weiter auch dafür Sorge zu tragen, dass sich Beschäftigungsmodelle aus einer Kombination von Arbeitslosengeld und Zusatzzahlungen nicht dauerhaft als wettbewerbsverzerrende Konkurrenz am Markt etablieren können.[1125]

2.5.4.2 Prekarisierung des Arbeitsmarktes

Unter Rückgriff auf die langjährige Verwaltungspraxis zum ehemaligen § 19 BSHG ist für die Ausführung von AGH eine Mehraufwandsentschädigung von mindestens einem Euro pro Stunde vorgesehen. Hierbei handelt es sich lediglich um einen Richtwert. Der tatsächliche Stundenlohn kann also auch höher liegen als ein Euro. In der Praxis liegt er zumeist zwischen einem und zwei Euro pro Stunde (s.o. 2.5.2.2). Mit der Aufwandsentschädigung sollen die durch den Maßnahmeteilnehmer verursachten anfallenden Mehrkosten ausgeglichen werden. Der Geldbetrag muss daher, auch wenn er grundsätzlich pauschaliert ist, im Ergebnis doch ins Verhältnis zu den tatsächlich entstehenden Mehrkosten gesetzt werden und an den Gegebenheiten des Einzelfalles, der gelegentlich auch einen etwas höheren Betrag als einen Euro fordern kann, ausgerichtet sein.[1126]

In der Praxis ist eine inflationäre weitere Ausdehnung der Aufwandsentschädigung in die Höhe zu vermeiden, da ein zu hoher pauschalierter Aufwendungsersatz sowohl beim Maßnahmeträger als auch beim Leistungsempfänger Eindruck und Fehlanreiz eines Kombinationsmodells aus Arbeitslosengeld II und

---

1122 *Krahmer*, SGb 2006, 581, 583.
1123 So auch v. *Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2, 6.
1124 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 89.
1125 *Waltermann*, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 91.
1126 *Bieritz-Harder*, ZFSH/SGB 2005, 259, 262.

Mehraufwandsentschädigung begünstigen kann, was im Ergebnis die Grenze zu regulären Arbeitsverhältnissen verwischen, zur Ausbreitung der AGH führen und reguläre Arbeit in der Folge verdrängen könnte. Problemtisch erscheint dieser Aspekt auch vor dem Hintergrund des Lohnabstandsgebotes, denn die Kombination aus ALG II und Mehraufwandsentschädigung darf keinesfalls zu einem annähernd gleichen Lohn wie reguläre Arbeit im unteren Verdienstsegment führen (s.o. 2.4.5.1). Eine Verzerrung und Prekarisierung des gesamten Arbeitsmarktes wäre dann die ungünstige Folge.[1127]

2.5.4.3 Keine ausreichende arbeitsrechtliche Absicherung

Die arbeitsrechtliche Absicherung für Maßnahmeteilnehmer ist in § 16d Abs. 7 SGB II geregelt. Gemäß Satz 2 Halbs. 2 gelten für Personen in AGH die Vorschriften über den Arbeitsschutz sowie das Bundesurlaubsgesetz entsprechend, die Vorschriften über das Urlaubsentgelt sind dabei allerdings ausdrücklich ausgenommen, da die Mehraufwandsentschädigung kein Arbeitsentgelt darstellt und zu Urlaubszeiten kraft Natur der Sache grundsätzlich auch gar kein leistungsbedingter Mehraufwand entstehen kann.[1128] Der Arbeitsschutz umfasst sowohl den sozialen Arbeitsschutz – wie den Arbeitszeitschutz oder Mutterschutz – als auch den technischen Arbeitsschutz – also beispielsweise den Unfallschutz oder den Schutz vor arbeitsbedingten Erkrankungen.[1129] Seitens des Arbeitsrechts endet an dieser Stelle die privatrechtliche Schutzfunktion der Maßnahmeteilnehmer.

Obwohl Maßnahmeteilnehmer das gleiche Wochenstundenpensum wie beispielsweise Teilzeitarbeitnehmer erreichen können (s.o. 2.5.2.2) und damit in einem gewissen Rahmen auch schutzbedürftig sein sollten, finden aufgrund des fehlenden Arbeitsvertrages bzw. des fehlenden Arbeitsverhältnisses weder Tarifverträge Anwendung noch existiert ein Streikrecht. Ebenso wenig besteht eine Entgeltfortzahlung im Krankheits- oder Urlaubsfall. Auch unterliegen AGH nicht dem Kündigungsschutz.

1127 *Wuttke*, Arbeitgeber 1-2/2005, 12, 13.
1128 Hauck/Noftz-*Voelzke*, SGB II, § 16d Rn. 130.
1129 Schlegel/Voelzke-*Harks*, § 16d SGB II, Rn. 64.

2.5.4.4 Verzerrung der Arbeitslosenstatistik

Leistungsbezieher, die einer AGH nachgehen, zählen gesetzlich nicht mehr als Arbeitslose.[1130] Sie werden demzufolge auch nicht von der Arbeitslosenstatistik erfasst. Wird zugrunde gelegt, dass aktuell 73.000 Personen[1131] in AGH untergebracht sind, fehlt demnach eben diese Anzahl an Personen in der Statistik. Dies ist vor dem Hintergrund problematisch, dass die Anzahl an Personen, die den vollen Satz Arbeitslosengeld II bezieht und damit hilfebedürftig ist, kleiner gehalten wird als sie es eigentlich ist. Die Arbeitslosenstatistik wird dadurch geschönt.

Das davon ausgehende Signal, arbeitslose Menschen juristisch als nicht arbeitslos zu deklarieren, ist nicht nur für die Maßnahmeteilnehmer selbst, sondern auch für die Gesellschaft durchaus problematisch. Das Vorgaukeln von Arbeitstätigkeit bei Personen, die grundsätzlich arbeitslos sind, verharmlost die Situation der in AGH befindlichen Personen. Dadurch wird die politische und gesellschaftliche Aufmerksamkeit dieser Personengruppe gegenüber herabgesetzt, wodurch auch die Bereitschaft von Politik und Maßnahmeteilnehmern, für Abhilfe zu sorgen, gering gehalten wird. Es kann als zynisch betrachtet werden, langzeitarbeitslose Personen, um die es sich hier in der Regel handelt und die sich aufgrund ihrer verfestigten Arbeitslosigkeit in einer Maßnahme befinden, als „nicht arbeitslos" zu deklarieren. Es ist im Übrigen widersprüchlich, das Instrument als Arbeitsförderungsinstrument auszurichten und folglich als Mittel zur Überwindung von Arbeitslosigkeit und nicht etwa als Arbeit für eine bestimmte Leistung (s.o. 2.5.3.1), dies aber statistisch genau umgekehrt einzuordnen. Personen, die sich in AGH befinden, sollten, da sie juristisch als arbeitslos gelten, in der Arbeitslosenstatistik erfasst werden.

2.5.4.5 Verbesserung der Vermittelbarkeit und das Kriterium der Zusätzlichkeit im gegenseitigen Konflikt

Die mit der AGH einhergehende Gewöhnung an Arbeitstätigkeit und Aufrechterhaltung von sozialisierter Tagesstruktur im Alltagsleben kann aus sozialphilosophischer Sicht sicherlich als positiver Aspekt zur Verbesserung der Vermit-

---

1130 *v. Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2.

1131 Zahlen der Bundesagentur für Arbeit für Juli 2018, Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt, S. 33, abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Arbeitsmarktbericht0718_ba018364.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

telbarkeit von AGH-Teilnehmern gewertet werden.[1132] Die Frage, ob eine AGH darüber hinaus nach ihrem Abschluss gemäß der gesetzgeberischen Intention tatsächlich auch die Chancen der Maßnahmeteilnehmer auf eine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt verbessert, ist eines der meist diskutierten Themen im Zusammenhang mit AGH.[1133] Sie kann wohl dahin beantwortet werden, dass es zum einen im Wesentlichen davon abhängt, ob die Qualifikationen und die innerhalb der Maßnahme geforderten Tätigkeiten auf dem ersten Arbeitsmarkt auch nachgefragt werden. Zum anderen hängt der Erfolg davon ab, welche Zweckrichtung die Maßnahme verfolgt – ob sie neben der reinen Tätigkeitsausübung beispielsweise verstärkt auch Qualifizierungselemente aufweist und ob im Anschluss an die Maßnahmenteilnahme noch weitere Förderungen folgen.[1134]

Studien des IAB attestieren der AGH durchschnittlich eine mittel- bis langfristige Erhöhung der Beschäftigungschancen von Maßnahmeteilnehmern.[1135] Nur knapp über 1 % der Teilnehmer an AGH wurden im Jahr 2007 beispielsweise in eine ungeförderte, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in derselben Einrichtung der Maßnahmendurchführung übernommen.[1136] Von einem Klebeeffekt kann insoweit also nicht die Rede sein. Neben maßnahmenbegründenden Vermittlungsfaktoren spielen des Weiteren aber auch individuelle Vermittlungsfaktoren des Maßnahmeteilnehmers selbst – wie beispielsweise seine individuelle oder familiäre Lebenssituation und die Nachhaltigkeit sowie die Intensität seiner Vermittlungsbestrebungen – eine wichtige Rolle.[1137] Grundsätzlich muss man wohl davon ausgehen, dass es einer gewissen Eignung der Maßnahme bedarf, sinnvoll Tätigkeitsqualifikationen aufrechtzuerhalten bzw. zu trainieren, die später von Nutzen auf dem regulären Arbeitsmarkt sein können. Diese müssen darüber hinaus aber auch auf individuelle Vermittlungshemmnisse abgestimmt sein. Das scheint in sich verstrickt, da das Ausüben einer

---

1132 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1.

1133 Studie der Bundesagentur für Arbeit, vgl. Westfälische Rundschau v. 05.06.2009, abrufbar unter: https://www.wr.de/wr-info/ein-euro-jobs-vernichten-arbeitsplaetze-id359947.html (zuletzt geprüft am 16.2.2019); Bundesrechnungshof, BT-Drs. 16/11488, S. 191; *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 7.

1134 *Krahmer*, SGb 2006, 581, 582; *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 8; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 7.

1135 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 1.

1136 *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011, 17.

1137 Vgl. auch *Krahmer*, SGb 2006, 581, 582.

marktwertvollen Tätigkeit nur schwierig mit dem Kriterium der Zusätzlichkeit der AGH in Einklang zu bringen zu sein scheint und so quasi die Ausübung marktsinnvoller Tätigkeiten innerhalb der AGH konterkariert wird, denn marktsinnvolle Tätigkeiten werden nach ökonomischer Logik überwiegend auch am regulären Arbeitsmarkt angeboten werden und sind damit nicht zusätzlich. Es stellt sich also die Frage, ob es innerhalb von AGH denknotwendig überhaupt marktsinnvolle Tätigkeitsausübungen geben kann. Es scheint daher als würde gerade das Zusätzlichkeitskriterium, das als Schutzinstrument gegen Verdrängungseffekte und Prekarisierung des Arbeitsmarktes konzipiert und vor diesem Hintergrund auch von überragender Bedeutung ist, der Wiedereingliederung Langzeitarbeitsloser in reguläre Beschäftigung im Wege stehen. So werden die Kosten für die Weiterbildungsmaßnahmen von Ein-Euro-Jobs zwar vom Staat übernommen, allerdings ist die Einrichtung von AGH für Betriebe dennoch mit einem gewissen Aufwand verbunden, weshalb ein Betrieb sich wohl nur auf die Integration von AGH einlassen wird, wenn ihm ein betrieblicher Nutzen daraus erwächst. Dieser betriebliche Nutzen besteht laut der Humankapitaltheorie in der erhöhten Produktivität des Arbeitnehmers.[1138] Auch dies wird durch die Anforderungen der Zusätzlichkeit aber geradezu ausgeschlossen, da Teilnehmer an AGH gerade nicht produktiv in einem gewinnbringenden Sinn sein dürfen, also nicht so produktiv, dass sie beispielsweise andere Arbeitskräfte ersetzen könnten. Dies ist insgesamt ein widersprüchlicher, in § 16d SGB II angelegter Mechanismus, der an sich aus juristischer Sicht nur wenig Ansätze für eine vollumfängliche Lösung bietet.

2.5.4.6 Zusammenfassung

AGH haben nicht nur den Effekt, dass sie durch die Besetzung von Tätigkeitsbereichen die Entstehung regulärer Beschäftigung verhindern, sie verdrängen unter Nichtbeachtung des Zusätzlichkeitskriteriums ebenfalls bereits bestehende Beschäftigung durch Setzen finanzieller Fehlanreize im Arbeitsmarktwettbewerb. Das Kriterium der Zusätzlichkeit ist in der Praxis nur schwer überprüfbar, da es auf der hypothetischen Ausgangslage basiert, dass eine Tätigkeit nicht zu einem höheren Preis auf dem Markt angeboten würde. Vor diesem Hintergrund kommt der strengen Auslegung des Kriteriums der Zusätzlichkeit besonders hohe Relevanz zu, die dort verankerte Schutzfunktion muss zwingend berücksichtigt werden, um Verdrängungseffekte am Arbeitsmarkt zu verhindern. Strenge Kontrollen, einhergehend mit Sanktionierungen, sind daher

---

1138 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 9.

ratsam, damit sich Beschäftigungsmodelle aus einer Kombination von Arbeitslosengeld und Zusatzzahlungen nicht dauerhaft als wettbewerbsverzerrende Konkurrenz am Markt etablieren können. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Ausdehnung der Aufwandsentschädigung nach oben ausdrücklich zu vermeiden, da ein zu hoher pauschalierter Aufwendungsersatz sowohl beim Maßnahmeträger als auch beim Leistungsempfänger Fehlanreize zur Einnistung in dem Kombinationsmodell aus Arbeitslosengeld II und Mehraufwandsentschädigung setzen kann, was die Grenze zu regulären Arbeitsverhältnissen verwischt und daher auch mit dem Lohnabstandsgebot in Konflikt tritt.

Um das Augenmerk auf die Hilfebedürftigkeit langzeitarbeitsloser Personen, um die es sich bei Maßnahmeteilnehmern im Rahmen von AGH handelt, zu legen, sollten diese juristisch auch als arbeitslos gelten und vor diesem Hintergrund ebenfalls in der Arbeitslosenstatistik erfasst werden.

Die mit der AGH einhergehende Gewöhnung an Arbeitstätigkeit und Aufrechterhaltung von sozialisierter Tagesstruktur verbessert laut Studien des IAB[1139] die Vermittelbarkeit von AGH-Teilnehmern. Darüber hinaus hängt es wesentlich davon ab, ob die Qualifikationen und die innerhalb der Maßnahme geforderten Tätigkeiten auf dem ersten Arbeitsmarkt auch nachgefragt werden und ob die Zweckrichtung der Maßnahme auch Qualifizierungselemente aufweist, die im Anschluss an die Maßnahmenteilnahme weiter gefördert werden. Studien des IAB[1140] attestieren der AGH insgesamt im Schnitt eine mittelfristige Erhöhung der Beschäftigungschancen von Maßnahmeteilnehmern.[1141] Der erhoffte Klebeffekt beim Maßnahmeträger bleibt aber zumeist aus. Darüber hinaus scheint das als wichtige Schutzfunktion der AGH konzipierte Kriterium der Zusätzlichkeit der Ausübung einer marktsinnvollen Förderung während der AGH-Laufzeit und somit einer sinnvollen Förderung für die Integration in den ersten Arbeitsmarkt im Wege zu stehen.

1139 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1.

1140 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 1.

1141 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5; *Hohmeyer/Wolff*, IAB-Kurzbericht 4/2010, 1.

2.5.5 Lösungsvorschläge

2.5.5.1 Ursachenansatz I: Weiterbildung und Qualifizierung der Maßnahmeteilnehmer

Im Kontext mit langanhaltender Arbeitslosigkeit stößt man immer wieder vor allem auf einen Aspekt, der allem Anschein nach ganz ausschlaggebendes Kennzeichnungsmerkmal ist: das nicht Vorhandensein marktgefragter Qualifikationen.[1142] 51,1 % aller Teilnehmer an AGH im Juni 2015 haben keinen Berufsabschluss, 46,1 % können ebenfalls keinen betrieblichen oder schulischen Abschluss vorweisen.[1143] Dies veranschaulicht, welche Bedeutung individuell abgestimmte Qualifizierungsmaßnahmen für die Hilfebedürftigen haben.[1144] Studien des IAB[1145] bestätigen in diesem Kontext durchaus positive Einflüsse von Bildungsmaßnahmen auf die Beschäftigungschancen erwerbsloser Personen. Auch die überwiegende Mehrheit der diesbezüglich befragten Maßnahmeträger, die Ein-Euro-Jobber beschäftig(t)en, gaben an, dass eine berufsfachliche Qualifizierung ihrer Ansicht nach die Maßnahme sei, die am ehesten zur Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit geeignet sei.[1146] Bemängelt wurde von jeder fünften Einrichtung vor allem auch die Kommunikations- und Teamfähigkeit der Teilnehmer.[1147]

Auch aus diesem Grund ist es vor allem wichtig, dass es bei der AGH nicht allein um die obligatorische Maßnahmenteilnahme an sich gehen kann. Ganz entscheidend für die Wirksamkeitsentfaltung von AGH ist die Zweckrichtung

---

1142 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 4; *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 7; *Trube/Weiß*, Zur Arbeitsmarkt- und Sozialintegration von Langzeitarbeitslosen; *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011, 7.

1143 Bundesagentur für Arbeit, Grundlagen: Methodenbericht Juni 2017, S. 11, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Arbeitsmarktstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-qualifikationsspezifische-Arbeitslosenquoten.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1144 Bundesagentur für Arbeit, Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt Juli 2018, S. 32 f., abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Arbeitsmarktbericht0718_ba018364.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1145 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 4; *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011; *Moczall/Rebien* zur Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit von Ein-Euro-Jobbern aus Sicht der Betriebe, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 7.

1146 *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 7 f.

1147 *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 4 ff.

der Maßnahme bzw. ihre individuell abgestimmte Ausgestaltung: Eine gezielte Qualifizierung im Rahmen persönlicher, sozialer, aber auch arbeitsmarktspezifischer Defizite sowie die Heranführung an den Arbeitsmarkt sind unerlässliche Voraussetzungen des Maßnahmenerfolges.[1148] AGH sind daher inhaltlich konkret so auszugestalten, dass neben der bloßen Bereitstellung der Arbeitskraft vor allem auch die persönliche und berufliche Entwicklung dergestalt gefördert wird, dass geeignete Fördermaßnahmen in einem ersten Schritt konkret auf den Einzelfall abgestimmt und in einem zweiten Schritt dann von den Maßnahmeträgern auch konsequent durchgeführt werden.

Die tatsächlichen Qualifizierungsbestrebungen der Maßnahmeteilnehmer von AGH sind in der Tat ein Aspekt, dem gegenwärtig viel zu wenig Beachtung geschenkt wird.[1149] Die Maßnahmeträger bestimmen die konkrete Ausgestaltung der Qualifizierung. Bei Stellen des Förderantrags sind sie zwar gehalten, eine Beschreibung der Maßnahmengestaltung vorzulegen, die Art, Umfang und Qualität von Betreuung und Qualifizierung umfasst,[1150] sie entscheiden aber dennoch beispielsweise freiwillig, ob sie die Maßnahmeteilnehmer durch Bewerbungstraining oder durch die Förderung beruflicher Qualifikationen auch in ihrer beruflichen und persönlichen Ausbildung fördern oder individuelle Ansprechpartner für die Teilnehmer zur Verfügung stellen – die Ausgestaltung der Weiterbildung ist weitgehend frei.[1151]

Die AGH, wenn sie effektive Wirkung entfalten soll, ist inhaltlich allerdings derart auszugestalten, dass neben der reinen Bereitstellung der Arbeitskraft ebenfalls unabdingbar die persönliche und berufliche Entwicklung der Maßnahmeteilnehmer gefördert wird.[1152] Dies kann vor allem durch Elemente wie das Erlangen eines Schulabschlusses, individuell abgestimmtes Bewerbungstraining, die Förderung personenbezogener sozialer Kompetenzen und beruflicher Qualifikationen erfolgen.[1153] Volle Effektivität können AGH offensichtlich nur dann entfalten, wenn die Fördervoraussetzungen des Maßnahmeträgers für die AGH an strenge Qualifizierungsanforderungen geknüpft werden. Die Maß-

---

1148 *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 8; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5.

1149 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 6 f.

1150 *Bundesagentur für Arbeit*, SGB II-Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16d SGB II, 2009, S. 14.

1151 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 6 f.

1152 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5.

1153 *Bundesagentur für Arbeit*, SGB II-Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16d SGB II, 2009, S. 3; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5, 33.

nahmeträger erleben im konkreten Arbeitsalltag, an welchen Qualifikationen es dem Maßnahmeteilnehmer spezifisch fehlt und an welchen Stellen zur Verbesserung der Vermittelbarkeit angesetzt werden muss, sie können daher durch eine entsprechende Förderung der gezielten Bereiche die Beschäftigungschancen der Maßnahmeteilnehmer besonders effektiv erhöhen.[1154] Von daher sollte hier die Stellschraube genutzt werden.

Die Schwierigkeit, die die Strenge und Kontrolle von Rahmenvorgaben für Fördermaßnahmen mit sich zieht, besteht allerdings darin, dass die Einrichtung von AGH – wenngleich sie wettbewerbsneutral sein muss – für den Maßnahmeträger dennoch einen relativen Vorteil bringen muss, um überhaupt ein gewisses ökonomisches Maß an Attraktivität bereitzuhalten.[1155] Ein Vorteil besteht zwar in der kostengünstigen Inanspruchnahme von Arbeitsleistung, diese muss in einem gewissen Rahmen aus betrieblicher Sicht aber auch gewinnbringend (bzw. produktiv) sein. Vor allem die wenig vorhandene Planungssicherheit durch sich oftmals rasch abwechselnde Maßnahmeteilnehmer mit jeweils lediglich kurzer Einsatzzeit kann von Betrieben als nachteilig empfunden werden. Auch der Aspekt, dass die entsprechende Tätigkeit vom Maßnahmeteilnehmer oftmals erst im Betrieb erlernt werden und dafür qualifiziertes Anleitpersonal abgestellt werden muss,[1156] wird aus ökonomischer Sicht negativ bewertet.

Der Einsatz von AGH muss aus betrieblicher Sicht letztlich gegenüber dem Einsatz eines regulären Arbeitnehmers aber sinnvoll sein, denn selbstverständlich verfolgt jeder Maßnahmeträger – gleich, ob mit sozialer Ausrichtung oder nicht – eigene wirtschaftliche Interessen und ein gewisses Maß an Funktionalität. Die wenigsten Betriebe – vor allem kleinere[1157] – werden daher in eine umfassende, vorgegebene, streng überwachte Förderung investieren wollen. Die Kosten für die Weiterbildung sowie die Mehraufwandsentschädigung während Zeiten von Qualifizierungsmaßnahmen werden zwar vom Leistungsträger getragen, indem sie durch die ausgezahlte Maßnahmenpauschale erfasst werden[1158], allerdings wird diese gemäß § 14 Abs. 4 SGB II nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erbracht – über die Maßnahmenpauschale hinaus werden an die Träger keine weiteren Leistungen zur Durchführung der

---

1154 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 5.

1155 So sehen es auch *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 9.

1156 *Bundesagentur für Arbeit,* SGB II-Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16d SGB II, 2009, S. 14.

1157 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 11.

1158 *Bundesagentur für Arbeit,* SGB II-Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16d SGB II, 2009; *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 11.

Maßnahme erbracht.[1159] Der Träger wird daher auch nur dieses Mindestmaß an Qualifizierung umsetzen. Im Gegenzug zur Einsatzmöglichkeit von Ein-Euro-Jobbern sollten die Maßnahmeträger daher zu entsprechenden Begleitprogrammen von Rechts wegen in einem gewissen Rahmen verpflichtet werden, um die Integrationschance von AGH-Teilnehmern tatsächlich der gesetzlichen Intention entsprechend erhöhen zu können und für eine qualitativ sinnvolle Qualifizierung zu sorgen.

Eine Verpflichtung des Maßnahmeträgers zu Art und Umfang der Durchführung bestimmter Fördermaßnahmen darf letztlich allerdings keine negative Auswirkung auf die Integrationsbereitschaft von AGH beim Maßnahmeträger nach sich ziehen. Die Abwägung zwischen betrieblichem Investment und betrieblichem Vorteil zur Beurteilung von Art und Maß einer streng überwachten Weiterbildungsverpflichtung ist eine Gratwanderung und hängt von betriebsspezifischen Faktoren wie Größe des Maßnahmeträgers usw. ab. Daher ist sie unbedingt am konkreten Einzelfall auszurichten. Ein trägerscharfes Qualitätssicherungskonzept ist darüber hinaus allerdings unerlässlich für die Erfolgschancen von AGH.[1160]

Erforderlich ist nach allem die zwingende Verknüpfung von AGH mit Qualifizierungsmaßnahmen, um Defizite, die einem Übergang des Teilnehmers in den ersten Arbeitsmarkt entgegenstehen können, zu begegnen. Ohnehin ist dies eine Aufgabe des Grundsicherungsträgers. Soweit sie in der Maßnahme durch den Maßnahmeträger erfolgen kann, sollte sie daher zumindest zum Teil erstattet werden. Hinsichtlich des Eigenanteils des Maßnahmeträgers wäre auf den betrieblichen Nutzen der zusätzlichen Qualifizierung des Maßnahmeteilnehmers abzustellen.

2.5.5.2 Ursachenansatz II: Hilfestellung

Ein weiterer Aspekt, der die Ursachen langanhaltender Arbeitslosigkeit wie sie bei AGH-Teilnehmern zumeist vorliegt, berücksichtigt, ist die leistungsträgerseitige Hilfestellung bei der Bewältigung individueller Problemlagen. AGH sind vor allem auf Personengruppen zugeschnitten, die seit mehreren Jahren arbeitslos sind, nicht (mehr) über marktgängige Qualifikationen verfügen oder andere

---

1159 *Bundesagentur für Arbeit,* SGB II-Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16d SGB II, 2009, S. 12; vgl. auch *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 9.

1160 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Apel/Fertig/Koch/Osiander*, IAB-Kurzbericht 20/2011, 8.

Merkmale aufweisen, die häufig im Kontext mit längerer Arbeitslosigkeit auftreten. Dies können beispielsweise Suchtprobleme, Verschuldung, eine Erosion berufsbezogener Kompetenzen oder auch chronische Erkrankungen sein.[1161]

Nur zur Veranschaulichung zwei Beispiele: Zu einer Bewältigung der Ursachen stagnierender Arbeitslosigkeit ist beispielsweise bereits dann anzusetzen, wenn ein Arbeitsloser etwa an einer psychischen Erkrankung leidet, aufgrund derer eine Aktivierung in Eigeninitiative für den Betroffenen oft gar nicht zu bewältigen ist. Hier muss durch individuelle Betreuung bzw. Beratung und Hinzuziehung ärztlicher Unterstützung zunächst dort angesetzt werden, wo ein eigenverantwortliches Arbeitsleben ausgeschlossen zu sein scheint. Starre schematische Maßnahmenpakete sind hier nur wenig wirkungsvoll. Ein zweites Beispiel ist der Umgang mit verschuldeten Leistungsbeziehern. Das Gesetz sieht hier zwar Regelungen über Verschuldungssituationen gegenüber dem Leistungsträger vor (z.B. Aufrechnung nach dem SGB II gemäß § 43 oder auch die darlehensweise Sicherung des Lebensunterhalts nach § 42a SGB II), allerdings stellen diese lediglich den Umgang mit Symptomen dar. Es müsste aber bereits an der Wurzel der Verschuldungssituation angesetzt werden, beispielweise mit frühzeitiger, konsequent begleitender Schuldnerberatung des Betroffenen. Wenn erst gehandelt wird, wenn der Leistungsempfänger bereits von Darlehen des Leistungsträgers abhängig ist und nicht die Ursachen bekämpft werden, wird ein Ausstieg aus der Schuldensituation immer unwahrscheinlicher und somit zugleich ein Ausstieg aus der Armutssituation.

Insgesamt ist es für die Erhöhung der Integrationschancen in den regulären Arbeitsmarkt zwingend notwendig, durch gezielte und abgestimmte Beratung und Hilfeleistung unmittelbar an etwaigen, individuellen Unwägbarkeiten anzusetzen. Entstandene, zur Verfestigung von Erwerbslosigkeit führende Problemlagen lediglich im Anschluss mit Sanktionen zu bedrohen, um eine Integration in den Arbeitsmarkt zu erzielen, setzt innerhalb der Ursachenkette zu spät an, sodass ein tatsächliches Überwinden von Arbeitslosigkeit kaum erreichbar scheint. Nur wenn Geldleistungen um präventive, vollumfängliche und proaktive Maßnahmen, die den Einzelnen zur gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der (Arbeits-) Gesellschaft befähigen, ergänzt werden, kann die Vermittelbarkeit von Maßnahmeteilnehmern erhöht werden.

1161 *Trube/Weiß,* Zur Arbeitsmarkt- und Sozialintegration von Langzeitarbeitslosen; *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011, 7.

2.5.5.3 Rechtlicher Rahmen: Begrenzung von Umfang und Dauer der Arbeitsgelegenheiten

AGH sehen grundsätzlich keine dauerhafte Teilnahme vor: § 16d Abs. 6 Satz 1 SGB II reguliert innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren die Teilnahme an AGH auf nicht länger als insgesamt 24 Monate. Nach individuellen Gegebenheiten kann dieser Zeitraum allerdings für weitere zwölf Monate verlängert werden (§ 16d Abs. 6 Satz 2 SGB II). Vor allem diese Verlängerungsmöglichkeit scheint wenig nachvollziehbar, da sie die zunächst gesetzte zeitliche Obergrenze von 24 Monaten aus Satz 1 wieder aufweicht, was die Festlegung einer Höchstgrenze von 24 Monaten insgesamt hinfällig macht. Um einer Verdrängung regulärer Beschäftigung entgegenzuwirken, sollte eine absolute Gesamtteilnahmegrenze von maximal 24 Monaten ohne Verlängerungsmöglichkeit angedacht werden.[1162]

Nach der Rechtsprechung widerspricht auch eine Wochenstundenanzahl in Höhe von 30 den für die AGH geltenden Prinzipien nicht (s.o. 2.5.2.2).[1163] In der Praxis wird auch ein Überschreiten dessen zugelassen, wenn dies durch umfangreiche Qualifizierungsmaßnahmen erforderlich ist.[1164] Um hier ein Verwischen von AGH und regulärer Arbeit zu verhindern und mithin Wettbewerbsverzerrungen auf dem Arbeitsmarkt vorzubeugen, sollte eine gesetzlich festgeschriebene Wochenstundenhöchstgrenze auf maximal 20 Stunden reguliert werden.[1165] Eine darüber hinausgehende Wochenstundenanzahl könnte dem Zweck der Integration in den Arbeitsmarkt im Wege stehen, denn der Maßnahmeteilnehmer muss vor allem auch noch ausreichend Kapazität haben, sich um eine reguläre Arbeitsstelle zu bemühen.[1166] Eine noch unter 20 Wochenarbeitsstunden liegende Vorgabe, wie sie beispielsweise *Rixen* vorschlägt[1167], wäre vor dem Hintergrund des Zweckes der AGH, einer Entwöhnung von Arbeit vorzubeugen, einen geregelten Alltag beizubehalten und soziale Kontakte und

---

1162 *v. Koppenfels-Spies* schlägt beispielsweise eine Grenze von lediglich 6 Monaten Teilnahmezeit vor, NZS 2010, 2, 7.

1163 BSG 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R, BSGE 102, 201; so auch *Bieback*, NZS 2005, 337, 342; KKW-*Hahn*, SGB II § 16d Rn. 17.

1164 *Bieback*, NZS 2005, 337, 342.

1165 Vgl. auch LPK-SGB II-*Niewald*, § 16 Rn. 22; a.A. *Bieback*, NZS 2005, 337, 342.

1166 So sieht es auch *Bieritz-Harder*, ZFSH/SGB 2005, 259, 263; *Ockenga*, SozSich 2009, 217, 218.

1167 10 bzw. 15 Wochenstunden schlagen z.B. v. *Koppenfels-Spies*, NZS 2010, 2, 6 f. bzw. *Rixen*, SozSich 2005, 152, 156 vor.

Strukturen aufrechterhalten zu können, zur Zielerreichung allerdings ebenso wenig effektiv.

2.5.5.4 Kombinationslösung Anschlussmodell: Höchstgrenze mit Qualifizierungsanschluss

Dreh- und Angelpunkt der Ursache von (Langzeit-)Arbeitslosigkeit ist grundsätzlich das Bedürfnis nach individuell abgestimmter Weiterbildung und Qualifizierung der Hilfebedürftigen. Das hier vorgeschlagene Anschlussmodell schließt an eine Begrenzung der AGH in Dauer und Umfang an. Wie dargelegt, ist eine Umfangsbegrenzung der AGH auf maximal 24 Monate insgesamt im Zusammenspiel mit einer Gesamtwochenstundenanzahl in Höhe von 20 vorzugswürdig, um Verdrängungseffekte durch die Etablierung wettbewerbsverzerrender Subventionsmodelle auf dem regulären Arbeitsmarkt zu verhindern. Sollte es nach Ablauf der Maßnahmezeit nicht gelungen sein, den Leistungsempfänger in den regulären Arbeitsmarkt zu integrieren, wäre es wenig ratsam, nachdem es dem Maßnahmeteilnehmer ggf. gelungen ist, wieder einen arbeitsgeprägten Alltag in sein Leben zu integrieren und gewisse Sozialisierungsprozesse in Gang zu setzen, entsprechend errungene Fortschritte wieder zu gefährden. Ein regelmäßiger Wochenablauf, der eine geregelte Alltagsplanung erforderlich macht, scheint nach Ausscheiden aus der Maßnahme von bedeutender Relevanz. Studien des IAB[1168] bestätigen einen durchaus positiven Einfluss von Bildungsmaßnahmen auf die Beschäftigungschancen erwerbsloser Personen. Darüber hinaus bestätigen sie eine Erhöhung der Chance auf Folgeförderungen der Maßnahmeteilnehmer beispielsweise bei einem Arbeitgeber.[1169] Es wäre daher effektiv, die ALG-II-Empfänger verpflichtend im Anschluss an eine ohne Anschlussbeschäftigung beendete AGH-Maßnahme durch das Jobcenter im selben Stundenumfang wie der zuvor nachgegangenen Arbeitsgelegenheit mit Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen zu begleiten, welche sodann zur Voraussetzung des Leistungsbezugs gemacht werden sollten. Dies ist auch mit dem Grundsatz des Förderns und Forderns vereinbar, nach dem jeden Leistungsbezieher die Obliegenheit trifft, den Zustand seiner Hilfebedürftigkeit nach eigenen Kräften zu beenden bzw. diesbezüglich mitzuwirken. Die aus Steuermitteln zu finanzierenden Weiterbildungsstunden sind nicht nur wichtig,

---

1168 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 4; *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011; *Moczall/Rebien* zur Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit von Ein-Euro-Jobbern aus Sicht der Betriebe, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 7.

1169 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 7.

um die Attraktivität des Maßnahmeteilnehmers für den regulären Arbeitsmarkt zu erhöhen und ein gewisses Maß an Arbeitsalltag aufrechtzuerhalten, sondern verhindern gleichsam auch Fehlanreize von Langzeitarbeitslosigkeit, indem Anreize zur selbstbestimmten Arbeitsaufnahme gesetzt werden können.

2.5.5.5 Mehr Anreize für Hinzuverdienste unter dem Aspekt der Zumutbarkeit von Beschäftigung nach § 10 SGB II

Dreh- und Angelpunkt der Stagnation in Arbeitslosigkeit im Rahmen des SGB II ist auch das Setzen von Anreizen zur Arbeitsaufnahme, auch wenn diese nicht immer sofort vollständig aus dem Leistungsbezug führen. Bedeutsam ist hier das Merkmal der selbst-, nicht fremdbestimmten Motivation. Anstelle einer lediglich sanktionsausgerichteten Reglementierung des Sozialrechts im Hinblick auf AGH, sollten verstärkt auch Anreize für den Arbeitslosen gesetzt werden, selbstständig eine Arbeit aufzunehmen. Die Vorschriften über die Zumutbarkeit von Arbeit aus § 10 SGB II sind dabei wenig förderlich. Die Norm geht davon aus, dass dem Leistungsberechtigten grundsätzlich jede Arbeit zumutbar sei.[1170] Eine absolute Grenze nach unten scheint lediglich über die Generalklausel in Abs. 1 Nr. 5, dem wichtigen entgegenstehenden Grund, in bestehenden Mindestlohnsätzen nach dem MiLoG bzw. nach § 4 AEntG, § 3a AÜG oder § 5 TVG zu existieren.[1171] Arbeitsuchende haben mittlerweile[1172] daher kaum mehr Möglichkeiten, auch gering entlohnte und untertarifliche Beschäftigung abzulehnen.[1173] Ein Bezieher von Arbeitslosengeld nach § 136 SGB III kann eine Beschäftigung nur noch dann ablehnen, wenn sie gegen geltende gesetzliche oder tarifliche Normen bzw. Betriebsvereinbarungen verstößt (§ 140 Abs. 2 SGB III).[1174] Dasselbe gilt im Wesentlichen für den Fall des Arbeitslosengeldes II (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II).[1175] Arbeitslose müssen dann auch Beschäftigungsverhältnisse eingehen, die zwar aus einer Arbeitslosigkeit hinaus führen, jedoch im Anschluss nicht selten in eine Armutssituation trotz Erwerbstätigkeit münden.[1176]

1170 BT-Drs. 15/1516, S. 53.

1171 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-*Mayer*, SGB II § 10 Zumutbarkeit Rn. 2; Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Arbeitslosengeld II Rn. 13; Gagel-*Bender*, SGB II § 10 Rn. 1.

1172 Bis zum 1. April 1997 hatte eine arbeitslose Person unabhängig ihrer Tarifgebundenheit noch die Möglichkeit, eine Beschäftigung sanktionslos als unzumutbar abzulehnen, wenn sie untertariflich entlohnt wurde, § 5 Abs. 1 Nr. 2 Zumutbarkeit-AO (Zumutbarkeitsanordnung vom 16.03.1982, Amtl. Nachricht der BA, S. 523).

1173 *Kittner/Deinert*, ASO, 30 II, S. 1236.

1174 Gagel, SGB II/ III- *Baldschun*, § 140 SGB III Rn. 64 f.

1175 Vgl. Gagel, SGB II/ III- *Bender*, § 10 SGB II Rn. 32.

1176 *Waltermann*, NJW Beilage 2010, 81, 85.

Dies setzt auch für einen Teilnehmer an einer AGH nur unzureichend Anreize, sich um eine Arbeitsaufnahme auf dem regulären Arbeitsmarkt zu bemühen.

2.5.6 Fazit

Die Bedeutung individuell abgestimmter Qualifizierungsmaßnahmen der Maßnahmeteilnehmer für die Erfolgschancen von AGH ist hoch. Daher darf es nicht nur um die obligatorische Maßnahmenteilnahme an sich gehen. Ganz entscheidend für die Wirksamkeitsentfaltung von AGH ist die Zweckrichtung der Maßnahme, die gezielt in der Qualifizierung persönlicher, sozialer, aber auch arbeitsmarktspezifischer Defizite sowie in der Heranführung an den Arbeitsmarkt liegen muss. Geeignete Fördermaßnahmen müssen daher konkret auf den Einzelfall abgestimmt sein und von den Maßnahmeträgern auch konsequent durchgeführt werden. Im Rahmen eines trägerscharfen Qualitätssicherungskonzepts ist eine strenge Kontrolle der Fördermaßnahmen als Fördervoraussetzung aber an individuellen, betriebsspezifischen Faktoren auszurichten, um die Integrationsbereitschaft von Maßnahmeträgern nicht zu beeinträchtigen.

Ein weiterer Aspekt, der die Ursachen langanhaltender Arbeitslosigkeit, wie sie bei AGH-Teilnehmern zumeist vorliegt, berücksichtigt, ist die leistungsträgerseitige Hilfestellung bei der Bewältigung individueller Problemlagen. Für eine Erhöhung der Integrationschancen in den regulären Arbeitsmarkt ist es daher zwingend notwendig, durch gezielte und abgestimmte Beratung und Hilfeleistung unmittelbar an bestehenden, individuellen Unwägbarkeiten anzusetzen. Entstandene, zur Verfestigung von Erwerbslosigkeit führende Problemlagen lediglich im Nachhinein mit Sanktionen zu bedrohen, um eine Integration in den Arbeitsmarkt zu erzielen, setzt innerhalb der Ursachenkette zu spät an, als dass ein tatsächliches Überwinden von Arbeitslosigkeit erreicht werden könnte.

Um einer Verdrängung regulärer Beschäftigung entgegenzuwirken, sollte eine absolute Gesamtteilnahmegrenze von maximal 24 Monaten ohne Verlängerungsmöglichkeit statuiert werden. Um eine Abgrenzung gegenüber Arbeitsverhältnissen auf dem Ersten Arbeitsmarkt zu gewährleisten, sollte des Weiteren eine gesetzlich festgeschriebene Wochenstundenhöchstgrenze auf maximal 20 Stunden reguliert werden. Im Anschluss an eine erfolglos beendete AGH-Maßnahme sollte der Maßnahmeteilnehmer darüber hinaus durch das Jobcenter im selben Stundenumfang wie der zuvor nachgegangenen Arbeitsgelegenheit mit Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen begleitet werden, welche sodann zur Voraussetzung des Leistungsbezugs gemacht werden sollten. Die aus Steuermitteln zu finanzierenden Weiterbildungsstunden sind nicht nur wichtig, um die Attraktivität des Maßnahmeteilnehmers für den regulären

Arbeitsmarkt zu erhöhen und ein gewisses Maß an Arbeitsalltag aufrechtzuerhalten, sondern verhindern gleichsam auch Fehlanreize von Langzeitarbeitslosigkeit, indem Anreize zur selbstbestimmten Arbeitsaufnahme gesetzt werden können.

Die Vorschriften über die Zumutbarkeit von Arbeit nach § 10 SGB II, die im Grundsatz davon ausgehen, dass dem Leistungsberechtigten jede Arbeit zumutbar sei, führen dazu, dass die Aufnahme einer Tätigkeit für Arbeitslose auf dem regulären Arbeitsmarkt nur wenig attraktiv ist, denn sie kann zwar aus einer Arbeitslosigkeit hinaus führen, jedoch im Anschluss nicht selten in eine Armutssituation trotz Erwerbstätigkeit münden.

2.5.7 Ausblick

Der Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise jährte sich mittlerweile zum zehnten Mal. Kontinuierliches Wirtschaftswachstum, die höchste Beschäftigtenzahl einhergehend mit der niedrigsten Arbeitslosigkeit seit der deutschen Einheit und steigende Reallöhne sind für Deutschland Ausdruck ökonomischer Stabilität und sichern der Republik damit insbesondere auch im internationalen Vergleich eine solide Stellung.[1177] Eine vergleichsweise niedrige Arbeitslosigkeit ist aus arbeits-, wirtschafts- und sozialpolitischer Sicht auch durchaus begrüßenswert. Niedrige Arbeitslosenquoten oder – anders ausgedrückt – Arbeitsleistung alleine sind allerdings kein Garant für die Abwesenheit von Armut. Dies belegt sowohl die faktische Lage der Personen in AGH als auch die der Aufstocker (s.o. 2.4). Langzeitarbeitslosigkeit, so wie sie oftmals bei in AGH untergebrachten Personen vorherrscht, ist eines der schwerwiegendsten Armuts(-verfestigungs-)risiken.[1178] Die Antwort auf Armutsbekämpfung – vor allem auch im Hinblick auf die Situation von Personen in AGH – muss daher – so sieht es auch der 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung[1179] – nicht nur „Arbeit" heißen, sie muss darüber hinaus „gute Arbeit" heißen. Dafür ist die Aus- und Weiterbildung Geringqualifizierter unumgänglich. Laut dem aktuellen Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung sollen dabei vor allem Grundkompetenzen wie Schreib-, Mathematik- und IT-Kompetenzen vermittelt

---

1177 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2017, Lebenslagen in Deutschland, Kurzfassung, S. 5 ff.

1178 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2017, Lebenslagen in Deutschland, S. 23.

1179 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2017, Lebenslagen in Deutschland, S. 18.

werden. Für einen effektiven Ansatz müssen dabei zwingend individuelle Bedarfe befriedigt werden. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass AGH unter anderem durch ein Vorbeugen der Arbeitsentwöhnung und die Vorgabe sozialer Tagesstrukturen mittel- bis langfristig die ansonsten sehr niedrigen Eingliederungschancen der Geförderten erhöhen.[1180] In Anbetracht der Tatsache, dass Studien aus dem Jahr 2007 belegen, dass nur knapp über 1 % der Teilnehmer an AGH anschließend aber auch tatsächlich in eine ungeförderte, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in der Maßnahmeeinrichtung übernommen wurden,[1181] muss allerdings davon ausgegangen werden, dass das gesetzgeberische Leitbild der AGH, arbeitsmarktferne Menschen in den Arbeitsmarkt zu integrieren, nicht erreicht wird.

Dies hat mit Sicherheit mannigfaltige Ursachen. Eine davon ist die Folgende: Die Grundsicherung für Arbeitsuchende folgt dem Leitmotiv des aktivierenden Sozialstaates. Die gegenwärtige Situation der Arbeitsmarktpolitik vernachlässigt ihr aktivierendes Element zum Teil. Dies kann nicht nur in Bereichen wie der geringfügigen Beschäftigung oder der Aufstockung mit Grundsicherungsleistungen beobachtet werden, sondern zeichnet sich nicht zuletzt auch im Hinblick auf die AGH deutlich ab. Die aktuelle Arbeitsmarktpolitik zieht es vor, Arbeitsmarktinstrumente zu subventionieren, die in der Gegenwart und Zukunft für die Betroffenen zu ganz erheblichen Defiziten in der sozialen Absicherung führen, anstatt – wie an sich intendiert – die Beschäftigungsfähigkeit der Personengruppen zu erhöhen und so Übergänge in nicht sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu erleichtern. Brüchige Erwerbsverläufe und Destandardisierung, die zu mangelhafter sozialer Absicherung führen, sind die Folgen. AGH werden so zum arbeitsmarktpolitischen Abstellgleis, anstatt zur Brücke in Beschäftigung.

Eine aktivierende Arbeitsmarktpolitik, die mehr auf die Symptom- als auf die Ursachenbewältigung setzt, hat ihre Intention im Hinblick auf die Aktivierung verfehlt und wird langfristig gesehen zu unbefriedigenden Ergebnissen für alle beteiligten Arbeitsmarktakteure führen. Um dies auszuschließen, sind Ursachen von Langzeitarbeitslosigkeit, auch soweit sie außerhalb des Arbeitsmarktes bzw. Arbeitsverhältnisses liegen, ebenfalls im Sinne einer sozialen Förderung zu bekämpfen.

1180 *Kiesel/Wolff*, IAB-Kurzbericht 8/2018, 1.
1181 *Hohendanner/Klemm/Promberger/Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011, 17.

2.6 (Exkurs[1182]): Solo-Selbstständige

Olaf Deinert/Amélie Sutterer-Kipping

2.6.1 Begriffliches

2.6.1.1 Solo-Selbstständigkeit

Die Struktur der Selbstständigkeit hat sich in den letzten 25 Jahren in Deutschland verändert. Ins Zentrum rücken vermehrt sog. Solo-Selbstständige, hierunter versteht man Selbstständige, die ihr eigenes Unternehmen führen bzw. ihre Profession selbstständig ausüben, ohne weitere Personen regulär zu beschäftigen.[1183] Charakteristisch für die neuen Solo-Selbstständigen ist die starke wirtschaftliche Abhängigkeit. Während die Weisungsgebundenheit innerhalb des Arbeitsverhältnisses seit den 1980er Jahren durch flache Hierarchien und Netzwerkstrukturen rasant abnimmt, nimmt die wirtschaftliche Abhängigkeit außerhalb des Arbeitsverhältnisses zu.[1184] Ein großer Teil der neuen Solo-Selbstständigen ist wie kaum eine andere Erwerbsform den Chancen und Risiken der neuen Arbeitswelt ausgesetzt, sie gründen Unternehmen oftmals ohne oder nur mit geringen Vermögenswerten und müssen sich zumindest faktisch trotz formaler Unabhängigkeit ständig zur Verfügung halten und erwirtschaften dabei oft kein existenz- und vorsorgesicherndes Einkommen.[1185] Eine Ab-

---

1182 Dieser Abschnitt betrifft Fragen, die letztlich zwar nicht rechtspolitische Widersprüchlichkeiten im Arbeits- und Sozialrecht betreffen, sie betreffen aber einen Widerspruch zwischen arbeits- und sozialrechtlichem System und gesellschaftlicher Realität. Sie stellen sich insoweit als Exkurs dar. Man kann dies freilich auch ganz anders sehen: Das Zivilrecht geht bei der Frage, ob ein Arbeitsvertrag (§ 611a BGB) oder selbstständiger Dienstvertrag (§ 611 BGB) bzw. Werkvertrag (§ 631 BGB) vorliegt, von dem vereinbarten Pflichtenprogramm aus. Ist ein Erfolg geschuldet, liegt ein Werkvertrag vor, ist weisungsfreies Tätigwerden geschuldet, ein Dienstvertrag, soll der Schuldner nach Weisungen tätig werden, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Von dieser Gleichberechtigung der Vertragstypen, die allein nach der gewünschten Aufgabe unterscheidet, scheint die Realität zunehmend abzuweichen, weil offenbar in vielen Fällen die Rechtsfolge die Wahl des Programmes bestimmt und nicht die vom Auftraggeber nachgesuchte Leistung. Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, dass die Sozialversicherungspflicht abhängiger Beschäftigung Fehlanreize für die Bestimmung des Vertragsgegenstandes setzt; vgl. *Waltermann*, SGb 2017, 425, 429.

1183 *Schulze Buschoff/Conen/Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54.

1184 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 164.

1185 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 164; *Schulze Buschoff*, ZSR 2005, 64, 67; *Schmid*, Übergänge am Arbeitsmarkt, S. 20.

grenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen verliert dabei an Trennschärfe.[1186] Oft handelt es sich hierbei um Tätigkeiten, die ursprünglich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt wurden und nun durch Outsourcing oder infolge neuer technischer Möglichkeiten fremdvergeben werden.[1187] Viele Solo-Selbstständige wählen die Selbstständigkeit offenbar nur zur Vermeidung bzw. Beendigung der Arbeitslosigkeit.[1188] Deshalb darf die neue Gruppe der Selbstständigen nicht ohne Weiteres mit den traditionell selbstständigen Einzelkämpfern gleichgesetzt werden, die wenig Nähe zur Gruppe der Arbeitnehmer aufweisen. Hierzu zählen Künstler, selbstständige Lehrer, Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Steuerberater und Ingenieure.[1189]

2.6.1.2 Crowdworker

Ein besonderes Phänomen der Solo-Selbstständigen sind die Crowdworker. Das Modell des Crowdworkings erlaubt Unternehmen (Crowdsourcer) als Auftraggeber, sich an eine unbestimmte Vielzahl potenzieller Auftragnehmer über das Internet (Crowd) zu wenden. Dabei übernehmen die Crowdworker entweder in Zusammenarbeit mit anderen Crowdworkern oder wettbewerbsorientiert einzelne Projekte oder kleinere Arbeitsaufgaben (tasks).[1190] Die Ausschreibung kann sowohl unternehmens- bzw. konzernintern als auch extern erfolgen (dazu sogleich). Crowdwork hat angesichts der Zielstellung, eine möglichst breite Crowd via Internet zu erreichen, häufig eine internationale Komponente, die in der bisherigen rechtlichen Diskussion noch häufig vernachlässigt wird. Durch die Auslandsberührung ist die Frage des anwendbaren Rechts aufgeworfen.[1191] Darauf muss im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht näher eingegangen werden, weil es hier um die Rechtspolitik des deutschen Arbeits- und Sozi-

---

1186 *Waltermann*, Abschied vom Normarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag 2010, S. B 5, B 102 f.; *ders*., RdA 2010, 162, 163; *Deinert,* Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, S. 19.

1187 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, S. 19; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 163.

1188 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 20 f.

1189 *Mai/Marder-Puch*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 2013, 482, 490; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 13.

1190 *Däubler/Klebe,* NZA 2015, 1032, 1033.

1191 Vgl. zum Arbeitskollisionsrecht etwa *Däubler*, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft?, S. 243, 265 ff.; *Deinert*, RdA 2018, 359, 364; zum anwendbaren Sozialversicherungsrecht *Mecke*, SGb 2016, 481, 484.

alrechts geht und die Frage im Vordergrund steht, wie diese Regelungen zusammenpassen oder eben nicht zusammenpassen.

2.6.1.2.1 Internes Crowdworking/Crowdsourcing

Beim internen Crowdworking/Crowdsourcing wendet sich das Unternehmen über eine unternehmens- bzw. konzerninterne Plattform nur an die eigene Belegschaft.[1192] Entsprechendes ist beispielsweise bei IBM praktiziert worden.[1193]

2.6.1.2.2 Externes Crowdworking/Crowdsourcing

Beim externen Crowdworking/Crowdsourcing erfolgt die Vergabe der Arbeit in der Regel über externe Plattformen, sodass oftmals keine direkte Vertragsbeziehung zwischen Crowdworker und Crowdsourcer zustande kommt, sondern jeweils nur eine Rechtsbeziehung zwischen diesen beiden Seiten und dem Plattformbetreiber als Intermediär.[1194]

Durch das digitale Outsourcing ist Arbeit zu jeder Tages- und Wochenzeit und an Orten möglich, die, wie zum Beispiel Indien, ein völlig anderes Lohnniveau als Deutschland haben.[1195] Dies führt bei Normal- und Routinetätigkeiten zu Durchschnittsvergütungen von circa 2,00 $ pro Stunde.[1196] Bei der Plattform Amazon Mechanical Turk erhalten nur 20 % aller Crowdworker 7,80 $ pro Stunde.[1197] Zutreffend bezeichnet *Böhm* die restlichen Crowdworker als „*Digitale Tagelöhner*".[1198] *Klebe* spricht in diesem Zusammenhang von einer drohenden Dumpinggefahr sowohl für die Crowdworker als auch für die Stammbelegschaft.[1199] Freelancer.com, wohl der Marktführer der Crowdsourcing-Plattformen, gibt an, inzwischen über mehr als 24 Millionen Crowdworker zu verfügen, zum Vergleich: 2015 waren es noch rund 16 Millionen.[1200] Allerdings sagt die Zahl registrierter Nutzer nichts darüber aus, wer sich als Selbstständi-

---

1192 *Meyer-Michaelis/Falter/Schäfer*, DB 2016, 2543.
1193 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2, 9.
1194 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 21.
1195 *Däubler*, SR-Sonderausgabe, 2016, 2, 9.
1196 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2, 9.
1197 *Strube*, in: Benner (Hrsg.) Crowdwork – zurück in die Zukunft?, S. 75, 76.
1198 *Böhm*, AiB 11/2014, 39.
1199 *Klebe*, AuR 2016, 277, 278; *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie – eine Literaturauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, S. 15.
1200 Abrufbar unter: www.freelancer.com (zuletzt geprüft am 17.2.2019); *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4.

ger in der Crowd verdingt, noch, wer auf dieser Basis seinen Lebensunterhalt bestreitet.[1201]

Die vorliegende Untersuchung soll den Blick nicht auf die digitale Wirtschaft verengen. Eine umfassende Analyse der Crowdworker ist nicht intendiert, vielmehr konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die allgemeinere Problematik der Solo-Selbstständigen im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext. Das Phänomen prekärer Selbstständigkeit ist weder ein neues noch ein originäres Phänomen der Plattformökonomie. Viele der Untersuchungsergebnisse lassen sich aber auf den speziellen Kreis der Crowdworker übertragen. Unter Umständen wird es jedoch notwendig sein, spezifische Lösungen für Crowdworker zu finden.

2.6.2 Rechtspolitisches Leitbild

Ein klares rechtspolitisches Leitbild zur Stellung Solo-Selbstständiger im Sozialrecht und im Arbeitsrecht ist nicht auszumachen. Weder gibt es insoweit eindeutige Vorgaben des Verfassungsrechts noch des überstaatlichen Rechts. Wenn man sich dieser Frage auf der Ebene des einfachen Rechts nähert, zeigt sich zunächst, dass das Arbeitsrecht den Arbeitnehmern (§ 611a Abs. 1 BGB) vorbehalten ist, während die Sozialversicherung wesentlich für Beschäftigte (§ 7 SGB IV) eingreift, bei denen es sich wiederum in erster Linie um Arbeitnehmer handelt. Arbeits- und Sozialrecht sind grundsätzlich nicht für Selbstständige geschaffen. Prinzipiell ist das gesetzliche Leitbild, dass Selbstständige eines entsprechenden Schutzes nicht bedürfen, weil sie aus dem Ertrag ihrer Erwerbstätigkeit den notwendigen sozialen Schutz über Ersparnisse oder private Vorsorge selbst gewährleisten können.[1202] Dazu gibt es aber Ausnahmen. Das Arbeitsrecht findet teilweise Anwendung auf Heimarbeiter sowie sonstige arbeitnehmerähnliche Personen (s.u. 2.6.4.2 und 2.6.4.3). Denn bei ihnen scheint nicht gewährleistet, dass die Selbstvorsorge gelingen kann.[1203] Bestimmte Selbstständige werden auf diese Weise doch in den Schutzbereich des Arbeitsrechts einbezogen. Das gilt gleichermaßen für das Sozialrecht, wenn auch nach einem anderen Konzept. Dieses kennt die Figur der arbeitnehmerähnlichen Personen an sich nicht, bezieht aber gleichwohl bestimmte Selbstständige, die als schutzwürdig angesehen wurden, in verschiedenen Versicherungszweigen ein (s.u. 2.6.5). Besonders bedeutsam ist insoweit die Einbeziehung solo-selbstständiger

---

1201 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 18.
1202 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 73.
1203 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 84 f.

Personen nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI in die Rentenversicherung (s.u. 2.6.5.3.1 und 2.6.5.3.2).

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass Selbstständigkeit hinreichend ertragsstark ist, um auf autonome Vorsorge zu vertrauen. Wo dies nicht gerechtfertigt ist und typischerweise von einem vergleichbaren Schutzbedürfnis für Selbstständige auszugehen ist, wie es sonst für Arbeitnehmer bzw. abhängig Beschäftigte gegeben ist, ist der Gesetzgeber bereit, diese Konzeption zu verlassen und Selbstständige partiell dem Schutz des Arbeits- und Sozialrechts zu unterstellen.

Gerade die Gruppe der Solo-Selbstständigen scheint zumindest in Teilen der Gruppe der Arbeitnehmer näher zu stehen als der Gruppe der Unternehmer. Das soll nicht infrage stellen, dass es, gerade im freiberuflichen Bereich etwa, ertragsstarke Selbstständigkeit gibt. Die Rechtstatsachen werden aber hervorbringen, dass es einen großen Teil Solo-Selbstständiger gibt, deren soziale Situation sich kaum von der von Arbeitnehmern unterscheidet (s.u. 2.6.3.2). Das hat auch damit zu tun, dass im Zuge der Agendapolitik zu Anfang des Jahrtausends (vgl. dazu auch 2.4.1) Anreize zum Wechsel in die Selbstständigkeit zum Zweck des Abbaus der Arbeitslosigkeit gesetzt wurden, sodass die Selbstständigkeit gerade für diejenigen, die gewissermaßen auf abhängiger Arbeit programmiert waren, geöffnet wurde. Zudem ist die Auslagerung betrieblicher Tätigkeiten auf Selbstständige zunehmend ein Weg der Betriebe, um den „Fesseln" des Arbeits- und Sozialrechts zu entgehen, wie sich insbesondere an der Zunahme der Zahl Solo-Selbstständiger nach Einhegung der Leiharbeit in der ersten Hälfte der zweiten Dekade dieses Jahrhunderts gezeigt hat.[1204] Insoweit bleibt in diesem Kapitel zu hinterfragen, ob die derzeitige Konzeption noch folgerichtig oder die Realität der Gesetzessystematik enteilt ist. Das gilt auch im Hinblick auf einen zweiten Gesichtspunkt. Die derzeitige weitgehende Zweiteilung in Arbeitnehmer und Selbstständige (mit dem Zwischenbereich der Arbeitnehmerähnlichen) fußt konzeptionell auf einer damit verbundenen Systemzuordnung mit Beständigkeit. Auch insofern bleibt das System zu hinterfragen, weil diese Beständigkeit offenkundig nicht mehr selbstverständlich ist (s.u. 2.6.3.2.3.1).

Auch rechtspolitisch scheint die Zeitgemäßheit dieser Differenzierung infrage gestellt, wenn es in dem Grundsatz zu Nr. 12 der europäischen Säule der sozialen Rechte heißt: „*Unabhängig von Art und Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses*

1204 Zum Vorstehenden *Deinert*, RdA 2014, 65, 72 ff.

haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und unter vergleichbaren Bedingungen Selbstständige das Recht auf angemessenen Sozialschutz".[1205] Entsprechend sieht der Entwurf einer Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Selbstständige vor, dass auch diesen entsprechender Zugang gewährt wird und die Schutzansprüche zwischen den Systemen übertragbar gestaltet werden sollten.[1206] Auf der nationalen Ebene ist ein ebensolcher Trend zu beobachten.[1207] So beabsichtigen die aktuellen Koalitionsparteien eine Einbeziehung Selbstständiger in die Rentenversicherung (näher u. 2.6.6.2.1). Ob darüber hinaus insoweit ein Funktionswandel eingetreten ist, als spätestens durch Einführung der Pflegeversicherung der Sozialversicherung auch die Aufgabe zufällt, Sozialhilfeträger von den Kosten mangelnder Eigenvorsorge zu entlasten,[1208] scheint indes zweifelhaft. Denn eine flächendeckende Versicherung gegen die großen Lebensrisiken ist in der Bundesrepublik noch nicht für alle Versicherungszweige gewährleistet.

2.6.3 Rechtstatsachen

In den vergangenen beiden Jahrzehnten ist die Zahl der Selbstständigen in Deutschland rasant gestiegen. Dieser Trend ist vor allem auf die Solo-Selbstständigen zurückzuführen.[1209] Der Anteil der Solo-Selbstständigen an allen Erwerbstätigen stieg in Deutschland zwischen 1992 und 2015 von 3,7 auf 5,7 %.[1210] Ursächlich hierfür ist zunächst der Wandel der Belegschaftsstrukturen. In Zeiten der Massenproduktion galt bis Mitte der 1970er Jahre eine starke Betriebszugehörigkeit als Garant für Wettbewerbsfähigkeit. Parallel zum fordistischen Betriebsmodell entwickelte sich als Leitbild das Normalarbeitsverhält-

---

1205 Europäische Säule sozialer Rechte, gemeinsame Erklärung von Europäischem Parlament, Rat und Kommission, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_de.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019); vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss Überwachung der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, COM (2018) 130 final.

1206 Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbstständige, COM (2018) 132 final.; dazu *Maier/Wolfgarten/Wölfle*, ZESAR 2018, 259 ff.; *Becker*, ZESAR 2018, 307, 317 f.

1207 Rechtsvergleichend: *Becker*, ZESAR 2018, 307 ff.

1208 So *Brose*, NZS 2017, 7, 8.

1209 *Brenke*, DIW Wochenbericht 7/2013, 1, 3.

1210 *Schulze Buschoff/ Conen/ Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54.

nis.[1211] Neue technologische Errungenschaften und der globalisierte Wettbewerb führten dann zu einem tiefgreifenden Strukturwandel der Arbeitswelt. Statt auf eine starke Betriebsbindung setzten Arbeitgeber nun auf eine organisatorische Dezentralisierung mit zunehmender Ausgliederung von Unternehmensteilen und Funktionsbereichen in Kern-, Rand- und Fremdbelegschaften.[1212] Auch der Staat trug zu dieser Entwicklung bei. Seit den 1970er Jahren findet eine durch staatliche Interventionen geförderte Flexibilisierung mit gezielter Förderung von Unternehmensgründungen aus der Arbeitslosigkeit, damals noch in Gestalt von Überbrückungsgeld und Ich-AG, heute bekannt als Gründungszuschuss, statt.[1213]

Die Arbeitswelt ist im Umbruch und befindet sich in der sog. vierten industriellen Revolution.[1214] Disruptive Technologien verändern Märkte und Unternehmen. Die Auswirkungen zeigen sich in neuen Geschäftsmodellen der digitalen Plattformwirtschaft und in der Zunahme des Dienstleistungssektors. Die Solo-Selbstständigen sind nicht nur Akteure und Gestalter des strukturellen Wandels, sondern zum Teil auch dessen Produkt.[1215]

2.6.3.1 Entwicklung

Die Zahl der Solo-Selbstständigen stieg von rund 1,1 Millionen im Jahr 1980 auf 2,35 Millionen im Jahr 2011. In den Zeitreihen fallen die besonders hohen Wachstumsraten in den Jahren zwischen 2002 und 2005 auf.[1216] Dies ist zu einem großen Teil auf die determinierte Subventionierung vormals arbeitsloser Existenzgründer durch die Bundesagentur für Arbeit (ehemals Bundesanstalt für Arbeit) zurückzuführen.

1211 *Kratzer/Sauer*, WSI-Mitt. 2003, 578, 579.

1212 *Deinert,* RdA 2014, 65.

1213 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 164.

1214 *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Grünbuch Arbeitsrecht 4.0, S. 34 ff. abrufbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/gruenbuch-arbeiten-vier-null.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1215 *Bögenhold/Leicht*, WSI-Mitt. 2000, 779, 786.

1216 *Mai/Marder-Puch,* Statitisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 2013, 482, 484; *Deinert,* Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 12.

2.6.3.1.1 Eine Geschichte der Förderung der (Solo)-Selbstständigkeit im Arbeitsförderungsrecht

2.6.3.1.1.1 Überbrückungsgeld

Bereits seit 1986 bestand mit der 7. Novelle zum Arbeitsförderungsgesetz (AFG)[1217] die Möglichkeit, Leistungen zur Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit (§ 57 SGB III a.F., vormals § 55a AFG) in Anspruch zu nehmen.[1218] Das Förderinstrument „Überbrückungsgeld" sollte vor allem den Lebensunterhalt in der Existenzgründungsphase sichern.[1219] Anspruch auf Überbrückungsgeld hatten Arbeitnehmer, die durch die Aufnahme einer selbstständigen hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beendeten oder vermieden. Vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit musste die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle über die Tragfähigkeit des Geschäftsplans vorgelegt werden. Das Überbrückungsgeld wurde für sechs Monate in Höhe der zuletzt bezogenen Entgeltersatzleistung zuzüglich des darauf entfallenden pauschalierten Sozialversicherungsbeitrages geleistet.[1220] Für ihre soziale Absicherung waren die Bezieher des Überbrückungsgeldes jedoch selbst verantwortlich.[1221]

2.6.3.1.1.2 Existenzgründungszuschuss (Ich-AG)

Im Rahmen der „Hartz-Reformen" im Zuge der Agenda-Politik kam als Alternative zur Gewährung des Überbrückungsgeldes eine zweite Förderleistung hinzu, die durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt am 1.1.2003 eingeführt wurde.[1222] Der Existenzgründungszuschuss (§ 421l SGB III), besser bekannt als Ich-AG, sollte den Schritt in die Selbstständigkeit erleichtern und die Schwarzarbeit von Arbeitslosen reduzieren.[1223] Anders als das Überbrückungsgeld handelte es sich bei dem Existenzgründungszuschuss von Anfang an nicht nur um eine Ermessens-, sondern auch um eine Pflichtleistung.[1224] Die Fördervoraussetzungen waren weitestgehend die gleichen wie beim Überbrückungsgeld, allerdings sah die Ich-AG nach § 421 Satz l SGB III einen Festbetrag vor, der im Zeitverlauf degressiv gestaltet war. Die Höhe der Förderung verringerte sich mit zunehmender Laufzeit: 600 € pro Monat im

---

1217 BGBl. I S. 2484.
1218 *Wießner,* MittAB 1/98, 123, 124; *Schmid,* Übergänge am Arbeitsmarkt, S. 145.
1219 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 272.
1220 *Hoehl,* NZS 2003, 635, 639; *Schulze Buschoff,* ZSR 2005, 64, 75.
1221 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 271.
1222 BGBl. I S. 4621.
1223 BT-Drs.15/26, S. 23; *Bauer/Krets,* NJW 2003, 537, 543.
1224 *Leopold,* ZESAR 2008, 22, 23; *Hanau*, ZIP 2003, 1573, 1578.

ersten Förderjahr, 360 € pro Monat im zweiten Förderjahr und 240 € pro Monat im dritten Jahr. Als wesentliche Voraussetzung hierfür durfte das Jahresarbeitseinkommen von 25.000 € nicht überschritten werden, anderenfalls entfiel der Existenzgründungszuschuss für die Zukunft. Die Förderdauer betrug insgesamt drei Jahre, allerdings wurde der Zuschuss für jeweils höchstens ein Jahr bewilligt. Wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Instrumenten zeigen sich in der sozialen Absicherung. Entgegen den ursprünglichen Vorschlägen der Hartz-Kommission, die Existenzgründer mit der Ich-AG in die volle Sozialversicherungspflicht einzubeziehen,[1225] bestand während der Förderung nur eine Pflichtversicherung in der Rentenversicherung. Darüber hinaus war eine freiwillige Kranken- und Pflegeversicherung zu günstigen Konditionen möglich.[1226] Nach Ablauf der Förderung waren die neuen Selbstständigen für ihre soziale Absicherung selbst verantwortlich.

2.6.3.1.1.3 Gründungszuschuss – alt – (§§ 57, 58 SGB III a.F.)

Durch Art. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 sind die §§ 57 und 58 SGB III a.F. mit Wirkung zum 1.8.2006 neu gefasst worden.[1227] Das Überbrückungsgeld und der Existenzgründerzuschuss wurden entsprechend der Ankündigung in der Begründung zum 5. SGB III-Änderungsgesetz zu einem einheitlichen Förderinstrument zusammengeführt.[1228] Eine Förderung im Regelfall war nur noch möglich, wenn tatsächlich Arbeitslosigkeit bestand, die bloße Vermeidung von Arbeitslosigkeit genügte hingegen nicht mehr. Bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit musste noch ein Restanspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen bestehen. Zuvor genügte sowohl beim Überbrückungsgeld als auch beim Existenzgründungszuschuss für die Förderung ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit und dem Bezug einer Entgeltersatzleistung nach dem SGB III oder der Teilnahme an einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme.[1229] Schließlich wurden die Anforderungen an den Nachweis der Tragfähigkeit der geplanten Existenzgründung verschärft. Ursprünglich war bei der Ich-AG eine solche Überprüfung nicht vorgesehen, sie wurde erst nachträglich eingeführt.[1230] Die ersten neun Monate wurde der Gründungs-

---

1225 Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, 2002, S. 163 ff.

1226 *Hoehl,* NZS 2003, 635, 636.

1227 BGBl. I S. 1706.

1228 BT-Drs. 16/109, S. 7; *Link,* SGb 2007, 17; *Leopold,* ZESAR 2008, 22, 23.

1229 *Link,* SGb 2007, 17, 18.

1230 § 421 l SGB III ist durch das 4. SGB III-ÄndG vom 19. 11. 2004 (BGBl. S 2902) um Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ergänzt worden.

zuschuss in Höhe von 300 € monatlich als Pflichtleistung und für weitere sechs Monate als Ermessensleistung gewährt.[1231] Anders als bei der Ich-AG waren Existenzgründer nach §§ 57, 58 SGB III a.F. nicht als Bezieher des Gründungszuschusses rentenversicherungspflichtig.[1232]

2.6.3.1.1.4 Gründungszuschuss – neu – (§§ 93, 94 SGB III n. F.)

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011 wurde der Gründungszuschuss neu gestaltet und vollständig in eine Ermessensleistung zum 1.4.2012 umgewandelt.[1233] Die Zahl der Instrumente der Arbeits- und Beschäftigungsförderung sollte reduziert und ein Großteil der geplanten Einsparungen realisiert werden, insgesamt rund fünf Milliarden € im Zeitraum von 2012 bis 2015. Des Weiteren bezweckte der Gesetzgeber eine Verringerung des Leistungsmissbrauchs und der Mitnahmeeffekte.[1234] Die Novellierung umfasste im Wesentlichen drei Punkte: Der Gründungszuschuss wurde auch in der ersten Förderphase in eine Ermessensentscheidung umgewandelt. Der Restanspruch auf Arbeitslosengeld wurde von mindestens 90 Tagen auf 150 Tage erhöht. Die gesamte Förderdauer von 15 Monaten blieb unverändert, allerdings wurde die erste Förderphase von neun auf sechs Monate verkürzt, im Gegenzug ist die zweite Förderphase von sechs auf neun Monate verlängert worden. Damit ist der Kreis der potenziellen Anspruchsberechtigten erheblich eingeschränkt worden, da ein Gründungszuschuss nur in der ersten Zeit der Arbeitslosigkeit in Anspruch genommen werden konnte.[1235]

2.6.3.1.1.5 Inanspruchnahme der Förderprogramme

Durch die Einführung des Existenzgründungszuschusses stieg die Zahl der Ich-AGs rasant an. Für 2003 hatte die Bundesagentur für Arbeit mit rund 20.000 Teilnehmern in einem Jahr gerechnet, tatsächlich gab es über 97.000 Bewilligungen.[1236] Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit stieg die Zahl der Bezieher bis Ende 2004 auf fast 220.000.[1237] Fast jeder zweite Existenzgründer nahm den Weg über die Bundesagentur für Arbeit.[1238] Besonders in der zweiten Jahreshälfte stieg die Zahl der Existenzgründer kräftig an. Dies könnte mit der

---

1231 *Link*, SGb 2007, 17.
1232 Vgl. dazu *Winkler*, info also 2006, 195, 199.
1233 BGBl. I 2854.
1234 BT-Drs. 17/6277, S. 3.
1235 Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Gründungszuschuss Rn. 17.
1236 *Schulze Buschoff*, ZSR 2005, 64, 77.
1237 *Brenke*, DIW Wochenbericht 7/2013, 8.
1238 *Kritikos/Wießner*, IAB-Kurzbericht 3/2004, 2.

Ankündigung des Wechsels der am Lohneinkommen ausgerichteten Arbeitslosenhilfe hin zum bedarfsorientierten Arbeitslosengeld II zusammenhängen. Zumal bis Ende 2004 Antragsteller der Ich-AG kein geprüftes Unternehmenskonzept vorweisen mussten.[1239]

Nach dem Bericht 2005 der Bundesregierung zur Wirksamkeit moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt stieg auch die Zahl der Förderungen durch Überbrückungsgeld zwischen 2000 und 2004 von knapp 93.000 auf 183.500.[1240] Die Einführung des Existenzgründungszuschusses brachte nicht die ursprünglich vermutete Substitution des Überbrückungsgeldes.[1241] Während die Zahl der genehmigten Anträge in den Jahren zwischen 1998 und 2001 um einen Wert von 95.000 schwankte, stieg die Zahl im Jahr 2002 von 123.000 auf 159.000 im Jahr 2003.[1242]

Die Zahl der Selbstständigen erhöhte sich zwischen 2002 und 2012 um insgesamt 581.000 Personen. Bis zum Jahr 2005 waren bereits 62 % dieses Anstiegs erreicht. In den Jahren 2004 und 2005 war der Gesamtanstieg fast ausschließlich auf die Solo-Selbstständigen zurückzuführen.[1243] Aufgrund der Novellierung des Gründungszuschusses und der Umwandlung von einer Pflicht- in eine Ermessensentscheidung ging die Zahl der Gründungsförderungen jedoch stark zurück von circa 120.000 bis 150.000 Förderfälle auf ungefähr 20.000 neue Existenzgründer im Jahr 2012.[1244]

2.6.3.1.1.6 Effizienz und Effektivität der Förderung

Nach einer Befragung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung hatten ein Viertel der Überbrückungsgeldgründer (ÜG-Gründer) und Existenzgründungszuschussgründer (ExGZ-Gründer) aus dem dritten Quartal 2003, von denen jeweils eine Stichprobe von 3.000 Personen befragt wurde, Anfang 2005 ihre Unternehmungen wieder aufgegeben. Bei den ÜG-Gründern waren es rund 29 %, bei den ExGZ-Gründern ungefähr 22 %.[1245] Dieser Unterschied geht womöglich darauf zurück, dass sich zum Erhebungszeitpunkt noch einige ExGZ-

---

1239 *Brenke*, DIW Wochenbericht 7/2013, 3, 10.

1240 BT-Drs. 16/505, S. 114.

1241 *Koch/Wießner*, IAB-Kurzbericht 2/2003, 6; *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 271; *Schmid*, Übergänge am Arbeitsmarkt, S. 145.

1242 *Schulze Buschoff*, ZSR 2005, 64, 77.

1243 *Mai/Marder-Puch*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 2013, 482, 484.

1244 *Evers/Schleinkofer*, IAB-Forschungsbericht 5/2015, 10; *Pongratz/Bührmann*, in: Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa (Hrsg.): Hybride Erwerbsform, S. 56.

1245 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 274.

Gründer in der Förderung befanden. Für die Hälfte der 1.500 Personen, die zum Befragungszeitpunkt nicht mehr selbstständig waren, endete die berufliche Selbstständigkeit in Arbeitslosigkeit, ein Viertel war zum Befragungszeitraum wieder in Vollzeit sozialversicherungspflichtig beschäftigt, knapp 7 % in Teilzeit und rund 4 % hatten einen Mini- oder Midijob. Fast 70 % gaben an, ihre Unternehmungen aufgrund von Auftragsmangel und mehr als die Hälfte aufgrund von Finanzierungsengpässen eingestellt zu haben. Zwei Fünftel der Befragten nannten als Beendigungsgrund, die Kosten für die soziale Absicherung unterschätzt zu haben. Bei den vormals geförderten ExZG-Gründern gilt dies für jeden zweiten Abbrecher.[1246] Von den insgesamt 1500 vormals geförderten Befragten gaben 37,3 % an, Schulden aus ihrer vorangehenden Selbstständigkeit zu haben. Unterschieden nach dem Förderinstrument ergibt sich eine Schuldnerquote von rund einem Drittel bei ÜG-Gründern und etwa zwei Fünfteln bei aufgegebenen Ich-AGs.[1247] Hinsichtlich des Einkommens gaben mehr als die Hälfte der in Vollzeit tätigen Befragten und fast 70 % der Befragten, die in Teilzeit tätig waren, an, weniger Einkommen zur Verfügung zu haben als während der letzten abhängigen Beschäftigung und zwar unabhängig davon, ob sie noch selbstständig oder wieder abhängig beschäftigt waren.[1248] Aufschlussreich in diesem Zusammenhang ist auch eine Studie des Münchner Büros für Existenzgründungen (BfE) und der Arbeitsagentur aus dem Jahr 2005 zur Situation der ExZG-Gründer, wonach für nur 17,3 % der Befragten das Einkommen aus der selbstständigen Tätigkeit für die Deckung des Lebensunterhalts reichte, bei mehr als der Hälfte reichte das Einkommen nur teilweise aus. 28,8 % der Befragten gaben an, dass das Einkommen nicht oder gar nicht ausreiche, um den Lebensunterhalt zu bestreiten.[1249] Im Jahr 2008 waren laut einer Längsschnittuntersuchung zwischen 57 und 63 % der vormals geförderten Existenzgründer und zwischen 56 und 70 % der vormals geförderten ÜG-Gründer aus dem dritten Quartal 2003 am Markt noch selbstständig.[1250]

1246 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 275.

1247 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 274.

1248 *Noll/Wießner*, WSI-Mitt. 2006, 270, 274.

1249 BfE, Perspektive Selbstständigkeit. BfE Studie zu Ich-AG Gründungen 2004, S. 9; *Schulze Buschoff*, ZRS 2005, 64, 81.

1250 *Caliendo/Künn/Wießner*, IAB-Kurzbericht 3/2009, 1, 2; *Caliendo/Künn/Wießner*, ZAF 2010, 269, 274.

2.6.3.1.2 Ferner: Liberalisierung der Handwerksordnung sowie EU-Osterweiterung

Um die Zeit der Arbeitsmarkt-Reformen im Zuge der Agenda-Politik von Kanzler *Schröder* kamen neben der Förderung von Selbstständigkeit durch Maßnahmen wie die Ich-AG weitere, nicht arbeits- oder sozialrechtliche Einflussfaktoren hinzu. Hierzu gehören die Liberalisierung der Handwerksordnung und die EU-Osterweiterung. Gegenstand der grundlegenden Veränderung der Handwerksordnung war der Wegfall der Meisterpflicht (großer Befähigungsnachweis) in 52 der insgesamt 93 Gewerbezweige.[1251] Zugleich wurde die Europäische Union im Mai 2004 um zehn Staaten erweitert. Einige der Mitgliedstaaten wie das Vereinigte Königreich, Irland und Schweden öffneten sofort ihren Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten, Deutschland hingegen gewährte mit der 2+3+2-Jahresformel erst im Jahr 2011 nach Ablauf der dritten Übergangsphase Arbeitskräften der MOE-8-Staaten uneingeschränkte Freizügigkeit. So galten die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie die Dienstleistungsfreiheit im Baugewerbe einschließlich verwandter Wirtschaftszweige (Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln sowie sonstigen Dienstleistungen) nur eingeschränkt.[1252] Die Arbeitsmarktintegration erfolgte daher vor allem über die selbstständige Erwerbstätigkeit. Von 2003 bis 2005 nahm die Zahl der ausländischen Solo-Selbstständigen um 40 % zu. Kräftige Zuwächse wurden insbesondere in den zulassungsfreien Handwerkszweigen verzeichnet, bei denen der Meisterzwang gerade erst abgeschafft worden war.[1253]

2.6.3.1.3 Ausblick

Zwar hat die Zahl der Solo-Selbstständigen angesichts der günstigen Arbeitsmarktentwicklung in den letzten Jahren leicht abgenommen, zugleich wird aber aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung in naher Zukunft mit einer Bedeutungszunahme der Solo-Selbstständigkeit gerechnet.[1254] Die Digitalisierung

---

1251 *Koch/Nielen*, Ökonomische Effekte der Liberalisierung der Handwerksordnung von 2004, S. 4.

1252 Anlagen der Anhänge IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII und XIV der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, Estlands, Zyperns, Lettlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloweniens und der Slowakei – Amtsblatt Nr. C 227 E vom 23. September 2003. Die Art. 1 bis 6 der VO (EWG) 1612/68 finden danach vorerst keine Anwendung.

1253 *Brenke*, DIW Wochenbericht 18/2011, 3, 10.

1254 *Brenke,* DIW Wochenbericht 36/2015, 790; *Apt/Bovenschulte/Hartmann/Wischmann,* Foresight – Studie, „Digitale Arbeitswelt", BMAS-Forschungsbericht Nr. 463, 1, 7.

ermöglicht Dezentralisierung in allen Bereichen des Unternehmens. Es wird erwartet, dass längerfristig Dienstleistungen über digitale Plattformen sowohl in Unternehmen als auch in der öffentlichen Verwaltung vermehrt angeboten und vermittelt werden. Bisher stellen solche Crowdworking- und Work-on-Demand-Modelle in Deutschland zwar noch ein Randphänomen dar, dessen Bedeutung aber im Dienstleistungssektor, in der Kreativwirtschaft und bei wissensintensiven Arbeiten künftig wachsen dürfte.[1255]

2.6.3.2 Struktur

2.6.3.2.1 Heterogenität

Die Zahl der neuen Solo-Selbstständigen wächst vor allem in den expandierenden Dienstleistungsbereichen und im Kulturbereich. Der Anteil der traditionellen Formen der Solo-Selbstständigkeit ist zwar zahlenmäßig nach wie vor sehr hoch, allerdings nimmt die Zahl der alleinwirtschaftenden Landwirte, Finanzdienstleister, Händler, Vertreter sowie Bäcker, Köche, Fleischer oder die Zahl der alleinschaffenden Architekten stetig ab. Dem steht eine größere Reihe an Berufen gegenüber, in denen die Zahl der Solo-Selbstständigen seit 2005 durchgängig gewachsen ist. So hat vor allem die Zahl der Psychologen, Künstler, Personen mit haushaltsnahen und sozialen Tätigkeiten, Publizisten, Heilpraktiker und Körperpfleger zugenommen.[1256] Durch diesen sektoralen Wandel hat sich die Solo-Selbstständigkeit zunehmend zu einer heterogenen Beschäftigungskategorie mit einer weiten Spannbreite von Branchen und Berufen entwickelt.[1257] Im Jahr 2015 waren 1,35 Millionen Solo-Selbstständige im Bereich öffentliche und private Dienstleistungen tätig. Dies entspricht einem Anteil von 58,6 %.[1258] Noch im Jahr 2008 waren es lediglich 38,5 %.[1259] Es ist somit eindeutig eine Verschiebung von eher traditionellen Berufsgruppen für Selbstständige hin

---

1255 *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und Hybride Erwerbsformen, Policy Brief WSI 03/2018, S. 2; *Apt/Bovenschulte/Hartmann/Wischmann*, Foresight –Studie, „Digitale Arbeitswelt", BMAS-Forschungsbericht Nr. 463, 1, 7.

1256 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, 1, 27.

1257 *Kocher*, KJ 2013, 145, 146 f.

1258 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/StandEntwicklungErwerbstaetigkeit2010411157004.pdf?__blob=publicationFile(zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1259 *Koch/Rosemann/Späth*, Soloselbstständige in Deutschland, WISO Diskurs 2011, S. 20.

zu neuen Berufsgruppen zu beobachten, wobei es sich hierbei sowohl um einfache als auch anspruchsvolle Dienstleistungen handeln kann.

2.6.3.2.2 Polarisierung

Die Solo-Selbstständigkeit geht auch mit einer starken Polarisierung der Einkommen einher. Entsprechend der Heterogenität der Ausbildungsprofile und der Berufs- und Tätigkeitsfelder zeigen sich große Einkommensunterschiede. Die Einkommensskala reicht einerseits bis in überdurchschnittlich gute Einkommensbereiche hinein, so hat der Anteil der Solo-Selbstständigen, die 25 € brutto pro Stunde und mehr erzielen, zugenommen. Andererseits ist der Anteil der Solo-Selbstständigen mit geringen Einkünften größer als unter den abhängig Beschäftigten.[1260] Laut einer Selbstauskunft im Jahr 2013 verdienten ein Viertel aller Solo-Selbstständigen weniger als 8,50 € brutto pro Stunde.[1261]

Im Rahmen einer von ver.di in Auftrag gegebenen Studie aus dem Jahr 2016 gaben ein Fünftel der Befragten an, weniger als 1000 € brutto pro Monat zu verdienen. Die Nennung der größten Herausforderungen für Selbstständige verdeutlicht die schwierige Einkommenssituation. Fast 60 % der Befragten nannten als größte Herausforderung für Selbstständige „regelmäßige und ausreichende Einkommen zu erzielen" – hierin zeigt sich die schwierige Einkommenssituation deutlich.[1262] Auch die Zahl der Solo-Selbstständigen, die auf ergänzende Arbeitslosengeld II-Leistungen angewiesen sind, ist von 67.245 im Jahr 2007 auf 105.230 im Jahr 2015 gestiegen.[1263]

Im Jahr 2014 haben Solo-Selbstständige im Durchschnitt 12,60 € netto pro Stunde verdient und damit 1,23 € mehr als Arbeitnehmer. Ein Vergleich mit den Medianwerten[1264] verdeutlicht jedoch die breite Streuung der Einkommen von Solo-Selbstständigen. So lag der Mittelwert weit über dem Median. Ein „Medi-

---

1260 *Schulze Buschoff/Conen/Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54, 58; *Brenke*, DIW Wochenbericht 36/2015, 790, 795.

1261 *Brenke*, DIW Wochenbericht 36/2015, 790, 795.

1262 *Pongratz*, WSI-Mitt. 2017, 605-613.

1263 BT-Drs. 19/1034, S. 3.

1264 Anm.: Bei der Analyse der Einkommensverhältnisse ist es daher sehr wichtig, nicht nur das durchschnittliche Einkommen, also den Mittelwert, sondern auch das mittlere Einkommen, den Medianwert, zu berücksichtigen. Das Medianeinkommen beschreibt das Einkommen, bei dem 50 % der Erwerbspersonen weniger und 50 % mehr als den angegebenen Medianwert erwirtschaften. Damit ist der Medianwert weniger anfällig für Ausreißer als der Mittelwert, *Fritsch/Kritikos/Sorgner*, DIW Wochenbericht 7/2015, 134, 135.

an-Solo-Selbstständiger“ verdiente sogar weniger als ein „Median-Arbeitnehmer“. Das Median-Stundeneinkommen von Selbstständigen mit Beschäftigten betrug 11,63 €, der „Median-Arbeitnehmer“ kam auf einen Nettostundenlohn von 10,23 €, das Median-Nettostundeneinkommen bei den Solo-Selbstständigen fiel mit 9,30 € am geringsten aus. Nach einer Analyse des statistischen Bundesamtes aus dem Jahr 2012 hatten 11 % der Solo-Selbstständigen ein persönliches Nettoeinkommen unter 500 €, bei 2 % lag das persönliche Nettoeinkommen sogar unter 150 €.[1265] Dementsprechend ist in vielen Fällen der Solo-Selbstständigkeit ein hohes Altersarmutsrisiko gegeben, weil, soweit diese nicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI rentenversichert sind, die Alterssicherung oftmals mangels finanzieller Mittel unterbleibt.[1266] So ist das Armutsrisiko von 9,3 % im Jahr 1998 auf 10,3 % im Jahr 2008 gestiegen, während es sich bei den abhängigen Beschäftigten im Normalverhältnis lediglich von 3,1 % auf 3,2 % erhöhte.[1267]

2.6.3.2.3 Hybridisierung

Diskontinuitäten im Erwerbsverlauf treten nicht nur beim Wechsel von Beschäftigungsverhältnissen auf, auch Erwerbsbiografien von Selbstständigen werden zunehmend sowohl durch verschiedene, aufeinanderfolgende Erwerbszustände von abhängiger Erwerbstätigkeit und Selbstständigkeit (serielle Erwerbshybridisierung) als auch durch Mehrfachbeschäftigungen und Kombinationen abhängiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit im selben Zeitraum (synchrone Erwerbshybridisierung) geprägt.[1268]

1265 *Mai/Marder-Puch*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik Juli 2013, 483, 495, abrufbar unter: abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Arbeitsmarkt/SelbststaendigkeitDeutschland_72013.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1266 *Waltermann*, RdA 2010, 162; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 12.

1267 Abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2009/Erwerbstaetigkeit/begleitheft_Erwerbstaetigkeit.pdf?__blob=publicationFile, S. 25 (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1268 *Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa*, Hybride Erwerbsformern, Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Einl. S. 3; *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und hybride Erwerbsformen, Policy Brief WSI 03/2018, S. 3.

2.6.3.2.3.1 Serielle Erwerbshybridisierung

Auch die Solo-Selbstständigkeit ist durch eine hohe Fluktuation gekennzeichnet. Zwischen 1994 und 2001 waren von allen erwerbstätigen Personen im Alter zwischen 16 und 64 Jahren 5 % mindestens einmal solo-selbstständig gewesen. Innerhalb dieses Achtjahreszeitraums übten 89 % der Solo-Selbstständigen die solo-selbstständige Tätigkeit nur kurzzeitig und nur einmal aus, diese Erwerbsphase diente als Zwischen- oder Wechselstatus. In der Zeit von 2003 bis 2012 lag der Anteil der jährlichen Statuswechsler in der Regel bei einem Viertel. Bei Selbstständigen mit Arbeitnehmern und bei Arbeitnehmern war ein Statuswechsel weitaus seltener. Wird statt eines Jahres ein längerer Beobachtungszeitraum in den Blick genommen, so sind von den Solo-Selbstständigen des Jahres 1999 fünf Jahre später nur noch etwas mehr als die Hälfte als Solo-Selbstständige tätig. Der Anteil nimmt über die Zeit weiter ab. Besonders groß ist der Rückgang nach dem ersten und nach dem dritten Jahr. Lediglich jeder zehnte Solo-Selbstständige wechselte im Jahr 2014 zwischen dem Status des Alleinunternehmers und dem des Arbeitgebers. Fast doppelt so hoch war der Anteil derjenigen, die nach fünf Jahren einer abhängigen Beschäftigung nachgingen.[1269] Für mehr als die Hälfte der Solo-Selbstständigen hat diese Erwerbsform nur den Charakter eines Übergangmarktes und stellt keine dauerhafte Erwerbsoption dar.[1270]

Dies bestätigt auch eine Lebensverlaufsanalyse[1271] aus dem Jahr 2016, wonach sich Erwerbsverläufe von Selbstständigen zunehmend komplexer und diskontinuierlicher gestalten. So hat die Anzahl der durchlaufenen Erwerbsepisoden und der Wechsel zwischen den verschiedenen Erwerbsformen einschließlich Arbeitslosigkeit im Lauf der Jahre zugenommen. Im Lebensabschnitt zwischen dem 15. und 54. Lebensjahr weisen selbstständige Männer im Durchschnitt sechs bis acht und selbstständige Frauen im Durchschnitt acht bis neun verschiedene Erwerbszustände einschließlich Selbstständigkeit auf.[1272] Über 80 % aller untersuchten Selbstständigen haben die Selbstständigkeit bis zum 44. Le-

---

1269 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, S. 49, 50.

1270 *Koch/Rosemann/Späth,* Soloselbstständige in Deutschland, WISO Diskurs 2011, S. 30 f.

1271 *Suprinovic/Schneck/Kay,* Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 26.

1272 *Suprinovic/Schneck/Kay,* Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 17.

bensjahr aufgenommen[1273] und mehr als 40 % der selbstständigen Männer und mehr als die Hälfte der selbstständigen Frauen bis zu diesem Alter wieder aufgegeben[1274]. Üblicherweise wechselten die Selbstständigen in eine abhängige Beschäftigung, die bis zum Ende des beobachteten Lebenszeitraums fortgeführt wurde.[1275]

Dabei lassen sich anhand einer Clusteranalyse verschiedene Typen unterscheiden. Die größte Gruppe sind diejenigen, die über einen längeren Beobachtungszeitraum solo-selbstständig bleiben.[1276] Sie weisen einen vergleichsweise geringen Frauen- und Ausländeranteil auf, kommen auf ein überdurchschnittliches persönliches Erwerbseinkommen pro Monat und auch auf ein über dem Durchschnitt liegendes Nettovermögen.[1277] Eine weitere Gruppe bilden diejenigen, die über den gesamten Beobachtungszeitraum Alleinunternehmer waren. Sie sind im Durchschnitt älter, haben einen größeren Ausländeranteil und verfügen über ein höheres Einkommen und Vermögen. Sie stellen 1/6 aller Solo-Selbstständigen dar. Die höchsten Einkommen haben diejenigen, bei denen die Beschäftigung von Arbeitnehmern längerfristig wahrscheinlich ist.[1278] Daneben gibt es Solo-Selbstständige mit einer starken Neigung zur abhängigen Beschäftigung. Die Gruppe mit den günstigsten Arbeitsmarktaussichten verfügt zwar über ein überdurchschnittliches Einkommen, aber nur über ein unterdurchschnittliches Vermögen. Sie kann aber einen erheblichen Teil des Haushaltseinkommens zurücklegen. Am anderen Ende der Skala stehen die Solo-Selbstständigen mit schlechten Arbeitsmarktchancen und diejenigen, die im Beobachtungszeitraum eine brüchige Erwerbsbiographie vorweisen. Es handelt sich überwiegend um Frauen, das Alter ist durchschnittlich und die Erwerbseinkommen und das Vermögen sehr gering.[1279]

1273 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 14.

1274 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 36, 37.

1275 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 36, 37.

1276 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, S. 50.

1277 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, S. 51.

1278 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, S. 51.

1279 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, S. 52.

Entsprechend lassen sich auch die Gründungsmotive in zwei Gruppen aufteilen: Die eine Gruppe setzt vor allem auf Eigenständigkeit, materielle Besserstellung und innovative Lösungen. Für die andere Gruppe ist der Gang in die Selbstständigkeit hingegen eine Notlösung. Mehr als 30 % geben als Gründungsmotiv an, nicht mehr arbeitslos sein zu wollen.[1280]

2.6.3.2.3.2 Synchrone Erwerbshybridisierung

Die einzelnen Erwerbszustände müssen allerdings nicht isoliert auftreten, es ist ebenso möglich, dauerhaft parallel abhängig beschäftigt und zugleich selbstständig tätig zu sein. Nach der Lebensverlaufsanalyse aus dem Jahr 2016 hat der Trend zur hybriden Selbstständigkeit über die Geburtskohorten zugenommen. Je jünger die Geburtskohorte ist desto häufiger wurde die hybride Selbstständigkeit dauerhaft fortgesetzt. Dies deutet darauf hin, dass die hybride Selbstständigkeit immer weniger als Sprungbrett in die Selbstständigkeit dient.[1281] Ein erheblicher Anteil der Selbstständigen übte bereits zum Zeitpunkt der Gründung noch eine andere Tätigkeit aus. Die Hälfte nahm parallel eine abhängige Beschäftigung auf. Die Übrigen befanden sich unter anderem in der Ausbildung oder erfüllten familiäre Pflichten.[1282]

Knapp jeder fünfte Selbstständige, der zuvor ausschließlich selbstständig war, ging im Laufe der Selbstständigkeit parallel einer weiteren Erwerbsform nach. Dieser Anteilswert nahm unter den jüngeren Geburtsjahrgängen weiter zu.[1283] Eine von Ver.di in Auftrag gegebene Umfrage aus dem Jahr 2016 bestätigt diesen Trend. Fast ein Drittel der Befragten gab an, Einkünfte sowohl aus der Selbstständigkeit als auch aus einem Angestelltenverhältnis zu erzielen.[1284] Die Beweggründe für die Kombination von abhängiger und selbstständiger Tätigkeit parallel oder in zeitlicher Abfolge sind vielfältig. Sie reichen von zusätzlichem Risikoschutz bei Reduzierung oder Wegfall einer der Erwerbsformen zur Herstellung von Kontinuität bis hin zur Verbesserung des sozialen Netzwerks.

1280 *Manske, Scheffelmeier*, Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit: Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 71.

1281 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 21.

1282 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 22; Kay et al., in: Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen, S. 29.

1283 *Suprinovic/Schneck/Kay*, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, S. 23.

1284 *Pongratz*, WSI-Mitt. 2017, 605, 608.

In vielen Fällen erfolgt die Mehrfachbeschäftigung aber zur Schließung von Einkommenslücken.[1285]

2.6.3.2.4 Zwischenfazit

Solo-Selbstständige sind durch eine starke Streuung im Hinblick auf ihre berufliche Tätigkeit, Vermögenslagen und Einkommen geprägt. Die neuen Selbstständigen arbeiten nicht mehr in den klassischen Feldern beruflicher Selbstständigkeit. Sie sind vor allem im expandierenden Dienstleistungssektor tätig, die ausgeübten Berufe reichen von einfachen bis zu hochqualifizierten Tätigkeiten. Solo-Selbstständigkeit entsteht häufig aus einer „Ökonomie der Not". Die empirische Analyse hat schließlich gezeigt, dass auch der Bereich der Selbstständigkeit von sinkender Kontinuität gekennzeichnet ist. Erwerbsbiografien sind in sich vielfältig und ein Wechsel zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung ist keinesfalls ein Randphänomen. Zunehmend werden auch beide Erwerbsformen (dauerhaft) parallel praktiziert. Diese Entwicklung ist mit besonderen Herausforderungen an das Arbeits- und Sozialrecht verbunden. Sowohl das Arbeits- als auch das Sozialrecht sind vom fordistischen Modell der Kontinuität im Erwerbsleben geprägt. Im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen die Fragen: Werden das Arbeitsrecht und insbesondere die Sozialversicherungssysteme dieser Entwicklung und Dynamik gerecht? Welche Friktionen ergeben sich hieraus und wie lassen sich diese beseitigen?

2.6.4 Arbeitsrechtlicher Rahmen

Nachfolgend soll untersucht werden, inwiefern Solo-Selbstständige in den Anwendungsbereich der Vorschriften des Arbeitsrechts fallen. Dabei wird geprüft, ob Solo-Selbstständige Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen oder Heimarbeiter sein können und welche Rechtsfolgen sich hieraus für sie ergeben.

2.6.4.1 Der neue Arbeitnehmerbegriff gemäß § 611a BGB

2.6.4.1.1 Allgemein

Mit der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft wird der Anwendungsbereich sämtlicher Schutzvorschriften eröffnet.[1286] Die Einordnung als Arbeitneh-

---

[1285] *Pongratz/Bührmann* in: Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa (Hrsg.): Hybride Erwerbsformen, S. 70.

mer ist nicht mehr und nicht weniger als die Eintrittskarte in das Arbeitsrecht.[1287] Nur in wenigen Fällen öffnet der Gesetzgeber den Schutz arbeitsrechtlicher Gesetze über den Kreis der Arbeitnehmer hinaus. Wichtigstes Beispiel sind die arbeitnehmerähnlichen Personen.[1288] Seit dem 1.4.2017 ist nun der Arbeitsvertrag und damit zugleich auch der Arbeitnehmerbegriff in § 611a BGB legal definiert.[1289] Zuvor fehlte eine Definition, sie blieb vielmehr Rechtsprechung und Literatur überlassen. Auch aus anderen Vorschriften wie § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 106 GewO sowie aus § 5 Abs. 1, 3 ArbGG ließ sich kein konkreter Arbeitnehmerbegriff ableiten. Das Fundament für die Begriffsbestimmung legte vielmehr *Alfred Hueck*:[1290]

> *„Arbeitnehmer sind die auf Grund privatrechtlichen Vertrages im Dienst eines andern zur Arbeit verpflichteten Personen […]."*

Seit der Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 15. Februar 1930[1291] dient das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit der ständigen Rechtsprechung als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Selbstständigen und Arbeitnehmern.[1292] Um das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit näher zu bestimmen, greift die bisherige Rechtsprechung auf die typologische Begriffsbildungsmethode zurück.[1293] Um die persönliche Abhängigkeit zu ermitteln, ist kein einzelnes Merkmal konstitutiv, vielmehr ist eine Vielzahl von Kriterien für den Typus des Arbeitnehmers kennzeichnend, wobei das Fehlen einzelner Kriterien nicht zur Verneinung eines Arbeitsverhältnisses führt, wenn in einer wertenden Gesamtschau ein solches vorliegt.[1294] Von besonderer Bedeutung sind dabei die Eingliederung in den Betrieb und die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers betreffend Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit.

1286 *Hromadka*, NZA 1997, 569; *Deinert*, Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 1.

1287 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 1; *Maties,* FS Wank, 2014, 323, 325.

1288 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 1.

1289 *Wank,* AuR 2017, 140.

1290 Hueck/Nipperdey-*Hueck*, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, § 9 II S. 34 f.

1291 RAG 15.2.1930, ARS 8, 451, 452; *Frantzioch*, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht, S. 57.

1292 *Frantzioch,* Abhängige Selbständige im Arbeitsrecht, S. 57.

1293 BAG 27.6.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463, 1466; *Preis*, NZA 2018, 817, 822.

1294 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert,* § 3 Rn. 32.

Ausgehend von dieser Überlegung entwickelte die Rechtsprechung folgende Grundsätze:

> „[Arbeitnehmer und Selbstständige] *unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Der Arbeitnehmer ist in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert. Die Eingliederung zeigt sich insbesondere darin, daß der Beschäftigte dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. § 121 GewO). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist namentlich der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 I 2, II HGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart und der Organisation der zu leistenden Tätigkeit ab. Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses erbracht werden, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten. Ein Arbeitsverhältnis kann aber auch bei Diensten höherer Art gegeben sein, selbst wenn dem Dienstverpflichteten ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit verbleibt. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung, so ist letztere maßgebend. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls an.*“[1295]

Einige Stimmen in der Literatur fordern jedoch statt der persönlichen Abhängigkeit die Einbeziehung wirtschaftlicher Kriterien. Insbesondere *Wank* spricht sich für eine teleologische Definition aus, ihm zufolge sind gegenüberzustellen

> *„der Beschäftigte, der einen umfassenden Berufs- und Existenzschutz durch den Arbeitgeber erhalten soll, und der Beschäftigte, der die Möglichkeit hat, selbst für seinen Berufs- und Existenzschutz zu sorgen“.* [1296]

Wank verzichtet bewusst auf das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit, welches sich in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers manifestiert.[1297] Das entscheidende Merkmal des Selbstständigen sieht er vielmehr in der freiwilligen Übernahme des Unternehmensrisikos, dem Auftreten am Markt sowie in der

---

1295 BAG 26.5.1999 – 5 AZR 469/98, NZA 1999, 983, 984 (ständige Rechtsprechung); Rechtsprechungsübersicht bei *Hochrather* NZA-RR 2001, 561; *Maschmann,* NZA 2001, Sonderbeil. zu Heft 24, 21.

1296 *Wank,* Arbeitnehmer und Selbständige, S. 120.

1297 *Wank,* EuZA 2016, 143, 150; Däubler-*Reinecke*/*Rachor*, § 12 a TVG Rn. 25; *Dietrich*/*Patzina*, IAB-Kurzbericht 1/2017, 1, 3.

angemessenen Verteilung von Chancen und Risiken. Eine solche Verteilung sei allerdings nicht gegeben, wenn der Selbstständige keine inhaltlich unternehmerische Freiheit habe, keine eigene Unternehmensorganisation aufweise und nur für einen Auftraggeber tätig sei.[1298]

Dennoch verzichtete die bisherige Rechtsprechung auf wirtschaftliche Kriterien. Dies sei weder erforderlich noch ausreichend, da die wirtschaftliche Abhängigkeit erst aus der persönlichen Abhängigkeit resultiere.[1299] Der Gesetzgeber jedenfalls hält mit der Einführung des § 611a BGB an dieser Rechtsprechung fest. In der Gesetzesbegründung[1300] heißt es dazu:

> *„Mit der Einfügung eines neuen § 611a im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) wird anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzlich niedergelegt, wer Arbeitnehmer ist. Dabei entsteht kein Erfüllungsaufwand, da die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt."*

Eine solche alternative Definition des Arbeitnehmers wie von *Wank* vorgeschlagen hätte zur Folge, dass vermutlich ein erheblich größerer Teil derjenigen, die nach bisheriger Definition als Selbstständige anzusehen wären, unter den Arbeitnehmerbegriff fallen würden.[1301] In der Sache liefe dies auf einen weitgehenden Dualismus von Arbeitnehmern und Unternehmern hinaus, bei dem nur wenig Platz für arbeitnehmerähnliche Personen ist. Das wurde bisweilen als contra legem angesehen.[1302] Denn das geltende Recht kennt kein duales Modell, sondern geht von der beschriebenen Trias aus.[1303] Arbeitnehmerähnliche Personen bilden innerhalb der gesetzlichen Dreiteilung eine eigenständige Erwerbstätigengruppe. Die arbeitnehmerähnliche Person hat mit den Selbstständigen die persönliche Selbstständigkeit und mit den Arbeitnehmern die soziale Schutzbedürftigkeit gemeinsam und zugleich unterscheidet sie ihre persönliche Selbstständigkeit von den Arbeitnehmern und die soziale Schutzbedürftigkeit von den Selbstständigen. Sie können daher weder eine Untergruppe der Arbeitnehmer noch der Selbstständigen sein.[1304] Darüber hinaus kann auch der wohlha-

---

1298 *Wank,* BMA Band 262a, Empirische Befunde zur Scheinselbständigkeit – Juristischer Teil –, S. 76 f.; *Dietrich/Patzina,* IAB-Kurzbericht 1/2017, 1, 3.

1299 BAG 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622.

1300 BT-Drs. 18/10064, S. 1, 4.

1301 *Däubler,* FS Wank, 2014, S. 81, 82. Vgl. insoweit die Ausführungen zu Telearbeit bei *Wank,* NZA 1999, 225, 230 ff.

1302 *Hromadka,* NZA 1997, 569, 576; *Rosenfelder,* Status des freien Mitarbeiters, S. 272.

1303 *Hromadka,* NZA 1997, 569, 576; *Pfarr,* FS Kehrmann, S. 75.

1304 *Schubert,* Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, S. 20.

bende Lebemann, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Arbeitsdienst nicht angewiesen ist und nur zur Selbstverwirklichung arbeitet, Arbeitnehmer sein.[1305] Er bedarf dieses Schutzes, weil er mit Abschluss des Arbeitsvertrages an der anderweitigen Verwertung seiner eigenen Arbeitskraft gehindert ist.[1306] Zweck des Arbeitsrechts ist es, dem in der Zurverfügungstellung der Arbeitskraft (Weisungsgebundenheit/persönliche Abhängigkeit) liegenden Freiheitsverzicht des Arbeitnehmers mit seinen existenziellen Folgen Grenzen zu setzen.[1307]

Mit der neuen Definition in § 611a Abs. 1 BGB hat sich der Gesetzgeber jedenfalls die Definition des Arbeitsvertrages auf der Grundlage der Rechtsprechung zu Eigen gemacht. Sie bringt insoweit wenig Veränderung mit sich.[1308] Die teleologische Definition hat hingegen keinen Eingang in die gesetzliche Regelung gefunden. Der Gesetzgeber hat sie mithin der Sache nach abgelehnt.[1309] Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Kriterien kann daher nur noch in Grenzfällen zur Konkretisierung der gesetzlichen Merkmale der Weisungsgebundenheit und der persönlichen Abhängigkeit erfolgen.[1310] Es spielt demzufolge keine Rolle, ob sich Solo-Selbstständige in einem finanziellen Abhängigkeitsverhältnis bewegen. Sie lassen sich nicht unter § 611a BGB subsumieren,[1311] sind weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer.[1312] Sie stehen in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Auftraggeber, sind weder weisungsgebunden noch in den Betrieb eingegliedert. Im Gegenteil, sie sind außerhalb der betrieblichen Organisation in der Gestaltung ihrer Tätigkeit frei.[1313]

1305 *Deinert,* RdA 2017, 65, 69.

1306 *Schwarze*, ZfA 2005, 81, 103 ff; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 14 ff; *Deinert*, RdA 2017, 65, 69.

1307 *Schwarze,* ZfA 2005, 81, 103 ff; *Deinert,* RdA 2017, 65, 69.

1308 *Deinert*, RdA 2017, 65, 71; *Bauschke,* öAT 2016, 69, 71; *Richardi,* NZA 2017, 36, 39.

1309 Vgl. ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 54.

1310 ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 54; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 5; in diesem Sinne wohl auch *Wank,* AuR 2017, 140, 152 f.; einschränkend MünchArbR Bd. 1-*Schneider*, § 18 Rn. 45.

1311 *Deinert,* RdA 2017, 65, 69.

1312 BAG 31.1.2018 – 10 AZR 279/16, NZA 2018, 867, 879.

1313 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 1.

2.6.4.1.2 Crowdworking

Ob § 611a Abs. 1 BGB geeignet ist, den Anforderungen neuer Erwerbsformen angesichts der zu erwartenden Bedeutungsabnahme der Weisungsgebundenheit gerecht zu werden, scheint daher äußerst fragwürdig.[1314] Eine Binnendifferenzierung ist weiterhin schwierig und abhängig von den Bedingungen des Einzelfalls. So lassen sich etwa Crowdworker nicht per se den (Solo-)Selbstständigen zuteilen. Entscheidend ist die genaue Ausgestaltung der Rechtsbeziehung.[1315] Sie kann zu einer Einordnung als Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder als (Solo-)Selbstständige führen. Im Rahmen des Crowdworking ist nach der Organisationsform zu unterscheiden.

2.6.4.1.2.1 Internes Crowdworking

Beim internen Crowdworking wird der Einzelne mit Zustimmung seines Vertragsarbeitgebers innerhalb des Arbeitgeberunternehmens oder des Arbeitgeberkonzerns als Crowdworker eingesetzt und erfüllt unternehmens- oder konzerninterne Aufgaben. Der Crowdworker ist in diesem Fall gemäß § 611a BGB Arbeitnehmer.[1316] *Däubler* zufolge ist die Situation *„im Prinzip keine andere“*, als wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer *„zu einem Kunden schicken würde“*.[1317]

2.6.4.1.2.2 Externes Crowdworking

Schwieriger gestaltet sich hingegen die Einordnung des externen Crowdworkers. Wird die Aufgabe ausschließlich über das Internet ausgeschrieben und weisungsfrei abgewickelt, dann wird eine persönliche Abhängigkeit im Sinne einer Weisungsbindung oder einer Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation regelmäßig fehlen.[1318] Gleichwohl ist der Arbeitnehmerstatus auch nicht von vornherein ausgeschlossen. Mithilfe von Kontrollmechanismen wie einer Protokollierung der Arbeitsabläufe, der Anfertigung von Screenshots und der Aufzeichnung von Mausaktivitäten kann eine vergleichbare Fremdbe-

---

1314 *Deinert*, RdA 2017, 65, 72.

1315 BT-Drs. 18/3032, S. 4.

1316 *Deinert*, RdA 2017, 65, 68; *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2, 36; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1035;

1317 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2, 36; *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie – eine Literaturauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, S. 10.

1318 Vgl. auch *Preis/Brose*, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 51 f.; *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318, 319 ff.; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 24.

stimmung und damit auch eine persönliche Abhängigkeit begründet werden.[1319] Die Einordnung hat daher stets auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung zu erfolgen. Entsprechend kommt auch die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage zu dem Ergebnis, dass eine einheitliche Einordnung von Crowdworkern als selbstständig oder abhängig nicht möglich sei.[1320]

2.6.4.2 Arbeitnehmerähnliche Person

2.6.4.2.1 Begriffsbestimmung

Arbeitnehmerähnliche Personen sind in erster Linie Selbstständige. Im Gegensatz zu Arbeitnehmern fehlt es ihnen an der persönlichen Abhängigkeit. An ihre Stelle tritt die wirtschaftliche Abhängigkeit.[1321] Obwohl der Begriff in zahlreichen Vorschriften wie beispielsweise in § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG sowie im Urlaubsrecht gemäß § 2 Satz 2 Halbs. 1 BUrlG Erwähnung findet, fehlt bislang eine Legaldefinition.[1322] Zwar wird die arbeitnehmerähnliche Person in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG näher beschrieben, allerdings bleibt unklar, ob diese Vorschrift eine allgemeingültige Definition oder nur eine spezielle Regelung zum Anwendungsbereich der Spezialnorm für Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen enthält. Allgemein werden dem Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wirtschaftliche Abhängigkeit und eine dem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit zugrunde gelegt.[1323] Mittlerweile hat sich in der ständigen Rechtsprechung folgende Definition herauskristallisiert:

> *„Arbeitnehmerähnliche Personen unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, wobei vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen ist. Arbeitnehmerähnliche Personen sind wegen ihrer fehlenden Eingliederung in eine betriebliche Organisation und wegen im Wesentlichen freier Zeitbestimmung nicht in einem für Arbeitnehmer erforderlichen Maße persönlich abhängig. Sie müssen jedoch wirtschaftlich abhängig sein. Darüber hinaus muß die wirtschaftlich abhängige Person auch ihrer gesamten so-*

1319 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristen Tag 2016, S. B 104; *Risak*, ZAS 2015, 11, 15 f.

1320 BT-Drs. 18/3032, S. 4; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1030.

1321 Küttner Personalbuch-*Röller*, Arbeitnehmerähnliche Person Rn. 1.

1322 *Neuvians*, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 49.

1323 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 206; *Hromadka*, NZA 2007, 838, 840; MünchArbR Bd. 1-*Schneider*, § 21 Rn. 8.

zialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sein. Vertragsgegenstand müssen Leistungen für den anderen Vertragspartner sein."[1324]

Die wirtschaftliche Abhängigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn der Selbstständige auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und auf die Einkünfte aus dieser Vertragsgestaltung angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.[1325] Ist der Selbstständige für mehrere Auftraggeber tätig, so genügt es, wenn die Vergütung eines Auftraggebers die maßgebliche Existenzgrundlage darstellt.[1326] Auch der Bezug eines Gründungszuschusses gemäß § 93 SGB III ist für die Annahme der wirtschaftlichen Abhängigkeit unschädlich.[1327] Zwar enthält § 12a TVG keine gesetzliche Definition für alle arbeitsrechtlichen Vorschriften, die auf das Rechtsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person Anwendung finden, allerdings schließt dies nicht aus, die in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG genannten Zeit- und Verdienstrelationen im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.[1328] Das BAG hat bereits anerkannt, dass die Kriterien des § 12a TVG im Rahmen des § 5 ArbGG zur Anwendung kommen.[1329] So reicht danach aus, dass die arbeitnehmerähnliche Person überwiegend für eine Person arbeitet oder ihr von einer Person mehr als die Hälfte ihres Erwerbseinkommens zusteht.

Eine weitere Voraussetzung für die Sonderstellung als arbeitnehmerähnliche Person ist die vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit. Diese ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn die Abhängigkeit zum Auftraggeber nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht hat, wie er nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt und Dienste erbracht werden, die dem Typus eines Arbeitnehmers entsprechen.[1330] Der unbestimmte Rechtsbegriff der sozialen Schutzbedürftigkeit kann nicht losgelöst von der wirtschaftlichen Abhängigkeit

---

1324 BAG 29.12.1997 – 5 AZB 38/97, AP Nr. 40 zu § 5 ArbGG 1979; BAG 8.9.1997 – 5 AZB 3/97, AP Nr. 38 zu § 5 ArbGG 1979; BAG 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BGH 4.11.1998 – VIII ZB 12/98, NZA 1999, 53, 55; BGH 21.10.1998 – VIII ZB 54/97, NZA 1999, 110, 111.

1325 Küttner Personalbuch-*Röller,* Arbeitnehmerähnliche Person Rn. 2.

1326 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 211.

1327 BAG 21.12.2010 – 10 AZB 14/10, NZA 2011, 309, 310.

1328 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 211; ErfK-*Gallner*, § 2 BUrlG Rn. 2; Küttner Personalbuch-*Röller,* Arbeitnehmerähnliche Person Rn. 1.

1329 BAG 17.10.2010 – 5 AZR 639/89, NZA 1991, 402, 403.

1330 BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239, 240.

bewertet werden.[1331] Bei der Beurteilung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.[1332]

Ein wichtiges Indiz für die wirtschaftliche Abhängigkeit ist eine zwischen den Vertragsparteien bestehende Dauerrechtsbeziehung. Dagegen lösen punktuelle und kurzfristige Aufträge weder wirtschaftliche Abhängigkeit noch soziale Schutzbedürftigkeit aus.[1333] Solo-Selbstständige genügen dem häufig, da sie sich oft schwerpunktmäßig auf einen Auftraggeber konzentrieren.[1334] Dadurch sind sie in erheblichem Umfang am anderweitigen Einsatz ihrer Arbeitskraft und an der Verwertung ihres Ertragspotenzials gehindert und damit wirtschaftlich abhängig und – einem Arbeitnehmer vergleichbar – schutzbedürftig.[1335] Diejenigen, die ihre Arbeit einer Vielzahl von Interessenten zur Verfügung stellen, können dagegen nicht als arbeitnehmerähnliche Personen qualifiziert werden. Wirtschaftliche Abhängigkeit mag auch hier bestehen, sie konzentriert sich aber nicht in lediglich eine Richtung.

Insbesondere neue Erwerbsformen wie das externe Crowdworking sind deshalb häufig nicht erfasst. Denn Crowdworker werden typischerweise für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig.[1336] Es besteht auch keine wirtschaftliche Abhängigkeit zum Plattformbetreiber, denn der Plattformbetreiber eröffnet dem Crowdworker regelmäßig nur die Möglichkeit von Vertragsabschlüssen mit verschiedenen Dritten, steht selbst für die Vergütung des Crowdworkers jedoch nicht ein.[1337] Die bloße Verdienstmöglichkeit genügt nicht, vielmehr muss sich die Schutzbedürftigkeit gerade aus der vereinbarten Vergütung ergeben.[1338]

1331 *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 194; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 212.

1332 BAG 23.12.1961 – 5 AZR 53/61, NJW 1962, 1125, 1125; BAG 2.10.1991 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239, 239.

1333 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 3 Rn. 213.

1334 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 164; *Deinert*, Soloselbständige zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Rn. 11.

1335 So auch *Deinert*, Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 4; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 164; *Däubler/Klebe* NZA 2015, 1032, 1035; *Frantzioch*, Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht, S. 92, 93.

1336 *Deinert*, RdA 2017, 65, 72; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 24; *Preis/Brose*, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 52 ff.; *Hensel*, SozF 2017, 897, 904 f.

1337 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2, 38.

1338 BAG 21.2.2007 – 5 AZB 52/06, NZA 2007, 699, 700.

2.6.4.2.2 Rechtsfolgen

Die Klassifizierung als arbeitnehmerähnliche Person hat zur Folge, dass Solo-Selbstständige aufgrund der vergleichbaren wirtschaftlichen und sozialen Lage bei der Anwendung bestimmter Vorschriften wie Arbeitnehmer behandelt werden. Eine darüberhinausgehende analoge Anwendung speziell arbeitnehmerschützender Vorschriften hat der Gesetzgeber hingegen abgelehnt.[1339] Für die Arbeitnehmerähnlichen steht zunächst der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten offen. Darüber hinaus ergibt sich aus dem BUrlG, dem PflegeZG, dem ArbSchG, dem AGG, dem BDSG, dem GenDG und dem BetrAVG die Anwendbarkeit auf sie. Ferner besteht die Möglichkeit, gemäß § 12a TVG Tarifverträge für sie abzuschließen. Von dieser Vorschrift wird jedoch in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht.[1340] Seit dem 1.1.2018 findet das MuSchG ebenfalls auf arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG Anwendung. Die wesentlichen Vorschriften des Arbeitsrechts bleiben jedoch unanwendbar, es erfolgt lediglich eine punktuelle Gleichstellung:[1341]

Das Arbeitszeitgesetz gilt nur für Arbeitnehmer und Auszubildende. Für arbeitnehmerähnliche Personen gibt es keine Höchstarbeitszeiten.[1342] Maßgeblich für die Höhe der Vergütung ist die mit dem Vertragspartner getroffene Vereinbarung. Sie unterliegt nicht dem gesetzlichen Mindestlohn gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG und lässt sich ansonsten nur in Fällen des Lohnwuchers gemäß § 138 Abs. 1, 2 BGB korrigieren.[1343] Des Weiteren sind der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß §§ 3, 10 EFZG sowie der Anspruch auf Insolvenzgeld gemäß §§ 165 ff., 13 SGB nur Heimarbeitern und Arbeitnehmern vorbehalten. Als Selbstständige sind die Arbeitnehmerähnlichen für die Absicherung der Risiken eines Arbeitsausfalls selbst verantwortlich und sie sind auch im Falle der Insolvenz des Auftraggebers nicht privilegiert.[1344] Aber auch auf das allgemeine und besondere Kündigungsschutzrecht sowie den Befristungsschutz können sich Arbeitnehmerähnliche nicht berufen. Ist das Dienstverhältnis nicht befristet, kann es nach Maßgabe des § 621 BGB von jeder Ver-

---

1339 BAG 8.5.2007 – 9 AZR 777/06, DB 2007, 2268.

1340 Däubler-*Reinecke/Rachor*, § 12a TVG Rn. 9; *Frantzioch*, Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht, S. 98.

1341 *Däubler*, FS Wank, 81, 84.

1342 *Neuvians*, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 120.

1343 *Frantzioch*, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht, S. 172; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 72.

1344 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 90; *Neuvians*, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 139.

tragspartei gekündigt werden.[1345] Immerhin aber ist anerkannt, dass der von Verfassung wegen zu gewährleistende Mindestbestandsschutz[1346] auch für arbeitnehmerähnliche Personen mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln gewährleistet werden muss.[1347] Ihnen steht weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht zu Betriebsratswahlen zu.[1348] Auch sonst sind sie nicht in das System der betrieblichen Interessenvertretung einbezogen. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes bewusst gegen eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf arbeitnehmerähnliche Personen entschieden. Dies hat zur Folge, dass durch den Fremdpersonaleinsatz in Gestalt von Solo-Selbstständigkeit die Mitbestimmung im Betrieb zunehmend erodiert.[1349]

2.6.4.3 Heimarbeiter

2.6.4.3.1 Begriffsbestimmung

Der wesentliche Unterschied der Heimarbeiter zu Arbeitnehmern liegt darin, dass Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende ihre Arbeit in einer von ihnen frei gewählten Betriebsstätte verrichten und hinsichtlich Arbeitszeit und Ausführung nicht der Überwachung oder dem Direktionsrecht eines Arbeitgebers unterliegen.[1350] Entsprechend sind sie keine Arbeitnehmer, sondern aufgrund ihrer fehlenden Weisungsgebundenheit Selbstständige.[1351] Wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit und sozialen Schutzbedürftigkeit handelt es sich jedoch um eine besondere Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen.[1352] Es handelt sich hierbei um die älteste Form der arbeitnehmerähnlichen Personen. Innerhalb dieser Personengruppe genießen Heimarbeiter eine Sonderstellung.[1353]

1345 Küttner Personalbuch-*Röller,* arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 19.

1346 Dazu BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169.

1347 Vgl. *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, NK-GA-*Horcher*, § 29 HAG Rn. 22; *Däubler*, AuR 2005, 1, 3; HK-ArbR-*Berg*, §§ 29, 29a HAG Rn. 3; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 106.

1348 *Rost*, NZA 1999, 113, 117.

1349 *Manske*/*Scheffelmeier*, Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit: Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 83.

1350 Küttner Personalbuch-*Röller*, Heimarbeit Rn. 3.

1351 BAG 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244, 246; BAG 24.3.1998 – 9 AZR 218/97, NZA 1998, 1001, 1001; BAG 3.7.1980 – 3 AZR 1077/78, NJW 1981, 1399, 1399.

1352 ErfK-*Preis*, § 611a Rn. 84; *Däubler*/*Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036.

1353 Küttner Personalbuch-*Röller*, Heimarbeit Rn1.

In Heimarbeit Beschäftigte sind gemäß § 1 Abs. 1, 2 HAG Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und ihnen Gleichgestellte. Gleichgestellte erlangen den Schutz allerdings nur auf Antrag im Gleichstellungsverfahren. Heimarbeiter ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibeden überlässt, der auch das wirtschaftliche Risiko trägt. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 HAG ist Hausgewerbetreibender, wer in eigener Arbeitsstätte mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern Waren herstellt, bearbeitet oder verpackt, wobei der Hausgewerbetreibende selbst wesentlich am Stück mitarbeitet, aber die Verwertung der Arbeitsergebnisse unmittelbar oder mittelbar dem auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Arbeitsrechtlich spielt es keine Rolle, ob eine Person Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibender ist, da beide als in Heimarbeit Beschäftigte angesehen werden.[1354]

Während die sachlich eng umgrenzte Definition der Hausgewerbetreibenden mit ihrer Anknüpfung an konkrete Tätigkeiten der Produktion kaum Raum für die Einbeziehung weiter Kreise der „neuen Selbstständigen" lässt, ist der Begriff der Heimarbeiter offener für neue Erwerbsmodelle. Auch hier ist der geschichtliche Kontext der Norm zwar klar anhand der gewählten Begriffe wie „Gewerbetreibende" und „Zwischenmeister" erkennbar – der Gesetzgeber hatte den Webstuhl und das produzierende Kleingewerbe des industriellen Zeitalters vor Augen[1355] – § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG scheint gegenüber der Anwendung auf neuere, dienstleistungsbezogene Erwerbsformen, hingegen nicht verschlossen.

2.6.4.3.1.1 „Erwerbsmäßig arbeitet"

Heimarbeit setzt nicht voraus, dass die Tätigkeiten mit gewerblichen Tätigkeiten vergleichbar sind. Dies ergibt sich aus dem Merkmal „erwerbsmäßig".[1356] Erforderlich ist aber nach der Rechtsprechung, dass die Tätigkeit auf gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll.[1357] Nicht erforderlich ist, dass die Tätigkeit der alleinige Beitrag zum Lebensunterhalt ist. Auch eine im Sinne des § 8 SGB IV geringfügige Tätigkeit kann sich als Heimarbeit

---

1354 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker*, § 117 Rn. 15.
1355 *Deinert*, RdA 2018, 359, 362.
1356 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker*, § 117 Rn. 7.
1357 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453, 1457.

darstellen.[1358] Auch klassische Angestelltentätigkeiten sind insoweit in den Schutzbereich des HAG einbezogen, dabei verzichtet die Rechtsprechung ausdrücklich auf jegliche qualitative Anforderungen an die Tätigkeit.[1359] Zwar mag die Vorschrift im historischen Kontext auf einfache Tätigkeiten des produzierenden Gewerbes ausgerichtet gewesen sein, erfasst werden aber auch qualifizierte Tätigkeiten wie beispielsweise die EDV-Programmierung.[1360]

2.6.4.3.1.2 „Selbstgewählte Arbeitsstätte“

Selbstgewählt ist eine Arbeitsstätte, wenn der Heimarbeiter in räumlicher Trennung keiner Arbeitskontrolle unterliegt. Ersichtlich ging es dem Gesetzgeber nicht darum, den Schutz auf diejenigen zu beschränken, die eine gewisse Beständigkeit des Arbeitsortes aufweisen. Heimarbeit im Global-office war dem Gesetzgeber bei Schaffung des HAG schlichtweg nicht vorstellbar.[1361] Teleologisch dient der Begriff der „Heim“(-arbeit) bzw. der selbstgewählten Arbeits- oder Betriebstätte der Abgrenzung zum (echten) Arbeitnehmer und nicht der Abgrenzung zum (echten) Selbstständigen. Denn wer den Ort der Arbeitserbringung nicht frei wählen kann und insofern der Kontrolle des Auftraggebers ausgesetzt ist, ist eher noch Arbeitnehmer als Heimarbeiter. Für die Abgrenzung in die andere Richtung spielt dieses Kriterium hingegen keine Rolle. Keiner ist gegenüber einem anderen Erwerbstätigen, der vom heimischen Schreibtisch aus arbeitet, allein deshalb weniger selbstständig, weil er dieselbe Leistung vom Zug, vom Flugzeug oder vom „working space“ aus erbringt. Als selbstgewählte Arbeitsstätte ist jeder selbstgewählte Arbeitsort anzusehen, mag er auch unstetig und ständig wechselnd sein.[1362]

2.6.4.3.1.3 „Verwertung der Arbeitsergebnisse“

§ 2 Abs. 1 Satz 1 HAG setzt weiterhin voraus, dass die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem auftraggebenden Gewerbetreibenden überlassen wird. Das lässt sich so verstehen, dass die Verwertung des Arbeitsergebnisses durch den Gewerbetreibenden direkt am Markt erfolgt, der Begriff lässt sich aber auch in

---

1358 BAG 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1999, 141.

1359 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453, 1457.

1360 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453, 1457.

1361 *Preis*/*Brose,* Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 38

1362 *Preis*/*Brose,* Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 38; *Deinert*, RdA 2018, 359, 363.

einem weiteren Sinn auslegen, nach dem eine Verwertung auch dadurch erfolgt, dass die Ergebnisse der Heimarbeit intern beim Gewerbetreibenden genutzt werden und ihm zugute kommen.[1363] Hierfür spricht, dass es nach der gesetzlichen Konzeption darum geht, dass der Heimarbeiter nicht das unternehmerische Risiko trägt und gleichzeitig auch an den Früchten seiner Arbeit nicht in gleichem Umfang partizipiert wie ein Unternehmer.[1364] Auch hier zeigt sich in der historischen Betrachtung wieder das Bild des produzierenden Gewerbes als vorherrschendes Wirtschaftskonzept seiner Zeit. Im Wesentlichen lassen sich drei Argumente gegen eine definitorische Verengung im Sinne einer unmittelbaren Verwertung am Markt anbringen: Zum ersten sprechen der historische Kontext und die mittlerweile gewandelte wirtschaftliche Realität für eine erweiterte Interpretation. Zum zweiten macht es wohl kaum einen Unterschied, ob ein Produkt unmittelbar am Markt verwertet wird oder, ob ein Produkt oder eine Dienstleistung lediglich die Voraussetzung für die Verwertung eines hierauf aufbauenden Produktes ist (mittelbare Marktverwertung). Und drittens deutet auch hier die Abgrenzungsfrage vor allem in die andere Richtung: Werden die Früchte der Arbeit vom Auftraggeber nicht direkt am Markt verwertet, sondern im eigenen Unternehmen eingesetzt, verringert dies nicht die Abhängigkeit oder anders ausgedrückt, erhöht dies nicht die Distanz zum Geschäft des Auftraggebers, sondern verengt die Beziehung. Derjenige, der derart in die Unternehmensstruktur eingebunden ist, steht einem Arbeitnehmer sogar eher noch näher.

2.6.4.3.2 Rechtsfolgen

Heimarbeiter unterliegen einer Vielzahl von arbeits- und sozialrechtlichen Schutzvorschriften. Dieser Schutz reicht weiter als bei den arbeitnehmerähnlichen Personen. Er ist teils im HAG, teils in den Anwendungsbestimmungen verschiedener arbeitsrechtlicher Einzelgesetze normiert:[1365]

Die Bestimmungen der §§ 6–10 HAG enthalten allgemeine Schutzvorschriften. Sie sind zwingendes Recht und können nicht abbedungen werden.[1366] Arbeitsschutz und öffentlicher Gesundheitsschutz sind in §§ 12–16a HAG geregelt. Hinsichtlich des Entgelts gilt grundsätzlich das Prinzip der Privatautonomie,

---

1363 *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher,* § 2 Rn. 6, 22; *Otten,* § 2 HAG Rn. 42.

1364 *Deinert*, RdA 2018, 359, 363.

1365 Ausf. Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker,* § 117 Rn. 27 ff.*; Otten,* Heimarbeitsrecht, Vorbem. Rn. 39 ff.

1366 BAG 12.7.1988 – 3 AZR 569/83, NZA 1989, 141.

nur § 17 Abs. 1 HAG stellt schriftliche Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Auftraggebern über Inhalt, Abschluss oder Beendigung von Vertragsverhältnissen zugunsten der in Heimarbeit Beschäftigten mit Tarifverträgen gleich.[1367] Darüber hinaus können Heimarbeitsausschüsse für alle Bereiche der Heimarbeit allgemeinverbindliche Mindestentgelte festsetzen. Eine bindende Festsetzung hat die Wirkung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages und ist gemäß § 19 Abs. 3 Satz 1 HAG im Tarifregister einzutragen. [1368] Das Mindestlohngesetz ist hingegen nicht auf Heimarbeiter anwendbar.

Auch außerhalb des HAG werden die in Heimarbeit Beschäftigten in zahlreichen gesetzlichen Regelungen Arbeitnehmern gleichgestellt, dazu gehören: der Zugang zur Arbeitsgerichtsbarkeit gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, Feiertagslohnzahlung gemäß § 11 EFZG, Zuschlag für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle gemäß § 10 EFZG, Anspruch auf Urlaubsentgelt gemäß § 12 BUrlG. Sie genießen ferner den Schutz vor Benachteiligungen nach dem AGG gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG und unterliegen dem Beschäftigtendatenschutz gemäß § 26 Abs. 8 Nr. 8 BDSG, außerdem weitgehend dem Mutterschutzrecht gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 MuSchG. Schließlich haben sie Anspruch auf Elternzeit und Elterngeld gemäß § 20 Abs. 2 BEEG i.V.m. §§ 1, 2 BErzGG.

Entgegen der Überschrift „Allgemeiner Kündigungsschutz" regelt § 29 HAG lediglich die Kündigungsfrist, die mit zunehmender Dauer der Vertragsbeziehungen länger wird. Während dieser Frist wird der Heimarbeiter vor einer Aushöhlung der Kündigungsfrist durch Entgeltsicherung nach § 29 Abs. 7 HAG geschützt. Das Kündigungsschutzgesetz findet keine Anwendung. Immerhin ist anerkannt, dass der – auch für Arbeitnehmerähnliche verbindliche verfassungsrechtlich gewährleistete (vgl. 2.6.4.2.2) – Mindestbestandsschutz (auch) Heimarbeitern zukommt.[1369] Auch einen vergleichbaren Befristungsschutz kennt das Heimarbeitsverhältnis nicht. Schließlich findet auch § 613a BGB über den Betriebsübergang keine Anwendung. Für außerordentliche Kündigungen gilt § 626 BGB aber gemäß § 29 Abs. 6 HAG entsprechend.[1370]

Allerdings besteht ein besonderer Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 und § 9 MuSchG, §§ 18, 19 BEEG, §§ 7, 1 ArbPlSchG und §§ 210 Abs. 2 Satz 2, 85 ff. SGB IX. Des Weiteren gelten Heimarbeiter und Hausgewerbetrei-

---

1367 *Deinert,* RdA 2018, 359, 360; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker*, § 117 Rn. 42.

1368 Küttner Personalbuch-*Röller,* Heimarbeit Rn. 11.

1369 BAG 24.3.1998 – 9 AZR 218/97, NZA 1998, 1001, 1003.

1370 *Deinert,* RdA 2018, 359, 360.

bende gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. In Heimarbeit beschäftigte betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger genießen gemäß § 29a HAG den gleichen Kündigungsschutz wie normale Amtsträger.[1371]

2.6.4.3.3 Bedeutung

Das Heimarbeitsgesetz räumt den arbeitnehmerähnlichen Personen, die in den Anwendungsbereich der Norm fallen, einen weiten Schutz ein. Die Mehrzahl der neuen Solo-Selbstständigen fällt allerdings nicht in dieses Raster, denn die Rechtsprechung verlangt – ebenso wie bei den arbeitnehmerähnlichen Personen – das Vorliegen wirtschaftlicher Abhängigkeit.[1372] Dies wiederum dürfte – analog zur Arbeitnehmerähnlichkeit – der Fall sein, wenn sie das Einkommen überwiegend von einem Auftraggeber beziehen.[1373] Denn häufig sind Solo-Selbstständige für mehrere und wechselnde Auftraggeber tätig. Insbesondere die Gruppe der Crowdworker wird in der Regel nicht von den Schutzvorschriften erfasst. Prägend für ihre Tätigkeit ist, dass sie im Rahmen des externen Crowdworking ihre Leistung nicht nur einem Auftraggeber anbieten, sondern über die Plattform mit einer Vielzahl von Auftraggebern in Kontakt treten. Zudem gibt es eine mutmaßlich nicht geringe Zahl von Crowdworkern die Aufgaben nur aus intrinsischer Motivation oder zum Zeitvertreib erledigen und nicht davon ihren Lebensunterhalt bestreiten wollen. Die räumliche Ausführung der Arbeit folgt ebenfalls keinen klaren Vorgaben. Während einige Crowdworker ihrer Tätigkeit von zuhause aus nachgehen, mieten andere ein eigenes Büro oder einen Arbeitsplatz in einem Gemeinschaftsbüro (Crowdworkingspace) an. Wieder andere arbeiten völlig flexibel von wechselnden Orten. Dies ist, wie oben bereits ausgeführt, unschädlich. Entscheidend ist nur, dass der Crowdworker in räumlicher Trennung vom Sitz des Auftraggebers ohne Betriebsmittel des Auftraggebers arbeitet und keiner Arbeitskontrolle unterliegt.[1374] Eine räumliche Begrenzung bzw. definitorische Anknüpfung mit daraus abgeleiteter Schutzbedürftigkeit würde der Vielfalt modernen Arbeitens

---

1371 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker*, § 117 Rn. 65 f.

1372 BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, NZA 1991, 267, 269; BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, AP Nr. 11 zu § 2 HAG.

1373 So auch *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18 Rn. 61; *Krause*, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag 2016, S. B 105; a.A. *Preis*/*Brose*, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 39.

1374 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Becker*, § 117 Rn. 8.

nicht gerecht werden. Prägend für die moderne Arbeitswelt ist gerade, dass äußerlich sichtbare objektive Grenzen verschwimmen. Als problematisch erweist sich hingegen die Subsumtion unter § 11 HAG, der von einer Verteilung der Arbeit durch den Gewerbetreibenden oder Zwischenmeister ausgeht, während sich beim Crowdworking der Crowdworker aktiv um jeden Auftrag bemühen muss.[1375]

2.6.4.4 Zwischenfazit

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die bestehenden Vorschriften dem Solo-Selbstständigen, sofern er in den Anwendungsbereich der jeweiligen Vorschriften für arbeitnehmerähnliche Personen fällt und kein Heimarbeiter ist, nur einen marginalen materiell-rechtlichen Schutz gewähren. Für Solo-Selbstständige, die weder arbeitnehmerähnliche Personen noch Heimarbeiter sind, gilt der Primat der Privatautonomie mit ihren allgemeinen Einschränkungen.[1376] So gibt es beispielsweise kaum Schutz vor Diskriminierungen bei der Begründung eines Vertragsverhältnisses. Bei Formklauseln müssen Solo-Selbstständige mehr hinnehmen als Arbeitnehmer. Hinsichtlich des Arbeitsschutzes greift nur der Basisschutz über § 618 BGB. Die Vergütung ist, sofern es keine Taxe gibt, nicht geregelt. Im Krankheitsfall müssen sie auf Aufträge und Einnahmen verzichten und verlieren eventuell einen Auftraggeber oder sie arbeiten krank weiter und setzen damit ihre Gesundheit aufs Spiel. Selbstständige mit Arbeitnehmern können wenigstens auf deren Einsatz zurückgreifen. Ferner gibt es kein Urlaubsgeld und kein Insolvenzgeld. Schließlich gibt es keinen Schutz vor Kündigungen oder Befristungen von Verträgen und auch kollektive Vertretungen gibt es in der Regel nicht.[1377]

1375 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristen Tag 2016, S. B 105; *Preis/Brose*, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 39, 56; *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318, 325 f.

1376 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 25.

1377 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 138.

2.6.5 Sozialrechtlicher Rahmen

Die Sozialversicherungssysteme in Deutschland sind in der Bismarck'schen Tradition fast ausschließlich auf abhängig Beschäftigte ausgerichtet (§ 7 SGB IV, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI, § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Versicherungsschutz und zugleich Versicherungspflicht wird in allen Zweigen der Sozialversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung über das Beschäftigungsverhältnis gewährt. Dem Recht liegt die Annahme zugrunde, dass Unternehmertum und Selbstständigkeit zwangsläufig zu Vermögensbildung führt, die einen kollektiven Schutz der Solidargemeinschaft entbehrlich macht.[1378] Als Beschäftigung definiert § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Die Einordnung als Beschäftigter folgt dem „Alles-oder-nichts-Prinzip". Das Sozialrecht kennt die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person nicht.[1379] Wer nicht abhängig Beschäftigter ist, zählt als Selbstständiger. Selbstständige sind erst spät und nur selektiv in die Sozialversicherungssysteme einbezogen worden.[1380] Im Ergebnis sind sie jedenfalls nicht umfassend in die Sozialversicherung einbezogen (näher u. 2.6.5.1 ff.).[1381] So gelten Heimarbeiter nach der Fiktion des § 12 Abs. 2 SGB IV sowie des § 13 SGB III als Beschäftigte bzw. Arbeitnehmer und genießen eine entsprechende Absicherung. Als Beschäftigte unterliegen sie der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und in der sozialen Pflegeversicherung gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI. Auch in der gesetzlichen Rentenversicherung sind sie gemäß § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI versicherungspflichtig. Heimarbeiter unterstehen darüber hinaus dem Schutz der Arbeitslosenversicherung gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III. Hausgewerbetreibende sind dagegen als Selbstständige nur sozialversicherungsrechtlich geschützt, soweit dies in den einzelnen Versicherungszweigen ausdrücklich angeordnet wurde.[1382] Des Weiteren gibt es nur für Landwirte und selbstständige Künstler sowie Publizisten, die maximal einen Arbeitnehmer beschäftigen, relativ verselbstständigte Sozialversicherungen. Schließlich gibt es vereinzelte Versicherungspflichttatbestände für bestimmte Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung in § 2 SGB VI (s.u. 2.6.5.3), etwa für selbstständige Küstenschif-

---

1378 *Schulze Buschoff*, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, S. 18.

1379 *Schlegel*, Hybride Erwerbsform, S. 294.

1380 *Schulze Buschoff*, neue Selbständigkeit im europäischen Vergleich, S. 76.

1381 Überblick bei *Mecke*, SGb 2016, 481, 485 f.

1382 Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Heimarbeit Rn. 62.

fer und -fischer (Nr. 7). Erwähnung finden muss in dem Zusammenhang insbesondere § 2 Nr. 9 SGB VI, der bestimmte arbeitnehmerähnliche Selbstständige in die Rentenversicherung einbezieht. Schließlich besteht in der Unfallversicherung – neben der Möglichkeit der freiwilligen Versicherung (§ 6 Nr. 1 SGB VII) – die Möglichkeit, kraft Satzung Unternehmer der Versicherungspflicht zu unterwerfen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII).

Wer nicht zu diesen besonderen Berufsgruppen gehört, wird weder dem Versicherungszwang noch der Beitragspflicht unterworfen. Aus diesem Grund entscheiden sich viele Vertragsparteien für eine selbstständige Tätigkeit und gegen ein Beschäftigungsverhältnis. Hieran ist – soweit ein Rechtsverhältnis nicht als selbstständige Tätigkeit deklariert wird, obwohl in Wirklichkeit eine weisungsgebundene Beschäftigung vorliegt – mit Blick auf das im Sozialrecht herrschende Akzeptanzprinzip nichts einzuwenden.[1383] Mit diesem Modell stellt Deutschland im europäischen Vergleich eine Besonderheit dar. Denn in der Mehrzahl der europäischen Länder werden die Selbstständigen durch Pflichtversicherungssysteme erfasst.[1384]

Damit erweist es sich, dass Crowdworker, soweit es sich um internes Crowdwork (s.o. 2.6.4.1.2.1) handelt, regelmäßig als Beschäftigte versicherungspflichtig sind, während bei externem Crowdwork oftmals eine selbstständige Tätigkeit gegeben sein wird (s.o. 2.6.4.1.2.2), die im Allgemeinen nicht versicherungspflichtig ist.[1385] *Preis* und *Brose* haben allerdings zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausgestaltung gerade mit fortschreitender Digitalisierung im Einzelfall auch auf vorweggenommene Weisungen und digitale Eingliederung hinauslaufen kann, sodass je nach Fallgestaltung auch eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV denkbar erscheint. Auch sie kommen allerdings zu dem Ergebnis, dass im Allgemeinen keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegen wird.[1386] Da auch der Status als Heimarbeiter regelmä-

---

1383 *Deinert,* Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 98 ff.; 317 ff.; *Deinert,* Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 129.

1384 *Becker*, ZESAR 2018, 307, 308.

1385 *Mecke*, SGb 2016, 481, 484.

1386 *Preis*/*Brose,* Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 23 ff.; *Brose*, NZS 2017, 7, 10 ff.

ßig zweifelhaft ist (s.o. 2.6.4.3.3), sind sie im Allgemeinen auch in einer solchen Eigenschaft nicht versicherungspflichtig.[1387]

2.6.5.1 Gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung

2.6.5.1.1 Versicherungspflicht

Für Selbstständige in der Land- und Forstwirtschaft sowie für selbstständige Künstler und Publizisten besteht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherungspflicht. Ansonsten sind Personen, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind, gemäß § 5 Abs. 5 SGB V nicht versicherungspflichtig. Nur unter den Voraussetzungen des § 9 SGB V können sie sich in der gesetzlichen Krankenversicherung freiwillig versichern. Allerdings setzt sich die Mitgliedschaft eines in der gesetzlichen Krankenversicherung Pflichtversicherten oder Familienpflichtversicherten gemäß § 188 Abs. 4 Satz 1 SGB V fort, wenn bestimmte Vorversicherungszeiten erfüllt wurden und zugleich nicht unter Nachweis einer gleichwertigen Absicherung in der privaten Krankenversicherung der Austritt erklärt wurde. Zudem hat der Gesetzgeber mit dem Auffangtatbestand des § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V das politische Ziel umgesetzt, dass in Deutschland niemand im Krankheitsfall ohne Schutz sein soll.[1388] Hierzu wurde mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. März 2007 für alle Einwohner ohne Absicherung im Krankheitsfall Versicherungsschutz in der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung gewährleistet.[1389] Für Solo-Selbstständige greift die Auffangversicherungspflicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V nur, wenn sie vor Aufnahme der Selbstständigkeit zuletzt gesetzlich krankenversichert oder weder gesetzlich noch privat krankenversichert waren, aber zum Personenkreis gehören, der seinem Status nach der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen ist.[1390] Alle hiervon nicht erfassten Personen sind erstmals seit dem 1.1.2009 gemäß § 193 Abs. 3 VVG gesetzlich verpflichtet, sich in der privaten Krankenversicherung zu versichern.

1387 *Preis*/*Brose,* Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 37 ff.; ferner *Brose*, NZS 2017, 7, 13 f.

1388 BT-Drs. 16/3100, S. 94; vgl. zur Rechtslage *Waltermann*, SGb 2017, 425 f.

1389 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) v. 26.3.2007 (BGBl. I 378).

1390 KassKomm-*Peters*, § 5 SGB V Rn. 172; *Mecke*, SGb 2016, 481, 486.

Zeitgleich mit der Einführung der Versicherungspflicht wurde im Jahr 2009 der Basistarif eingeführt. Das Bundesverfassungsgericht hält die Einführung des Basistarifs im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG für geeignet und erforderlich, um den Krankenversicherungsschutz des betroffenen Personenkreises sicherzustellen. Die zusätzlichen Belastungen seien den betroffenen Versicherungsunternehmen auch zumutbar.[1391] Gemäß § 152 Abs. 3 Satz 1 VAG darf der Beitrag für den Basistarif (ohne Selbstbehalt und in allen Selbstbehaltsstufen) den Höchstbetrag der gesetzlichen Krankenversicherung nicht überschreiten.

Die Versicherungspflicht in der sozialen oder privaten Pflegeversicherung folgt gemäß §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 SGB XI der in der Krankenversicherung – in der sozialen Pflegeversicherung bezieht sich dies auch auf die Beitragsbemessung (§ 57 Abs. 4 SGB XI).

2.6.5.1.2 Beitragspflichtige Einnahmen

Die Beiträge der Solo-Selbstständigen richten sich stets nach den Vorschriften über die Beitragsbemessung der freiwillig Versicherten gemäß §§ 240, 227 SGB V, auch wenn sie der Auffangversicherungspflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V unterliegen. Die Beitragsbemessung bestimmt sich gemäß § 240 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 SGB V vor allem nach der gesamten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Mitglieds (Gebot der individuellen leistungsfähigkeitsbezogenen Beitragsgerechtigkeit). Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bestimmt sich insoweit nach den Einnahmen und Geldmitteln, die das Mitglied zum Lebensunterhalt verwendet oder verwenden könnte, ohne Rücksicht auf ihre steuerliche Behandlung.[1392] Gemäß § 240 Abs. 2 Satz 1 SGB V sind bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mindestens die Einnahmen zu berücksichtigen, die auch bei einem vergleichbaren versicherungspflichtig Beschäftigten der Beitragsbemessung zugrunde zu legen sind. Dies sind insbesondere das Arbeitsentgelt gemäß § 14 SGB IV und das Arbeitseinkommen gemäß § 15 SGB IV.[1393] Der Grundsatz der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird jedoch durch die in § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V gesetzlich festgelegte Mindestbemessungsgrundlage eingeschränkt.[1394] In den Beitragsregelungen freiwilliger Mitglieder gibt es im Gegensatz zur Pflichtversicherung Mindestbemessungen,

---

1391 BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 u.a, BVerfGE 123, 186 = NZS 2009, 436.
1392 BT-Drs. 11/2237, S. 225.
1393 Becker/Kingreen-*Mecke*, § 240 SGB V Rn. 8.
1394 Hauck/Noftz-*Gerlach,* § 240 SGB V Rn. 122.

das bedeutet, dass ein fiktives beitragspflichtiges Einkommen als Grundlage angenommen wird, das höher sein kann als das tatsächliche Einkommen. Dies trägt dem Versicherungsprinzip Rechnung – auch wer über keine oder nur über geringe Einnahmen verfügt, soll Beiträge entrichten und nicht kostenlos krankenversichert sein. Dadurch soll ein Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung für freiwillige Mitglieder erreicht und verhindert werden, dass freiwillige Mitglieder sich zu unangemessen niedrigen Beiträgen versichern können.[1395]

Nach § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V gilt als beitragspflichtige Einnahme für den Kalendertag mindestens der neunzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße (§ 18 SGB IV). In der Sache bedeutet dies etwa ein Drittel des Durchschnittsverdienstes, denn die Bezugsgröße stellt auf den Durchschnittsverdienst in der allgemeinen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr ab.

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Beitragsentlastung der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung (KV-Versichertenentlastungsgesetzes – GKV-VEG) am 1.1.2019[1396] gab es in § 240 Abs. 4 Satz 2–6 SGB V Sonderregelungen für die beitragspflichtigen Einnahmen freiwilliger Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind. Gemäß § 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V galten für freiwillige Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind, als beitragspflichtige Einnahmen für den Kalendertag pauschal der dreißigste Teil der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze nach § 223 Abs. 3 SGB V. Dies entsprach dem höchstmöglichen Beitrag für Pflichtversicherte.[1397] Gemäß § 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V, § 223 Abs. 3 SGB V, § 6 Abs. 7 SGB V erfolgte die Beitragsbemessung für das Jahr 2018 auf der Grundlage eines Einkommens in Höhe von monatlich 4425 €. Gemäß § 241 SGB V betrug der allgemeine Beitragssatz für die Krankenversicherung 14,6 % und gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 SGB XI für die Pflegeversicherung 2,55 %. Hieraus resultierte ein Krankenversicherungsbeitrag für das Jahr 2018 in Höhe von 646,05 € pro Monat zuzüglich des Zusatzbeitrags in Höhe von[1398] 44,25 € und des Beitrags für die Pflegeversicherung in Höhe von 112,34 €.

Erst bei Nachweis niedrigerer Einnahmen wurden Beiträge gemäß § 240 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 SGB V, § 18 SGB IV vom tatsächlichen Einkommen, mindestens jedoch der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße (75 % der monatlichen

---

1395 Krauskopf-*Vossen*, § 240 SGB V Rn. 44.
1396 BGBl. I 2387.
1397 KassKomm-*Peters*, § 240 SGB V Rn. 52.
1398 Anm.: Hier wurde gemäß § 242 SGB V ein Zusatzbeitrag i.H.v. 1,1 % unterstellt.

Bezugsgröße) als Mindestbeitrag berechnet. Dies entsprach im Jahr 2018 einer Grenze von monatlich 2283,75 €. Unterschritten die Einkünfte der Versicherten diesen Wert, war gleichwohl ein monatlicher Krankenversicherungsbeitrag von derzeit 333,43 € plus Zusatzbeitrag 22,84 € sowie 58,24 € Pflegeversicherung zu leisten. Von diesem Grundsatz gab es nur sehr eng umgrenzte Ausnahmen und Härtefallregelungen.[1399]

Für freiwillige Mitglieder, die einen monatlichen Gründungszuschuss nach § 93 SGB III erhielten oder eine entsprechende Leistung nach § 16b SGB II, galt abweichend hiervon der sechzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße als Mindestbeitragsbemessungsgrundlage. Darüber hinaus bestimmte der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemäß § 240 Abs. 4 Satz 3 SGB V, unter welchen Voraussetzungen der Beitragsbemessung hauptberuflich selbstständig Erwerbstätiger niedrigere Einnahmen, mindestens jedoch der sechzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße, zugrunde gelegt wurden. Die Einstufung als Härtefall war jedoch an restriktive Bedingungen geknüpft.[1400] Insbesondere waren das Vermögen des Mitglieds sowie Einkommen und Vermögen von Personen, die mit dem Mitglied in einer Bedarfsgemeinschaft leben, zu berücksichtigen. Hatte ein Selbstständiger Anspruch auf Gründungszuschuss oder hatte er bei seiner Krankenkasse einen Antrag auf Härtefallregelung gestellt, so betrug die Mindestbemessungsgrundlage monatlich 1522,50 €. Bei einem Beitragssatz von 14,6 % ergab sich danach ein Monatsbeitrag von 222,29 € zuzüglich rund 39 € Pflegeversicherungsbeitrag.[1401]

Beiträge in dieser Höhe konnten aber gerade Solo-Selbstständige häufig nicht aufbringen. Das führte dazu, dass viele Selbstständige ihrer Beitragspflicht nicht im geforderten Umfang nachkamen. Auf Grund der Mindesthöhe der Beitragspflicht entstand oftmals eine finanzielle Überforderung der Beitragszahler.

1399 Dies ist die Mindestbemessungsgrundlage und entspricht 75 % der sogenannten Bezugsgröße gemäß § 18 Abs. 1 SGB IV von 3045 €. Sie ist definiert als das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Jahr. In der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung gilt die Bezugsgröße West bundeseinheitlich; vgl. *Bigge*, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB IV, § 18 Rn. 6.

1400 Anm.: Gemäß § 240 Abs. 4 Satz 4 SGB V sind das Vermögen des Mitglieds sowie das Einkommen und Vermögen von Personen zu berücksichtigen, die mit dem Mitglied in einer Bedarfsgemeinschaft wohnen.

1401 Online abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/online-ratgeber-krankenversicherung/krankenversicherung/beitraege-und-tarife.html#c4754 (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

So waren nach einer Analyse der AOK auf Basis von Daten des Sozioökonomischen Panels (SOEP) im Jahr 2012 von den 3,7 Millionen Selbstständigen 58 % gesetzlich und 42 % privat krankenversichert. Dabei waren 81 % der Selbstständigen mit Jahreseinkünften von weniger als 15.011 € gesetzlich und 19 % privat versichert. Umgekehrt waren fast zwei Drittel der Selbstständigen mit Jahreseinkünften von über 60.100 € privat und nur ein Drittel gesetzlich versichert.

Rund 71 % der gesetzlich versicherten Selbstständigen waren Solo-Selbstständige. In der privaten Krankenversicherung hatte fast jeder zweite Selbstständige angestellte Mitarbeiter. Differenziert nach Einkommenslagen zeigte sich, dass überwiegend Solo-Selbstständige in den unteren Einkommenslagen gesetzlich krankenversichert waren, während sich Selbstständige mit angestellten Mitarbeitern und Solo-Selbstständige in den höheren Einkommenslagen eher privat versicherten.[1402] Für Solo-Selbstständige war die Belastung durch die Krankenversicherungsbeiträge bei der gesetzlichen Krankenversicherung und der privaten Krankenversicherung gleichermaßen erheblich: Gesetzlich versicherte Selbstständige mussten durchschnittlich 3520 € jährlich an Beiträgen zahlen, dies entsprach einem Anteil von durchschnittlich 46,5 % ihrer Einkünfte, bei privat Versicherten lag die Belastung bei 58 %.[1403] In einer Befragung des Instituts für Gesundheitsökonomik aus dem Jahr 2017 beklagten 86,2 % der Teilnehmer mit einem Einkommen unter 1250 € monatlich zu hohe Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge. Die Beitragshöhe empfanden ebenfalls 84,9 % mit einem Einkommen zwischen 1250 € und 2250 € monatlich als zu hoch.[1404] Die Belastung durch die gesetzlichen Krankenversicherungsbeiträge stellt für Solo-Selbstständige mit Einnahmen von weniger als 2283,75 € monatlich eine dauerhafte Belastung dar. Für Solo-Selbstständige, die ein monatliches Einkommen von 1000 € haben, liegt die prozentuale Einkommensbelastung bei rund 41 %. Erst ab einem monatlichen Einkommen in Höhe der Mindestbemessungsgrenze von 2283,75 € liegt die Einkommensbelastung der Selbstständigen

1402 *Haun/Jacobs*, GGW 2016, 22, 26.
1403 *Haun/Jacobs*, GGW 2016, 22, 27.
1404 *Neubauer/Kyra/Thienel,* Wege zur Überwindung von Einstiegshürden für Teilzeit-Selbständige und Gründer: Belastungen durch Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, S. 11.

genauso hoch wie die von Arbeitnehmern unter Berücksichtigung des Arbeitgeberanteils zu der Sozialversicherung.[1405]

Die wirtschaftliche Überforderung der Auffang-Pflichtversicherten in der gesetzlichen Krankenkasse wird durch die erheblichen Beitragsrückstände deutlich.[1406] Trotz des zum 1.8.2013 in Kraft getretenen Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung vom 15.7.2013[1407] betrug der Gesamtrückstand der Auffangpflichtversicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V für das Jahr 2017 1,04 Milliarden €. Aussagekräftiger ist jedoch die Soll-Quote: Der Wert von 65,52 % bedeutet, dass 34,5 % aller geschuldeten Beiträge nicht gezahlt wurden.[1408]

Während das „Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung" für Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, die der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung verspätet nachkommen, gemäß § 256a SGB V insbesondere die Abschaffung des erhöhten Säumniszuschlags vorsah, wurde in der privaten Krankenversicherung für Versicherte mit zeitweisen Zahlungsschwierigkeiten der neue brancheneinheitliche und nunmehr in den §§ 153 VAG und 193 Abs. 7 VVG geregelte Notlagentarif eingeführt. Im Gegenzug umfassen die Leistungen nur Behandlungskosten bei akuten Erkrankungen, Schmerzzuständen sowie bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Eine Ausnahme gilt bei Kindern und Jugendlichen. Sobald der Versicherte seine rückständigen Beiträge begleicht, kehrt er gemäß § 193 Abs. 7 VVG in seinen alten Tarif zurück.[1409] Im Jahr 2016 waren 30.300 Personen im Basistarif und 103.200 Personen im Notlagentarif versichert.[1410]

Die veränderten Lebens- und Einkommenslagen zahlreicher selbstständiger Erwerbstätiger sowie die steigenden Beitragsrückstände der Krankenversicherung erfordern Beitragsregelungen, die den tatsächlichen Einkommensverhältnissen der Solo-Selbstständigen entsprechen. Um Selbstständige mit geringeren

---

1405 *Neubauer/Kyra/Thienel,* Wege zur Überwindung von Einstiegshürden für Teilzeit-Selbständige und Gründer: Belastungen durch Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, S. 9.

1406 *Mecke*, SGb 2016, 481, 486.

1407 BGBl. I 2423.

1408 Online abrufbar unter: http://www.bundesversicherungamt.de/gesundheitsfonds/beitragsaufkommen-und -rueckstaende.html (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1409 Sodan-*Kalis*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 42 Rn. 45.

1410 Online abrufbar unter: https://www.pkv.de/service/zahlen-und-fakten/archiv-pkv-zahlenbericht/zahlenbericht-2016.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

Einkünften zu entlasten, kommt einerseits die Absenkung, andererseits die Abschaffung des Mindestbeitrags in Betracht.

Die Große Koalition hat sich gegen eine Abschaffung und für eine Absenkung des Mindestbeitrags entschieden. So sollte nach dem ersten Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit der maßgebliche Anteil zur Berechnung der Mindestbemessungsgrundlage in § 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V zunächst vom 40. Teil auf den 80. Teil der monatlichen Bezugsgröße abgesenkt und die Mindestbemessungsgrundlage für Härtefälle ersatzlos gestrichen werden.[1411] Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Gesetze zur Beitragsentlastung der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung (KV-Versichertenentlastungsgesetzes – GKV-VEG) vom 11.12.2018 geht jedoch weiter. Durch die ersatzlose Streichung der Sätze 2–6 in § 240 Abs. 4 SGB V gelten neue einheitliche Mindestbemessungsgrundlagen. Damit werden die freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen den übrigen freiwillig Versicherten gleichgestellt. Die Mindestbemessungsgrundlage nach § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V findet somit auf alle freiwillig Versicherten einheitlich Anwendung und entspricht einheitlich den 90. Teil der monatlichen Bezugsgröße.[1412] Für das Jahr 2019 beträgt die monatliche Bezugsgröße somit (3115 € : 90 x 30) 1038,33 €, der Beitragssatz für die Krankenversicherung gemäß 241 SGB V liegt im Jahr 2019 bei 14,6 % und für die Pflegeversicherung gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 SGB XI bei 3,05 %, hieraus resultiert ein monatlicher Beitrag von etwa 184 €.

2.6.5.2 Arbeitslosenversicherung

2.6.5.2.1 Versicherung

Die Beendigung der Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit beinhaltet ein gewisses Risiko, weil Ansprüche auf Arbeitslosengeld dadurch verloren gehen können. Dem trug der Gesetzgeber früher durch die Verlängerung der Rahmenfrist nach § 124 Abs. 3 SGB III Rechnung. Letztlich lief das nach Einschätzung des Gesetzgebers freilich darauf hinaus, dass das Risiko der Beschäftigungslosigkeit nach Selbstständigkeit beitragslos versichert war. Im Zuge des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeits-

1411 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit v. 19.4.2018, S. 19.
1412 *Richter*, DStR 2018, 2712.

markt[1413] wurde diese Erweiterung der Rahmenfrist daher beseitigt und stattdessen eine seit 1.2.2006 bestehende versicherungsförmige Lösung im Wege der Möglichkeit einer Weiterversicherung des Selbstständigen in der Arbeitslosenversicherung geschaffen.[1414]

Der Zugang in die freiwillige Arbeitslosenversicherung ist jedoch an Voraussetzungen geknüpft. Denn prinzipiell ist die Arbeitslosenversicherung nicht für Selbstständige geöffnet. Gemäß § 28a Abs. 1 Satz 1 SGB III können Personen nur auf Antrag ein Versicherungspflichtverhältnis begründen, wenn die selbstständige Tätigkeit einen Umfang von mindestens 15 Arbeitsstunden wöchentlich umfasst. Eine zunehmende Anzahl von Teilzeitbeschäftigten mit einer extrem niedrigen Wochenarbeitszeit von weniger als 15 Stunden erhält damit keinen Zugang zur Arbeitslosenversicherung. Wie unter den Arbeitnehmern (s.o. 2.1.5.1) hat auch unter den Solo-Selbstständigen der Anteil der Beschäftigten mit einer Teilzeitbeschäftigung über viele Jahre zugenommen.[1415] Im Jahr 2008 arbeiteten 32,2 % der Solo-Selbstständigen weniger als 36 Stunden pro Woche, 30,6 % zwischen 36 bis 45 Stunden pro Woche und 37,2 % mehr als 45 Stunden. Mit 13,9 % war der Anteil der Personen mit einer extrem niedrigeren Wochenarbeitszeit von weniger als 15 Stunden deutlich höher als bei anderen Erwerbsformen.[1416] Auf die Problematik der Arbeitslosigkeit bei Mehrfachbeschäftigung wurde im Rahmen der Ausführungen zur Teilzeitarbeit (s.o. 2.1.6.2.4) eingegangen.

Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist ferner, dass die antragstellende Person gemäß § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III innerhalb der letzten zwei Jahre mindestens zwölf Monate in einem Versicherungsverhältnis gestanden oder gemäß § 28a Abs. 2 Satz 1 SGB III Anspruch auf eine Entgeltersatzleistung gehabt hat. Es handelt sich daher nicht um einen Fall der freiwilligen Versicherung, sondern um einen Fall der freiwilligen Weiterversicherung.[1417]

1413 Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12. 2003, BGBl. I 2848.

1414 Vgl. BT-Drs. 15/1515, S. 78, 84, 138.

1415 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, Forschungsbericht 465, S. 31.

1416 *Koch/Rosemann/Späth*, Soloselbstständige in Deutschland, Strukturen, Entwicklungen und soziale Sicherung bei Arbeitslosigkeit, WSIO Diskurs 2011, 1, 21.

1417 Gagel-*Fuchs*, § 28a SGB III Rn. 8.

Die Möglichkeit der Weiterversicherung auf Antrag ist fristgebunden. Der Antrag muss nach § 28a Abs. 3 Satz 1 SGB III innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt werden.[1418]

2.6.5.2.2 Beitragshöhe

Zudem sind die Beiträge einkommensunabhängig und werden auf der Basis einer festen Bezugsgröße errechnet, die nach Ost und West festgelegt ist. Die Einkommensspreizung innerhalb der Gruppe der Solo-Selbstständigen bleibt damit unberücksichtigt. Für Selbstständige wird als beitragspflichtige Einnahme für das Jahr 2019 gemäß § 345b Satz 1 Nr. 2, Satz 2 SGB III ein fiktives Arbeitsentgelt in Höhe der monatlichen Bezugsgröße von 3.115 € (West) und 2.870 € (Ost) zugrunde gelegt. Daraus resultiert bei einem Beitragssatz von 2,6 % gemäß § 341 Abs. 2 SGB III ein monatlicher Beitrag in Höhe von 80,99 € (West) bzw. 74,62 € (Ost).[1419] Abweichend hiervon werden bei Existenzgründern im ersten Jahr der Aufnahme der Tätigkeit nur 50 % der Bezugsgröße als beitragspflichtige Einnahme zugrunde gelegt.[1420] Anders als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte, deren Beiträge gemäß § 342 SGB III auf der Grundlage ihres vollen Arbeitsentgelts errechnet werden und bei denen der Arbeitgeber gemäß § 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III die Hälfte der Beiträge trägt, müssen freiwillig Versicherte gemäß § 349a SGB III diese Beiträge vollständig alleine aufbringen.

Solo-Selbstständige erwirtschaften häufig aber nicht genug, um sich über den reinen Lebensunterhalt hinaus mit knapp 1100 € jährlich gegen die Risiken der Erwerbslosigkeit weiterzuversichern und damit ihren Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten. Denn große Teile dieser Gruppe verdienen nur im Niedriglohnbereich (s.o. 2.6.3.2).

Entsprechend sank die Zahl der Inanspruchnahmen der freiwilligen Weiterversicherung für Selbstständige von 261.000 im Jahr 2010 auf unter 100.000 im Jahr 2015.[1421] Laut einer Befragung des Instituts für Arbeitsmarktforschung hatten

---

1418 Zur Frage eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs mangels darauf bezogener Belehrung (allerdings bezogen auf die frühere Monatsfrist nach § 28a Abs. 2 Satz 2 SGB III a.F.) BSG 4.9.2013 – B 12 AL 2/12 R.

1419 Gem. § 2 Abs. 1 Sozialverischerungs-RechengrößenVO 2019 beträgt die Bezugsgröße im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB IV im Jahr 2019 jährlich 37.380 € und monatlich 3115 € und gemäß § 2 Abs. 2 Sozialverischerungs-RechengrößenVO 2019 beträgt die Bezugsgröße Ost i.S.d. § 18 Abs. 2 SGB IV im Jahr 2019 jährlich 34.440 € und monatlich 2870 €.

1420 Gagel-*Rolfs*, § 345b SGB III Rn. 4.

1421 BT-Drs. 18/5386, S. 4.

44 % der Befragten drei Jahre nach Existenzgründung ihr Versicherungsverhältnis vor Ablauf der Fünfjahresfrist durch Zahlungsverzug wieder beendet. Als Grund für das Ausscheiden nannten 46 % der Befragten die als zu hoch empfundenen Beiträge.[1422]

2.6.5.2.3 Leistungshöhe

Die Höhe des Arbeitslosengeldes richtet sich gemäß § 152 Abs. 2 SGB III nach einem fiktiven Arbeitsentgelt, welches je nach Qualifikation, Steuerklasse und Anzahl der Kinder variiert und mit entsprechendem Nachweis steigt.[1423] Für das Jahr 2018 wurde in Abhängigkeit von den Qualifikationsstufen ein monatliches Arbeitslosengeld (bei einer Steuerklasse III, ohne Kind) als Richtwert wie folgt errechnet: Ein Versicherter mit Hoch-/Fachhochschulausbildung (Q-Gruppe 1) erhält 1529,40 €; ein Versicherter mit Fachschulausbildung/Meistertitel 1324,20 € (Q-Gruppe 2); ein Versicherter mit abgeschlossener Ausbildungsberuf 1110,90 € (Q-Gruppe 3) und ein Versicherter ohne Ausbildung (Q-Gruppe 4) 866,10 €. Obwohl die Versicherten zuvor den gleichen Beitrag entrichten, bekommt der Versicherte aus der Q-Gruppe 1 also 663,30 € mehr als ein Versicherter aus der Q-Gruppe 4. Folglich bestehen für Selbstständige mit geringer Qualifikation und geringeren Leistungsansprüchen kaum Anreize zur freiwilligen Weiterversicherung, da sie ohnehin einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II haben und dieser aufgrund der geringen wirtschaftlichen Möglichkeiten oft ähnlich oder gar höher ausfällt. Aber auch für Selbstständige mit hohem Einkommen sind die Leistungen bei weitem nicht lebensstandardsichernd.[1424] Das LSG München hat zuletzt entschieden, dass die pauschale Eingruppierung der Selbstständigen in Qualifikationsgruppen keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG darstelle, weil nur so die Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung gewährleistet werden könne und die Eingruppierung einer sachlich begründeten Vorgabe folge, indem sie die (pauschale) Erwerbserwartung widerspiegele.[1425]

1422 *Evers/Schleinkofer/Wießner*, IAB-Kurzbericht 12/2013, 4, 5.

1423 Abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Hinweis-ALV_ba013509.pdf S. 5 (zuletzt geprüftt am 5.2.2019).

1424 *Koch/Rosemann/Späth*, Soloselbstständige in Deutschland, Strukturen, Entwicklungen und soziale Sicherung bei Arbeitslosigkeit, WSIO Diskurs 2011, 1, 49.

1425 LSG München 22.6.2017 – L 10 AL 74/16, Rn. 19 ff.; Gagel-*Rolfs*, § 152 SGB III Rn. 7.

2.6.5.2.4 Praktische Bedeutung

Von der Versicherungsmöglichkeit machen nur wenige Selbstständige Gebrauch.[1426] Ihre Zahl ist von 2013 bis 2017 von 145.000 auf 81.000 gesunken. Auch wenn nicht alle Selbstständigen Zugang haben, deutet dies doch darauf, dass das Interesse an der Versicherung vergleichsweise gering ist. Als ein möglicher wesentlicher Faktor dafür wird die fehlende Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen gesehen.[1427]

2.6.5.3 Gesetzliche Rentenversicherung

2.6.5.3.1 Allgemeines

Die gesetzliche Rentenversicherung ist vor allem auf Arbeitnehmer zugeschnitten. Diese sind im Rahmen ihrer Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung gegen die sozialen Risiken Alter, Erwerbsunfähigkeit und Tod versichert. Im Laufe der Zeit wurden nur schrittweise einzelne Gruppen von Selbstständigen obligatorisch in die Alterssicherung integriert. Dabei ist diese Absicherung nicht einheitlich ausgestaltet, sondern richtet sich nach dem ausgeübten Beruf. Für diese nach bestimmten Berufsgruppen erfolgte Zuordnung gibt es keine systematische Begründung. Sie ist historisch gewachsen und spiegelt die sozial- und gesellschaftspolitische Situation der jeweiligen Zeit wider.[1428]

2.6.5.3.2 Pflichtversicherung gemäß § 2 SGB VI

§ 2 SGB VI fasst die kraft Gesetzes versicherungspflichtigen Selbstständigen in einer Vorschrift zusammen. Gesichert werden unter anderem Handwerker und Angehörige bestimmter Berufszweige, die sich in einer den abhängig Beschäftigten vergleichbaren sozialen Lage befinden. Die in § 2 Satz 1 SGB VI beschriebenen Tätigkeiten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie größtenteils auch in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden können. Der von § 2 Satz 1 SGB VI erfasste Personenkreis beschränkt sich auf bestimmte Berufszweige, nämlich arbeitnehmerähnliche Selbstständige in Nr. 1 (Lehrer), Nr. 2 (Pflegepersonen),

---

1426 Oberfichtner, IAB-Kurzbericht 1/2019, 2.

1427 Oberfichtner, IAB-Kurzbericht 1/2019, 2.

1428 *Fachinger*/*Frankus*, Sozialpolitische Probleme bei der Eingliederung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, S. 18; *Preis*/*Temming*, Für ein modernes Rentenecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung; Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 25 f.

Nr. 3 (Hebammen), Nr. 4 (Seelotsen), Nr. 5 (Künstler und Publizisten), Nr. 6 (Hausgewerbetreibende und Kleingewerbetreibende), in Nr. 7 (Küstenschiffer) und in Nr. 8 (Handwerker). Seit dem 1.1.1999 unterliegen nun auch solche selbstständig Tätigen, die regelmäßig keine Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI der Rentenversicherungspflicht.[1429] Dieser Tatbestand trägt dem Umstand Rechnung, dass zunehmend abhängige Arbeit in Selbstständigkeit überführt wurde, ohne dass dabei ein geringeres Schutzbedürfnis bestand.[1430] Die Versicherungspflicht für die nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI Versicherten hat ausschließlich für die Rentenversicherung Gültigkeit, arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind nicht kraft Gesetzes in anderen Sozialversicherungszweigen versichert.[1431] Externe Crowdworker, die selbstständig tätig sind, werden allerdings oftmals dennoch nicht unter diesen Versicherungspflichttatbestand fallen, weil sie nicht im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig sein werden.[1432]

Daneben enthält § 6 Abs. 1a SGB VI zwei Tatbestände der Befreiung von der Versicherungspflicht für nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI der Versicherungspflicht unterliegende Personen.[1433] Gemäß § 6 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB VI werden Personen für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfüllt, oder gemäß § 6 Abs. 1a SGB VI nach Vollendung des 58. Lebensjahres, wenn sie nach einer zuvor ausgeübten selbstständigen Tätigkeit erstmals nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig werden, von der Versicherungspflicht befreit. Mit dieser Regelung wird der beruflichen Sondersituation zu Beginn oder zum Abschluss der selbstständigen Erwerbstätigkeit Rechnung getragen.[1434]

2.6.5.3.3 Beitragspflicht

Selbstständige haben nach § 165 Abs. 1 Satz Nr. 1 SGB VI grundsätzlich ein Wahlrecht bei der Festlegung der Bemessungsgrundlage. Sie können sich für einen pauschalen Regelbeitrag oder für eine einkommensgerechte Veranlagung

---

1429 Hauck/Noftz-*Fichte,* § 2 SGB VI Rn. 3.

1430 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 34.

1431 Küttner Personalbuch-*Voelzke*, Arbeitnehmerähnliche Selbstständige Rn. 5.

1432 *Brose*, NZS 2017, 7, 13.

1433 Küttner Personalbuch-*Voelzke,* Arbeitnehmerähnliche Selbstständige Rn. 17.

1434 Hauck/Noftz-*Fichte*, § 2 SGB VI Rn. 37.

entscheiden. Von § 165 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI werden die in 2 und 4 SGB VI versicherungspflichtigen Selbstständigen, soweit sie nicht in § 165 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2–6 gesondert aufgelistet sind, erfasst. Beitragsbemessungsgrundlage für diese Personen ist grundsätzlich die monatliche Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV, d.h. das Durchschnittseinkommen des vorvergangenen Kalenderjahres, bei Nachweis eines niedrigeren oder höheren Einkommens jedoch dieses Arbeitseinkommen, mindestens aber 450 €.

Die an den Rentenversicherungsträger zu entrichtenden Beiträge hat der selbstständig Tätige gemäß § 169 Nr. 1 SGB VI selbst zu tragen. Dies entspricht bei einem Beitragssatz von 18,6 % einem Monatsbeitrag von 579,39 € (West) bzw. 533,82 € (Ost) für das Jahr 2019.[1435] Der monatliche Mindestbeitrag beträgt gemäß § 165 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI derzeit 83,70 €.

Im Übrigen können Selbstständige innerhalb von fünf Jahren nach Aufnahme ihrer Tätigkeit die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 SGB VI beantragen oder ihr als freiwillig Versicherte gemäß § 7 SGB VI beitreten. Zwar zahlen freiwillig Versicherte einen von ihnen selbstbestimmten Beitrag, allerdings muss auch dieser gemäß §§ 161 Abs. 2 i. V. m. 167 SGB VI mindestens 83,70 € betragen.[1436] Seit 2004 ist die Zahl der freiwillig Versicherten rückläufig und um rund 224.000 Personen gesunken. 2016 waren nur rund 340.000 Personen freiwillig versichert.[1437] Eine Ursache für die geringe Inanspruchnahme ist häufig die Beitragshöhe. Vor allem Selbstständige mit geringem Einkommen verzichten aus finanziellen Überlegungen auf die Versicherung, da sie im Alter wenigstens Ansprüche auf eine steuerfinanzierte Grundsicherung haben.[1438] Im Jahr 2013 hat mehr als die Hälfte aller Solo-Selbstständigen weder in die gesetzliche Rentenversicherung noch in eine Lebensversicherung eingezahlt oder eine Altersrente bezogen.[1439] 45 % aller Solo-Selbstständigen legen von ihrem laufenden

---

1435 Abrufbar unter: www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/rentenversicherung/beitraege.html (zuletzt geprüft am 5.2.2019). Gemäß § 2 Abs. 1 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2018 beträgt die Bezugsgröße im Sinne des § 18 Abs. 1 im Jahr 2019 jährlich 37.800 € und monatlich 3115 € und gemäß § 2 Abs. 2 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2019 beträgt die Bezugsgröße (Ost) im Sinne des § 18 Abs. 2 im Jahr 2019 jährlich 34.440 € und monatlich 2870 €.

1436 Vgl. *Mecke*, SGb 2016, 481, 486.

1437 Deutsche, Rentenversicherung, Versicherungsbericht 2016, S. 60.

1438 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 163.

1439 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, 1, 53.

Einkommen überhaupt nichts zurück.[1440] Für diesen Personenkreis birgt die Solo-Selbstständigkeit ein hohes Risiko der Altersarmut.[1441]

Nach dem Mikrozensus 2013 gaben lediglich ein Drittel aller Solo-Selbstständigen an, Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung abzuführen. Auch die Deutsche Rentenversicherung Bund erstellt eine Versichertenstatistik (Versicherte ohne Rentenbezug). Nach dieser Berechnung waren Ende 2013 nur etwa 280.000 Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert. Demzufolge würden lediglich 7 % in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlen.[1442]

2.6.6 Lösungsvorschläge für ein kohärentes System

Das gesetzliche Leitbild des unter dem Arbeits- und Sozialrecht schutzbedürftigen Arbeitnehmers bzw. Beschäftigten und des grundsätzlichen nicht schutzbedürftigen, da zur Eigenvorsorge prinzipiell in der Lage, Selbstständigen scheint sein Fundament verloren zu haben. Insoweit ist der rechtsvergleichende Befund bemerkenswert, dass Deutschland in Bezug auf die soziale Sicherung Selbstständiger, bei allen Unterschieden der Sicherungssysteme im Detail, in Bezug auf die gesicherten Risiken wie in Bezug auf die Finanzierung, im europäischen Vergleich das Schlusslicht bildet.[1443]

Gerade in Bezug auf Solo-Selbstständige scheint das Konzept der selbstorganisierten Vorsorge nicht mehr passgenau, weil Solo-Selbstständige in nicht mehr zu vernachlässigender Zahl angesichts der Ertragsschwäche ihrer Beschäftigungen zur entsprechenden Eigenvorsorge nicht in der Lage zu sein scheinen. Das zunehmende Prekariat von Selbstständigkeit drückt sich auch darin aus, dass Solo-Selbstständigkeit häufig nur ein Durchgangsstadium bei wechselnden Tätigkeiten ist. Auch insofern scheint das Sozialversicherungsrecht beispielsweise mit Rahmenfristen (s. etwa § 143 SGB III) oder Wartezeiten (s. etwa § 50 SGB VI) in seiner Beständigkeitserwartung keine Rücksicht auf oszillierende Erwerbsbiografien zwischen Selbstständigkeit und Abhängigkeit zu nehmen.

Insofern hat man es freilich nicht mit Wertungswidersprüchen zwischen Arbeits- und Sozialrecht zu tun. Im Gegenteil knüpfen beide Rechtsgebiete einheit-

---

1440 *Brenke*, DIW Wochenbericht 7/2013, 1, 14.

1441 *Waltermann*, RdA 2010, 162.

1442 *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465, 1, 53.

1443 *Becker*, ZESAR 2018, 307 ff.

lich an die Abhängigkeit, genügen damit aber – ebenfalls einheitlich – nicht mehr dem zugrunde liegenden telos. Der Gesetzgeber hätte dies bei Abfassung des § 611a BGB in Anlehnung an die Theorie des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs zumindest für das Arbeitsrecht korrigieren können, hat darauf indes verzichtet (s.o. 2.6.4.1.1).

Ob und wie dem rechtspolitisch zu begegnen ist, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen, die durchaus vor dem Hintergrund des Untersuchungsziels als Exkurs bezeichnet werden dürfen. Dabei soll allerdings die Frage des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs nicht erneut aufgegriffen werden, weil diese durch die kürzlich ergangene Gesetzesänderung als parlamentarisch abschließend beantwortet betrachtet werden kann und entsprechende Vorschläge de lege ferenda mithin keine Realisierungschancen haben dürften.

2.6.6.1 Vergütung

Zunächst können Entgeltuntergrenzen und Mindestvergütungen ein Instrument sein, das die Arbeit von Solo-Selbstständigen mit einem entsprechenden Ertrag versieht, der es ermöglicht, die notwendige Vorsorge für die großen Lebensrisiken zumindest im Ansatz zu gewährleisten.

2.6.6.1.1 Mindestentgelte

2.6.6.1.1.1 Rechtspolitische Vorschläge

In der politischen Diskussion ist zuletzt die Forderung nach Schaffung einer gesetzlich festgelegten Mindestvergütung für Selbstständige erhoben worden.[1444] Auch aus der Wissenschaft kamen Vorschläge einer isolierten Mindestabsicherung, die an das Mindestlohngesetz anknüpft und Solo-Selbstständigen eine auskömmliche Existenz ermöglichen soll.[1445] Zuletzt hat *Bayreuther* sich im Auftrag des BMAS intensiv mit Fragen des sozialen Schutzes insbesondere im Vergütungsbereich für Solo-Selbstständige, Crowdworker und Plattformbeschäftige befasst.[1446] Bevor sich die Untersuchung dieser Rege-

---

1444 BT-Drs. 19/1034, S. 3.

1445 So etwa *Heuschmid/Hlava*, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbestimmungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige) des Hugo-Sitzheimer-Instituts für Arbeitsrecht (HSI-Working Paper Nr. 12).

1446 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508.

lungsoption zuwendet, wird geprüft, ob eine solche Mindestlohnregelung verfassungs- und europarechtlich zulässig wäre.

2.6.6.1.1.2 Art. 12 Abs. 1 GG

Eine Mindestlohnregelung würde in die Berufs- und Vertragsfreiheit des Auftragnehmers und Auftraggebers eingreifen, allerdings wäre ein solcher Eingriff durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Bereits in den 1970er Jahren hatte das BVerfG die bindende Entgeltfestsetzung im Heimarbeitsrecht für verfassungskonform befunden. Zur Begründung führte das Gericht an, dass Heimarbeiter auf Grund einer wirtschaftlichen und sozial wertenden Betrachtung einem Arbeitnehmer vergleichbar wirtschaftlich abhängig und daher schutzbedürftig sind.[1447] Das Bundessozialgericht ergänzte dies dahingehend, dass Heimarbeiter ihrem Auftraggeber gegenüber wirtschaftlich schwach und daher in besonderem Maße der Gefahr wirtschaftlicher Benachteiligung ausgesetzt sind.[1448] Zuletzt verfestigte das BVerfG diese Grundsätze in seinem Beschluss zum Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung.[1449] Erneut wies das Gericht darauf hin, dass der Gesetzgeber die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Recht beschränken darf und muss, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen entgegenzuwirken.[1450]

2.6.6.1.1.3 Art. 56 AEUV

Des Weiteren tangiert die Einführung eines Mindestentgelts für Selbstständige die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und auf sekundärrechtlicher Ebene die Vorgaben des Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG). Art. 56 AEUV umfasst zum Zweck der Verwirklichung des Konzepts des komparativen Kostenvorteils im Binnenmarkt grundsätzlich alle Maßnahmen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern.[1451] Daher unterliegen dem Verbot des Art. 56 AEUV nicht nur offene oder verdeckte Diskriminierungen, sondern auch Behinderungen aus unterschiedslos für Leistungserbringer anwend-

---

1447 BVerfG 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320, B.II.4.b.

1448 BSG 22.10.1971 – 7 RAr 61/69, AP Nr. 7 zu § 2 HAG.

1449 BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46.

1450 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508, S. 20.

1451 EuGH 33/74, Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12 – Van Binsbergen; zur Eignung zur potenziellen Behinderung EuGH C-398/95, Slg. 1997, I-3091 Rn. 12 f. – Ergasias.

baren Vorschriften, bei denen eine verdeckte Diskriminierung nicht festgestellt werden kann.[1452] Für die tatbestandliche Einschränkung reicht es nach der Rechtsprechung aus, dass eine Maßnahme geeignet ist, eine Leistungserbringung „weniger attraktiv zu machen"[1453] oder die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Landes zu erschweren,[1454] ohne dass allerdings die Existenz verschiedener Regelungsniveaus zwischen Mitgliedstaaten an sich schon eine Beschränkung darstellt – ein bestimmtes Ausmaß der Behinderung ist nicht erforderlich.[1455] Genau das trifft auf die Vorgabe eines Mindestentgelts zu. Geregelt wird hier nicht nur die Modalität der Erbringung der Dienstleistung, sondern auch deren Preisgestaltung und damit wird auch ihre Attraktivität maßgeblich beeinflusst. So urteilte auch der EuGH in dem ähnlichen Fall, dass eine Regelung, die einem Rechtsanwalt untersagt, von den Mindesthonoraren einer Rechtsanwaltsgebührenordnung abzuweichen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.[1456] Nach der *Gebhard*-Formel des EuGH müssen nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, d.h. sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist und müssen darüber hinaus in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden.[1457] So hat der EuGH entschieden, dass eine zwingende Vergütungsanordnung für Rechtsanwälte zwar zur Stärkung der wirtschaftlichen Situation des Berufsträgers beiträgt, vor allem aber dem Schutz der Allgemeinheit dient. Der Regelungszweck geht über eine reine Vergütungssiche-

---

1452 Streinz-*Müller-Graf*, Art. 56 AEUV Rn. 86.

1453 EuGH C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard; C-3/95, Slg. 1995, I-6511 Rn. 25 – Reisebüro Broede.

1454 EuGH C-381/93, Slg. 1994, I-5145 Rn. 17 – Kommission/Frankreich (Hafengebühren); C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 33 – Kohl.

1455 EuGH C-49/89, Slg. 1989, 4441 Rn. 8 – Corsica Ferries France; st. Rspr.; zB C-498/10, ECLI:EU:C:2012:635 Rn. 30 – X mwN; C-53/13 und C-80/13, ECLI:EU:C:2014:2011 Rn. 42 – Strojírny Prostějov; C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408 Rn. 61 – De Clercq (deklaratorische und subsidiäre Meldepflicht einer begrenzten Anzahl von Informationen).

1456 EuGH, 12.9.2013 – C-475/11 [Konstantinides], ECLI:EU:C:2013:542, ABl EU 2013, Nr. C 325, 3 = ZESAR 2014, 90.

1457 EuGH, 30.11.1995 – C-55/94 [Gebhard], ECLI:EU:C:1995:411, Slg. 1995, I-4165 = NJW 1996, 579.

rung hinaus. Zwingende Vergütungsanordnungen sollen die Unabhängigkeit des Berufsträgers und die Qualität der Dienstleistung sichern.[1458]

Diese Formel versteht sich unter der Voraussetzung, dass keine abschließende Unionsregelung besteht. Es ist noch ungeklärt, ob sich diese Rechtsprechung nach Annahme der Dienstleistungsrichtlinie aufrechterhalten lässt.[1459] Im sachgegenständlich beschränkten Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG gelten für Beschränkungen, die den Dienstleistungsimport betreffen, nur ganz bestimmte enge Grenzen. So ist eine Rechtfertigung nach Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 lit. b RL 2006/123/EG nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes möglich. Möglicherweise ließe sich jedoch eine solche Beschränkung aus sozialpolitischen Gründen rechtfertigen. Wie die Rechtsprechung zu Tariftreueverlangen zeigt, können die Mitgliedstaaten Marktteilnehmern bestimmte Mindestvergütungssätze vorgeben, wenn dadurch gewährleistet werden soll, dass Arbeitnehmer einen angemessenen Lohn erhalten.[1460] Als Rechtfertigungsgrund wurden darüber hinaus die Vermeidung von Sozialdumping und die Vermeidung von Benachteiligungen konkurrierender Unternehmen, die ihren Beschäftigten ein angemessenes Entgelt zahlen, anerkannt. Diese Rechtsprechung lässt sich nicht uneingeschränkt auf Selbstständige übertragen. Bislang greifen diese Grundsätze nur für Arbeitnehmer, die schon qua defintionem schutzbedürftig sind. Je mehr sich jedoch die Selbstständigen in vergleichbarem Maß wie Arbeitnehmer zur Verfügung halten müssen und wirtschaftlich vergleichbar abhängig sind wie Arbeitnehmer, desto eher dürften auch für sie die gleichen Schutzbedürfnisse zur Rechtfertigung greifen.[1461]

1458 EuGH, 5.12.2006 – C-94/04, ECLI:EU:C:2006:758 = NJW 2007, 281 insbes. Rn. 54 – Cipolla.

1459 *Bayreuther,* Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 23.

1460 EuGH 17.11.2015 – C-549/13 [RegioPost], ECLI:EU:C:2015:760 =NZA 2016, 155 Rn. 69 f. (RegioPost); EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 [Bundesdruckerei], ECLI:EU:C:2014:2235=NZA 2014, 1129 Rn. 31.

1461 *Bayreuther,* Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 24.

2.6.6.1.1.4 Vorschlag einer Entgeltuntergrenze für Solo-Selbstständige

Insgesamt scheint zunächst Vieles für eine gesetzliche Festlegung einer untersten Entgeltgrenze für Solo-Selbstständige zu sprechen, wie dies für Arbeitnehmer im Mindestlohngesetz bereits der Fall ist. Dafür, eine solche nicht nur auf Selbstständige, die von bestimmten Auftraggebern abhängig sind, zu beschränken, spricht, dass es letztlich insgesamt um den Schutz vor unangemessen niedrigen Vergütungen bei einer strukturellen Ungleichgewichtslage geht.[1462] Sie lässt sich zumindest dadurch rechtfertigen, dass ein Arbeitnehmerschutz insoweit gewährleistet wird, als eine Verdrängung abhängiger Beschäftigung über einen Unterbietungswettbewerb dadurch verhindert werden kann. Zugleich wird das Allgemeininteresse an einer Entlastung des Steuerzahlers im Hinblick auf drohende Grundsicherungszahlungen zur Rechtfertigung genügen müssen. Weniger schutzbedürftige Solo-Selbstständige würden durch eine Regelung dieser Art ohnehin nicht betroffen, weil es sich eben nur um ein Mindestentgelt handelt.

Freilich gibt es ein Problem hinsichtlich der Bestimmung des Mindestentgelts. Auch wenn der Mindestlohn ein Bruttolohn ist, läuft er im Wesentlichen für alle Arbeitnehmer auf einen weitgehend vorhersehbaren Nettoertrag hinaus. Das ist bei Selbstständigen keineswegs so, denn die Leistungserbringung eines finanziell prekären Solo-Selbstständigen kann mit erheblichen Investitionskosten verbunden sein, die eine Bruttovergütung von 8,50 € die Stunde als völlig unzureichend erscheinen lassen. Vielmehr müssten zumindest auch branchen- und tätigkeitsspezifische Aufwendungen des Auftragnehmers sowie durchschnittliche Steuern und Abgaben Berücksichtigung finden.[1463] Gerade das aber führt zu dem Problem, dass eine allgemeine Lohnformel für alle schwerlich justiziabel normiert werden kann.

An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Heimarbeitsgesetz (s.o. 2.6.4.3) mit der Möglichkeit bindender Festsetzungen von Mindestentgelten nach §§ 19, 20 HAG ein Instrumentarium bereithält, das diesem Umstand Rechnung trägt. Unzulänglich sind Entgelte, wenn sie unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen Eigenart der Heimarbeit unter den tariflichen

---

1462 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 34 ff.

1463 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508, S. 25.

Arbeitsbedingungen für gleichwertige Betriebsarbeiten liegen. Gleichzeitig werden entsprechende Betriebskosten berücksichtigt.[1464] Das gestattet es, im Wege vorsichtiger Weiterentwicklung des Heimarbeitsrechts weitere Kreise Solo-Selbstständiger in dieses Mindestentgeltsystem einzubeziehen. Es sei daher an dieser Stelle der Vorschlag erneuert, das HAG unabhängig von der Abhängigkeit von einem Hauptauftraggeber auszugestalten und auf solche Personen zu erstrecken, die in selbstgewählter Arbeitsstätte für Unternehmen tätig werden und nicht hinreichend ertragsstark sind. Dafür kann eine Heimarbeiterbescheinigung für jeweils ein Jahr ausgestellt werden, die davon abhängt, dass die Summe der Vergütungen des Vorjahres unter Abzug von Betriebskosten im Durchschnitt unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns nach § 1 MiLoG liegt.[1465] Das ermöglicht dem Solo-Selbstständigen einen Schutz, den er in Anspruch nehmen kann, aber nicht muss. Denn nicht jeder kleine Selbstständige ist dies nolens volens, mancher wählt die Selbstständigkeit auch bewusst, um unternehmerische Freiheiten zu genießen.[1466] Zudem ermöglicht eine solche Regelung, dass der Selbstständige aus dem Anwendungsbereich „herauswachsen" und auch wieder „hineinschrumpfen" kann. Der zu erwartende Einwand, kleine Selbstständige würden durch größere Unternehmen, die günstiger kalkulieren könnten, verdrängt, überzeugt nicht, da solche geringen Erträge für größere Unternehmen regelmäßig nicht attraktiv sind. Ebenso wenig überzeugt ein anderer zu erwartender Einwand, wonach Inhaber einer Heimarbeiterbescheinigung für private Haushalte ihre Attraktivität und damit ihren Wettbewerbsvorteil am Markt verlieren würden. Private Haushalte unterliegen keinen Pflichten nach dem HAG, denn das Gesetz fordert die Beauftragung durch einen Gewerbetreibenden.

Das liegt durchaus auf der Linie anderer rechtspolitischer Erwägungen. So hatte das BMAS im Weißbuch Arbeiten 4.0 Regulierungen nach dem Vorbild des HAG als diskussionswürdig bezeichnet.[1467] Der Gutachter für den 71. Deutschen Juristentag, *Rüdiger Krause*, hat eine Modernisierung des Gesetzes im Sinne einer Berücksichtigung neuartiger Formen digitaler häuslicher Arbeit gefordert.[1468] *Ulrich Preis* sah im Anschluss an die Rechtsprechung des BAG, die auch qualifizierte Angestelltentätigkeiten als potenziell heimarbeitstauglich einge-

---

1464 Schaub-*Vogelsang*, § 163 Rn. 33.
1465 *Deinert*, RdA 2018, 359, 366.
1466 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeits- und Sozialrecht, S. 92.
1467 *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 175.
1468 *Krause*, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag 2016, S. B 106, B 112.

stuft hatte,[1469] in dem Gesetz gar eine Blaupause für den sozialen Schutz der Digitalarbeiter des 21. Jahrhunderts.[1470]

Allerdings taugt das HAG nicht für den großen „Rundumschlag".[1471] Denn die bindende Entgeltfestsetzung setzt Heimarbeitsausschüsse voraus. Die Schaffung von Entgeltfestsetzungsausschüssen für die gesamte Wirtschaft müsste demgegenüber hypertroph wirken. Insofern bleibt es bei dem Bedürfnis für ein Mindestentgelt für Solo-Selbstständige, die nicht dem HAG unterliegen. *Heuschmid* und *Hlava* haben sich insofern die verdienstvolle Mühe gemacht, einen Gesetzentwurf für eine Ergänzung des MiLoG auszuarbeiten. Sie fordern ein vergleichbares Mindeststundenentgelt für Solo-Selbstständige.[1472] Angesichts der Nähe zu Arbeitnehmern und auch des potenziellen Verdrängungspotenzials Solo-Selbstständiger gegenüber abhängig Beschäftigten ist das eine durchaus systemimmanente Lösung. Auch wenn der Entwurf klarstellt, dass Erstattungen des Auftraggebers für Aufwendungen nicht auf das Mindestentgelt angerechnet werden können, lässt sich damit freilich nicht vollumfänglich berücksichtigen, dass Solo-Selbstständige bisweilen erhebliche Betriebsausgaben haben. Gleichwohl kann dies als eine praktikable absolute unterste Mindestlinie wirken. Demgegenüber scheint der dort ebenfalls vorgeschlagene pauschale Sozialversicherungszuschlag nicht erforderlich, wenn man, wie nachfolgend, Solo-Selbstständige in die gesetzliche Renten- sowie Kranken- und Pflegeversicherung einbezieht und darüber hinaus die Möglichkeiten der Versicherung in der Arbeitslosenversicherung erweitert.

Jede Mindestentgeltfestsetzung muss aber letztlich insoweit subsidiärer Natur sein, als sie der kollektiven Selbsthilfe (s.u. 2.6.6.1.3) gegenüber zurücktritt, wie dies ausdrücklich auch in § 19 HAG für die bindende Entgeltfestsetzung für Heimarbeiter vorgesehen ist. Auch dies spricht letztlich dafür, es bei einer an den gesetzlichen Mindestlohn geknüpften Mindestentgeltregelung zu belassen.

1469 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453; dazu *Preis*, SR 2017, 173 ff.; *Klein*, SPA 2017, 93 ff.; *Range-Dietz*, ArbRB 2017, 7 f.; *Reinhard*, ArbRB 2017, 161 ff.; *Wahlers*, jurisPR-ITR 5/2017, Anm. 4.

1470 *Preis*, SR 2017, 173 ff.

1471 So auch *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 15.

1472 *Heuschmid/Hlava*, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbestimmungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige) des Hugo-Sitzheimer-Instituts für Arbeitsrecht (HSI-Working Paper Nr. 12); dazu auch Böckler impuls 13/2018, 7.

2.6.6.1.2 Anspruch auf eine angemessene Vergütung oder Honorarordnungen

Eine Alternative zu einer bezifferten Mindestvergütung wäre ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Als Vorbild hierfür könnten Regelungen aus dem Urheberrecht dienen. Nach § 32 UrhG hat der Urheber für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Gemäß § 36 UrhG können repräsentative Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen. Die dort festgesetzte Vergütung gilt dann gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG als angemessen. Darüber hinaus haben Urheber gemäß § 32a Abs. 1 UrhG, wenn ihre Vergütung zu den Vorteilen und Erträgen aus der Nutzung des Werkes in einem auffälligen Missverhältnis steht, einen Anspruch auf eine weitere Beteiligung an den Erträgen.

Es handelt sich dabei um ein freiwilliges Verfahren der Selbstregulierung.[1473] Ziel dieser Regelungen ist es, dass gerade Urheber mit schwacher Verhandlungsposition und niedrigem Einkommen ihr Urheberrecht auch realisieren können. Zwar haben sich in den verschiedenen Bereichen des Urheberrechts mittlerweile Vergütungsregelungen herausgebildet,[1474] allerdings scheuen viele Urheber aus Angst, künftig nicht mehr von Auftraggebern berücksichtigt zu werden, vor einer Klage zurück.[1475] Die praktische Wirksamkeit dieser Regelungen scheint daher begrenzt. Darüber hinaus lässt sich das urheberrechtliche Modell kaum auf die normalen Auftragsbeziehungen übertragen. *Bayreuther* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die Leistung eines Bauhandwerkers nicht dadurch mehr wert wird, dass der Bauherr die erbauten Räumlichkeiten zu günstigeren Konditionen vermietet.[1476] Im Urheberrecht lässt sich hingegen ohne weiteres der mutmaßliche oder der tatsächliche Nutzen ermitteln. Überdies ginge eine entsprechende Regelung weit über das Anliegen hinaus, sozial

---

1473 Wandtke/Bullinger-*Wandtke/Grunert*, § 36 UrhG Rn. 2; *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 28.

1474 Dreier/Schulze-*Schulze*, § 36 UrhG Rn. 1 f.

1475 Schricker/Loewenheim-*Haedicke*, § 32 UrhG Rn. 3; *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 28 f.

1476 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 29.

schutzbedürftige Solo-Selbstständige durch eine Entgeltregelung zu schützen. Insoweit scheint das Konzept der Mindestentgelte vorzugswürdig.

Dasselbe gilt letztlich für Honorarordnungen, wie sie sich derzeit für Architekten, Bauingenieure, Notare, Rechtsanwälte und Steuerberater finden lassen.

2.6.6.1.3 Tarifverträge

Zu diskutieren ist ferner das Modell der kollektiven Selbsthilfe. Nach § 12a TVG besteht bereits die Möglichkeit, Tarifregelungen einschließlich Mindestentgeltregelungen für arbeitnehmer-ähnliche Personen auszuhandeln. Für sie kann ohne Verstoß gegen das Kartellrecht der Wettbewerb durch Mindestlohnabsprachen in Tarifverträgen eingeschränkt werden. Allerdings erfasst der Anwendungsbereich des § 12a TVG allerdings bei weitem nicht alle Selbstständigen, die sich als schutzbedürftig erweisen (vgl. o. 2.6.4.2.1). Die Ausweitung der personellen Reichweite der Tarifmacht auf ertragsschwache Solo-Selbstständige wäre rechtspolitisch sinnvoll.[1477] Die Erweiterung der Tarifmacht jedenfalls auf jene Selbstständige, die in die betriebliche Organisation eines anderen Unternehmens eingebunden sind,[1478] wäre de lege ferenda im Vergleich zu den anderen Alternativen leichter umsetzbar, weil ihnen lediglich der Weg zur Selbsthilfe geöffnet wird.[1479] Gerade der Schutzbedarf infolge des Fehlens individueller Verhandlungsstärke ist es im Übrigen, der dieser Gruppe auch verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelt und ihren Verbänden Tarifautonomie zukommen lässt.[1480] Es ist dann Aufgabe der Marktakteure, sich zu organisieren und ihre Abnahme- und Leistungsbedingungen auf Augenhöhe auszuhandeln.

Bisher hatte die Regelung des § 12a TVG allerdings kaum praktische Relevanz.[1481] Insofern ist noch ein hoher Organisierungsbedarf, gerade außerhalb des Medienbereichs, zu verzeichnen. Derzeit fällt die Etablierung einer Interes-

---

1477 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht S. 93. Für eine Erstreckung auf Solos-Selbstständige grundsätzlich *Schulze Buschoff/Conen/Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54, 60.

1478 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K11, 36.

1479 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 52.

1480 *Hütter*, ZFA 2018, 552, 558 ff.

1481 *Pfarr*, FS Kehrmann, S. 75, 86 f.; Däubler-*Reinecke*, § 12a TVG Rn. 9; *Schliemann*, FS Wank, 532, 542 f.

senvertretung für Solo-Selbstständige in der Bundesrepublik offensichtlich schwer. Das hat einerseits mit der Heterogenität dieser Gruppe zu tun, die teilweise sehr erhebliche Unterschiede in der Erwerbslage aufweist.[1482] Ihr ist es bislang nicht gelungen, in unternehmerischen Verbänden die eigenen Interessen in den Vordergrund zu stellen. Das hat aber auch damit zu tun, dass Solo-Selbstständige mit Blick auf die hier vorliegende Fragestellung der Vergütung, aber auch insgesamt hinsichtlich ihrer sozialen Lage, eine Hybridstellung zwischen Unternehmertum und abhängiger Erwerbstätigkeit innehaben, was zu polarisierenden interessenpolitischen Positionierungen führt.[1483] Dies dürfte der Grund sein, dass es Gewerkschaften bislang nur sehr eingeschränkt gelungen ist, Solo-Selbstständige zu organisieren[1484].

Eine solche Ausweitung müsste darüber hinaus mit dem Kartellrecht vereinbar sein. Im Fokus steht insoweit das europäische Kartellverbot nach Art. 101 AEUV. Denn das nationale Kartellrecht steht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers. Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Nach Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV gehören hierzu namentlich Preisabsprachen. Eine grundlegende Befreiung für die kollektive Regelung abhängiger Arbeit, insbesondere mit den Mitteln der Tarifverträge, ergibt sich daraus, dass Arbeitnehmer bereits aus dem Unternehmensbegriff des Kartellrechts ausgenommen sind. Die Wettbewerbsregeln sind auf sie aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen nicht anwendbar.[1485]

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind zwar mit Tarifverträgen zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden, allerdings wären die mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet, wenn die Sozialpartner bei der Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen stets Art. 101 Abs. 1 AUEV unterlägen. Problematisch ist insoweit auch die Reichwei-

---

1482 *Pongratz/Abbenhardt*, WSI-Mitt. 2018, 270, 274 f.

1483 *Pongratz/Abbenhardt*, WSI-Mitt. 2018, 270, 276.

1484 Vgl. *Pongratz/Abbenhardt*, WSI-Mitt. 2018, 270, 271, 274.

1485 Exemplarisch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (3. Aufl.), § 9 Rn. 51; *Bellamy/Child,* European Union Law of Competition, Rn. 2.031.

te der Tarifverträge, mit denen nicht nur Einfluss auf die Kostenlage der Unternehmen und damit auf ihre Wettbewerbsfähigkeit genommen wird, sondern mit denen auch weitergehend das Angebot und die Betätigung der Unternehmen geregelt werden kann.[1486] Überwiegend wird eine differenzierende Betrachtung vorgenommen: Die Anwendung von Art. 101 AEUV soll für Tarifverträge ausscheiden, die sich auf die Regelung des Arbeitsverhältnisses beschränken. Damit verbundene Einflüsse auf die Beschäftigungsbedingungen und das unternehmerische Verhalten seien insoweit hinzunehmen, als sie durch den legitimen Zweck des Tarifvertrages gedeckt seien und nicht über das Erforderliche hinausgehen. Dort, wo Tarifverträge aber über die Regelung der Arbeitsverhältnisse hinaus den Wettbewerb beschränken, sei Art. 101 anwendbar.[1487]

Der EuGH hat in diesem Sinne entschieden, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen geschlossenen Verträge zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf die anerkannten sozialpolitischen Ziele, wie sie sich insbesondere in Art. 28 der GrCH finden, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.[1488]

Damit stellt sich allerdings die Frage, ob Selbstständige an der in Art. 28 GrCH verankerten Gewährleistung der Koalitionsfreiheit teilnehmen und ob von ihnen abgeschlossene Kollektivverträge als Tarifverträge im Sinne des Unionsrecht qualifiziert werden können. Hinsichtlich selbstständiger Freiberufler wurde vom EuGH immerhin entschieden, dass sie im Gegensatz zu Arbeitnehmern durchaus ihre Leistungen am Markt anbieten, die mit der Ausübung der Tätigkeit verbunden finanziellen Chancen und Risiken selbst tragen und damit Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts sind.[1489] Gemäß Art. 28 GrCH ha-

---

1486 Bspw. tarifvertragliche Regelungen zu Ladenöffnungszeiten, die Einrichtung von Rentenfonds und weiterer Versicherungsmodelle siehe etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (3. Aufl.), § 9 Rn. 52 ff.

1487 GA *Lenz*, Schlussanträge, in EuGH – C-415/93, Slg. 1995 I 4921 Rn. 273 – *Bosmann*; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 58; *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129, 139.

1488 EuGH 4.2.2014 – C-413/13 – FNV Kunsten Informatie en Media / Staat der Niederlanden (hierzu: Latzel/Serr, EuZW 2014, 410 ff.); EuGH 3.3.2011 – C-437/09, Slg. 2011, I-973 = BeckRS 2011, 80182 – AG2R Prévoyance; EuGH 21.9.1999 – C-67/99, AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag – Albany; vgl. auch EuGH 21.9.1999 – C-115-117/97, AP Nr. 2 zu Art. 85 EG-Vertrag – Brentjens; EuGH 21.9.1999 – C-219/97, Slg. 1999 I-6121 – Drijvende Bokken; EuGH 21.9.2000 – C-222/98, Slg. 2000 I-7111 – Van der Woude.

1489 EuGH 19.2.2002 – C-309/99, Slg. 2002 I 1577 Rn. 48 f. – Wouters u.s. (bzgl. Rechtsanwälte). Dies bedeutet jedoch nicht von vornherein, dass kartellrechtliche Konflikte mit dem Standesrecht unlösbar sind. Siehe hierzu EuGH *Wouters*, Rn. 48 ff.; *Bellamy/Child,* European Union Law of Competition (7. Aufl.), Rn. 2.010 und *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (3. Aufl.), § 9 Rn. 34 ff.

ben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks zu ergreifen. Entscheidend kommt es somit auf den Begriff des Arbeitsverhältnisses an und im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts lässt sich hierbei nicht ohne weiteres auf die deutschen Definitionen von Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnlichen, Heimarbeitern etc. zurückgreifen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für Andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.[1490] Auf den ersten Blick scheint die kartellrechtliche Bereichsausnahme nur für Tarifverträge zu greifen, die die Bedingungen für Arbeitnehmer in diesem Sinne regeln. In der Rechtsache *FNV Kunsten* weist der Gerichtshof aber darauf hin, dass *„eine tarifvertragliche Bestimmung, die Mindesttarife für Dienstleistungserbringer, die ‚Scheinselbstständige' sind, vorsieht, wegen ihrer Art und ihres Gegenstands nicht in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen"* kann.[1491] Auf dieser Grundlage hielt der EuGH in der Rechtssache *FNV Kunsten* einen Tarifvertrag für selbstständige Orchestermusiker für wirksam.

Der europäische Begriff des Scheinselbstständigen ist jedenfalls ersichtlich nicht deckungsgleich mit dem deutschen Rechtsbegriff der Scheinselbstständigkeit.[1492] Einige Autoren deuten die Rechtsprechung dahingehend, dass der EuGH die kartellrechtliche Bereichsausnahme nur auf vermeintlich Selbstständige, die in Wahrheit aber Arbeitnehmer sind, ausdehnt.[1493] Einige Passagen dieses Urteils weisen aber darauf hin, dass der EuGH gerade den Anwendungsbereich des Privilegierungstatbestands auf solche Leistungserbringer erweitern wollte, die

---

1490 St. Rspr. EuGH 66/85, Slg. 1986, 2121 Rn. 17 – Lawrie-Blum; C-357/89, Slg. 1992, I-1027 Rn. 10 – Raulin; Kreuschitz in von der Groeben/Schwarze/Hatje AEUV Vorbem. zu Art. 45 bis 48 Rn. 22.

1491 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 41.

1492 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508, S. 72.

1493 *Löwisch/Rieble*, § 12a Rn. 25; *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 517 f.; *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410; *Fuchs*, ZESAR 2016, 297, 303 f.; *Rieble*, ZWeR 2016, 165, 169 ff.; ähnlich, freilich für ein erweitertes, kartellrechtsspezifisches Verständnis, *Hütter*, ZFA 2018, 552, 573 ff.

zwar selbstständig am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, aber einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind.[1494] So heißt es etwa: „*[...] Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden* [...], *wenn [sie ihr] Verhalten auf dem Markt nicht selbstständig bestimm[en], sondern vollkommen abhängig von [ihrem]Auftraggeber [sind] über mehr Autonomie und Flexibilität verfügen als die die gleiche Tätigkeit ausübenden Arbeitnehmer[...]*".[1495]

Eine abschließende Bewertung der Vereinbarkeit kollektivvertraglicher Regelungen für Selbstständige mit dem Kartellrecht ist kaum möglich. Es kommt auf die konkrete Situation der Normunterworfenen an. Für viele Bereiche der Solo-Selbstständigkeit, die von wirtschaftlicher Abhängigkeit und Fremdbestimmtheit geprägt sind, scheint das Kartellrecht offen für kollektive Ansätze. Doch auch diese Deutung lässt einen weiten Spielraum zu, bedenkt man, dass der EuGH im konkreten Fall Tarifverträge für selbstständige Orchestermusiker für unbedenklich hielt. Zu keinem anderen Ergebnis wird man in vielen Fällen etwa bei Regaleinrichtern oder EDV-Betreuern kommen, soweit sie in die betriebliche Organisation des Abnehmers eingebunden sind.

Entsprechende Tarifverträge wären nach allem nicht als verbotene Mittel zur Errichtung unzulässiger Kartelle anzusehen.[1496] Nichtsdestotrotz besteht, worauf *Bayreuther* zu Recht hinweist, ein gewisses Risiko, dass das Unionsrecht Verbandsaktivitäten außerhalb der Beschäftigung von Arbeitnehmerähnlichen als kartellwidrig verwirft.[1497] Das schließt es aber jedenfalls nicht grundsätzlich aus, dass der Gesetzgeber Regelungen schafft, die Tarifverhandlungen für Solo-Selbstständige ermöglichen, sofern diese einem vergleichbaren Schutzbedürfnis entspringen wie bei Arbeitnehmern. Sicher kann der Gesetzgeber dies auch durch typisierende Regelung konkretisieren.

1494 So *Heuschmid/Hlava*, Anm. zu EuGH 4.12.2014 – C-413/13, AuR 2015, 193, 194 f.

1495 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 31–37.

1496 Krit. hingegen *Hütter*, ZFA 2018, 552, 567 ff.; insg. a.A., wobei unklar bleibt, ob es um Regelungen für Solo-Selbstständige auf Seiten der Nachfrager oder auf Seiten der Anbieter geht, *Mohr*, EuZA 2018, 436, 449 ff.

1497 *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508, S. 74.

Das sollte prinzipiell an ertragsschwache Selbstständigkeit knüpfen.[1498] Insofern bietet es sich an, eine Solo-Selbstständigkeitsbescheinigung entsprechend dem hier unterbreiteten Vorschlag einer Heimarbeiterbescheinigung (s.o. 2.6.6.1.1.4) einzuführen, die dann von den Finanzämtern auszustellen wäre, wenn das Betriebsergebnis des Vorjahres hinter einer Durchschnittsvergütung entsprechend dem gesetzlichen Mindestlohn zurückbleibt.

2.6.6.2 Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung

2.6.6.2.1 Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die Versicherungspflicht

Eine entsprechende Mindestvergütung bedeutet freilich nicht, dass damit auch der Gefahr der Altersarmut schon in hinreichendem Maße begegnet würde. Auch eine Entgeltuntergrenze, wie sie hier vorgeschlagen wurde, würde keine wirtschaftlichen Ergebnisse bringen, die die Eigenvorsorge für Selbstständige gleichsam selbstverständlich macht oder jedenfalls eine unterbliebene Vorsorge angesichts ausreichender Ersparnisse als unschädlich erscheinen ließe.

Prinzipiell dürfte sich das Problem der unzureichenden Altersvorsorge Solo-Selbstständiger im Zuge einer entsprechenden Versicherungspflicht, soweit nicht eine berufsständische Versorgung vorgeschrieben ist, lösen.[1499] Das entspricht dem Konzept der Sozialversicherung, dass diejenigen, bei denen ein

---

1498 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 14/; a.A. *Bayreuther*, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, S. 39 ff.

1499 Vgl. mit Unterschieden im Detail *Bieback*, SozF 1999, 166, 172 ff.; *ders.*, NDV 2010, 517, 519; *Schlegel*, NZS 2000, 421, 428; *Rische*, RVaktuell 2008, 2 ff.; *Ruland*, ZRP 2009, 165 ff.; *Kreikebohm*, NZS 2010, 184 ff.; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 167 ff.; *ders.*, SGb 2013, 433, 439 f.; *ders.*, SR 2014, 66, 78; *ders.*, SGb 2017, 425; *ders.*, AuR 2018, 346, 351 f.; *Urban/Ehlscheid/Gerntke*, in: dies. (Hrsg.), Der neue Generationenvertrag, S. 31, 41; *Mecke*, SGb 2016, 481, 487; *Hensel*, SozF 2017, 897 ff.; *Preis*, NZA 2018, 817, 825 f.; *Schulze Buschoff/Conen/Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54, 60; ferner zuletzt ausführl. *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, BMAS Forschungsbericht Nr. 487 (gekürzte Fassung in: VSSR 2017, 283 ff.), die freilich sämtliche Selbstständigen, nicht nur Solo-Selbstständige einbeziehen wollen, mit Ausnahme derjenigen, die bereits berufsständisch vorsorgen (ebd., S. 42 ff.). Ebenso für eine Einbeziehung Solo-Selbständiger in die gesetzliche Rentenversicherung Beschluss (13) d) ders 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010. Überblick über die verschiedenen Konzepte zuletzt bei *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 201 ff.

entsprechender Vorsorgebedarf besteht, durch Einbeziehung in einen Zwangsversicherung auf breiter Basis geschützt werden.[1500] Zugleich würde eine Einbeziehung Solo-Selbstständiger das Problem zwischen Abhängigkeit und Selbstständigkeit oszillierender Tätigkeiten im Längsschnitt von Erwerbsbiografien in weiten Teilen lösen,[1501] weil der Wechsel zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung keine Versicherungslücken nach sich zieht. Gerade Selbstständige mit verschiedenen parallel oder nacheinander verlaufenden Erwerbszuständen würden hiervon profitieren.[1502] Darüber hinaus können durch eine Versicherung „aus einer Hand" Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit verhindert werden.[1503] Die Ausweitung des Kreises von versicherungspflichtigen abhängig Beschäftigten in den ersten Jahrzehnten nach der Sozialgesetzgebung durch Bismarck trug zur Flexibilisierung des damaligen Arbeitsmarktes bei und ermöglichte einen Wechsel der Arbeitgeber durch die Beschäftigten, ohne dass ihnen die soziale Absicherung verloren ging. Statusneutrale Rentenanwartschaften würden diesen Leitgedanken fortsetzen.[1504]

Auch die Politik ist inzwischen diesem Konzept nähergetreten. Nach dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode soll künftig eine Altersvorsorgepflicht für alle Selbstständigen eingeführt werden, die nicht bereits anderweitig obligatorisch abgesichert sind. So sollen Selbstständige zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out-Lösung – anderen geeigneten Vorsorgearten wählen können, wobei diese insolvenz- und pfändungssicher sein und in der Regel zu einer Rente oberhalb des

---

1500 Vgl. zur historischen Entwicklung *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 25 ff.

1501 Vgl. *Waltermann*, AuR 2018, 346, 352; *Schmitt*, SGb 2018, 541, 544; *dies.*, VSSR 2018, 197, 222 f.

1502 *Waltermann*, AuR 2018, 346, 352; *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 42; *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und Hybride Erwerbsformen, Policy Brief WSI 03/2018, S. 6.

1503 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 42; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 168; *Preis*, SR 2017, 173, 181.

1504 *Kreikebohm*, NZS 2010, 184, 186; *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 42.

Grundsicherungsniveaus führen müssen.[1505] Angesichts des substanziellen Wandels der Selbstständigkeit und der zunehmenden Erwerbshybridisierung wird eine umfassende Einbeziehung der Selbstständigen, die bisher keiner obligatorischen Pflichtversicherung in der ersten Säule unterliegen oder nicht in einem anderen sozialen System funktional-gleichwertig abgesichert sind, in die gesetzliche Rentenversicherung befürwortet. Statt Sonderregelungen soll eine universelle Lösung erfolgen.

Abzulehnen ist freilich die ins Auge gefasste Möglichkeit, aus der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht herauszuoptieren.[1506] Denn es steht zu befürchten, dass dies dem System der gesetzlichen Rentenversicherung insgesamt schadet. Auch wenn die Rentenversicherung stark vom Äquivalenzprinzip geprägt ist, enthält das System auch Elemente des sozialen Ausgleichs (s.u. 3.2). Es ist insoweit zu befürchten, dass gerade diejenigen, die von diesem sozialen Ausgleich profitieren würden, im gesetzlichen System verbleiben werden, während diejenigen, die eher auf der Seite der Finanzierer stehen würden, für eine private Absicherung optieren würden. Allemal ist diese Entscheidung vom weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum umfasst.[1507] Im Gegenteil aber ergeben sich aus der Option für einen Ausstieg ernstzunehmende gleichheitsrechtliche Probleme. Denn es handelt sich um eine sachliche, nicht zu rechtfertigende Besserstellung gegenüber den übrigen Versicherungspflichtigen, die ebenfalls keine Ausstiegsoption haben.[1508]

Die Einbeziehung der Solo-Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung erweist sich im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung (dazu u. 2.6.6.3) als einfacher, denn anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung gilt hier weit mehr das Äquivalenzverhältnis, also die Abhängigkeit der Leistungen von den gezahlten Beiträgen. In der gesetzlichen Krankenversicherung

---

1505 Abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=B36145E3C3767D89FF41D07F2A0D27FF.s7t2?__blob=publicationFile&v=6, S. 93 (zuletzt geprüft am 17.2.2019); hierzu vgl. auch *Roßbach*, RVaktuell 2018, 238 ff.

1506 Ebenso *Waltermann*, AuR 2018, 346, 352; für eine Befreiungsoption hingegen *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 41 f.

1507 Das räumen auch *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 60, ein.

1508 *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 228.

ermöglicht hingegen das Solidarprinzip volle Leistungsansprüche auch bei minimalen Beiträgen.[1509]

Im Übrigen mag es gute Gründe geben, auch andere Formen kleiner Selbstständigkeit, die sich nicht als Solo-Selbstständigkeit darstellen, aber ebenfalls ertragsschwach sind, in die Rentenversicherung einzubeziehen. Freilich dürfte es schwerer fallen, diese Gruppe zu definieren, denn das Merkmal der Selbstständigkeit ohne eigene Arbeitnehmer ist ein einfach zu prüfendes Kriterium. Schon die Prüfung einer fehlenden Marktorientierung dürfte demgegenüber ungleich schwerer fallen. Der Frage soll an dieser Stelle aber nicht weiter nachgegangen werden, weil es hier allein um die Gruppe der Solo-Selbstständigen geht.

2.6.6.2.2 Rechtliche Zulässigkeit einer Einbeziehung der (Solo-) Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung

Die Einbeziehung der (Solo-)Selbstständigen lässt keinen verfassungsrechtlichen Gegenwind befürchten. Das BVerfG hat bereits die Einbeziehung Selbstständiger in die Sozialversicherung von bislang nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen in seiner Entscheidung vom 26.6.2007 gebilligt.[1510]

2.6.6.2.2.1 Gesetzgebungskompetenz

Die Anordnung der Versicherungspflicht unterfällt der konkurrierende Gesetzgebung für die Sozialversicherung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Zu deren klassischen Versicherungszweigen gehört auch die Rentenversicherung. Der Begriff der Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist ein „weitgefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff". Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem „Sozialversicherung" einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, welches durch die „klassische" Sozialversicherung geprägt ist[1511].[1512] Die Rentenversicherung berührt die klassi-

---

1509 *Mecke*, SGb 2016, 481, 487.

1510 BVerfG 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00, NVwZ-RR 2007, 683, 684, mit Verweis auf BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, 221 f.; *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 53.

1511 Dazu BVerfG 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203, 313; BVerfG 15.4.1969 – 1 BvL 18/68, BVerfGE 25, 314 ff.; BVerfG 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 146;

schen Risiken der Sozialversicherung, nämlich die Vorsorge gegenüber Alter und Erwerbsminderung. Indem die Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen werden, werden diese Risiken auf eine größere organisierte „Vielheit" verteilt. Die Rentenversicherung würde auch weiterhin von den Rentenversicherungsträgern durchgeführt.[1513] Letztlich handelt es sich um eine Weiterentwicklung durch Einbeziehung weiterer Personengruppen.[1514]

2.6.6.2.2.2 Grundrechte der (Solo-)Selbstständigen

2.6.6.2.2.2.1 Art. 12 Abs. 1 GG

Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG scheidet aus, denn die Anordnung einer Versicherungspflicht berührt schon nicht den verfassungsrechtlichen Schutzbereich. Vorschriften ohne unmittelbar berufsregelnden Charakter greifen nur in die Berufsfreiheit ein, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Berufsausübung stehen und eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lassen.[1515] Mit der Rentenversicherungspflicht wird weder die Wahl noch die Ausübung des Berufes gesteuert, wie das BVerfG im Zusammenhang mit der Künstlersozialabgabe klargestellt hat[1516].

2.6.6.2.2.2.2 Art. 2 Abs. 1 GG

Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Rentenversicherungspflicht ist, da es nicht um Berufs-, sondern Beitragspflichten geht, die allgemeine Handlungsfreiheit.[1517] Die Anordnung einer Versicherungspflicht berührt den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG. Dieser Eingriff ist gerechtfertigt, wenn die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG eingehalten werden, also insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt. Der Reformvorschlag verfolgt ein legitimes Ziel: Primär geht es um die Verhinderung von Altersarmut. Dabei geht es nicht nur um den Schutz des

---

BVerfG 19.7.1967 – 2 BvL 1/65, BVerfGE 22, 241, 253; BVerfG 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, BVerfGE 11, 105, 111 f.

1512 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 54.

1513 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 42; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 168.

1514 *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 207

1515 BVerfG 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 153 f.

1516 BVerfG 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 153 f.

1517 *Ruland*, ZRP 2009, 165, 168.

Einzelnen vor Armut und sozialem Abstieg, sondern vor allem auch um den Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Eigenvorsorge des Einzelnen.[1518] Die Anordnung der Versicherungspflicht ist geeignet, der Sozialhilfebedürftigkeit im Alter entgegenzuwirken und so eine übermäßige Inanspruchnahme der staatlichen Gemeinschaft zu verhindern.[1519] Indes genügt schon die Vermeidung von Altersarmut als Ziel zur Rechtfertigung des Versicherungszwangs für die Gruppe der Solo-Selbstständigen.[1520]

Angesichts der mangelnden Bereitschaft bzw. Fähigkeit, für das Alter vorzusorgen, ist eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung erforderlich. Denkbar wäre auch eine Versicherungspflicht in der privaten Versicherung. Allerdings wäre eine solche Absicherung nicht gleich effektiv, um einen adäquaten Schutz herbeizuführen. Die Cluster-/Lebensverlaufsanalysen haben gezeigt, dass es zwischen den Erwerbsformen der Selbstständigkeit und denen der abhängigen Beschäftigung zunehmend Fluktuationen gibt, aus denen Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung hervorgehen. Bei einer einheitlichen Lösung kann der Einzelne diese mit weniger Verwaltungsaufwand ausbauen.[1521] Im Übrigen wurde bereits zu Recht darauf hingewiesen, dass angesichts des vergleichbaren Schutzbedarfs wie bei anderen Versicherungspflichtigen die Aufrechterhaltung der Vorsorgefreiheit Selbstständiger in umgekehrter Sicht zunehmend zu einem Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) wird.[1522]

Eine solche Anordnung ist auch angemessen. Die Selbstständigen werden nicht übermäßig belastet, denn sie werden lediglich zu einer an sich selbstverständlichen Vorsorge für das Alter gezwungen, neben der eine private zusätzliche Altersvorsorge möglich bleibt.[1523] Ferner stehen der Beitragspflicht auch konkrete Anwartschaften gegenüber.[1524] Besonderen Härten auf Grund der Beitragspflicht wird gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1–3 SGB IV durch Stundung, Niederschlagung oder Erlass von Beitragsforderungen ausreichend Rechnung getragen

---

1518 *Schlegel*, NZS 2000, 421, 428; *Schmitt*, SGb 2018, 541, 544 f.

1519 *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Fragen der Bürgerversicherung, S. 102.

1520 *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 215 ff.

1521 *Waltermann*, RdA 2010, 162, 168; *Ruland*, ZRP 2009, 165, 168; *Preis*/*Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 60.

1522 *Schmitt*, SGb 2018, 541, 545; *dies*., VSSR 2018,197, 227.

1523 BVerfG 26.6.2007 – 1 BVR 2204/00, NZS 2008, 142, 143, unter Verweis auf BVerfG 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221, 236.

1524 *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 222.

und gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV können Rentenbeiträge regelmäßig nur für einen Zeitraum von vier Jahren nachgefordert werden.[1525]

2.6.6.2.2.3 Grundrechte der privaten Versicherungsunternehmen

Auch die Berufsfreiheit der Privatversicherer wird durch eine Einbeziehung Solo-Selbstständiger letztlich nicht verletzt. Denn letztlich handelt es sich lediglich um reflexhafte Auswirkungen der Versicherungspflicht auf den Versicherungsmarkt, die sich aus nachlassender Nachfrage der in die Versicherung Einbezogenen ergibt.[1526]

2.6.6.2.3 Beitragslast

Die Ausweitung der Rentenversicherungspflicht löst indes nicht das Problem der wirtschaftlichen Überforderung vieler Solo-Selbstständiger, denn gemäß § 169 Nr. 1 SGB VI müssen selbstständig Tätige ihre Beiträge selbst tragen. Das scheint gerade bei Selbstständigkeit mit geringem Ertrag nicht unproblematisch. Insoweit bedarf es einer Feinjustierung, denn ein Vertrauen auf Markträumung für Fälle, in denen sich Selbstständige die Beiträge nicht leisten können,[1527] verschiebt angesichts zu erwartender Arbeitslosigkeit nur das Problem. Entsprechend strebt auch die EU-Kommission eine Beitragsentlastung für einkommensschwache Gruppen insgesamt an.[1528] Auch in anderen EU-Ländern gibt es systemimmanente Umverteilungen sowie Subventionierungen.[1529]

Um Solo-Selbstständige zu entlasten, bedarf es entweder einer Beitragsunterstützung oder der Gewährleistung, dass die notwendigen Beiträge durch die selbstständige Tätigkeit erwirtschaftet werden. Das lässt sich realisieren in Form eines Bundeszuschusses oder in Form einer paritätischen Beitragstragung zwischen Solo-Selbstständigen und ihren Auftraggebern. Für das zweitgenannte Konzept spricht, dass es an sich grundsätzlich nicht Aufgabe des Steuerzahlers sein kann, Selbstständigkeit generell durch Beitragsentlastung zu subventionieren.

1525 BVerfG 26.6.2007 – 1 BVR 2204/00; NZS 2008, 142, 143.

1526 Vgl. in diesem Sinne auch *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 214.

1527 Auf diese weist *Mecke*, SGb 2016, 481, 487 f., in Bezug auf die Einbeziehung in gesetzliche Krankenversicherung hin.

1528 COM (2018) 132 final, zu Ziff. 14.

1529 *Becker*, ZESAR 2018, 307, 314 f.

2.6.6.2.3.1 Paritätische Beitragstragung zwischen Solo-Selbstständigen und ihren Auftraggebern

Preis und *Temming* haben die Konzeption einer paritätischen Beitragstragung mit einem Ausweis des Auftraggeberbeitrags in der Rechnung zur Diskussion gestellt.[1530] Die Idee der Auftraggeberabgabe ist nicht neu, sondern bei bestimmten Gruppen von Solo-Selbstständigen bereits geltendes Recht. So müssen die Versicherten der Künstlersozialversicherung gemäß § 15 KSVG die Hälfte der Beiträge selbst zahlen, die andere Beitragshälfte wird gemäß § 23 KSVG durch eine Abgabe der verwertenden Unternehmen (Künstlersozialabgabe) und gemäß § 34 KSVG durch einen Bundeszuschuss aufgebracht. Auch bei den selbstständigen Hausgewerbetreibenden ist gemäß § 169 Nr. 3 SGB VI i.V. m. § 12 Abs. 1, 3 SGB IV eine paritätische Beitragstragung angeordnet. Diese Beispiele verdeutlichen, dass eine paritätische Beitragstragung prinzipiell möglich ist.

Der fehlende Auftraggeberanteil könnte in Form eines Honoraranteils eingezogen werden, der wie bei der Mehrwertsteuer als Sozialversicherungsbeitrag auf den Endbetrag der Arbeitsleistung aufgeschlagen würde. Der Solo-Selbstständige wäre dann für die Abführung des Sozialversicherungsbeitrages verantwortlich. Alternativ ließe sich der Rentenversicherungsbeitrag des Solo-Selbstständigen auf Grundlage der Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag einziehen (§§ 28d–28n und 28r SGB VI). So erfolgt die Beitragszahlung gemäß § 174 Abs. 1 SGB VI sowohl für versicherungspflichtige Beschäftigte als auch für Hausgewerbetreibende durch den Arbeitgeber an die zuständige Krankenkasse als Einzugsstelle des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (§§ 28d–28n SGB VI).[1531] Unabweisbarer Vorteil der zweitgenannten Variante wäre, dass der Beitrag gleich an der Quelle abgezweigt würde, ohne dass er durch weitere Hände ginge.[1532]

Bezieht man nur die Gruppe der Solo-Selbstständigen über einen Auftraggeberanteil in Form des Honoraranteils in das System der paritätischen Beitragstragung ein, können sich allerdings Friktionen ergeben. Für den Auftraggeber ist

---

1530 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 49 ff.; für eine Abführung durch den Auftraggeber *Waltermann*, SGb 2017, 425, 430 f.; *ders.*, AuR 2018, 346, 352; für eine Beteiligung der Auftraggeber an den Beiträgen auch *Hensel*, SozF 2017, 897, 914 ff.

1531 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 49.

1532 *Waltermann*, AuR 2018, 346, 352, diskutiert dies namentlich für Plattformarbeit.

häufig nicht erkennbar, ob er es mit einem Solo-Selbstständigen oder einem Selbstständigen mit eigenem Personal zu tun hat. Ist der Solo-Selbstständige gezwungen, einen zusätzlichen Honoraranteil als Sozialversicherungsbeitrag auszuweisen, könnte sein Angebot gegenüber dem eines Selbstständigen mit Angestellten unattraktiver werden. Es könnten ihm hierdurch Wettbewerbsnachteile entstehen. Zwei Überlegungen entschärfen bzw. rechtfertigen dieses Modell jedoch. Denn erstens ist der Selbstständige mit Angestellten nicht nur dazu angehalten, für sich selbst eine Altersvorsorge aufzubauen, vielmehr ist er seinerseits verpflichtet, über den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung für die Altersvorsorge seiner Angestellten zu sorgen, was sich seinerseits in der Kalkulation des Angebots wiederfindet, andererseits wäre auch der Solo-Selbstständige im derzeitigen Modell zwar nicht gezwungen, jedoch dringend gehalten, eigene Vorsorge zu betreiben. Auch diese müsste sich dann in einer ähnlichen Kalkulation wiederfinden. Letztlich stellt sich dies so oder so als ein Aspekt betriebswirtschaftlicher Kosten des Selbstständigen dar, die in die Entgeltkalkulation einfließen müssen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass gerade größere Unternehmen in der Regel kein Interesse an einer solchen Form von Wettbewerb haben, bei der die Sozialversicherungsabgabe letztlich den Ausschlag für die Erteilung eines Auftrags gibt, weil die Gewinnmarge insoweit uninteressant sein wird.[1533]

Letztlich muss aber auch gar kein eigenständiger Beitragsanteil des Auftraggebers statuiert werden. Vielmehr genügt es, diesen gedanklich anzunehmen. Entscheidend ist, dass für den Solo-Selbstständigen Beiträge in einer Höhe abgeführt werden, die im Falle abhängiger Beschäftigung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam zu tragen sind. Auf diese Weise erledigt sich der Einwand, dass bloße Vertragspartner anderenfalls ungerechtfertigt zur sozialen Sicherung ihrer Auftragnehmer herangezogen würden.[1534] Der Solo-Selbstständige würde lediglich verpflichtet, diesen Beitrag dann in der Rechnung auszuweisen.

Der Auftraggeber könnte dann lediglich in geeigneten Konstellationen für die Abführung in die Pflicht genommen werden. Insoweit macht es allerdings einen Unterschied, ob die Kunden eines Scherenschleifers zur Abführung von Kleinstbeträgen herangezogen werden oder ein Unternehmer, der den Solo-Selbstständigen im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung beauftragt.

1533 *Deinert*, RdA 2018, 359, 366.

1534 Zu dieser Problematik vgl. m.w.N. *Schmitt*, SGb 2018, 541, 547.

Ein wesentlicher Vorteil dieses Modells liegt im Übrigen darin, dass angesichts der dadurch ansteigenden Kostenlast für Auftraggeber kein Anreiz zur Flucht in den Werk- bzw. Dienstvertrag besteht,[1535] sondern Arbeit/Auftraggeber sich allein nach dem Ziel der jeweiligen Aufgabe für einen Arbeits- oder Werk-/Dienstvertrag entscheiden werden.[1536] Es würde mit anderen Worten ein Fehlanreiz beseitigt, indem die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitsverhältnisses hergestellt wird.[1537]

Insgesamt hat das Modell der Sozialversicherungsabgabe, wie von *Preis*/*Temming* vorgeschlagen, den Vorzug des unmittelbaren Einzugs beim Auftraggeber und es ließe sich auch für kleine Leistungen in einer Vertragsbeziehung realisieren. Das Modell wäre daher insbesondere auch für selbstständige Crowdworker fruchtbar.

2.6.6.2.3.2 Bundeszuschuss

Alternativ oder ergänzend kommt als Beitragsunterstützung ein Zuschuss zu den Beiträgen aus Steuermitteln in Betracht. In Österreich wurden im Zuge der Reform der gesetzlichen Rentenversicherung 1998 alle Erwerbstätigen in die Rentenversicherung einbezogen. Dadurch wurden auch die bislang nicht versicherten Selbstständigen erfasst. Beitragsgrundlage der Selbstständigen sind die Einkünfte im Steuerbescheid. Der Beitragssatz betrug 18,5 % im Jahr 2016, im Vergleich dazu betrug der Beitragssatz für abhängig Beschäftigte 22,8 % im Jahr 2016.[1538] Die Differenz wird als sog. „Partnerleistung des Bundes" aus Bundesmitteln bezahlt.[1539]

Eine solche Bezuschussung aus Steuermitteln ist jedoch kritisch zu sehen, denn letztlich würde hiervon eine Erwerbsform profitieren, die wesentlich auf der Substitution versicherungspflichtiger Beschäftigter beruht. Diese Form der Be-

---

1535 *Schulze Buschoff/Conen/Schippers*, WSI-Mitt. 2017, 54, 60.

1536 *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 51

1537 Vgl. *Waltermann*, SGb 2017, 425, 429.

1538 *Becker*, ZESAR 2018, 307, 314; *Pfeil*, österreichisches Sozialrecht, S. 35.

1539 *Blank et al.*, Alterssicherung in Deutschland und Österreich vom Nachbarn Lernen, WSI-Report 2016, S. 35; *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und Hybride Erwerbsformen, WSI Ploicy Brief 2018, S. 7.

zuschussung bedeutet damit nichts anderes als eine verkappte Subventionierung einer nicht den Lebensunterhalt sichernden Tätigkeit.[1540]

2.6.6.2.4 Beitragsermäßigung

Die Beitragslast ließe sich auch durch eine Ermäßigung der Beitragssätze reduzieren. Diese Lösung führt zwar zu einer Entlastung der Solo-Selbstständigen, allerdings gehen ermäßigte Beiträge auch mit entsprechend geringeren Anwartschaften und reduzierten Leistungen einher, wodurch das Problem der Altersarmut nicht gelöst würde.[1541]

2.6.6.2.5 Fazit

Im Ergebnis ist daher eine paritätische Beitragspflicht vorzugswürdig. Um Ungleichbehandlungen zwischen abhängig Beschäftigten und Solo-Selbstständigen zu verhindern, ist ein geschlossenes Konzept sowohl hinsichtlich der Versicherungspflicht als auch hinsichtlich der Beitragsgestaltung zu verfolgen. Ziel einer Reform sollte es sein, wie in anderen Sozialversicherungszweigen, dass Selbstständige, insbesondere Solo-Selbstständige, und abhängig Beschäftigte möglichst gleichbehandelt werden. So lautet der Grundsatz in Nr. 12 der europäischen Säule der sozialen Rechte: „*Unabhängig von Art und Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und unter vergleichbaren Bedingungen wie Selbstständige das Recht auf angemessenen Sozialschutz*“.[1542]

2.6.6.3 Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung

2.6.6.3.1 Abschaffung des Mindestbeitrags und Bemessung am Realeinkommen

Zwar ist eine neue einheitliche Mindestbemessungsgrundlage nach § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB IV für alle freiwillig Versicherten in Höhe von derzeit 1038, 33 € ein

---

1540 *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und Hybride Erwerbsformen, WSI Ploicy Brief 2018, S. 7; *Schulze Buschoff*, Alterssicherung für Selbstständige, Policy Brief WSI 05/2016, S. 5.

1541 *Schulze Buschoff*, Alterssicherung für Selbstständige, Policy Brief WSI 05/2016, S. 5.

1542 Europäische Säule sozialer Rechte, gemeinsame Erklärung von Europäischem Parlament, Rat und Kommission, online abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_de.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

wichtiger erster Schritt, er greift allerdings zu kurz. Ziel der Großen Koalition ist es, „kleine Selbstständige zu entlasten“,[1543] tatsächlich werden aber auch künftig fast 30 % der Solo-Selbstständigen durch die Krankenversicherungsbeiträge stark belastet.[1544] Zielführender wären die Abschaffung des Mindestbeitrags und die Beitragsbemessung am Realeinkommen.[1545] Bevor diese Handlungsoptionen näher untersucht werden, ist allerdings zunächst der Sinn und Zweck der Mindestbeiträge in den Blick zu nehmen.

Im Rahmen der gesetzlichen Versicherung entwickelten sich Mindestbeiträge als Lösung bestimmter Vergleichsschwierigkeiten zwischen den Bemessungsgrundlagen von Selbstständigen und abhängig Beschäftigten und zur Beschränkung von Selektionseffekten zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung.[1546]

2.6.6.3.1.1 Vergleichbarkeit der Beitragsbemessung

Bei den Selbstständigen richtet sich die Höhe des Einkommens gemäß §§ 223 Abs. 2 Satz 1, 226 ff. SGB V nach dem Arbeitseinkommen. Das Arbeitseinkommen ist gemäß § 15 SGB IV ein sozialrechtlicher Begriff, der inhaltlich auf die allgemeinen Gewinnvorschriften des Einkommenssteuerrechts Bezug nimmt, also auf § 4 Abs. 1 EStG für buchführende Selbstständige und auf § 4 Abs. 3 EStG für nicht buchführende Selbstständige. Damit entspricht das Arbeitseinkommen dem Betrag, der im Einkommensteuerbescheid als Summe der Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Tätigkeit nach Abzug der Betriebsausgaben, aber vor Abzug der Sonderausgaben und Freibeträge, festgestellt ist.[1547] Es gilt also das sog. Netto-Prinzip.

Bei den versicherungspflichtigen Beschäftigten zählt dagegen gemäß §§ 14 Abs. 1, 2 SGB IV das Bruttoarbeitsentgelt als beitragspflichtige Einnahme.[1548]

1543 Abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=6B2F743CC6821B592F0B6B0615FF0D29.s7t1?__blob=publicationFile&v=6, S. 102 (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1544 *Manske*/*Scheffelmaier*, Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit – Bestandsaufnahme, S. 67.

1545 DGB-Thesen für den 71. DJT, AuR 2016, 344, 345; *Lambertin*, Soziale Sicherheit 8/2016, 315, 317; *Schulze Buschoff*, Selbstständigkeit und Hybride Erwerbsformen, Policy Brief WSI 03/2018, S. 9.

1546 *Arnold*/*Oelschläger*/*Staber*, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich, S. 58

1547 KassKomm-*Zieglmeier*, § 15 SGB IV Rn. 8; Kreikebohm-*Marschner*, § 15 SGB IV Rn. 4.

1548 KassKomm-*Zieglmeier*, § 14 SGB IV Rn. 64; Kreikebohm-*Marschner*, § 14 SGB IV Rn. 8; Küttner Personalbuch-*Schlegel*, Bruttolohnvereinbarung Rn. 22.

Auf das zu versteuernde Einkommen kommt es nicht an. Insbesondere Werbungskosten gemäß § 9 EStG, die das zu versteuernde Einkommen mindern können, werden nicht in Abzug gebracht. Es gilt das Brutto-Prinzip.[1549]

Dieser Unterschied zwischen Netto-Größe („Gewinn") bei den Selbstständigen und Brutto-Größe („Bruttolohn") bei den Pflichtversicherten führt dazu, dass ein fiktives Mindesteinkommen angenommen wird, um eine Beitragsgerechtigkeit zwischen den abhängig Beschäftigten und Selbstständigen herzustellen und um zu verhindern, dass der Selbstständige das mit der Ausübung der selbstständigen Tätigkeit verbundene Unternehmensrisiko über die Beitragsbemessung partiell auf die Solidargemeinschaft überwälzt. Dadurch wird der Vorteil aus der Beitragsbemessung aufgrund des Nettoprinzips typisierend ausgeglichen.[1550]

Im Ergebnis führt dies aber auch dazu, dass die Beitragsregelungen der konkreten Situation vieler Selbstständiger nicht mehr werden. Um eine bessere Vergleichbarkeit zwischen Brutto-Größe „Bruttolohn" und Netto-Größe „Gewinn" herzustellen, schlagen *Staber*/*Arnold*/*Oelschläger* daher vor, dass bei der Beitragsberechnung für alle gesetzlich Krankenversicherten auf das Brutto-Prinzip umgestellt wird.[1551] So lasse sich beim Selbstständigen ein den Arbeitnehmern vergleichbares sozialversicherungspflichtiges Einkommen bestimmen, wenn zum steuerlichen Gewinn des Selbstständigen (also nach Abzug von Ausgaben) typisierend Beiträge hinzugerechnet werden, die ein typischer Arbeitnehmer steuerlich geltend macht. Eine solche Gleichstellung mit etwa 90 % der abhängig Beschäftigten sei erreicht, wenn dem steuerlichen Gewinn des Selbstständigen folgende Posten hinzugerechnet werden: die Entfernungspauschale für Fahrten zwischen Wohnort und Arbeitsstätte, Fort- und Weiterbildungskosten, Werbungskosten für doppelte Haushaltsführung sowie alle als „Förderung" bezeichneten steuerlichen Vergünstigungen.[1552] Der gesetzlich krankenversicherte Selbstständige müsste diese Posten entsprechend bei der steuerlichen Veranla-

---

1549 Krauskopf-*Vossen*, § 226 SGB V Rn. 5.

1550 BVerfG 22.5.2001 – 1 BvL 4/96, NJW 2001, 2786, 2787; *Greiner* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Gerechte Krankenkassenbeiträge für Selbstständige in der gesetzlichen Krankenversicherung" und „Gerechte Krankenbeiträge für freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte" (BT-Drs. 18/9711 und 18/9712), Ausschuss-Drs. 18(14)0247(1), S. 3.

1551 *Arnold*/*Oelschläger*/*Staber*, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich, S. 85.

1552 *Arnold*/*Oelschläger*/*Staber*, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich, S. 85.

gung einzeln angeben und das Finanzamt müsste auf dieser Grundlage ein sozialversicherungspflichtiges Bruttoeinkommen ausweisen.

Mindestbeiträge dienen also zunächst der Herstellung einer Vergleichbarkeit zwischen der Beitragsbemessung von abhängig Beschäftigten und Solo-Selbstständigen. Tatsächlich ist diese Vergleichbarkeit durch die Mindestbeitragshöhe aber kaum gewährleistet, denn sie führt nur in den unteren Einkommensbereichen zu einer pauschalen Anhebung der Beitragsbemessung.

2.6.6.3.1.2 Vermeidung von Selektion zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung

Mindestbeiträge dienen ferner der Beschränkung der Selektionseffekte zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung. Gegenwärtig besteht für Selbstständige die Möglichkeit, unabhängig von ihrer Einkommenshöhe zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung zu wählen. Die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung sind grundsätzlich an die Höhe des Einkommens gebunden, während die Höhe der Beiträge in der privaten Krankenversicherung vom Erkrankungsrisiko abhängen. Dies hat zur Folge, dass nur diejenigen innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung verbleiben, die von der Einkommensumverteilung innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung profitieren,[1553] die so genannten „schlechten Risiken". So finden sich in der gesetzlichen Krankenversicherung insbesondere einkommensschwache und in der privaten Krankenversicherung vor allem einkommensstärkere Selbstständige. Diese Freiwilligkeit steht im Spannungsverhältnis zum Umverteilungssystem.[1554] Der Mindestbeitrag schränkt diesen negativen externen Effekt auf die übrigen gesetzlichen Versicherten ein, indem er die Krankheitskosten eines durchschnittlichen Beitragszahlers, die von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen werden, ungefähr deckt.[1555] Bei der Lösungsfindung sind die

---

1553 *Greiner* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Gerechte Krankenkassenbeiträge für Selbstständige in der gesetzlichen Krankenversicherung" und „Gerechte Krankenbeiträge für freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte" (BT-Drs. 18/9711 und 18/9712), Ausschuss-Drs. 18(14)0247(1), S. 2.

1554 *Arnold*/*Oelschläger*/*Staber*, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich, S. 86.

1555 *Greiner* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Gerechte Krankenkassenbeiträge für Selbstständige in der gesetzlichen Krankenversicherung" und „Gerechte Krankenbeiträge für freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte" (BT-Drs. 18/9711 und 18/9712), Ausschuss-Drs. 18(14)0247(1), S. 2.

Interessen der Solidargemeinschaft und der gesetzlichen Krankenversicherung, sich durch angemessene Beiträge vor Überforderung zu schützen, nicht außer Acht zu lassen. Eine isolierte Abschaffung des Mindestbeitrags würde daher zu kurz greifen. Denn sie würde die Selektionseffekte zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und privater Krankenversicherung und die damit verbundenen finanziellen Belastungseffekte für die gesetzliche Krankenversicherung wesentlich verstärken.[1556]

2.6.6.3.2 Ausgleichssystem für „gute" und „schlechte" Risiken

Zur Vermeidung drohender Risikoselektionen schlagen *Staber/Arnold/Oelschläger* vor, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen bei einem Wechsel eines Mitglieds zur privaten Krankenversicherung durch Ausgleichszahlungen bezüglich der Einkommensumverteilung so gestellt werden, als hätte der Versicherte nicht gewechselt. So soll das Finanzamt einen Ausgleichsbetrag ermitteln, der an den Gesundheitsfonds oder der vom Gesundheitsfonds zugunsten des Selbstständigen zu zahlen ist. Entspreche der Beitrag des Selbstständigen zur gesetzlichen Krankenversicherung den durchschnittlichen Gesundheitsausgaben der versicherten Personen, dann entstehe der gesetzlichen Krankenversicherung weder ein Schaden noch eine Entlastung. Sei der Gewinn des Selbstständigen jedoch höher, dann müsse der Selbstständige in diesem Falle eine Ausgleichszahlung an den Gesundheitsfonds leisten, im umgekehrten Fall, in dem der Gewinn niedrig sei, entstehe durch den Wechsel zur privaten Krankenversicherung eine Entlastung der gesetzlichen Krankenversicherung. Entsprechende Mittel könnten dann aus dem Gesundheitsfonds eingesetzt werden, um den Selbstständigen bei der Zahlung seines Beitrags für die private Krankenversicherung zu entlasten.[1557] Dieser Vorschlag ist jedoch mit einem hohen Verwaltungsaufwand verbunden und wurde daher im Ergebnis zu Recht von der Bundesregierung als zu bürokratisch und nicht umsetzungsfähig beurteilt und nicht weiterverfolgt.[1558]

1556 *Etgeton* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Gerechte Krankenkassenbeiträge für Selbstständige in der gesetzlichen Krankenversicherung" und „Gerechte Krankenbeiträge für freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte" (BT-Drs. 18/9711 und 18/9712), Ausschuss-Drs. 18(14)0247(3), S. 3.

1557 *Staber/Arnold/Oelschläger*, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich: Bestandsaufnahme und Reformpläne, S. 87 ff.

1558 BT-Drs.18/9742, S. 5.

2.6.6.3.3 Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung

2.6.6.3.3.1 Ein weitergehender Blick: Das Modell der Bürgerversicherung und der Einwohnerversicherung

Seit den Sondierungsgesprächen zur Regierungsbildung nach der Bundestagswahl im Herbst 2017 ist eine Weiterentwicklung der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung zu einer sog. Bürgerversicherung erneut in die politische Diskussion geraten.[1559] Modelle für eine Bürgerversicherung gibt es in den Wahlprogrammen von SPD[1560], Bündnis 90/Die Grünen[1561] und DIE Linke[1562]; ferner gibt es ein Konzept des DGB hierzu.[1563] Ein einheitliches Konzept zur Bürgerversicherung existiert indes nicht.[1564] Kernelement der verschiedenen Modelle ist die Abschaffung des derzeitigen dualen Systems aus gesetzlicher und privater Krankenversicherung und dessen Ersetzung durch ein Einheitssystem, welches grundsätzlich alle Bürger verpflichtend einbezieht.[1565] Die Bürgerversicherung würde sich somit auch auf Solo-Selbstständige erstrecken.

Verschiedene Modelle sehen vor, dass die Bürgerversicherung unter einheitlichen Bedingungen von den gesetzlichen und privaten Versicherungen gleichermaßen angeboten wird.[1566] Diskutiert wird aber auch, dass die privaten Krankenversicherungen künftig nur noch in Form von Zusatzversicherungen existieren.[1567] In die entgegengesetzte Richtung geht der Vorschlag einer an den

---

1559 *Roßbach*, Die Bürgerversicherung wird zum Schreckgespenst, in FAZ, 28.11.2017, abrufbar unter: http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/aerzte-privatversicherer-und-union-fuerchten-die-buergerversicherung-15313131.html (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1560 Bundestagswahlprogramm der SPD, Zeit für mehr Gerechtigkeit. Unser Regierungsprogramm für Deutschland abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Bundesparteitag_2017/Es_ist_Zeit_fuer_mehr_Gerechtigkeit-Unser_Regierungsprogramm.pdf (17.2.2019).

1561 Bundestagswahlprogramm von Bündnis 90/DIE GRÜNEN, Zukunft wird aus Mut gemacht. Bundestagswahlprogramm 2017, abrufbar unter: https://www.gruene.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/BUENDNIS_90_DIE_GRUENEN_Bundestagswahlprogramm_2017.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1562 Bundestagswahlprogramm von DIE LINKE, Sozial. Gerecht. Frieden. Für Alle, abrufbar unter: https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2017/wahlprogramm2017/die_linke_wahlprogramm_2017.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1563 Dazu *Lambertin/Spiller*, SozSich 2018, 221, 225 ff.

1564 Vergleich der verschiedenen Modelle bei *Lambertin/Spiller*, SozSich 2018, 221, 223 ff.

1565 *Gaßner/Strömer*, NZS 2013, 561, 562; *Papier/Schröder*, VersR 2013, 1201.

1566 Etwa SPD und Bündnis 90/Die Grünen.

1567 Etwa DIE LINKE.

Wohnsitz anknüpfenden Einwohnerversicherung, die auf ein monistisches System unter dem Dach von VVaG abzielt.[1568] Auch wenn sich diese Konzeption gerade wegen der privatrechtlichen Organisation in ihrer Ausgestaltung namentlich hinsichtlich des Mitgliedschaftsverhältnisses sowie mit Blick auf die Fragen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wesentlich vom Konzept der Bürgerversicherung unterscheidet und insoweit bemerkenswerte und diskussionswürdige Aspekte hervorbringt, dürfte sie für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand nicht weiterführend sein. Insoweit es um die Erstreckung der Versicherungspflicht auf Solo-Selbstständige geht, lässt sich dies nämlich angesichts der aktuellen Ausgestaltung kaum ohne grundlegenden Systemwechsel im Rahmen einer privatrechtlichen Organisation vorstellen.

2.6.6.3.3.2 Das Kombi-Modell aus Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung und Beitragsbemessung nach Ertragslage als Minus im Vergleich zur Bürgerversicherung

Es ist hier nicht der Ort, Für und Wider der Bürgerversicherung umfassend zu diskutieren. Die Einführung einer obligatorischen gesetzlichen Krankenversicherung für Solo-Selbstständige hätte aber jedenfalls den Vorteil, dass diejenigen in das Versicherungspflichtsystem einbezogen würden, die ebenso wie Arbeitnehmer letztlich vom Erwerb durch eigene Tätigkeit leben. Sie würde erlauben, die Beitragsbemessung nach der individuellen Leistungsfähigkeit zu gestalten und dadurch Solo-Selbstständige in den Solidarausgleich des Versicherungssystems einzubeziehen, ohne dass dies durch Abwandern „guter Risiken" zur privaten Krankenversicherung zu einer Einbahnstraße zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung würde, in der die Solidargemeinschaft der abhängig Beschäftigten einseitig den Solidarausgleich für selbstständig Tätige tragen würde.[1569] Mit Recht wurde an der Vorstellung einer Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung allerdings insoweit Kritik geübt, als die Gefahr bestünde, dass ertragsschwache Selbstständigkeit am Solidarausgleich teilhabe, während dessen Finanzierung den abhängig Beschäftigten letztlich überlassen bleibe.[1570] Daraus ist allerdings in erster Linie abzuleiten, dass alle Solo-Selbstständigen in die Krankenversicherung einzubeziehen sind, damit auch diese Gruppe ihren Beitrag zum Solidarausgleich leistet

---

1568 *Kingreen/Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung.

1569 Das geschieht derzeit auch durch die Wahlfreiheit jenseits der Versicherungspflichtgrenze, Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 32 f.

1570 *Mecke*, SGb 2016, 481, 487 f.

und jedenfalls nicht schon von vornherein feststeht, dass die Krankenversicherung nur die „schlechten Risiken" zu tragen hat.

Dieses Kombi-Modell würde auch zu keiner Mehrbelastung der gesetzlichen Krankenversicherung führen.[1571] Einer im Auftrag der Bertelsmann Stiftung erstellten Studie zufolge würde die Anwendung der für Arbeitnehmer geltenden Versicherungspflichtgrenze dazu führen, dass rund eine Million (66,2 %) der privat versicherten Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung wechseln würde. Darüber hinaus könnten sich weitere 78.807 Selbstständige (5,4 %) mit einem Einkommen oberhalb der Versicherungspflichtgrenze für einen Wechsel entscheiden, da der gesetzliche Krankenversicherungsbeitrag nach einem Wechsel geringer wäre als ihre bisherige Prämie in der privaten Krankenversicherung. Die restlichen 413.310 Personen würden dieser Prognose zufolge in der privaten Krankenversicherung verbleiben. Insgesamt würden also mindestens 72 % der bislang privat Versicherten in die gesetzliche Krankenversicherung wechseln.[1572]

Der Zustrom von Selbstständigen würde zusätzliche Beitragseinnahmen für die gesetzliche Krankenversicherung erzeugen, da die durchschnittlichen beitragspflichtigen Einnahmen dieser Selbstständigen knapp 50 % höher sind als die durchschnittlichen Einkommen der derzeitigen GKV-Mitglieder. Der Saldo aus den erwarteten zusätzlichen Beitragseinnahmen in Höhe 5,433 Milliarden € und den erwarteten Mehrausgaben von 3,610 Milliarden € ergäbe Nettomehreinnahmen für die gesetzliche Krankenversicherung durch die Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung im Umfang von 1,8 Milliarden € im Jahr.[1573]

Allerdings würden die Selbstständigenhaushalte mit 1,7 Milliarden € zusätzlich belastet.[1574] Bei gleichzeitiger Abschaffung des Mindestbeitrags näherte sich die wechselseitige Be- und Entlastung jedoch der Nullgrenze: den Nettominderein-

---

1571 *Etgeton* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Gerechte Krankenkassenbeiträge für Selbstständige in der gesetzlichen Krankenversicherung" und „Gerechte Krankenbeiträge für freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte" (BT-Drs. 18/9711 und 18/9712), Ausschuss-Drs. 18(14)0247(3), S. 3.

1572 *Albrecht/Ochmann/Schiffhorst*, Krankenversicherungspflicht für Beamte und Selbstständige, Teilbericht Selbstständige, S. 23.

1573 *Albrecht/Ochmann/Schiffhorst*, Krankenversicherungspflicht für Beamte und Selbstständige, Teilbericht Selbstständige, S. 28.

1574 *Albrecht/Ochmann/Schiffhorst*, Krankenversicherungspflicht für Beamte und Selbstständige, Teilbericht Selbstständige, S. 29.

nahmen (0,7 Mrd.) stünden entsprechende Entlastungen der Selbstständigen (0,8 Mrd.) gegenüber.

Nur durch die Kombination aus Abschaffung des Mindestbeitrags und Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung lassen sich zum einen Selbstständige mit niedrigerem Einkommen zum anderen aber auch die Solidargemeinschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung schützen. Andernfalls führt die isolierte Abschaffung bzw. Absenkung der Mindestbeiträge im Ergebnis zu einer verkappten Subventionierung einer nicht den Lebensunterhalt sichernden selbstständigen Tätigkeit aus dem Ertragsaufkommen der Solidargemeinschaft der Beitragszahler.

Auch wenn Solo-Selbstständige unter Umständen mehrere Auftraggeber haben, bietet sich eine paritätische Finanzierung in Form einer Sozialversicherungsabgabe an, wie sie auch schon für die Rentenversicherung vorgeschlagen wurde (s.o. 2.6.6.2.3.1).

2.6.6.3.3.3 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die rechtliche Diskussion der Bürgerversicherung soll an dieser Stelle insoweit aufgegriffen werden, als die verfassungsrechtlichen Fragestellungen sich in vergleichbarer Weise auch bei der Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung ergeben. Die Verfassungsmäßigkeit der Bürgerversicherung ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur sehr umstritten. Die Bedenken betreffen insbesondere die Gesetzgebungskompetenz, Grundrechte der privaten Versicherungsunternehmen, Grundrechte der Versicherten und die Einbeziehung der Beamten. Aufgrund des Umfangs der Thematik kann an dieser Stelle nur auf einzelne Aspekte eingegangen werden, insbesondere nur in dem Kontext, in dem sie Relevanz für die Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung haben.

2.6.6.3.3.3.1 Gesetzgebungskompetenz

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Gebiert der Sozialversicherung. Das BVerfG versteht den Begriff „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als weit gefassten verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff, um ihn an den Wandel sozialer Verhältnisse anzupassen.[1575] Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem „Sozialversicherung“ einbezogen werden, soweit die neuen Sozialleistungen in ihren we-

[1575] BVerfG 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, BVerfGE 11, 105, 111.

sentlichen Strukturelementen – insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken – dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist.[1576] Zur Sozialversicherung gehört jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit. Träger der Sozialversicherung sind selbstständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge aufbringen.[1577] Aus dem prägenden Element der „organisierten Vielheit" wird von einigen Autoren die Notwendigkeit einer zahlenmäßigen Begrenzung des Versichertenkreises abgeleitet.[1578] Eine Bürgerversicherung widerspreche dieser Mindestanforderung, da sie nicht nur eine Teilgruppe der Gesamtbevölkerung, sondern die Bevölkerung insgesamt umfasse. Darüber hinaus würde die künftige Einbeziehung von Selbstständigen und Beamten vollends dem traditionellen Bild der deutschen Krankenversicherung widersprechen.[1579] Schließlich wird gegen die Einbeziehung der Bürgerversicherung unter den Kompetenztitel der Sozialversicherung vorgebracht, dass ein solches Modell nicht mehr dem Versicherungsgedanken entspreche, sondern bereits ein steuerliches Konzept verfolge. Nach Auffassung einiger Autoren hätte eine Ausweitung der Beitragsbemessungsgrundlage zur Folge, dass der Beitrag für die Bürgerversicherung und die Einkommensteuer identisch wären. Eine zweite Einkommensteuer wäre aber nicht mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes kompatibel und könne insbesondere nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützt werden.

Andere hingegen verstehen „Vielheit" dahin, dass eine Versicherung, um funktionieren zu können, von einer ausreichend großen Anzahl von Mitgliedern getragen werden müsse.[1580] Diese Auffassung überzeugt, denn bereits zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes wurden schon in vielfältiger Weise Selbstständige in die gesetzliche Kranken- sowie Rentenversicherung integriert, sodass sich eine Bürgerversicherung nicht vom traditionellen Bild der deutschen Krankenversicherung lösen, sondern dieses in Bismarck'scher Tradition weiterentwickeln würde. Letztlich geht es lediglich um eine „Neuausrichtung" des Sozialversicherungssystems durch Einbindung weiterer Kreise. Dies fällt in den

---

1576 BVerfG 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, BVerfGE 11, 105, 112.

1577 BVerfG 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 146.

1578 *Sodan*, ZRP 2004, 217, 218; *Isensee*, NZS 2004, 393, 396; Maunz/Dürig-*Maunz*, Art. 74 GG Rn. 172.

1579 *Sodan*, ZRP 2004, 217.

1580 *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 43; *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 70 ff.

Kernbereich der Sozialversicherung und ist auch deshalb nicht mit einer Steuer zu verwechseln. Es handelt sich lediglich um eine Modifikation des Sozialversicherungsbeitrags, der in das System der Sozialversicherung eingebunden, der Finanzierung von Leistungen der Sozialversicherung dient und Sozialversicherungsträgern zusteht.[1581]

Dessen ungeachtet ist jedenfalls für die Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung zu konstatieren, dass sie zwar eine Erweiterung des Kreises der in die Versicherung einbezogenen Personen bedeutet, indes nicht auf eine Einbeziehung sämtlicher Erwerbstätiger hinausliefe. Sie würde der klassischen Struktur der Sozialversicherung entsprechen, weil das Modell auf diejenigen ausgeweitet würde, die wie abhängig Beschäftigte von dem Erwerb durch eigene Arbeit abhängig wären. Die vorstehenden Argumente zur Stützung einer Bürgerversicherung auf die Gesetzgebungskompetenz für die Sozialversicherung gelten insoweit erst recht für das hier diskutierte Modell.

2.6.6.3.3.3.2 Grundrechte der privaten Krankenversicherungen

2.6.6.3.3.3.2.1 Art. 12 GG

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG schützt die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, die sich tatbestandlich auf sämtliche Phasen beruflicher Betätigung erstreckt.[1582] Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben und diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.[1583] Dies ist beim Abschluss von Krankenversicherungen der Fall. Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich beim Krankenversicherungssystem um ein duales System handelt, in dem gesetzliche und private Krankenversicherungsunternehmen miteinander konkurrieren. Unter den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG fallen auch solche Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, die in erster Linie dem Staat vorbehalten bleiben müs-

---

1581 *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 80 f.; *Fisahn*, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 79, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 – 3000 – 486/10, S. 7.

1582 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE, 7, 377, 397.

1583 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 363.

sen.[1584] Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist für private Krankenkassen daher eröffnet.

Ebenfalls unumstritten ist, dass ein Entzug der potenziellen Versicherten durch obligatorische Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung als zumindest mittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Krankenversicherungen anzusehen ist.[1585] Die Diskussion beschränkt sich hier auf die Frage, auf welcher Ebene der Eingriff erfolgt, da hiervon auch der Maßstab der Rechtfertigung abhängt. Der Drei-Stufen-Theorie folgend, bestimmt sich der Maßstab für die Rechtfertigungsprüfung nach der Eingriffsintensität.[1586] Dabei ist zwischen Berufsausübungsregeln und objektiven und subjektiven Berufszulassungsregeln zu unterscheiden. Ist lediglich das „Wie" der beruflichen Arbeit betroffen, können Beschränkungen der Berufsausübung grundsätzlich durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. Ist hingegen das „Ob" einer Berufsausübung betroffen, geht es also um objektive oder subjektive Berufszulassungsregeln, so kommt eine Rechtfertigung nur vor dem Hintergrund des Schutzes vor höchstwahrscheinlichen, schwerwiegenden Gefahren für überragende Gemeinwohlgüter in Betracht.[1587] Die Anforderungen an ein Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG einschränkendes Gesetz hängen demnach davon ab, welcher Stufe sich die Beeinträchtigung zuordnen lässt. Wird privaten Krankenversicherungen die Möglichkeit eingeräumt, ihrerseits sowohl einen „Bürgertarif" als auch Zusatzversicherungen anzubieten und in einen Wettbewerb mit den gesetzlichen Krankenkassen einzutreten, würden sich lediglich die gesetzlichen Vorgaben für den Abschluss des Vertrages ändern.[1588] Dieses Modell ist weniger eingriffsintensiv und betrifft nur die Modalitäten der Berufsausübung, es könn-

---

1584 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397.

1585 So auch überwiegende Ansicht, exemplarisch *Axer*, GS Heinze, S. 12; *Glauben*, Driz 2005, 229, 233; *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 221; *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 298 f.; *Brall/Voges*, Modell Bürgerversicherung – verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen: ein exemplarischer Beitrag zu den Schranken staatlicher Monopole, S. 19.

1586 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 402.

1587 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE, 7, 377, 403.

1588 *Schulte*, Rechtsfragen einer solidarischen Bürgerversicherung – unter besonderer Berücksichtigung rechtsvergleichender und europarechtlicher Aspekte, Gesprächskreis Arbeit und Soziales der Friedrich Ebert Stiftung, S. 34, abrufbar unter: http://library.fes.de/pdf-files/asfo/03613.pdf (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

te sich schon vor dem Hintergrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen rechtfertigen lassen.[1589]

Sollten private Krankenversicherungen hingegen ausschließlich auf das Angebot der Zusatzversicherung beschränkt werden, wären sie vom Kernbereich ihrer Geschäftstätigkeit ausgeschlossen.[1590] Die Krankheitsvollversicherung ist die Hauptversicherungsart der privaten Krankenversicherung. Ihr Anteil an den gesamten Beitragseinnahmen der privaten Krankenversicherungen in Höhe 39.010 Millionen € betrug im Jahr 2017 69,4 %.[1591]

Ein Eingriff in Form einer objektiven Berufszulassungsschranke ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur gerechtfertigt, wenn er dem Zweck dient, nachweisbare oder höchstwahrscheinliche Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut abzuwehren. Im Übrigen muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein.[1592] Das BVerfG räumt den Zielen des effektiven Schutzes vor dem existenziellen Risiko Krankheit und damit verbunden der Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung den Rang eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts ein.[1593] Eben diese Ziele verfolgt der hier diskutierte Vorschlag einer Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die gesetzliche Krankenversicherung.

Hiergegen wird teilweise argumentiert, dass es lediglich um die Erschließung zusätzlicher Finanzierungsquellen gehe und nicht um die tatsächliche Befriedigung objektiver Schutzinteressen. Ein allgemeines Finanzierungsinteresse als allgemeine ökonomische oder fiskalische Erwägung passe nicht in die Kategorie des besonders wichtigen Gemeinschaftsguts, sondern bilde eine politische Zweckmäßigkeitserwägung, die – so *Isensee* – die Verdrängung eines Berufszweiges, die kalte Sozialisierung der Privatsicherung, nicht legitimieren könne.[1594] Dabei wird indes verkannt, dass es nicht um die bloßen Finanzinteressen

---

1589 *Bieback* geht noch weiter und nimmt selbst für den Fall, dass private Krankenversicherungen nur noch Zusatzversicherungen anbieten dürfen, eine Berufsausübungsregelung an, siehe *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 220.

1590 So *Sodann* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Solidarische und gerechte Finanzierung von Gesundheit und Pflege" (BT-Drs. 18/11722), Ausschuss-Drs. 18(14)0267(11), S. 10.

1591 Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2017, S. 8, abrufbar unter: http://www.pkv.de (zuletzt geprüft am 17.2.2019).

1592 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE, 7, 377, 402.

1593 BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186, 263–265; BVerfG 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 230.

1594 *Kirchhof*, NZS 2004, 1, 4; *Isensee*, NZS 2004, 393, 401.

der gesetzlichen Krankenversicherung geht, sondern hinter dem Interesse der monetären Sicherheit die verfassungsrechtlichen Prinzipien des Sozialstaates stehen und die Schutzpflichten für Leben und Gesundheit. Ziel ist es, den schutzbedürftigen Personenkreis effektiv und ausreichend im Krankheitsfalle versorgen zu können. Vorliegend würde jedenfalls eine bessere Absicherung der schutzbedürftigen Selbstständigen erreicht.[1595] Insoweit erscheint das Modell der Bürgerversicherung, in dem die private Krankenversicherung nur noch in Form von Zusatzvereinbarungen existieren soll, durchaus als rechtfertigungsfähig.[1596] Entscheidend wird es hier auf die Details und die Positionierung innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung ankommen.

2.6.6.3.3.3.2.2 Art. 14 GG

Darüber hinaus ist umstritten, ob bereits abgeschlossene Versicherungsverträge dem Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unterliegen, sodass in diese durch Überführung der Versicherten in die gesetzliche Krankenversicherung eingegriffen würde. So wird teilweise vertreten, dass die bestehenden Verträge für die privaten Versicherungen nicht nur bloße Marktchancen, darstellen, sondern gesicherte Rechtspositionen, die unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fallen. Nach *Kirchhof* ist der Eingriff als Legalenteignung einzuordnen, der nur gegen Entschädigung nach Art. 14 Abs. 3 GG möglich wäre.[1597] *Schräder* sieht in dem Entzug des Krankenvollversicherungsgeschäfts einen mittelbaren staatlichen Eingriff in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, der im Hinblick auf die Interessen der Versicherungsunternehmen unverhältnismäßig wäre. Eine Ausgleichsregelung, die insbesondere Übergangsfristen vorsähe und Bestandsschutz gewähren würde, könne den Eingriff jedoch rechtfertigen. [1598] Dem wird jedoch zu Recht entgegenhalten, dass die Positionen der Versicherungsunternehmen nicht auf Dauerhaftigkeit ausgerichtet sind. Die Versicherungsneh-

---

1595 *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 226; *Fisahn*, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 55.

1596 *Bieback,* Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 225; *Schräder,* Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 306 ff.; *Fisahn*, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 55.

1597 *Kirchhof*, NZS 2004, 1, 4.

1598 *Schräder,* Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 311.

mer können den Versicherungsvertrag vielmehr zum Ende eines jeden Jahres und innerhalb von einem Monat nach einer Tariferhöhung oder Prämienerhöhung kündigen. Unter diesem Aspekt lässt sich ein zivilrechtlicher Vertrag nicht als Eigentumsposition qualifizieren, sondern vielmehr als ungeschützte Chance auf den Fortbestand eines Vertragsverhältnisses.[1599] Einwänden aus dieser Richtung ließe sich aber ohnehin durch entsprechendes Übergangsrecht begegnen.

2.6.6.3.3.3.3 Grundrechte der Versicherten

2.6.6.3.3.3.3.1 Art. 14 GG

In der privaten Versicherung zahlen Versicherte mit ihren monatlichen Beiträgen auch einen Anwartschaftsteil, der der Alterssicherung in Form niedriger Prämien im Alter dient, die sog. Altersrückstellungen.[1600] Nach der Rechtsprechung des BVerfG fallen *„Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG, weil ihnen nicht der Charakter eines konkreten, dem Inhaber nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordneten Eigentumsrechts zukommt* […]".[1601] Auch hinsichtlich der Versicherungsunternehmen verneint das BVerfG einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG mit der Begründung die *„Einführung eines Anspruchs auf Übertragung eines Teils der Altersrückstellungen bei Kündigung des Versicherungsvertrages*" greife *„in den Bestand an Rechten und Gütern der Versicherungsunternehmen nicht ein, weil er lediglich eine Zahlungspflicht*" auslöse.[1602] Nach Auffassung des BVerfG greifen die Bestimmungen über die teilweise Portabilität der Altersrückstellungen jedoch in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertrags- und Dispositionsfreiheit als Bestandteil der Berufsfreiheit ein, *„weil sie den Unternehmen die bisherige Vertragsgestaltung untersagen und ihnen zur Pflicht machen, im Versicherungsvertrag die Möglichkeit zur Mitnahme der Altersrückstellung vorzusehen*." Das BVerfG hält diese Regelung jedoch für eine zulässige Berufsausübungsregelung.[1603]

1599 *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 242; *Fisahn*, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 55 f.

1600 *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 202.

1601 BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186, 253 f.; BVerfG 26.6.2013 – 1 BVR 1148/13, r+s 2013, 442.

1602 BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186, 259.

1603 BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186, 253 f.; Sodan-*Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 46 Rn. 43.

Auch nach dieser Entscheidung wurde die Diskussion in der Literatur weitergeführt. So wird argumentiert, dass Altersrückstellungen in den Schutz von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fallen, weil sie in Bezug auf das individuelle Versicherungsverhältnis eine Senkung der Prämienlast im Alter bewirken und damit dem Versicherten individuell zuordenbar seien. Obgleich die Altersrückstellung nicht übertragbar und die Verfügungsbefugnis erheblich eingeschränkt sei, könne der Versicherte allein den Versicherungsvertrag kündigen und so auf die Ansprüche verzichten.[1604] Teilweise wird eine Legalenteignung, die nur gegen Entschädigung möglich wäre, angenommen. Wieder andere Autoren sehen hierin, mangels gezielten hoheitlichen Eingriffs, eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die aus Gründen des rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutzes aber nicht verhältnismäßig sei.[1605] Dem ließe sich aber gegebenenfalls durch entsprechende Vertrauensschutzregelungen Rechnung tragen. Angesichts der vorstehenden Rechtsprechung des BVerfG ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die Erstreckung der Versicherungspflicht auf Solo-Selbstständige nicht mit der Gefahr der Kassation durch das BVerfG konfrontiert wäre.

2.6.6.3.3.3.3.2 Art. 12 und Art. 9 GG

Die Ausweitung der Versicherungspflicht auf Selbstständige stellt keinen Eingriff in die geschützte Berufsfreiheit dar, denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist ein mittelbarer Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nur zu bejahen, wenn die Regelung in einem engen Zusammenhang zur Berufsausübung steht und eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.[1606] Die Auferlegung der Sozialversicherungspflicht und damit auch Beitragspflicht trifft alle Berufsbilder gleichermaßen, der Beruf des Selbstständigen ist nicht spezifisch betroffen.[1607] Darüber hinaus liegt kein Verstoß gegen die negative Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 G vor, denn die negative Vereinigungsfreiheit umfasst nur den Schutz vor Zwangsmitgliedschaften in privatrechtliche Vereinigungen, nicht jedoch in öffentlich rechtlichen Verbänden wie der gesetzlichen Krankenversicherung.[1608]

1604 *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 203; *Depenheuer*, NZS 2014, 201, 205; *Papier*/*Schröder*, VersR 2013, 1201, 1206; *Boetius*, VersR 2014, 140, 148.

1605 *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, S. 205.

1606 S.o. Fn. 1515.

1607 BVerfG 19.12.1962 – 1 BvR 541/57, BVerfGE 15, 235, 239; BVerfG 25.2.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354, 362 f.

1608 BVerfG 29.7.1959 – 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89, 102; BVerfG, 25.2.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354, 361 f.

2.6.6.3.3.3.3 Art. 2 Abs. 1 GG

Bedenken können sich aber auch hinsichtlich der allgemeinen Handlungsfreiheit in Gestalt der Vertragsfreiheit ergeben.[1609] Die Vertragsfreiheit wird allerdings ihrerseits durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zählen die Regelungen über die Gründung öffentlich-rechtlicher Vereinigungen mit Pflichtmitgliedschaft zur verfassungsmäßigen Ordnung, wenn diese Vereinigungen legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen.[1610] Das BVerfG hat bereits die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze in seinem Beschluss aus dem Jahr 2004 damit begründet, dass die finanzielle Stabilität und Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut sei, und betont, der Gesetzgeber könne den Mitgliederkreis von Pflichtversicherungen so abgrenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich sei.[1611] M.a.W. folgt eine Rechtfertigung gerade aus dem Schutzbedarf und der mit der Einbeziehung aller Selbstständigen verbundenen Teilhabe an dem Solidarausgleich.[1612]

Es gibt zwar Stimmen in der Literatur, die gegen die Einbeziehung von Personen, die nicht sozial schutzbedürftig sind, Bedenken erheben.[1613] Dieser gegen die Bürgerversicherung erhobene Einwand greift indes nicht für die beschränkte Einbeziehung Solo-Selbstständiger, die ja gerade darauf zielt, vergleichbar schutzbedürftige Personen in den Schutz der Solidargemeinschaft einzubeziehen.

2.6.6.3.3.4 Fazit

Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen eine Bürgerversicherung vorgebracht werden, und der politischen Tragweite einer solchen Entscheidung ist mit einer zeitnahen Umsetzung der Bürgerversicherung kaum zu

---

1609 Vgl. *Fisahn*, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 70; *Bieback,* Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 112.

1610 BVerfG 29.7.1959 – 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89, 102 f.; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, BVerfGE 38, 281, 297 ff.

1611 BVerfG 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, NZS, 479, 480 f.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 – 3000 – 486/10, S. 21 ff.

1612 Vgl. *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerverischerung, S. 112 ff.

1613 *Sodan*, ZRP 2004, 217, 220; *Kirchhof*, NZS 2004, 1, 2; dagegen freilich *Bieback,* Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 133.

rechnen.[1614] Ein erster wichtiger Schritt wäre aber die hier vorgeschlagene Ausweitung der Krankenversicherungspflicht für hauptberuflich Solo-Selbstständige. Die prekäre Lage vieler (Solo-)Selbstständiger rechtfertigt die Einbeziehung. Zugleich erlaubt dies den Verzicht auf Mindestbeiträge und stattdessen die Beitragsbemessung nach der Ertragslage, ohne dass die Gefahr bestünde, dass „gute Risiken" in die private Krankenversicherung „abwandern". Das ermöglicht, Solo-Selbstständige in den Solidarausgleich der gesetzlichen Krankenversicherung einzubeziehen.

2.6.6.4 Schutz durch die Arbeitslosenversicherung

2.6.6.4.1 Beitrags- und einkommensbezogene Leistungsgewährung

Vor dem Hintergrund höchst unterschiedlicher Verdienstrealitäten und Verdienstmöglichkeiten und deren Unabhängigkeit vom Ausbildungsstand, stellt sich das derzeitige Modell der Qualifikationsgruppen als nur schwer zu rechtfertigende Ungleichbehandlung dar. Verstärkt wird dies dadurch, dass alle teilnehmenden Selbstständigen in gleicher Höhe Beiträge in die Arbeitslosenversicherung einbezahlen. Es wäre ohne weiteres möglich, an das vergangene Einkommen als gleichfalls bedarfsgerechtes und erwartetes zukünftiges Einkommen anzuknüpfen.[1615] Das würde den situativen Gegebenheiten und finanziellen Möglichkeiten der (Solo-)Selbstständigen in der Arbeitslosenversicherung deutlich besser entsprechen. Die Leistungshöhe wäre mit der Höhe des Beitrags zu verknüpfen, indem vom geleisteten Beitrag auf die Bemessungsgrundlage rückgeschlossen wird. Die Beitragsbemessung sollte sich hierbei bis zu einer der Beitragsbemessungsgrenze im Übrigen (§ 341 Abs. 4 SGB III) entsprechenden Grenze nach dem tatsächlichen Einkommen richten.

2.6.6.4.2 Wahltarif

Eine andere Möglichkeit bestünde darin, den Selbstständigen selbst eine Bemessungsgrundlage wählen zu lassen, so wie es *Bündnis 90/Die Grünen* vorschlagen. So sollen freiwillig versicherte Selbstständige künftig selbst entscheiden können,

---

1614 BT-Drs. 18/9711, S. 2.

1615 So auch *Wießner*, Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Schutzfunktion der Arbeitslosenversicherung (BT-Drs. 18/7425) und zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN „Arbeitslosenversicherung gerechter gestalten und Zugänge verbessern" (BT-Drs. 18/5386), Ausschuss-Drs. 18 (11)568 S. 5.

ob sie Beiträge anhand der vollen oder halben Bezugsgröße entrichten. Entsprechend soll dann die Höhe des Arbeitslosengeldes anhand der gezahlten Bezugsgröße ermittelt werden.[1616] Die vorgeschlagene Berechnung führt in Fällen der Beiträge zu vollen Bezügen zu einem monatlichen Arbeitslosengeld in Höhe von 1281,60 €.[1617] Damit wird der Eintritt in die Versicherung für Selbstständige aus den Qualifikationsgruppen 3 und 4 attraktiver und für Selbstständige aus der Qualifikationsgruppe 1 unattraktiver. Wird hingegen nur der halbierte Beitrag auf Basis der halben Bezugsgröße gezahlt, ergeben sich nach den bisherigen Leistungssätzen Arbeitslosengeldzahlungen zwischen 423 und 747,15 € und nach der vorgeschlagenen Berechnungsart Zahlungen von 640,80 €. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Halbierung der Bezugsgröße wenig Anreize setzt, sich zu versichern.[1618] Zielführender ist daher nicht nur eine beitrags-, sondern auch eine einkommensbezogene Leistungsgewährung.[1619] Beiträge und Leistungen stünden in einem Äquivalenzverhältnis.[1620] Die Sonderregelung für Existenzgründer beizubehalten, macht hingegen Sinn. Gerade in der Startphase ist das Einkommen häufig gering oder gar negativ, sodass an die derzeitige fiktive Bemessungsgrundlage anzuknüpfen wäre.

2.6.6.4.3 Ausweitung der Arbeitslosenversicherung auf weitere Selbstständige

Ferner sollte die Arbeitslosenversicherung für weitere (Solo-)Selbstständige geöffnet werden.[1621] Wesentlich für die Rechtsbeziehungen unter Selbstständigen ist gerade das Fehlen eines sozialen Beendigungsschutzes, weil der Unternehmer die Möglichkeit behält, seine Leistungen anderweitig am Markt anzubieten und zu verwerten. Für den Fall, dass dies nicht gelingt, wäre die Arbeits-

---

1616 BT-Drs.18/5386, S. 5.

1617 http://www.pub.arbeitsagentur.de/selbst.php#ergebnisse (zuletzt geprüft am 5.2.2019).

1618 *IAB* in seiner Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Schutzfunktion der Arbeitslosenversicherung stärken" (BT-Drs. 18/7425) und „Arbeitslosenversicherung gerechter gestalten und Zugänge verbessern" (BT-Drs. 18/5386), Ausschuss-Drs. 18(11)579 neu, S. 34.

1619 *Bernhard et al.*, Zur Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung, IAB-Stellungnahme 1/2016, 13 f.

1620 *Arbeitnehmerkammer aus Bremen* in ihrer Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE, „Schutzfunktion der Arbeitslosenversicherung stärken" (BT-Drs. 18/7425) und „Arbeitslosenversicherung gerechter gestalten und Zugänge verbessern" (BT-Drs. 18/5386), Ausschussdrucksache 18(11)579neu, S. 23, 25.

1621 So auch die Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Antrag, BT-Drs.18/5386. Die Frage offenlassend *Waltermann*, SGb 2017, 425, 426.

losenversicherung die konsequente Antwort hierauf.[1622] Des Weiteren würde eine Teilnahme an der Arbeitslosenversicherung die Absicherung von Erwerbsbiografien ermöglichen, die immer häufiger zwischen Phasen der Selbstständigkeit und Phasen abhängiger Beschäftigung oszillieren. Nicht unproblematisch ist allerdings, dass der Selbstständige durch Einstellen der Tätigkeit den Versicherungsfall selber willentlich herbeiführen kann. Die Europäische Kommission strebt daher nur eine optionale Einbindung Selbstständiger in die Arbeitslosenversicherung an.[1623] Das allein kann indes kaum genügen. Um ein Kosten-Nutzen-Kalkül zu Lasten der Solidargemeinschaft zu vermeiden, wäre eine Mindestversicherungszeit erforderlich.[1624] In diesem Sinne müsste bei Öffnung der Arbeitslosenversicherung für weitere Selbstständige die Möglichkeit der kalten Kündigung[1625] durch Zahlungsverzug über § 28a Abs. 5 Nr. 3 SGB III ausgeschlossen werden. Hinsichtlich der Beitragstragung empfiehlt sich aus entsprechenden Erwägungen wie bei der Renten- und Krankenversicherung eine paritätische Beitragstragung durch Solo-Selbstständige und Auftraggeber im Rahmen einer Sozialversicherungsabgabe (s.o. 2.6.6.2.3.1 und 2.6.6.3.3.2).[1626]

2.6.7 Zusammenfassung

Die Grundkonzeption des gesamten Arbeits- und Sozialrechts beruht auf der Vorstellung, dass weisungsgebunden (abhängig) Beschäftigte eines sozialen Schutzes im Rahmen des Arbeitsrechts sowie des Schutzes durch die obligatorische Sozialversicherung bedürfen, während Selbstständige dieses Schutzes nicht bedürfen, weil sie aus dem Ertrag ihrer Tätigkeit einen entsprechenden Schutz selber für sich gewährleisten können. Diese Typisierung wird der Realität der Solo-Selbstständigen in erheblicher Zahl nicht mehr gerecht. Dabei genügt der bereits vorhandene Schutz für arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeitsrecht und in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie für Heimarbeiter im Arbeits-

---

1622 *Deinert*, RdA 2018, 359, 366.

1623 COM (2018) 132 final, S. 13.

1624 So auch *DGB* in seiner schriftlichen Stellungnahme zum Antrag der Fraktion die Linke (BT-Drs. 18/7425) und zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 18/5386), S. 10.

1625 § 28 Abs. 5 SGB III räumt dem Versicherten eine Kündigungsmöglichkeit des Versicherungsverhältnisses auf Antrag ein. Um aber dem Solidaritätsgedanken ausreichend Rechnung zu tragen, ist grundsätzlich eine Mindestzugehörigkeit von fünf Jahren vorgesehen. Allerdings endet die Versicherung nach 28a Abs. 5 Nr. 3 SGB III rückwirkend sofort, wenn der Versicherte mit der Beitragszahlung länger als drei Monate in Verzug ist (kalte Kündigung).

1626 Vgl. *Deinert*, RdA 2018, 359, 366 (IX 2).

recht und in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung nicht, da viele Solo-Selbstständige davon nicht profitieren können. Eine konzeptionelle Rückführung auf die Zwecksetzung von Sozial- und Arbeitsrecht verlangt für Solo-Selbstständige im Hinblick darauf, dass sie von der eigenen Arbeit ihren Lebensunterhalt bestreiten müssen, zunächst die Gewährleistung eines Mindestmaßes der Vergütung. Dies sollte vorrangig durch kollektivrechtliche Regelungen ermöglicht werden. Durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des HAG sollte darüber hinaus die bindende Entgeltfestsetzung für Heimarbeiter auf einen weiteren Kreis erstreckt werden können. Im Übrigen wäre eine Verankerung einer gesetzlichen Mindestvergütung für Solo-Selbstständige, sei es im MiLoG, sei es anderenorts, geboten. Darüber hinaus sollten Solo-Selbstständige in die gesetzliche Renten- sowie Kranken- (und damit auch Pflege-)Versicherung einbezogen werden. Auch Crowdworker würden davon als Solo-Selbstständige profitieren.[1627] Demgegenüber sollte der Beitritt zur Arbeitslosenversicherung optional ausgestaltet sein. An der Finanzierung müssen die Auftraggeber paritätisch beteiligt werden. Das lässt sich durch die Ausweisung einer Sozialversicherungsabgabe im Rahmen der Rechnungsstellung bewerkstelligen. Sie lässt sich auch im Rahmen punktueller Vertragsbeziehung beim Crowdwork praktikabel nutzen.

[1627] Vgl. *Preis/Brose,* Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, S. 49.

3. Diskontinuierliche Erwerbsbiografien und Phasen geringer Entlohnung

Olaf Deinert

3.1 Einführung

Die Alterseinkünfte einer Person ergeben sich zwar nicht nur aus der gesetzlichen Rente bzw. den entsprechenden berufsständischen Versorgungssystemen oder der Beamtenversorgung, sondern gegebenenfalls ergänzend auch aus zweiter und dritter Säule (betrieblicher Altersversorgung und privater Vorsorge), ergänzender Erwerbstätigkeit, Vermögen oder Vermietung oder Verpachtung. Für den Großteil der abhängig Beschäftigten ist die gesetzliche Rente allerdings wesentliche Quelle der Alterseinkünfte.[1628] Dementsprechend ist ein Blick auf die Altersversorgung abhängig Beschäftigter in der Rentenversicherung bei unstetigen Erwerbsbiografien, aber auch bei geringer Entlohnung, besonders wichtig. Denn die Rentenversicherung spiegelt im Wesentlichen durch die Höhe des durch Beiträge versicherten Einkommens (§ 63 Abs. 1 SGB VI) und die Versicherung während der Beschäftigung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) die vorausgegangene Erwerbsbiografie wider. Unterbrechungen der Erwerbsbiografie oder geringere Entlohnungen schlagen insoweit negativ zu Buche. Vor diesem Hintergrund spielen individuelle Erwerbsverläufe, aber auch Arbeitsmarktstrukturen sowie die Arbeitsmarktentwicklung eine wichtige Rolle für künftige Rentenansprüche.[1629]

Das Idealbild, dass Schulabgänger eine Ausbildung durchlaufen, anschließend eine Beschäftigung aufnehmen, bestenfalls beim Betrieb, in dem bereits eine Berufsbildung stattgefunden hat, während dieses Beschäftigungsverhältnisses vielleicht sogar einen beruflichen Aufstieg erleben und durchgängig beschäftigt sind bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze, um dann den Lebensabend mit einer Altersrente zu genießen, dürfte schon lange nicht mehr der Realität für

---

1628 *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 63.

1629 *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 63; vgl. auch *Frommert*, DRV 2018, 353 ff.

weite Kreise der Erwerbsbevölkerung entsprechen.[1630] Befristete Arbeitsverträge und insbesondere betriebsbedingte Kündigungen führen zu Unterbrechungen der Erwerbsbiografie, mindestens durch Arbeitsplatzwechsel, häufig mit zwischengeschalteter Phase der Arbeitslosigkeit. Mitunter müssen Umschulungen stattfinden, weil die ursprüngliche Ausbildung nicht mehr „marktgängig" ist.

Auch die Vorstellung, dass eine durchgängige Beschäftigung bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze die Existenzsicherung im Alter gewährleistet, kann trügen.[1631] Da die Rentenversicherung eine Vorsorge nach dem Prinzip der Erwerbsbeteiligung darstellt, wirken sich auch geringe Einkommen insoweit nachteilig aus. Sie können z.B. auf unfreiwilliger Teilzeitarbeit beruhen (s.o. 2.1). Familiäre Pflichten etwa können Teilzeitbeschäftigungen notwendig machen. Nicht immer steht später auch der Weg zurück in eine Vollzeitbeschäftigung offen. Aber auch Teilzeitarbeitsverhältnisse, die eingegangen wurden, weil keine adäquate Vollzeitbeschäftigung zur Verfügung steht, sind hier zu erwähnen. Ferner kann die Altersvorsorge deswegen geringe Erträge bringen, weil die Beschäftigung gering entlohnt wurde. Das System der gesetzlichen Mindestlöhne nach dem MiLoG und dem AEntG kann dies ersichtlich nur zum Teil ausschließen (vgl. o. 2.4.4.4). Gerade bei häufigeren Arbeitsplatzwechseln kommt hinzu, dass Arbeitnehmer immer wieder „von vorn anfangen". Erst recht gilt dies, wenn der Arbeitsplatzwechsel mit einem Berufswechsel verbunden ist. Betriebsübergänge schließlich werden nicht selten genutzt, um kollektivrechtliche Lasten abzustreifen und mit günstigeren Betriebsvereinbarungen und/oder Tarifverträgen fortzufahren.

Diskontinuierliche Erwerbsbiografien können zwar auch in anderen Zweigen der sozialen Sicherheit problematisch wirken, etwa in der Arbeitslosenversicherung bei immer wieder lediglich kurzen Beschäftigungen.[1632] Die größte Herausforderung stellt aber ersichtlich die Altersvorsorge dar, weshalb hierauf nunmehr das Augenmerk zu richten ist. Wesentliche Aspekte, etwa mit Teilzeitbeschäftigungen oder Befristungen, wurden bereits in anderen Kapiteln in den Blick genommen. Darauf wird an den entsprechenden Stellen verwiesen. Die Ausführungen zu diesen Aspekten erfassen aber in ihrer Summe nicht vollstän-

---

1630 Vgl. dazu *Trischler*, S. 141 ff.; *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253.

1631 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 260.

1632 Vgl. ferner zur Problematik der ungleichen Sicherung bei teilweiser und vollständiger Erwerbsminderung in der Arbeitslosenversicherung: *Bieback*, SDSRV 63 (2013), 9, 25.

dig die Problematik diskontinuierlicher Erwerbsbiografien, sodass diese noch einmal im Ganzen in den Blick zu nehmen sind.

3.2 Sozialpolitisches Leitbild

Zur Frage, welche Sicherung durch Arbeits- und/oder Sozialrecht im Alter zu gewährleisten ist, und zwar insbesondere mit Rücksicht darauf, dass die Biografien von Erwerbsbeschäftigungen lückenhaft und diskontinuierlich oder von geringen Ertträgen der Beschäftigung geprägt sein können, gibt es weder verfassungsrechtliche, noch unionsrechtliche oder völkerrechtliche Vorgaben. Zwar gibt es hinsichtlich einzelner Aspekte wie etwa der Teilzeitbeschäftigung konkretere Benchmarks, die vorliegend aber keine weitergehenden Anforderungen an das System stellen.

Dass es eine Rentenversicherung gibt, findet im Grundgesetz Erwähnung. Sie wird benannt in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als ein Gebiet, auf das sich die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt: *„das Arbeitsrecht (...) sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung"*. Eine Bestandsgarantie für die Sozialversicherung erwächst hieraus allerdings nicht.[1633] Die bloße Erwähnung in der Kompetenzordnung hindert weder deren Beseitigung noch ihre fundamentale Umgestaltung.[1634] Allenfalls kann sich eine kompetenzielle Grenze daraus ergeben, dass die Aufgabe eines solidarischen Moments einem Zweig der Sozialversicherung dieser eben jenen Charakter als Sozialversicherung nehmen kann.[1635] Etwaige Vorgaben zum Sicherungsniveau folgen aus alledem aber jedenfalls nicht. Auch der Eigentumsschutz unter Art. 14 GG für Anwartschaften auf Altersrenten[1636] führt in vorliegendem Kontext nicht weiter. Denn eine unter Umständen als ungenügend empfundene Altersversorgung ist etwas anderes als der Entzug oder die Umgestaltung einer Anwartschaft.

Was bleibt, ist die Erkenntnis, dass die Rentenversicherung ein System der gesetzlichen Vorsorge gegen das Risiko „Alter" und „Erwerbsminderung" bereithält. Sie gewährleistet ein Einkommen, das im Alter grundsätzlich an die Stelle von Erwerbseinkommen treten soll. Alter ist zwar an sich kein Risiko für die menschliche Existenz und auch nicht für den Erwerb. Allerdings kann die Er-

---

1633 *Gitter/Schmitt*, § 3 Rn. 17.
1634 BVerfG 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 303, 314 f.; *Igl/Welti*, Rn. 28.
1635 SRH-*Papier/Shirvani*, § 3 Rn. 13.
1636 BVerfG 28.2.1980 – 1 BvL 17/77 u.a., BVerfGE 53, 257.

werbsfähigkeit mit zunehmendem Alter abnehmen. Das System der gesetzlichen Rentenversicherung knüpft hieran an[1637] und sieht ab Erreichen bestimmter Altersgrenzen (s.u. 3.3.3.2) die Gewährung von Altersrenten bei Vorliegen bestimmter weiterer Voraussetzungen, zu denen allerdings nicht der Verlust der Erwerbsfähigkeit gehört, vor. Nur eine Minderung der Erwerbsfähigkeit vor Erreichen des Rentenalters verlangt die konkrete Prüfung ob tatsächlich die Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist (s.u. 3.3.2.4). Denn bis zum Erreichen des Rentenalters ist die Problematik der Existenzsicherung der primären Selbstvorsorge durch in der Regel Erwerbsbeschäftigung, jedenfalls in den Bahnen des privaten Wirtschaftsrechts, überantwortet. Der Verlust der Erwerbsfähigkeit ist dann durch die Sozialversicherung abgesichert. Ist aus anderen Gründen die Selbstvorsorge nicht gewährleistet, greifen unter Umständen andere Zweige der Sozialversicherung ein, als Netz unter diesem Netz jedenfalls die Grundsicherung nach dem SGB II oder nach dem SGB XII.

Auch wenn die Rentenversicherung als Sozialversicherung ein solidarisches Moment enthält, ist sie auch Versicherung. Die Leistungen der Rentenversicherung sind vorleistungsbezogen.[1638] Der Gesetzgeber hat dies darin zum Ausdruck gebracht, dass sich die Höhe von Rentenleistungen gemäß § 63 Abs. 1 SGB VI nach den durch Beiträge versicherten Arbeitsentgelten und Arbeitseinkommen richtet. Das Versicherungsprinzip kommt hier im Sinne einer „Teilhabeäquivalenz“[1639] zum Ausdruck. Dabei ist als Standardrente anzusehen die Rente, die der „Eckrentner“ erwirbt. Das ist jemand, der 45 Beitragsjahre lang ohne Unterbrechungen das Durchschnittsentgelt in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben hat, insgesamt also 45 Entgeltpunkte. Nach der Rentenformel des § 64 SGB VI erhält der Eckrentner bei Erreichen der Altersgrenze, also gemäß § 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI mit Zugangsfaktor 1,0, als Altersrente (Rentenartfaktor 1,0 gemäß § 67 Nr. 1 SGB) ab Juli 2018 bei einem aktuellen Rentenwert von 32,03 € (West):

45 EP * 1,0 ZF * 1,0 RAF * 32,03 € aRW: 1.441,35 €

Das scheint auf den ersten Blick eine auskömmliche Altersversorgung zu gewährleisten, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Standardrente keine Durchschnittsrente ist.

1637 Ebenso *Waltermann*, SGb 2013, 433 f.
1638 BSG 16.5.2006 – B 4 RA 22/05 R, BSGE 96, 209, Rn. 16.
1639 BVerfG 11.1.2011 – 1 BvR 3588/08 und 1 BvR 555/09, NZS 2011, 740.

Zwar ist die Rentenversicherung als Zwangsversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) ausgestaltet, die eine Mindestsicherung gewährleisten soll. Sie ist aber kein Garantiesystem gegen Altersarmut. Die Beitragsbezogenheit der Rentenversicherung macht vielmehr zugleich deutlich, dass die Rente zwar eine Einkommensersatzfunktion hat, dies indes nicht im Sinne einer bestimmten Mindeststandardsicherung. Sie ist letztlich das Spiegelbild der Erwerbsbiografie. Wo eine Rente zur Existenzsicherung nicht genügt, müssen ergänzend andere Leistungen in Anspruch genommen werden. Dabei geht das Gesetz davon aus, dass der Lebensstandard im Alter in der Regel nicht allein durch Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung gewährleistet werden kann. Durch Altersvermögensgesetz[1640] und Altersvermögensergänzungsgesetz[1641] sollte eine engere Verknüpfung der ersten Säule (gesetzliche Rentenversicherung) mit der zweiten und dritten Säule erreicht werden (s.u. 3.3.2.7), damit die durch die Änderung der in § 68 SGB VI angelegten Anpassungsformel[1642] bedingte Senkung des Rentenniveaus durch private Vorsorge ausgeglichen wird.[1643] Im Ergebnis handelt es sich dabei um eine partielle Abkehr vom Konzept der gesetzlichen Zwangsversicherung, zugleich aber auch um eine Rückkehr zum historischen Leitbild der Rente als „Zuschuss-Rente“[1644].[1645] Daran hat der Gesetzgeber bis heute festgehalten, zuletzt mit dem Betriebsrenten-Stärkungsgesetz (s.u. 3.3.2.7.2), das auf eine bessere Verbreitung von Betriebsrenten als private Vorsorge abzielt.

Nach allem ist festzustellen, dass es verbindliche Vorgaben des höherrangigen Rechts zur Altersvorsorge bei diskontinuierlichen oder ertragsschwachen Erwerbsbiografien nicht gibt. Die gesetzliche Rentenversicherung soll zwar einen gewissen Lebensstandard im Alter sichern, verlangt allerdings entsprechende Beiträge und will demzufolge den Lebensstandard ohne diese Beiträge nicht gewährleisten. Insoweit ist der Gesetzgeber auch in der Umgestaltung des Systems relativ frei, solange er nicht die Positionen Einzelner unter Verletzung von Art. 14 GG entwertet. Selbst bei Letzterem ist er relativ frei. Zwar kann eine

---

1640 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG) v. 26.6.2001, BGBl. I 1310.

1641 Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensergänzungsgesetz – AVmEG) v. 21.3.2001, BGBl. I 403.

1642 Ausf. zur Anpassungsformel *Brall/Dünn/Fasshauer*, DRV 2005, 460 ff.

1643 Ausf. *Ruland*, NZS 2001, 393 ff.; *ders*., NZS 2002, 505 ff.

1644 Dazu *Tennstedt*, WSI-Mitt. 2001, 478, 482.

1645 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 113.

Inhalts- und Schrankenbestimmung in bestehende Eigentumspositionen eingreifen und muss insoweit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, andererseits ist in Rentenanwartschaften von vornherein die Möglichkeit ihrer Änderung angelegt, sodass eingreifende Inhaltsbestimmungen, sofern sie einem Gemeinwohlzweck dienen und verhältnismäßig sind, regelmäßig hinzunehmen sind.[1646] Insoweit sind Einschränkungen zur Gewährleistung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Rentenversicherung ein allemal beachtlicher Normzweck, der auch einschneidende Veränderungen rechtfertigen kann.

Angesichts dieser Koordinaten gibt es nur wenige Vorgaben für die Rechtspolitik. Zu fordern ist aber, dass jedwede Gestaltung in diesem Bereich folgerichtig und widerspruchsfrei sein sollte.[1647]

3.3 Arbeits- und sozialrechtliche Rechtslage

3.3.1 Privatautonomie im Arbeitsverhältnis

3.3.1.1 Vergütung

Grundsätzlich ist der Arbeitsvertrag im Sinne des § 611a BGB ein Vertrag bürgerlichen Rechts. Es gilt damit das Prinzip der Privatautonomie (§ 311 Abs. 1 BGB), das freilich im Arbeitsrecht durch zahlreiche zwingende Arbeitnehmerschutznormen sowie durch kollektivrechtliche Normen (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen) eingeschränkt ist. Insoweit gilt im Grundsatz, dass die Erwirtschaftung einer ausreichenden Existenzsicherung durch abhängige Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsvertrages in der Weise geschehen muss, dass der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen Vertrag schließt, bei dem eine ausreichende Vergütung als Gegenleistung (§ 611a Abs. 2 BGB) versprochen wird. Die Erkenntnis, dass die dafür notwendige Autonomie auf Arbeitnehmerseite nicht vorhanden ist, weil es in der Regel an Alternativen fehlt und ein Verzicht auf den Vertrag wegen der notwendigen Existenzsicherung nicht möglich ist, ist so alt wie das Arbeitsrecht selbst und Geltungsgrund seiner zwingenden Normen.[1648] Gerade um autonom die Vergütungshöhe aushandeln

---

1646 BVerfG 11.1.2011 – 1 BvR 3588/08 u.a., NZS 2011, 740, Rn. 36 f.

1647 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 72 ff.

1648 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 1 Rn. 3 ff.

zu können, steht das System der Selbsthilfe durch Tarifautonomie zur Überwindung der gestörten Vertragsparität bereit.[1649] Wo allerdings kein ausreichender Schutz des Arbeitnehmers hinsichtlich der Verhandlung der Lohnhöhe durch Tarifverträge gewährleistet ist, greift als unterste Grenze der gesetzliche Mindestlohn nach § 1 MiLoG. Dieser kann schon konzeptionell als Versuch der Festschreibung einer untersten Grenze des Wertes der Arbeitsleistung nicht gewährleisten, dass ein Arbeitnehmer, selbst bei Vollzeitbeschäftigung, eine Rente auf Grundsicherungsniveau erwirbt (vgl. auch o. 2.4.4.4). Insoweit bleiben Arbeitnehmer, um der Abhängigkeit von Grundsicherungsleistungen im Alter zu entgehen, in jedem Fall auf die Verhandlung von Löhnen oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns angewiesen und werden dies jedenfalls bei typischerweise geringer vergüteten Beschäftigungen nicht ohne kollektive Verhandlungen schaffen.

3.3.1.2 Bestandsschutz

Ein zweiter wichtiger Faktor mit Blick auf die eigenständige, individuell auskömmliche Versorgung im Alter durch abhängige Beschäftigung ist die Sicherung dauerhafter Beschäftigung in stabilen Arbeitsverhältnissen. Gern wird insoweit geklagt, dass der soziale Kündigungsschutz in seiner Auslegung durch das BAG dem Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung nahezu unmöglich mache. Diese These entstammt dem Reich der Märchen (vgl. o. 2.3.4.2.1). Solange die Rechtsprechung am Prinzip der freien Unternehmerentscheidung[1650] festhält und nachdem das BAG die sog. Dominotheorie bei fehlerhafter Sozialauswahl zumindest mit Blick auf die Anwendung von Punkteschemata[1651] aufgegeben hat,[1652] sodass nur derjenige Arbeitnehmer, der ohne den Fehler nicht gekündigt worden wäre, die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen kann, sind ordentliche betriebsbedingte Kündigungen, wo sie notwendig sind, ohne weiteres möglich, wenn der Arbeitgeber bzw. sein Berater sorgfältig die rechtlichen Grenzen einhält.

1649 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 1 Rn. 23 ff.

1650 BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; zur Kritik vgl. m.w.N. DDZ-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 243 ff.

1651 Vgl. ausf. zum Ganzen m.w.N. DDZ-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 467.

1652 BAG 9.11.2006 – 2 AZR 812/15, DB 2007, 1087; BAG 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457, 460.

Hinzu kommt, dass das TzBfG mit den Möglichkeiten der sachgrundlosen Befristung und der Sachgrundbefristung in § 14 TzBfG weiterhin in nicht unerheblichem Maße Optionen bereithält, Kündigungen jedenfalls am Beginn des Arbeitsverhältnisses gar nicht notwendig werden zu lassen und auf diese Weise dem sozialen Kündigungsschutz zu entgehen.

Der Arbeitsvertrag ist demnach mögliche Grundlage einer durchgängigen stabilen Erwerbsbiografie bis zum Erreichen des Rentenalters bei auskömmlicher Vergütung. Dies ist aber keine sichere Grundlage, weil es immer wieder während des Erwerbslebens zur Beendigung von Arbeitsverträgen kommen kann.

Konzeptionell – und auch als empirischer Regelfall (vgl. zur Empirie u. 3.4) – findet ein Wechsel vom Erwerbsleben in den Ruhestand mit Erreichen des Rentenalters statt. Allerdings ist ein solcher Wechsel arbeitsrechtlich gesehen kein Automatismus. Im Gegenteil, gemäß § 41 Satz 1 SGB VI geht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit der Altersrente dennoch weiter, der Arbeitgeber hat nicht einmal die Möglichkeit, wegen des Rentenbezugs zu kündigen. Andere Kündigungsgründe, etwa personenbedingt wegen Leistungsmängeln[1653] oder betriebsbedingt[1654], bleiben ihm freilich. Vor allem aber besteht die Möglichkeit, die auch von der Regelung des § 41 Satz 2 SGB VI vorausgesetzt wird, eine auf die Regelaltersrente bezogene vertragliche Altersgrenze zu vereinbaren. Dies wurde durch die Möglichkeit der befristeten Weiterarbeit nach Erreichen des Rentenalters in § 41 Satz 3 SGB VI, mithin durch eine Befristung am Ende des Erwerbslebens ergänzt (s.o. 2.3.2.2.5). Eine Aufbesserung des Lebensunterhalts oder gar der Altersvorsorge durch Weiterarbeiten nach Erreichen der gesetzlichen Grenze für die Regelaltersrente ist daher nur möglich, wenn der Arbeitgeber eine vertragliche Altersgrenze bei Abschluss des Arbeitsvertrages nicht verlangt oder der Arbeitnehmer sie erfolgreich „wegverhandelt".

3.3.1.3 Vertragsanpassung für flexiblen Übergang in den Ruhestand

Das Rentenrecht sieht verschiedene Möglichkeiten des flexiblen Übergangs in den Ruhestand vor (s.u. 3.3.2.6). Insoweit wird der Arbeitnehmer oftmals ein Interesse daran haben, neben dem Bezug einer Voll- oder Teilrente die Arbeitszeit anzupassen. Bisweilen ist das wegen Hinzuverdienstgrenzen, die für vorgezogene Altersrenten gelten (s.u. 3.3.2.6.2), unverzichtbar. § 42 Abs. 3 SGB VI

1653 BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786.

1654 Zur Möglichkeit der Berücksichtigung einer Altersrentenberechtigung im Rahmen der Sozialauswahl BAG 27.4.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902.

sieht dazu einen entsprechenden Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber sowie einen Anspruch auf Stellungnahme zu Vorschlägen des Arbeitnehmers für seinen Arbeitsbereich vor. Die Regelung wurde allerdings bereits durch das RRG 1992[1655] eingefügt. Sie hat dadurch erheblich an Bedeutung verloren, dass es inzwischen allgemein Ansprüche auf Erörterung nach § 7 TzBfG gibt und darüber hinaus verschiedene Ansprüche auf Arbeitszeitverringerung (2.1.4.2.2 und 2.1.4.5).

3.3.2 Alterssicherung während der Erwerbsbiografie

3.3.2.1 Beschäftigung

Vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze für den Bezug der Altersrente sind Beschäftigte (§ 7 SGB IV) in der gesetzlichen Rentenversicherung gemäß § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI gesetzlich versichert. Das gilt auch im Fall einer entgeltgeringfügigen Beschäftigung bis 450 € im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV. Lediglich kurzzeitige Beschäftigungen im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV sind nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI versicherungsfrei. Wer allerdings gegen ein geringes Entgelt beschäftigt ist, wird nach § 6 Abs. 1b SGB VI auf Antrag von der Versicherungspflicht befreit.

Maßgeblich für die Rentenhöhe ist gemäß § 63 Abs. 1 SGB VI vor allem die Höhe der während des Versicherungslebens durch Beiträge versicherten Arbeitsentgelte und Arbeitseinkommen. Diese werden nach Abs. 2 der Bestimmung in Entgeltpunkte umgerechnet und fließen als solche über die Rentenformel des § 64 SGB VI in die Ermittlung des Monatsbetrags der Rente ein. Insoweit hat nicht nur die Höhe des Arbeitsentgelts, sondern auch die Dauer der Versichertenbiografie Einfluss auf die Höhe der monatlichen Rente. Die Höhe der Entgeltpunkte errechnet sich aus dem Verhältnis zum Durchschnittseinkommen aller Versicherten gemäß § 70 SGB VI. Wer genau in Höhe des Durchschnittseinkommens beitragspflichtiges Einkommen hat, erhält im Jahr einen Entgeltpunkt gemäß § 63 Abs. 2 SGB VI.

[1655] Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992), BGBl. I 2261.

3.3.2.2 Altersrenten und rentenrechtliche Zeiten

3.3.2.2.1 Überblick

Rentenrechtliche Zeiten sind relevant einerseits für die Erfüllung von Wartezeiten, andererseits aber insbesondere auch für die Ermittlung von Entgeltpunkten. Sie sind in §§ 54 ff. SGB VI definiert. Dabei dürfte die Erfüllung der allgemeinen Wartezeit von fünf Jahren als Voraussetzung für den Anspruch auf Regelaltersrente auch bei diskontinuierlichen Erwerbsbiografien in aller Regel kein Problem sein. Allerdings kann die Wartezeit nur durch Beitragszeiten erfüllt werden (§ 51 Abs. 1 SGB VI), was grundsätzlich voraussetzt, dass Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge (§ 55 SGB VI) während dieser Zeit gezahlt wurden. Renten, die früher einsetzen, sowie vorgezogene Altersrenten („Frührenten") setzen regelmäßig längere Wartezeiten voraus (s.u. 3.3.2.6.1 und 3.3.32.6.2), die bis zu 45 Jahren dauern können. Bei diesen werden teilweise auch andere rentenrechtliche Zeiten angerechnet (Einzelheiten in § 51 SGB VI). Im Folgenden soll es aber vor allem um die Bewertung bestimmter Zeiträume mit Entgeltpunkten gehen.

3.3.2.2.2 Kindererziehung

Was zunächst die Unterbrechung einer Erwerbsbiografie zum Zweck der Kindererziehung angeht, werden für drei Jahre Kindererziehungszeiten gutgeschrieben (s.o. 2.1.6.2.2). Für diese drei Jahre werden nahezu drei Entgeltpunkte gutgeschrieben, was in etwa dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten in der Rentenversicherung entspricht. Weitergehende Kindererziehungszeiten bis zum zehnten Lebensjahr des Kindes sind Berücksichtigungszeiten gemäß § 57 SGB VI. Berücksichtigungszeiten können zwar keine Renten begründen und auch nicht steigern. Sie sollen nur weitergehende Nachteile bei der Rente ausschließen.[1656] Nur ausnahmsweise kann eine Berücksichtigungszeit zu zusätzlichen Entgeltpunkten (wegen mehrfacher Kindererziehung) nach § 70 Abs. 3a SGB VI führen. Wenn 25 Jahre mit rentenrechtlichen Zeiten (Beitragszeiten, beitragsfreie Zeiten und Berücksichtigungszeiten) vorliegen, können bei einer Teilzeitbeschäftigung während einer Berücksichtigungszeit nach § 70 Abs. 3a SGB VI die entsprechende Entgeltpunkte um die Hälfte höherbewertet werden auf maximal 0,0833, was wiederum auf eine Deckelung auf nahezu einen Entgeltpunkt pro Jahr hinausläuft.

[1656] BT-Drs. 11/4124, S. 157. Zu den Wirkungen im Einzelnen: KassKomm-*Gürtner*, § 57 SGB VI Rn. 3.

Im Ergebnis jedenfalls lässt sich konstatieren, dass Unterbrechungen der Erwerbsbiografie durch Kindererziehung bis zu drei Jahren zumindest für all diejenigen, die nicht über dem Durchschnittseinkommen verdienen, praktisch ohne Nachteile sind. Längere Kindererziehungszeiten sind, soweit es sich nicht um die Erziehung mehrerer Kinder handelt, demgegenüber rentenrechtlich nachteilig, insofern keine zusätzlichen Entgeltpunkte erworben werden. Im Rahmen von Berücksichtigungszeiten kann dies allerdings bei einer Teilzeitbeschäftigung teilweise abgemildert sein.

3.3.2.2.3 Pflege

Zeiten der Pflege führen nach § 3 Satz 3 Nr. 1a SGB VI unter bestimmten Voraussetzungen zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. Voraussetzung ist, dass mindestens eine pflegebedürftige Person mit Pflegegrad von mindestens zwei und Anspruch auf Pflegeversicherungsleistungen mindestens zehn Stunden pro Woche, verteilt auf regelmäßig zwei Tage in der Woche, nicht erwerbsmäßig in häuslicher Umgebung gepflegt wird, sofern daneben keine weitere Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit von mehr als 30 Stunden pro Woche ausgeübt wird. Die Beiträge werden ausschließlich von der Pflegeversicherung der pflegebedürftigen Person nach § 170 Abs. 1 Nr. 6 SGB VI getragen. Die beitragspflichtigen Einnahmen, die letztlich den Erwerb von Entgeltpunkten beeinflussen, sind in § 166 Abs. 2 SGB VI differenziert gestaffelt nach einerseits Pflegegrad und andererseits Pflegeaufwand, der sich in dem Umstand ausdrückt, ob Pflegegeld, Kombinationsleistung oder ausschließlich Pflegesachleistungen bezogen werden. Wird Pflegegeld bezogen, betragen die beitragspflichtigen Einnahmen 100 % der Bezugsgröße, was wiederum nach § 18 SGB IV dem Durchschnittseinkommen der Versicherten in der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr entspricht. Je geringer der Pflegeaufwand für die pflegebedürftige Person ist, umso besser dürfte sich die Chance auf zusätzliche Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung darstellen, wobei bei einer Beschäftigung von mehr als 30 Stunden pro Woche die Versicherungspflicht wieder entfällt. Umgekehrt lässt sich aber auch sagen, dass dort, wo die Pflege einen „Fulltimejob“ ausmacht, die Pflegetätigkeit mit einem Entgeltpunkt pro Jahr, also mit dem Durchschnittseinkommen, gerade für diejenigen lohnend ist, die ansonsten nicht mehr als das Durchschnittseinkommen verdient hätten. Anders als bei Kinderberücksichtigungszeiten ist der Rentenversicherungsschutz von Pflegepersonen zeitlich nicht begrenzt.

3.3.2.2.4 Arbeitslosigkeit

Wer Arbeitslosengeld bezieht, ist nach § 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI gesetzlich rentenversichert, wenn er im letzten Jahr vor Beginn der Leistung rentenversicherungspflichtig war, wobei sich dieser Zeitraum um eine Anrechnungszeit wegen Bezugs von Arbeitslosengeld II verlängert. Die Beiträge trägt gemäß § 170 Abs. 1 Nr. 2b SGB VI die Bundesagentur für Arbeit. Beitragspflichtiges Einkommen sind 80 % des der Leistung zugrunde liegenden Arbeitsentgelts.

Zugleich können Zeiten der Arbeitslosigkeit mit Bezug öffentlich-rechtlicher Leistungen nach § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI Anrechnungszeiten sein, sofern dadurch eine versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrochen wird. Für diejenigen, die nicht rentenversicherungspflichtig sind, bewirkt diese Anrechnungszeit, die eine beitragsfreie Zeit gemäß § 54 Abs. 4 SGB VI ist, dass für sie im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung nach § 71 Abs. 1 SGB VI der Durchschnittswert an Entgeltpunkten ermittelt wird. Für diejenigen, die rentenversicherungspflichtig sind, stellt sich der Bezug des Arbeitslosengeldes als beitragsgeminderte Zeit im Sinne des § 54 Abs. 3 SGB VI dar, wegen § 58 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 SGB VI aber nur für Zeiten bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres. Dies führt nach § 71 Abs. 2 SGB VI zu einem Zuschlag an Entgeltpunkten im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung, sodass wenigstens der Wert erreicht wird, der damit als beitragsfreie Anrechnungszeit erzielt worden wäre.

Demgegenüber besteht infolge einer Änderung durch Art. 15 des Haushaltsbegleitgesetzes 2011[1657] keine Versicherungspflicht für Arbeitslosengeld II-Bezieher in der Rentenversicherung mehr. Es handelt sich nur noch um eine Anrechnungszeit nach § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB VI, wobei es hier nicht darauf ankommt, ob dadurch eine versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrochen wurde. Sie kann zwar eine Lücke in der Versicherungsbiografie überbrücken, nach § 74 Satz 4 SGB VI aber ausdrücklich keine Entgeltpunkte vermitteln. Dies ist nach der Rechtsprechung des BSG verfassungskonform.[1658] Sie kann über die Gesamtleistungsbewertung nach § 71 SGB VI lediglich zur Folge haben, dass andere beitragsfreie Zeiten höher bewertet werden.[1659]

Im Ergebnis ist danach zu konstatieren, dass Lücken in der Versicherungsbiografie zwar zu Nachteilen bei der Rentenhöhe führen, indes bei Bezug von Arbeitslosengeld zu weiten Teilen ausgeglichen werden. Demgegenüber bewirkt

---

1657 Haushaltsbegleitbesetz 2011 (HBeglG) v. 9.12.2010, BGBl. I 1885.
1658 BSG 5.7.2005 – B 4 RA 40/03 R, SozR 4-2600 § 263 Nr. 2.
1659 BT-Drs. 17/3030, S. 50; KKW-*Kreikebohm*, § 58 SGB VI Rn. 31.

die Lücke, soweit sie außerhalb des Rechtsrahmens des SGB III steht, einen erheblichen Einbruch, weil keine weiteren Entgeltpunkte gutgeschrieben werden. Der Gesetzgeber hielt die Beseitigung der Rentenversicherungspflicht für Bezieher von Arbeitslosengeld II indes für systemgerecht, weil ein Fürsorgesystem nur darauf gerichtet sei, akute Hilfebedürftigkeit zu beseitigen, nicht aber pauschal Leistungen zu erbringen habe, um eventuelle spätere Hilfebedürftigkeit zu verhindern.[1660]

3.3.2.2.5 Erwerbsminderung

Zeiten des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente sind ihrerseits nicht rentenversicherungspflichtig. Allerdings ist der Bezug einer Erwerbsminderungsrente für die Zeit bis (längstens) zum 65. Lebensjahr gemäß § 59 SGB VI eine Zurechnungszeit, die zu einer fiktiven Fortschreibung der Versicherungsbiografie im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung nach § 71 SGB VI führt. Die Unterbrechung einer Erwerbsbiografie durch Bezug einer Erwerbsminderungsrente mag insofern zwar zu einem Verlust an Entgeltpunkten im Vergleich zu einer Idealbiografie führen, dieser wird aber teilweise durch die Zurechnungszeit ausgeglichen. Bei einer Teilerwerbsminderungsrente wird es sich oftmals um eine beitragsgeminderte Zeit handeln, weil neben der Zurechnungszeit zugleich beitragspflichtige Kalendermonate vorliegen, die zu einem Zuschlag an Entgeltpunkten im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung nach § 71 Abs. 2 SGB VI führt.

Der Bezug einer Erwerbsminderungsrente ist in der Regel mit einem verringerten Zugangsfaktor verbunden (s.u. 3.3.2.4.2). Dieser Zugangsfaktor bleibt für die betroffenen Entgeltpunkte nach § 77 Abs. 3 Satz 1 SGB VI in der Regel auch für spätere Rentenbezüge maßgeblich. Das gilt aber nach Satz 2 der Bestimmung nicht für die Hälfte der Entgeltpunkte, die Grundlage einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung waren. Im Übrigen aber bleiben die bisherigen Entgeltpunkte bei einer Altersrente innerhalb der nächsten 24 Kalendermonate bestandsgeschützt nach § 88 Abs. 1 Satz 2 SGB VI.

Zeiten der Erwerbsminderung sind also, sofern die Voraussetzungen dafür nach § 43 SGB VI vorliegen, durch Erwerbsminderungsrenten geschützt. Der sekundäre Schutz im Hinblick auf die Altersversorgung ist allerdings lückenhaft, insofern die längere Rentenbezugsdauer dazu führt, dass über einen, wenn auch nicht proportionalen Abschlag über den Zugangsfaktor die persönlichen Ent-

---

[1660] BT-Drs. 17/3030, S. 50.

geltpunkte ein wenig entwertet werden, obschon ein Ausgleich in Höhe von 50 % der Entgeltpunkte möglich ist, weil insoweit nicht der frühere Zugangsfaktor maßgeblich bleibt. Im Übrigen wird die Rentenbiografie ein Stück weit über die Zurechnungszeit fortgeschrieben (näher unten 3.3.2.4.2). Es bleibt dann aber insofern eine Lücke, als diese nicht bis an das Erreichen der Regelaltersrente heranreichen kann. Denn bis zum Ablauf einer durch das RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz[1661] eingeführten Übergangszeit in § 253a SGB VI reicht die Zurechnungszeit, deren Ende allmählich ansteigt, noch nicht an die Regelaltersgrenze heran. Erst ab 2031 werden Erwerbsminderungsrentner durch die Zurechnungszeit dann so gestellt, als ob sie bis zur Regelaltersgrenze wie im bisherigen Erwerbsleben gearbeitet hätten.[1662]

3.3.2.2.6 Weiterbildung

Soweit Zeiten der Weiterbildung ohne Erwerbseinkommen oder mit reduziertem Erwerbseinkommen stattfinden, führt dies dazu, dass keine weiteren Entgeltpunkte erworben werden. Rentenrechtlich besteht insoweit keine Versicherungspflicht, es sei denn, die Weiterbildung würde während des Bezugs einer Entgeltersatzleistung mit entsprechender Versicherungspflicht erfolgen. Das ist namentlich denkbar bei Arbeitslosengeldbezug oder Bezug von Rehaleistungen. Sie sind auch sonst nicht weiter als rentenrechtliche Zeiten zu berücksichtigen, sofern es sich nicht um eine als Anrechnungszeit gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VI definierte schulische oder hochschulische Ausbildung bis zur Dauer von acht Jahren handelt.

3.3.2.3 Mindestentgeltpunkte bei geringem Arbeitsentgelt

Eine Regelung, die ein Stück weit den rentenrechtlichen Folgen geringer Entgelte entgegenwirkt, ist § 262 SGB VI über die Erhöhung von Entgeltpunkten bei geringem Arbeitseinkommen. Von ihr profitieren überwiegend Frauen.[1663] Dabei handelt es sich um eine mit dem RRG[1664] eingeführte Übergangsregelung im

---

1661 Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz) v. 28.11.2018, BGBl. I 2016; dazu *Dünn/Steckmann*, RVaktuell 2018, 212 ff.; *dies*., DRV 2018, 281 ff.; Entwurf: BT-Drs. 19/4668.

1662 Vgl. *Dünn/Steckmann*, DRV 2018, 281, 287; *Winkel*, SozSich 2019, 25, 26.

1663 KassKomm-*Körner*, § 262 SGB VI Rn. 2a.

1664 S.o. Fn. 1657.

Anschluss an die frühere Rente nach Mindesteinkommen.[1665] Erfasst werden von ihr nur noch vollwertige Beitragszeiten (Beitragszeiten ohne beitragsgeminderte Zeiten, vgl. § 54 Abs. 2 SGB VI) von vor 1992. Bei Vorliegen von 35 Jahren rentenrechtlicher Zeiten (§ 54 Abs. 1 SGB VI), was insbesondere auch Berücksichtigungszeiten wegen Kindererziehung nach § 57 SGB VI einschließt, werden Entgeltpunkte erhöht, wenn die Monate mit vollwertigen Pflichtbeiträgen im Durchschnitt weniger als 0,0625 Entgeltpunkte ergeben. Dann werden die Entgeltpunkte um den Faktor 1,5 erhöht, dürfen aber nicht über 0,0625 Entgeltpunkte hinausgehen, was mit 0,75 Entgeltpunkten im Jahr 75 % des Durchschnittsentgelts entspricht. Mit Letzterem war eine Deckelung beabsichtigt, damit Entgeltpunkte aus langjährigen Teilzeitbeschäftigungen nicht unverhältnismäßig (im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigungen) erhöht werden.[1666] Der Sache nach handelt es sich um eine Regelung, die dem Gender Pensions Gap entgegenwirken kann. Sie erfasst allerdings nur noch länger zurückliegende Teile von Rentenbiografien.

3.3.2.4 Renten wegen Erwerbsminderung

3.3.2.4.1 Voraussetzungen einer Erwerbsminderungsrente

Einer der gravierendsten Einschnitte in der Erwerbsbiografie kann sich aus einer Erwerbsunfähigkeit ergeben. Für den Fall der Erwerbsminderung sieht § 43 SGB VI eine Teilerwerbsminderungsrente oder eine Vollerwerbsminderungsrente vor. Nur auf Grundlage einer Übergangsregelung in § 240 SGB VI ist noch für diejenigen Versicherten, die vor dem 2. Januar 1961 geboren wurden, eine Erwerbsminderungsrente für den Fall der Berufsunfähigkeit vorgesehen. Ansonsten gibt es keinen Berufsschutz mehr seit einer Reform des Erwerbsminderungsrentenrechts Ende 2000.[1667] Zudem gibt es noch Berufsschutz für Bergleute bei Erwerbsunfähigkeit im Rahmen einer Rente für Bergleute nach § 45 SGB VI. Bei der Bestimmung der Erwerbsfähigkeit wird daher keine Rücksicht mehr auf die berufliche Ausbildung oder den bisherigen beruflichen Status genommen.

1665 HS-RV-*Krauß*, § 57 Rn. 32.

1666 BT-Drs. 11/4124, S. 201.

1667 Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit v. 20.12.2000, BGBl. I 1827; dazu *Joussen*, NZS 2002, 294 ff.; *Mediger-Watermeier*, Kompass 1-2/2001, 23.

Voraussetzung einer Erwerbsminderungsrente ist eine teilweise oder volle Erwerbsunfähigkeit. Eine Erwerbsminderung in diesem Sinne setzt voraus, dass auf unabsehbare Zeit (d.h. länger als sechs Monate[1668]) kein Restleistungsvermögen von mehr als sechs Stunden täglich vorliegt. Dabei ist nicht auf die jeweilige Arbeitsmarktlage, sondern auf die üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes Rücksicht zu nehmen (§ 43 Abs. 3 a.E. SGB VI). Die Unfähigkeit, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vollschichtig tätig zu werden, muss im Sinne einer rechtlich wesentlichen Bedingung[1669] auf Krankheit im Sinne eines regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustands oder einer Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX beruhen. Dabei kann die Erwerbsminderung auch aus einer Wegeunfähigkeit folgen. Wer zwar noch an sich ein ausreichendes Restleistungsvermögen hat, dieses aber nicht verwerten kann, weil die Fähigkeit, den Arbeitsplatz aufzusuchen, fehlt, ist ebenfalls nicht zum Erwerb fähig. Die Rechtsprechung nimmt dies an, wenn keine Fußwege von über 500 m bis zu viermal täglich zurückgelegt werden können.[1670]

Volle Erwerbsminderung liegt nach § 43 Abs. 2 Satz 3 SGB VI vor, wenn der Versicherte unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes nicht in der Lage ist, mindestens drei Stunden täglich zu arbeiten. Es ergibt sich für die teilweise Erwerbsminderung daher ein zeitlicher Korridor zwischen drei und sechs Stunden täglich, was nicht allzu häufig vorkommen dürfte.[1671]

Eine volle Erwerbsminderung kann sich nach der Rechtsprechung des BSG,[1672] an die der Gesetzgeber insoweit anknüpfen wollte,[1673] im Rahmen einer konkreten Betrachtung auch daraus ergeben, dass zwar an sich eine Teilzeitbeschäftigung von mehr als drei, aber weniger als sechs Stunden täglich nach dem Zustand des Versicherten möglich wäre, diese aber wegen Verschlossenheit des Teilzeitarbeitsmarktes praktisch nicht zur Verfügung steht.[1674] Insoweit spricht man von einer Arbeitsmarktrente.[1675] Da die Rentenversicherung in dem Zusammenhang teilweise eine Entlastung der Arbeitslosenversicherung bewirkt, sieht § 224 SGB VI die Zahlung eines Ausgleichsbetrags durch die BA an die Rentenversicherungsträger vor. Korrespondierend fordert die BA nach § 156

1668 KKE-*Kreikebohm*, § 43 SGB VI Rn. 5.
1669 *Gitter*/*Schmitt*, Sozialrecht, § 25 Rn. 33.
1670 BSG 30.1.2002 – B 5 RJ 36/91, Breith. 2002, 576.
1671 *Fuchs*/*Preis*, § 47 III 1 a aa, S. 825.
1672 BSG (GS) 10.12.1976 – GS 2/75 u.a., BSGE 43, 75.
1673 BT-Drs. 14/4230, S. 23, 25 f.
1674 BSG 19.10.2011 – B 13 R 78/09 R, BSGE 109, 189.
1675 BSG 19.10.2011 – B 13 R 78/09 R, BSGE 109, 189, 193.

Abs. 1 Satz 2 SGB III einen Teilerwerbsminderungsrentner, der sein Restleistungsvermögen nicht unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes verwerten kann, unverzüglich auf, einen Antrag auf Rente wegen voller Erwerbsminderung innerhalb eines Monats zu stellen; macht er dies nicht, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld vom Fristablauf bis zur Antragstellung.

Will der Rentenversicherungsträger eine Erwerbsminderung verneinen, muss er eine konkrete Verweisungstätigkeit benennen. Wer aber in der Lage ist, vollschichtig mittelschwere oder leichte Arbeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verrichten, bedarf einer solchen konkreten Benennung einer Verweisungstätigkeit nicht.[1676] Anders ist es wiederum, wenn eine schwere spezifische Leistungsbehinderung vorliegt oder sich ungewöhnliche Leistungseinschränkungen summieren, sodass ernsthafte Zweifel bestehen, dass der allgemeine Arbeitsmarkt geeignete Arbeitsplätze in ausreichender Menge bereithält.[1677] Das Feld möglicher Erwerbstätigkeiten kann dadurch nämlich erheblich eingeschränkt sein.

Voraussetzung einer Erwerbsminderungsrente ist weiter die Erfüllung der allgemeinen Wartezeit von fünf Jahren, die gemäß § 51 Abs. 1 SGB VI (nur) durch Kalendermonate mit Beitragszeiten erfüllt werden kann. Kann sie allerdings wegen vorherigen Eintritts der Erwerbsminderung nicht erfüllt werden (etwa bei Behinderungen von Geburt an), ist die Erfüllung einer 20-jährigen Wartezeit gemäß §§ 43 Abs. 6, 50 Abs. 2 SGB VI erforderlich, auf die nach § 51 Abs. 1 SGB VI ebenfalls nur Kalendermonate mit Beitragszeiten angerechnet werden.

Notwendig ist schließlich die sog. 3/5-Belegung nach der jeweiligen Nummer 2 von § 43 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VI. Sie typisiert einen gewissen Bezug zur gesetzlichen Rentenversicherung und verlangt, dass mindestens drei Jahre Pflichtbeiträge während der letzten fünf Jahre gezahlt wurden.

3.3.2.4.2 Rentenleistungen

Auch für Erwerbsminderungsrenten ist die allgemeine Rentenformel des § 64 SGB VI maßgeblich. Auf die Höhe hat danach zunächst der Rentenartfaktor Einfluss. Als Ausgleich für den Fortfall des Erwerbseinkommens hat die Rente

---

1676 BSG 19.10.2011 – B 13 R 78/09 R, BSGE 109, 189, Rn. 17.

1677 BSG (GS) 19.12.1996 – GS 2/95, BSGE 80, 24; BSG 19.8.1997 – 13 RJ 1/94, BSGE 81, 15; BSG 19.10.2011 – B 13 R 78/09 R, BSGE 109, 189; BSG 9.5.2012 – B 5 R 68/11 R, SGb 2013, 470.

wegen voller Erwerbsminderung denselben Rentenartfaktor wie die Altersrente, nämlich 1,0 (§ 67 Nr. 3 SGB VI). Im Hinblick darauf, dass bei teilweiser Erwerbsminderung lediglich ein Teil des fortfallenden Erwerbseinkommens ausgeglichen werden muss, ist der Rentenartfaktor nach § 67 Nr. 2 SGB VI für diese Rente 0,5.

Da eine Erwerbsminderungsrente insgesamt zu einer längeren Rentenbezugsdauer führt, verringert sich der Zugangsfaktor nach § 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB VI für jeden Kalendermonat, den die Rente vor Erreichen des 65. Lebensjahrs in Anspruch genommen wird, um 0,003 Entgeltpunkte. Dabei gilt das Bezugsalter 65 allerdings erst ab 2024, bis dahin gilt ein nach § 264d SGB VI allmählich ansteigendes Bezugsalter von derzeit (2019) 64 Jahren und zwei Monaten. Die Verringerung des Zugangsfaktors würde freilich bewirken, dass diejenigen, die in vergleichsweise jungem Alter eine Erwerbsminderungsrente in Anspruch nehmen müssen, eine nur sehr geringe Rente erhalten würden. § 77 Abs. 2 Satz 2 SGB VI bewirkt daher eine Deckelung dahingehend, dass bei einem jüngeren Alter als 62 der Zugangsfaktor berechnet wird, als wäre der Rentner 62 Jahre alt.[1678] Auch hier gibt es eine Übergangsvorschrift in § 264d SGB VI, die zu einem allmählichen Ansteigen auf das Alter 62 im Jahr 2024 führt, derzeit 61 Jahre (2019: 61 Jahre und 2 Monate), sodass die beiden Bezugsjahre immer in einem Abstand von drei Jahren stehen. Die Rente kann damit grundsätzlich immer maximal 10,8 % geringer ausfallen (36 Monate * 0,003 = 0,108).[1679]

Insgesamt bewirkt die Regelung, dass Rentenabschläge vor allem hinzunehmen sind, wenn zwischen dem 62. und dem 65. Lebensjahr (bzw. während der Übergangszeit zu den entsprechend ansteigenden früheren Zeitpunkten) eine Erwerbsminderungsrente in Anspruch genommen wird. Denn für die Zeit davor verringert sich der Zugangsfaktor nicht mehr. Die Konzeption soll Anreizen zur vorzeitigen Altersrente über ein Ausweichen auf die Erwerbsminderungsrente entgegenwirken[1680] – ein unsinniges Konzept, weil Erwerbsminderung nicht willensgesteuert eintritt und sich auch nicht ohne weiteres vortäuschen lässt.[1681]

1678 BSG 14.8.2008 – B 5 R 32/07 R, BSGE 101, 193; unter Aufgabe von BSG 16.5.2006 – B 5 RA 22/05 R, BSGE 96, 209. Diese Rechtsprechung wurde vom BVerfG 11.1.2011 – 1 BvR 3588/08 und 1 BvR 555/09, NZS 2011, 740, verfassungsrechtlich nicht beanstandet.

1679 KassKomm-*Gürtner*, § 77 SGB VI Rn. 12.

1680 Vgl. BVerfG 11.1.2011 – 1 BvR 3588/08 und 1 BvR 555/09, NZS 2011, 740, Rn. 41.

1681 *Bieback*, SDSRV 63 (2013), 9, 32.

Allerdings werden während der Zeit des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente keine oder nur geringere weitere Einkommen durch Beiträge versichert. Freilich sind diese Zeiten des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente bis zum 65. Lebensjahr nach § 59 SGB VI eine Zurechnungszeit, wobei auch hier wiederum eine Übergangsregelung in § 253a SGB VI das Ende der Zurechnungszeit erst allmählich ansteigen lässt (vgl. o. 3.3.2.2.5), derzeit (2019) liegt es bei 65 Jahren und acht Monaten. Die Zurechnungszeit bewirkt einen Ausgleich dafür, dass sonst keine weiteren Entgeltpunkte erworben werden.[1682] Die Rentenbiografie wird durch sie als beitragsfreie oder beitragsgeminderte Zeiten (§ 54 Abs. 3 und 4 SGB VI) im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung nach § 71 SGB VI fiktiv fortgeschrieben.

Es bleiben damit wegen der Übergangszeiten zwar Zeiten mit verringertem Zugangsfaktor, die keine Zurechnungszeiten sind. Insgesamt muss man aber erkennen, dass die Wirkung des verringerten Zugangsfaktors durch die Zurechnungszeiten abgeschwächt wird.[1683] Die neue Rechtslage nach dem RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz soll sogar eine Überkompensation bewirken[1684].

Grundsätzlich werden Renten wegen teilweiser Erwerbsminderung gemäß § 102 Abs. 2 SGB VI längstens für drei Jahre befristet. Nach Satz 3 und 4 der Regelung kommt eine Verlängerung bis zu weiteren drei Jahren in Betracht. Danach kann nur eine unbefristete Erwerbsminderungsrente bewilligt werden. Nach Satz 5 ist eine Befristung über neun Jahre hinaus bei einer Erwerbsminderungsrente, die unabhängig von der Arbeitsmarktlage geleistet wird, nicht möglich. Der Sache nach handelt es sich angesichts der grundsätzlichen Befristung eher um eine Lohnersatzleistung. Deshalb wurde in rechtspolitischer Hinsicht bereits die Frage aufgeworfen, ob die Leistungshöhe nicht besser nach dem vorausgegangenen Verdienst, statt nach der bisherigen Lebensleistung bemessen werden sollte.[1685]

Allerdings können befristete Erwerbsminderungsrenten nach § 101 Abs. 1 SGB VI regelmäßig erst von Beginn des siebten Monats nach Eintritt der Erwerbsminderung geleistet werden. Das kann zu einer Versorgungslücke führen. Bis zur Feststellung der Erwerbsminderung kann zwar Arbeitslosengeld im Hinblick auf die Minderung der Leistungsfähigkeit nach § 145 Abs. 1 Satz 1

1682 KKW-*Kreikebohm*. § 59 SGB VI Rn. 1.
1683 Vgl. BSG 14.8.2008 – B5 R 32/07 R, BSGE 101, 193, Rn. 25 f.
1684 *Dünn/Steckmann*, DRV 2018, 281, 288.
1685 *Kocher* u.a., S. 127 f.

SGB III beansprucht werden. Mit Feststellung der Erwerbsminderung entfallen indes Ansprüche auf Arbeitslosengeld mangels Verfügbarkeit (§ 138 Abs. 1 Nr. 3 SGB III).[1686] Dem trägt nunmehr § 101 Abs. 1a SGB VI Rechnung, wonach die befristete Erwerbsminderungsrente bereits ab Feststellung der Erwerbsminderung geleistet wird, wenn kein Arbeitslosengeld oder Krankengeld mehr bezogen wird.

3.3.2.5 Verletztenrenten der Unfallversicherung

Komfortabler ist die Situation im Fall einer Erwerbsminderung, die auf einem Versicherungsfall in der Unfallversicherung (Arbeitsunfall, Berufskrankheit) beruht. Versicherte haben hier im Fall einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) um wenigstens 20 %, die über die 26. Woche nach dem Versicherungsfall hinausgeht, Anspruch auf eine Verletztenrente nach §§ 56 ff. SGB VII. Dabei ist die Erwerbsminderung nach § 56 Abs. 2 SGB VII nach dem Umfang des infolge der Beeinträchtigung verminderten Arbeitsvermögens auf dem gesamten Gebiet des Arbeitslebens zu bemessen.

Im Fall der Vollerwerbsunfähigkeit wird eine Vollrente gezahlt gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 SGB VII. Die volle Rente beträgt nach dieser Bestimmung zwei Drittel des Jahresarbeitsverdienstes. Eine Teilrente wird bei Teilerwerbsminderung in Höhe eines Prozentsatzes entsprechend dem Grad der Teilerwerbsminderung nach § 56 Abs. 3 Satz 2 SGB VII geleistet. Die Leistung ist steuer- und sozialabgabenfrei.

Der für die Berechnung der EU-Rente maßgebliche Jahresarbeitsverdienst ist nach § 82 Abs. 1 SGB VII der Gesamtbetrag der Arbeitsentgelte und Arbeitseinkommen nach §§ 14, 15 SGB IV im Durchschnitt der letzten zwölf Monate vor dem Monat des Versicherungsfalls. Bei Berufskrankheiten gibt es in § 84 i.V.m. § 9 Abs. 5 SGB VII eine Sonderregelung zur Bestimmung des Zeitpunktes nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung, anknüpfend an Arbeitsunfähigkeit bzw. Behandlungsbedürftigkeit, Beginn der MdE oder letzten Tag der Verrichtung der zur Verursachung der Berufskrankheit geeigneten versicherten Tätigkeit. Bei Schwerverletzten (MdE um mehr als 50 %), die infolge des Versicherungsfalls einer Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgehen können und keinen Anspruch auf eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung haben, er-

---

[1686] Zum Versicherungsschutz in der Arbeitslosenversicherung in der Zwischenzeit nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten von § 101 Abs. 1a SGB VI BSG 23.2.2017 – B 11 AL 3/16 R, NZS 2017, 866.

höht sich die Verletztenrente um 10 % gemäß § 57 SGB VII. Gemäß § 62 SGB VII kann während der ersten drei Jahre nach dem Versicherungsfall eine vorläufige Festsetzung erfolgen, wenn der Umfang der MdE noch nicht abschließend festgestellt werden kann.

Es kommt durch das Abstellen auf die verminderten Arbeitsmöglichkeiten auf dem gesamten Gebiet des Erwerbslebens zu einer abstrakten Schadensberechnung.[1687] Insoweit ist völlig unerheblich, ob es überhaupt zu einer Einschränkung des tatsächlichen Erwerbs kommt. Dem Versicherten ist damit die Verletztenrente unabhängig davon sicher, ob er infolge des Versicherungsfalls Erwerbseinbußen erleidet. Das kann dazu führen, dass der Verlust eines Beines für den einen eine berufliche Einschränkung, etwa als Bauarbeiter, mit sich bringt, die durch die Verletztenrente ausgeglichen wird, während der andere, etwa als Verwaltungsangestellter, uneingeschränkt weiterhin seiner Tätigkeit nachgeht; beide erhalten aber die Verletztenrente.[1688] Dementsprechend gibt es anders als bei Erwerbsminderungsrenten im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung keine Hinzuverdienstgrenzen für Verletztenrenten. Durch die Anhebung der Verletztenrente bei Arbeitslosigkeit für eine Übergangszeit von zwei Jahren nach § 58 SGB VII, falls Rente und Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosengeld II hinter dem Übergangsgeld zurückbleiben, werden negative Folgen der abstrakten Schadensberechnung mit Blick auf das Arbeitslosigkeitsrisiko vorübergehend durch die Unfallversicherung abgefedert.

Die Verletztenrente setzt nach § 72 Abs. 1 SGB VII im Anschluss an den Bezug des Verletztengeldes, ansonsten mit dem Versicherungsfall ein. Das Verletztengeld wird nach § 45 Abs. 1 SGB VII bei Arbeitsunfähigkeit infolge des Versicherungsfalls oder einer Maßnahme der Heilbehandlung erbracht, wenn unmittelbar zuvor Anspruch auf Arbeitsentgelt oder bestimmte Entgeltersatzleistungen unter Einschluss von Arbeitslosengeld und Arbeitslosengeld II bestand. Es wird nach § 46 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 SGB VII längstens für 78 Wochen (gegebenenfalls aber bis zum Ende einer stationären Behandlung) geleistet. Verletztenrenten werden nach § 73 Abs. 6 SGB VI bis zum Ende des Monats des Versterbens des Berechtigten geleistet. Sie werden also auch über das Erreichen des Rentenalters in der gesetzlichen Rentenversicherung hinaus gewährt, solange die MdE fortbesteht.[1689]

1687 SRH-*Spellbrink*, § 16 Rn. 176.
1688 *V. Koppenfels-Spies*, Rn. 466.
1689 *Becker*, BG 2011, 568, 572.

Grundsätzlich geht eine Verletztenrente einer Rente aus der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 93 SGB VI vor. Denn die Rente aus der Rentenversicherung wird insoweit nicht geleistet, als die Summe der zusammentreffenden Rentenbeträge vor Einkommensanrechnung den Grenzbetrag übersteigt. Dabei ist der Grenzbetrag gemäß § 93 Abs. 3 SGB VI 70 % eines Zwölftels des der Verletztenrente zugrunde liegenden Jahresarbeitsverdienstes, multipliziert mit dem Rentenartfaktor der Rentenversicherung. Das läuft im Fall einer Alters- oder Erwerbsminderungsrente der Sache nach auf etwas mehr als die Höhe der vollen Verletztenrente hinaus. Hinzu kommt allerdings nach § 93 Abs. 2 Nr. 2 SGB VI bei der Verletztenrente der sog. Silikosefreibetrag bzw. ein Freibetrag in Höhe der Grundrente nach § 31 BVG, der dem Umstand Rechnung tragen soll, dass ein Teil der Verletztenrente keine Lohnersatzfunktion hat,[1690] und besonders Schwerverletzten zugute kommt.[1691]

Da die Verletztenrente auch über den Beginn des Anspruchs auf eine Altersrente nach der gesetzlichen Rentenversicherung hinausreicht, ist es folgerichtig, dass keine weitere Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung beim Bezug der Verletztenrente besteht. Mit Erreichen des Rentenalters kann allerdings nach der Regelung des § 93 SGB VI der Bezug einer Altersrente bis zum Erreichen des Grenzbetrages zum Bezug einer Verletztenrente hinzukommen. Demgegenüber sind Versicherte während des Bezugs von Verletztengeld ebenso wie während des Bezugs von Krankengeld, Übergangsgeld oder Arbeitslosengeld nach § 3 Satz 3 Nr. 3 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert, vorausgesetzt, es bestand im letzten Jahr vor Beginn der Leistung Versicherungspflicht.

In der Summe ist zu konstatieren, dass eine Rente wegen MdE in der Unfallversicherung in der Regel günstiger ist als eine Erwerbsminderungsrente nach dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherung. Das gilt zunächst wegen fehlender Wartezeiten etc. Die Unfallrente setzt lediglich Versicherung und Versicherungsfall voraus. Sie kennt auch keine Abschläge wegen des Zeitpunktes ihres Beginns. In der Regel ist die Leistung auch höher, weil die Rente grundsätzlich zwei Drittel des durchschnittlichen Bruttoeinkommens des vorausgegangenen Jahres umfasst. Das Abstellen auf den Jahresarbeitsverdienst ermöglicht so die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards.[1692] Als ungünstiger gegenüber der allgemeinen Rentenversicherung könnte sich die Regelung allerdings erwei-

---

1690 BT-Drs. 11/4124, S. 174.
1691 KassKomm-*Wehrhahn*, § 93 SGB VI Rn. 19.
1692 SRH-*Spellbrink*, § 17 Rn. 180.

sen, wenn, was eher die Ausnahme ist, vor dem Versicherungsfall ein deutlich geringeres Einkommen erwirtschaftet wurde als in früheren Jahren der Erwerbsbiografie. Das wird in der Regel auch keine erhebliche Unbilligkeit im Sinne des § 87 SGB VII bedeuten, die eine Festsetzung des Jahresarbeitsverdienstes nach billigem Ermessen erzwingen würde. Denn die Verhältnisse im maßgeblichen Jahr sind dann durch die geringen Einkünfte gekennzeichnet. Anders wäre es etwa, wenn ausgerechnet in diesem Jahr ein ungewöhnlich geringer Verdienst liegen würde, z.B. weil einer vorübergehenden Teilzeittätigkeit nachgegangen wurde.[1693]

3.3.2.6 Flexibler Rentenzugang

3.3.2.6.1 Regelaltersrenten und Frührenten

Die Regelaltersrente nach § 35 SGB VI setzt die (fünfjährige, § 50 Abs. 1 SGB VI) allgemeine Wartezeit und das Erreichen der Regelaltersgrenze von 67 Jahren voraus. Ein früherer Rentenbeginn bereits mit 65 Jahren ist nur für schwerbehinderte Menschen (nach 35-jähriger Wartezeit) und für besonders langjährig Versicherte (Erfüllung einer 45-jährigen Wartezeit) nach §§ 37, 38 SGB VI vorgesehen sowie schließlich schon ab Vollendung des 62. Lebensjahrs (bei 25-jähriger Wartezeit) für langjährig untertage beschäftigte Bergleute nach § 40 SGB VI. Ganz grundsätzlich beabsichtigt der Gesetzgeber, dass Arbeitnehmer möglichst nicht vorzeitig in Rente gehen. Die Möglichkeit des vorzeitigen Altersrentenbezugs ist nur noch vorgesehen für schwerbehinderte Menschen (nach dem 62. Lebensjahr) und für langjährig Versicherte (ab dem 63. Lebensjahr).[1694] Der Tatbestand der langjährigen Versicherung nach § 36 SGB VI verlangt die Erfüllung der 35-jährigen Wartezeit. Etwas verwirrend ist insoweit, dass die Altersrente für langjährig Versicherte vorzeitig in Anspruch genommen werden kann, die Altersrente für *besonders* langjährig Versicherte hingegen nicht, weil hier schon die Altersgrenze etwas früher ansetzt. Ansonsten gibt es nur noch im Wege einer Übergangsvorschrift die Möglichkeit der Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Teilzeitarbeit nach § 237 SGB VI.

1693 So i.E. auch SRH-*Spellbrink*, § 17 Rn. 185.

1694 Rechtspolitische Kritik insoweit bei *Bieback*, SDSRV 63 (2013), der für ein Flexibilisierung auch im Hinblick auf einen vorgezogenen Rentenzugang plädiert, der ohnehin mit einem versicherungsmathematisch berechneten Abschlag im Hinblick auf die längere Rentenlaufzeit ausgeglichen wird.

Die Altersgrenze wurde durch das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz[1695] im Jahre 2007 von 65 auf 67 Jahre angehoben. Dazu gibt es in § 235 SGB VI eine Übergangsvorschrift, die ein nur allmähliches Ansteigen der Altersgrenze für die Geburtsjahrsgänge vor 1964 vorsieht. Wichtig sind die angesprochenen abweichenden Altersgrenzen, weil bei deren Erreichen ebenfalls ein abschlagsfreier Altersrentenbezug möglich ist. Die einzige Kategorie, die für sämtliche Beschäftigten insoweit in Betracht kommt, ist die Altersrente für besonders langjährig Versicherte, die bereits ab dem 65. Lebensjahr bezogen werden kann, wenn die weiteren versicherungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Vorgezogene Altersrenten bewirken eine um die Dauer des Vorziehens verlängerte Bezugsdauer der Rente, mit der keine äquivalente Beitragsbiografie korrespondiert. Umgekehrt führt ein späterer Beginn der Altersrente zu einer Verkürzung der Bezugsdauer. Dem trägt der Zugangsfaktor nach § 77 SGB VI Rechnung.[1696] Ausgehend vom Zugangsfaktor 1,0 vermindert sich der Zugangsfaktor um 0,003 für jeden Kalendermonat vor Erreichen der Regelaltersgrenze und erhöht sich um 0,005 für jeden Kalendermonat nach Erreichen der Altersgrenze. Der Zugangsfaktor erhöht oder vermindert so die persönlichen Entgeltpunkte und, da diese im Rahmen der Rentenformel nach § 64 SGB VI über die monatlichen Zahlbeträge der Rente entscheiden, damit auch die Rente.

Die Anhebung der Altersgrenze war politisch unpopulär. Angesichts einer deutlich gestiegenen Lebenserwartung und einer rückläufigen Bevölkerungsentwicklung war sie aber wohl unausweichlich, wenn man statt dieser Kürzung der Rentenbezugsdauer (die sich durch die gestiegene Lebenserwartung auf kaltem Wege verlängert hat) keine weitergehenden Rentenkürzungen einführen möchte. Der rechtspolitischen Kritik wurde zunächst durch die bereits angesprochene Übergangsregelung zum allmählichen Ansteigen der Altersgrenze Rechnung getragen, sodann durch Einführung einer Altersrente für besonders langjährig Versicherte mit der Fortführung der alten, bis dahin geltenden, Altersgrenze. Pikanterweise ist die Wartezeit mit 45 Jahren derart lang, dass viele Betroffene sie nicht erfüllen können. Für die angesprochene Zielgruppe bedeutet dies Steine statt Brot. Es war der klassische politische Kompromiss zwischen einerseits dem geforderten Entgegenkommen und andererseits dem beabsichtigten Aufrechterhalten des Versicherungsprinzips in diesem Zusammenhang.

1695 Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demographische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz) v. 20.4.2007, BGBl. I 554.

1696 Vgl. BSG 13.12.2017 – B 13 R 13/17 R, NZS 2018, 653, Rn. 35.

Mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG scheint dies nicht völlig unproblematisch, zudem wurden verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick darauf erhoben, dass Frauen statistisch deutlich schlechtere Chancen haben, die Voraussetzungen einer solchen Rente zu erfüllen.[1697] Im Zuge des RV-Leistungsverbesserungsgesetzes[1698] wurde die Altersgrenze für diese besondere Altersrente dann nochmals vorübergehend herabgesetzt. Nach § 236b SGB VI liegt die Altersgrenze bei den Geburtsjahrgängen bis 1952 bei der Vollendung des 63. Lebensjahrs. Für jüngere Geburtsjahrgänge steigt sie wieder pro Jahr um zwei Monate, sodass für Jahrgänge ab 1964 wieder die Altersgrenze von 65 Jahren maßgeblich ist. In einem vorerst letzten Schritt wurde im Zuge des Flexirentengesetzes[1699] versucht, Optionen zu schaffen, mit denen die Vermeidung von Altersarmut durch Selbsthilfe im Wege von Hinzuverdiensten und flexibler Gestaltung des Rentenzugangs ermöglicht wird. Auch wenn die Bezeichnung dies vermuten lässt, schafft das Flexirentengesetz keine Flexibilisierung „nach vorn". Die Möglichkeiten einer vorgezogenen Altersrente blieben dadurch unverändert. Umgestaltet wurden allerdings die Hinzuverdienstmöglichkeiten.

3.3.2.6.2 Vorgezogene Altersrente und Erwerbsbeschäftigung

Da eine vorgezogene Altersrente wegen des geringeren Zugangsfaktors zu Rentenabschlägen führt, und zudem während der Zeit bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze keine Entgeltpunkte mehr erworben werden, wirkt eine vorgezogene Altersrente an sich doppelt nachteilig. Allerdings kann durch Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze ganz oder teilweise ein verringerter Zugangsfaktor ausgeglichen werden. Diese sind bereits ab dem 50. Lebensjahr nach einer entsprechenden Rentenauskunft im Sinne des § 109 SGB VI zulässig. Sie lohnen sich, wenn mit einer längeren Zeit des Rentenbezuges gerechnet wird, eine Rückforderung ist allerdings nicht

---

1697 *Sodan/Adam*, NZS 2008, 1 ff.

1698 Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungsgesetz) v. 23.6.2014, BGBl. I 787; dazu *Dünn/Stosberg*, DRV 2014, 74 ff.; *dies.*, RVaktuell 2014, 156 ff.; zur Wirkung auf die Rentenberechtigung vgl. *Keck/Krickl*, RVaktuell 2018, 76 ff.

1699 Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben (Flexirentengesetz) v. 8.12.2016, BGBl. I 2838; dazu *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71 ff.; *Lorenz-Schmidt*, ZTR 2017, 199 ff.; *Matlok/Fecher*, DRV 2017, 1 ff.; *Rolfs*, NZS 2017, 164 ff.; *Ruland*, SGb 2017, 121 ff.; *Winkel/Nakielski*, SozSich 2017, 51 ff.

möglich (§ 187a Abs. 3 Satz 3 SGB VI). Um den Verlust von Entgeltpunkten bei vorgezogener Altersrente auszugleichen, haben Versicherte die Möglichkeit der Zahlung freiwilliger Beiträge nach § 7 Abs. 2 SGB VI, allerdings nur bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze. Angesichts der guten Rendite der gesetzlichen Rentenversicherung lohnt sich das,[1700] zumindest wenn nicht absehbar nur eine kurze Rentenbezugsdauer zu erwarten ist.

Dieser Weg steht allerdings nur offen, wenn entsprechende finanzielle Möglichkeiten gegeben sind. Wenn der Versicherte jedoch, etwa aus familiären oder gesundheitlichen Gründen, eine vorzeitige Altersrente in Anspruch nimmt, deren Höhe indes nicht auskömmlich ist, kommt es auf die Möglichkeiten des Zuverdienstes an. Auf diese wird im Folgenden nur mit Blick auf Zuverdienst durch abhängige Beschäftigung eingegangen. Dies entspricht dem Fokus der vorliegenden Untersuchung auf eine kohärente Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht. Auch würde die Übersichtlichkeit der Darstellung durch ein zusätzliches Eingehen auf Besonderheiten bei selbstständiger Tätigkeit nicht gerade gefördert.

Der Hinzuverdienst wurde in § 34 SGB VI durch das Flexirentengesetz neu geregelt.[1701] Statt der bisherigen monatlichen 450 € mit zweifacher Anhebung um weitere 450 € pro Jahr gibt es nunmehr eine jahresbezogene Verdienstgrenze mit betragsmäßiger Entsprechung von 6300 €. Verteilt auf zwölf Monate ergäbe das einen durchschnittlichen Hinzuverdienst von 525 €, sodass der Hinzuverdienst neben einer Frührente nicht zwingend im Rahmen eines Minijobs (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) erfolgen muss. Ein solcher Zuverdienst ist immer anrechnungsfrei. Bei einem darüberhinausgehenden Zuverdienst erfolgt eine Anrechnung, sodass nur eine Teilrente bezogen werden kann. Statt wie bisher in Stufen von 1/3, 1/2 oder 2/3 sind nunmehr Teilrenten stufenlos ab 10 % der Vollrente möglich (§ 42 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Dies kann der Versicherte frei wählen. Bei Überschreiten der Hinzuverdienstgrenzen nach § 34 SGB VI ergibt sich aber ein Höchstbetrag der Teilrente aus § 34 Abs. 3 ff. SGB VI. Dadurch sollen gewisse Härten, die sich durch das Herabrutschen auf die nächst geringere Teilrentenstufe ergeben und damit Rentenkürzungen über den Hinzuverdienst hinaus, ausgeglichen werden.[1702] Die Berechnung ist allerdings komplex, sodass zu

---

1700 *Winkel/Nakielsi*, SozSich 2017, 51, 53 f.

1701 Zur rechtspolitischen Kritik mit dem Ziel einer völligen Abschaffung der Hinzuverdienstgrenzen s. *Preis*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B112.

1702 *Ruland*, SGb 2017, 121, 123.

bezweifeln ist, ob sie einfacher ist als die Berechnung nach altem Recht, zudem lassen sich die Auswirkungen von Hinzuverdienst für Versicherte oftmals nur schwer prognostizieren.[1703] Von dem Hinzuverdienst, der die Grenze von 6300 € überschreitet, werden nach § 34 Abs. 3 Satz 2 SGB VI 40 % von der Vollrente abgezogen, sodass sich die dann maßgebliche Teilrente ergibt. Allerdings gibt es noch einen sog. Hinzuverdienstdeckel nach § 34 Abs. 3a SGB VI. Dieser soll verhindern, dass Rente und Hinzuverdienst das frühere Einkommen übersteigen.[1704] Er ist aus den Entgeltpunkten des Jahres mit den meisten erworbenen Entgeltpunkten innerhalb der letzten 15 Jahre zu ermitteln, indem diese Entgeltpunkte mit der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV multipliziert werden. Vereinfacht betrachtet bedeutet dies, dass (da die Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV dem Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr entspricht) ein Durchschnittsverdiener den Durchschnittsverdienst hinzuverdienen kann – wer höheres Einkommen hatte, kann mehr hinzuverdienen, bei geringerem Einkommen entsprechend weniger. Einkommen zuzüglich gekürzte Teilrente können über diesen Hinzuverdienstdeckel nicht hinausgehen, sondern es kommt zur vollen Einkommensanrechnung mit der Konsequenz einer entsprechend verminderten Teilrente.

Wenn der Hinzuverdienst den Betrag der Vollrente erreicht, entfällt der Rentenanspruch gemäß § 34 Abs. 3 Satz 4 SGB VI vollständig.

Die durch Anrechnung entsprechend verminderte Teilrente lässt sich im Vorhinein nicht exakt berechnen. Der Rentner muss daher eine Prognose anstellen und eine entsprechende Teilrente beantragen. Zum 1. Juli eines jeden Jahres erfolgt neben der Erstellung einer neuen Prognose für das nächste Jahr eine sogenannte Spitzabrechnung gemäß § 34 Abs. 3d SGB VI mit der Folge, dass die Rente gegebenenfalls nach § 34 Abs. 3f SGB VI neu berechnet werden muss. Das hat entsprechende Rückforderungen und Nachzahlungen zur Folge. Um dadurch bedingten übermäßigen Belastungen zu begegnen, besteht die Möglichkeit, nach § 34e SGB VI die Berücksichtigung geänderten Hinzuverdienstes in Höhe von mindestens 10 % zu beantragen.

Wenn der Rentner neben einer vorgezogenen Vollrente wegen Alters beschäftigt ist, besteht grundsätzlich Versicherungspflicht, auch im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung, sofern nicht ein Antrag auf Befreiung gestellt wurde

---

1703 *Matlok/Fecher*, DRV 2017, 1; vgl. auch *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 73.

1704 Zur rechtspolitischen Forderung, Hinzuverdienst allenfalls durch diese Grenze zu beschränken vgl. *Bieback*, SDSRV 63 (2013), 9, 22.

(s.o. 2.2). Selbst bei Bezug einer vorgezogenen Vollrente mit einer Beschäftigung innerhalb der Hinzuverdienstgrenzen besteht in dieser Beschäftigung Versicherungspflicht nach allgemeinen Grundsätzen. Denn die Versicherungsfreiheit bei Rentenbezug nach § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB VI greift erst ab Erreichen der Altersgrenze ein.

Der Bezug einer Teilrente neben der vorgezogenen Altersrente hat damit einen doppelten Vorteil. Es erfolgen nicht nur keine Abschläge durch geringeren Zugangsfaktor auf die nicht in Anspruch genommenen Entgeltpunkte, sondern es werden durch die weitere Beschäftigung zusätzliche Entgeltpunkte erworben. Diese werden nach § 66 Abs. 3a SGB VI allerdings nicht bei der vorgezogenen Altersrente sukzessive berücksichtigt, sondern erst mit Erreichen der Regelaltersgrenze.

3.3.2.6.3 (Teilweises) Hinauszögern der Altersrente

Eine Altersrente fällt nicht ohne weiteres bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen an. Es bedarf vielmehr eines Antrags gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI. Durch das Unterlassen eines Rentenantrags wird demzufolge der Rentenbeginn hinausgezögert. Auf diese Weise erhöht sich der Zugangsfaktor nach § 77 Abs. 3 SGB VI.

Es ist auch möglich, den Rentenbeginn lediglich teilweise hinauszuzögern, indem nach § 42 Abs. 1 SGB VI eine Teilrente in Anspruch genommen wird, die mindestens 10 % der Vollrente betragen muss (§ 42 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Weitere Vorgaben zur Höhe der Teilrente gibt es nicht. Hinzuverdienstgrenzen gibt es nur bei Bezug vorgezogener Altersrenten. Nach Erreichen der Altersgrenze gibt es keine Hinzuverdienstgrenzen, weder für Vollrenten wegen Alters noch für Teilrenten.[1705] Durch die freie Wahl der Höhe der Teilrente können Versicherte sich einen Teil der Rentenanwartschaft „aufsparen“. Für den nicht in Anspruch genommenen Teil der Rente erhöht sich der Zugangsfaktor gemäß § 77 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 SGB VI.

[1705] KassKomm-*Gürtner*, § 42 SGB VI Rn. 7.

3.3.2.6.4 Beschäftigung während des Rentenbezugs nach der Altersgrenze

Nach Erreichen der Altersgrenze ist die Weiterarbeit sozialrechtlich unproblematisch möglich. Es gibt auch keine Regelung, die irgendwelche Hinzuverdienstgrenzen vorsieht.

Bei Bezug einer Vollrente wegen Alters besteht Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung gemäß § 5 Abs. 4 SGB VI. Der Arbeitgeber muss aber dennoch nach § 173 Abs. 1 SGB IV den Arbeitgeberbeitrag abführen. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die Beschäftigung von Rentnern andere sozialversicherungspflichtige Beschäftigung verdrängt. Gleichermaßen besteht keine Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 SGB III, wobei der Arbeitgeber allerdings nach § 346 Abs. 3 SGB III grundsätzlich seinen fiktiven Beitragsanteil tragen muss. Einen kleinen Anreiz für eine Beschäftigung von Rentnern bietet das Gesetz mit einer bis 2021 befristeten Regelung in § 346 Abs. 3 Satz 3 SGB III, wonach der Arbeitgeber den Anteil zur Arbeitslosenversicherung vorübergehend nicht zahlen muss. In der Kranken- und Pflegeversicherung ist während des Bezugs einer Vollrente wegen Alters Versicherungspflicht als Rentner gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 SGB XI gegeben.[1706] Dabei setzt sich das beitragspflichtige Einkommen nach § 237 SGB V aus Rente sowie Arbeitseinkommen zusammen, wobei der Arbeitgeber allerdings nur den Beitragsanteil auf das Arbeitseinkommen zu tragen hat. Zudem wird, da kein Anspruch auf Krankengeld besteht (§ 44 Abs. 2 Nr. 4 SGB V) nach § 243 SGB V nur ein ermäßigter Beitragssatz von 14 % geschuldet. Bei Bezug nur einer Teilrente bleibt es hingegen bei der Versicherung als Beschäftigter gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI.

Das zusätzliche Einkommen aus der Beschäftigung bewirkt schon aus sich heraus neben der Rente einer Verbesserung der Gesamteinkommenssituation des Rentners. Darüber hinaus kann der Rentner seine Rentenanwartschaften verbessern, indem er auf die vorstehend beschriebene Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 4 Satz 2 SGB VI verzichtet und somit die Versicherungspflicht als Beschäftigter auslöst. Dadurch erwirbt er zusätzliche Entgeltpunkte. Die Rente wird dann jährlich zum 1. Juli gemäß § 66 Abs. 3a SGB VI neu berechnet unter Berücksichtigung der hinzugeschlagenen Entgeltpunkte. Wegen der stich-

---

1706 *Glombik*, WzS 2015, 274, 275.

tagsbezogenen Neuberechnung erhöht sich für diese Entgeltpunkte zudem der Zugangsfaktor nach § 77 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 SGB VI je Kalendermonat um 0,005. Der Verzicht auf die Versicherungsfreiheit bewirkt auch in einem Minijob (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI) Versicherungspflicht, allerdings mit dem vergleichsweise günstigen Beitragssatz von derzeit 3,6 %, weil der Arbeitgeber einen Beitrag von 15 % zu leisten hat und der Arbeitnehmer lediglich die Differenz zum allgemeinen Beitragssatz trägt (s.o. 2.2).

3.3.2.6.5 Grenzen des Hinzuverdienstes bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente

Die Hinzuverdienstgrenzen bei Erwerbsminderungsrenten regelt § 96a SGB VI. Auch sie wurden in Angleichung an die Struktur der Hinzuverdienstgrenzen für vorgezogene Altersrenten durch das Flexirentengesetz[1707] neu geregelt. Die jährliche Hinzuverdienstgrenze beträgt bei einer Rente wegen voller Erwerbsminderung gemäß § 96a Abs. 1c Satz 1 Nr. 2 SGB VI 6300 €. Bei einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung ergibt sich die Hinzuverdienstgrenze gemäß § 96a Abs. 1c Satz 1 Nr. 1 SGB VI aus der Zahl der Entgeltpunkte aus dem Jahr mit den höchsten Entgeltpunkten in den letzten 15 Kalenderjahren, multipliziert mit dem 0,81-fachen der jährlichen Bezugsgröße. Weitergehender Hinzuverdienst wird nach § 96a Abs. 2 SGB VI zu 40 % angerechnet. Die Regelungen zum Hinzuverdienstdeckel in § 96a Abs. 1b SGB VI entsprechen denen bei vorgezogenen Altersrenten

3.3.2.7 Eigenvorsorge

3.3.2.7.1 Förderung der Eigenvorsorge

Da nach der Rentenreform 2001 ergänzende Selbstvorsorge dringlicher geworden ist (s.o. 3.2), hat der Gesetzgeber mit ihr eine staatliche Förderung privater Vorsorge eingeführt („Riester-Rente“, benannt nach dem damaligen Arbeitsminister).

Die private Vorsorge wird entweder durch eine Zulage nach §§ 79 ff. EStG oder den steuerlichen Sonderausgabenabzug nach § 10a EStG gefördert. Die Zulage beträgt als Grundzulage gemäß § 84 Satz 1 EstG 175 € (bei unter 25-Jährigen zusätzlich einmalig 200 €). Hinzu kommt eine Kinderzulage nach § 85 EStG von

---

1707 S.o. Fn. 1702.

jährlich 300 € für jedes Kind. Voraussetzung der Förderung ist nach § 86 EStG ein Mindesteigenbeitrag in Höhe von 4 % der beitragspflichtigen Einnahmen, jedoch von höchstens 2100 € jährlich. Gefördert werden nach § 82 EStG eine private Vorsorge, die nach dem AltZertG[1708] zertifiziert ist, oder die Vorsorge durch Entgeltumwandlung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung (dazu sogleich)[1709]. Beide Vorsorgeformen schließen sich wechselseitig in der Förderung aus.

Hinzu kommt die durch das Alterseinkünftegesetz[1710] geregelte steuerliche Förderung zusätzlicher Vorsorgebeiträge im Wege des Sonderausgabenabzugs nach § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 EStG.

3.3.2.7.2 Betriebliche Altersversorgung

Die betriebliche Altersversorgung kann für Arbeitgeber ein wichtiges Mittel der Personalbindung darstellen. So wird der Arbeitgeber durch das Angebot einer zusätzlichen betrieblichen Altersversorgung für die Arbeitnehmer grundsätzlich attraktiver. Andererseits kann betriebliche Altersversorgung die Mobilität des Arbeitnehmers behindern und auf diese Weise Personalbindung ermöglichen. Das Betriebsrentengesetz statuiert dazu allerdings wichtige Grenzen.

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber allerdings bei der Einführung einer Betriebsrente frei, sofern dies nicht durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung verbindlich vorgeschrieben ist.[1711] Zwar hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Frage, ob es eine betriebliche Altersversorgung geben soll, wohl aber nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hinsichtlich der Ausgestaltung einer Versorgungsordnung.[1712] Hinsichtlich der betrieblichen Altersvorsorge durch eine Entgeltumwandlung ist der Arbeitgeber hingegen nicht frei. Hierauf hat der

---

1708 Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen (Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz – AltZertG) v. 26.6.2001, BGBl. I 1310, 1322.

1709 Zur „Riester-Förderung" in der betrieblichen Altersversorgung *Veith/Scherbarth*, BetrAV 2018, 356 ff.

1710 Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (Alterseinkünftegesetz – AltInkG) v. 9.7.2004, BGBl. I 1427.

1711 Die Verpflichtung zur Zahlung einer Betriebsrente aufmerksam begründeter Grundlage ist nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungskonform, BVerfG 29.2.2012 – 1 BvR 2378/10, NZA 2012, 788.

1712 BAG 12.6.1975 – 3 ABR 66/74, AuR 1975, 248; zur Mitbestimmung bei einer Änderung der Verteilungsgrundsätze vgl. BAG 23.9.1997 – 3 ABR 85/96, NZA 1998, 719.

Arbeitnehmer nach näherer Maßgabe des § 1a BetrAVG vielmehr einen Anspruch, und zwar hinsichtlich seiner Entgeltansprüche bis zu 4 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung. Dies steht allerdings unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Zulassung für tarifvertragliche Ansprüche nach § 20 Abs. 1 BetrAVG. Seit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz[1713] kann eine Entgeltumwandlung gemäß § 20 Abs. 2 BetrAVG auch tarifvertraglich bzw. auf Grundlage eines Tarifvertrages durch die Betriebsparteien vorgesehen werden, wobei der Arbeitnehmer allerdings die Möglichkeit hat, gegen die Entgeltumwandlung zu optieren.

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich die Wahl des Durchführungsweges für die betriebliche Altersversorgung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG. Wenn er die Altersversorgung allerdings nicht selber, sondern über externe Träger durchführt, muss er für diese nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG einstehen. Im Fall der Entgeltumwandlung müssen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Durchführungsweg einigen. Der Arbeitgeber kann den Anspruch aber auf die Durchführung über eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds oder eine Versorgungseinrichtung nach § 22 BetrAVG beschränken. Subsidiär kann der Arbeitnehmer nach § 1a BetrAVG den Abschluss einer Direktversicherung verlangen.

Änderungen der Versorgungsordnung, die mit Eingriffen in die Position des Arbeitnehmers verbunden sind, sind nach der Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Grundsätze von Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit streng an einem dreistufigen Schema zu messen.[1714] Für tarifvertragliche Änderungen der Versorgungsordnung gelten allerdings großzügigere Maßstäbe mit Rücksicht auf die Tarifautonomie.[1715]

§ 5 Abs. 1 BetrAVG statuiert ein Auszehrungsverbot, das es ausschließt, Versorgungsleistungen nach ihrer Festsetzung durch dynamisierte andere Leistungen schmälern zu lassen. Zur Sicherung der Werthaltigkeit der Versorgungsanwartschaft schreibt § 16 Abs. 1 BetrAVG eine Anpassungsprüfungspflicht alle drei Jahre vor, nach der der Arbeitgeber nach Billigkeit und unter Abwägung der wirtschaftlichen Lage mit den Belangen des Versorgungsempfängers über die Anpassung entscheiden muss. Gegen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit schützt die Einstandspflicht des Pensionssicherungsvereins gemäß § 7 BetrAVG,

---

1713 S.u. bei Fn. 1717.

1714 BAG 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, NZA 2016, 642.

1715 BAG 27.6.2006 – 3 AZR 212/05, DB 2007, 2491, 2492; BAG 31.7.2018 – 3 AZR 731/16, NZA 2019, 59, Rn. 39 f.

der durch Beiträge der Arbeitgeber finanziert wird. Diese Insolvenzsicherungspflicht ist nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungskonform.[1716] Kein Insolvenzschutz besteht allerdings für sog. reine Beitragszusagen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG, die im Zuge des Betriebsrentenstärkungsgesetzes eingeführt wurden, um Arbeitgebern erleichterten Anreiz zur Einführung einer betrieblichen Altersversorgung zu geben.

Im Fall einer vorzeitigen Vollrente wegen Alters verschafft § 6 BetrAVG einen korrespondierenden Anspruch auf eine vorgezogene Betriebsrente. Umgekehrt funktioniert dies allerdings nicht: Wenn eine Altersgrenze für die Betriebsrente vorgesehen ist, kann der Arbeitnehmer sie nicht hinausschieben durch die Nichtinanspruchnahme der gesetzlichen Rente (zu Letzterem vgl. 3.3.2.6.3).

Ein wichtiger Faktor für die Mobilität der Arbeitnehmer ist die Frage der Verfallbarkeit einer Betriebsrentenanwartschaft. Diese Frage wird in § 1b BetrAVG geregelt. Danach ist eine Betriebsrente grundsätzlich nach einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses von drei Jahren nach der Vollendung des 21. Lebensjahres unverfallbar. Sowohl das Mindestalter[1717] als auch die Mindestbeschäftigungsdauer[1718] wurden von der Rechtsprechung mit Rücksicht auf das Ziel einer Minimierung von Verwaltungsaufwand bzw. des Schutzes vor einer Vielzahl von kleinen Renten als mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar angesehen.

Der zweite wesentliche Faktor für die Mobilität der Arbeitnehmer ist die Frage der Portabilität. In Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie[1719] wurde diese Frage neu geregelt.[1720] Grundsätzlich ist die Übertragung einer unverfallbaren Anwartschaft nach § 4 Abs. 2 BetrAVG im Einvernehmen aller Beteiligten möglich. Unter den näheren Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 BetrAVG hat der Arbeitnehmer aber bei Durchführung über Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung

---

1716 BVerfG 16.7.2012 – 1 BvR 2983/10, NZA 2013, 193.

1717 BAG 28.5.2013 – 3 AZR 635/11, DB 2013, 1974, für die frühere Regelung eines Mindestalters von 30 Jahren.

1718 BAG 9.10.2012 – 3 AZR 477/10, NZA-RR 2013, 150.

1719 Richtlinie 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten durch Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen, Abl. L 128/1.

1720 Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie vom 21.12.2015, BGBl. I 2553; dazu *Frank*, BB 2015, 1973 ff.; *Rößler*, BetrAV 2015, 625 ff.

einen Übertragungsanspruch. Verfallbare Anwartschaften können demgegenüber nach Gutdünken der Beteiligten auf Dritte übertragen werden.[1721]

Da die betriebliche Altersversorgung weit weniger verbreitet war, als dies nach der Reform mit dem Altersvermögensgesetz im Jahr 2001 zu erwarten und wünschenswert war (s.o. 3.3.2), hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz[1722] versucht, zusätzliche Anreize für die Einrichtung betrieblicher Altersversorgung zu schaffen.

Eingeführt wurde die reine Beitragszusage ohne Mindest- oder Garantieleistungen und Insolvenzsicherung in § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG. Im Rahmen von Beitragszusagen können Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern hinsichtlich der betrieblichen Altersversorgung aus Anlass des Arbeitsverhältnisses Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung zusagen. Bei der nun eingeführten „reinen" Beitragszusage ist die Höhe der tatsächlichen Versorgungsleistungen vollständig von der Wertentwicklung der angelegten Beiträge abhängig. Es wird keine Mindestleistung festgelegt. Somit liegt das Anlage- und Wertentwicklungsrisiko allein beim Arbeitnehmer.[1723] Der Arbeitgeber kommt seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtung aus der Zusage bereits durch die Zahlung der zugesagten Beiträge nach. Somit beschränkt er sein daraus resultierendes Haftungsrisiko auf die reine Zahlung der zugesagten Beiträge („pay and forget"). Der Arbeitnehmer hat zwar das Risiko der Wertentwicklung zu tragen, ist sich dafür aber der Sicherheit der gesetzlichen Unverfallbarkeit – allerdings auch nur dieser – gewiss.

Geschaffen wurde ferner die Möglichkeit einer tarifvertraglichen Entgeltumwandlung mit Opting-out-Möglichkeit für die Arbeitnehmer in § 20 Abs. 2 BetrAVG. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber können durch Bezugnahmen in Arbeitsverträgen von dieser Regelung ebenfalls Gebrauch machen. Der Arbeitnehmer muss nach dieser Konzeption aktiv werden, wenn er keine Altersvorsorge durch Entgeltumwandlung betreiben möchte. Eine sicher noch effektivere Alternative wäre es, das Opting-Out nicht lediglich den Tarifparteien zu überlassen, sondern ein

---

1721 Vgl. BAG 4.8.1981 – 3 AZR 441/80, DB 1981, 2544; ferner Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Winkelmann/Hlava*, § 65 Rn. 89.

1722 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze v. 17.8.2017, BGBl. I 3214; dazu *Dünn*, RVaktuell 5+6/2017, 144 ff.; *Kerschbaumer*, BetrAV 2018, 276 ff.; *Kerschbaumer/Reuter*, SozSich 2017, 389 ff.; *Litschen/Günnewig*, NZS 2018, 921 ff.; *Reinecke*, AuR 2017, 432 ff.; *Rolfs*, NZA 2017, 1225 ff.

1723 *Langohr-Plato*, ZAP 2017, 1007 ff.

gesetzlich verpflichtendes System einzuführen. Davon wurde aber wegen der höheren Eingriffsintensität allerdings Abstand genommen.[1724]

Geschaffen wurde ferner ein spezifisches Fördermodell für Geringverdiener. Arbeitgeberfinanzierte Versorgungszusagen an Arbeitnehmer, die ein Bruttomonatsgehalt von nicht mehr als 2200 € beziehen, werden nunmehr gemäß § 100 EStG bezuschusst. Arbeitgeber, die eine Versorgung über mindestens 240 € Jahresbeitrag für den Arbeitnehmer einrichten, erhalten eine staatliche Förderung in Höhe von 30 % des aufgewendeten Beitrags. Diese Sonderförderung ist dabei durch maximal 480 € begrenzt.

Schließlich wurde ein Freibetrag für zusätzliche Altersvorsorge in § 82 Abs. 4 SGB XII bei der Grundsicherung im Alter geschaffen.

3.3.2.7.3 Zwischenfazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass betriebliche Altersvorsorge und private Vorsorge die Altersvorsorge durch die gesetzliche Rentenversicherung ergänzen können, aber nicht obligatorisch sind. Der Gesetzgeber versucht, hier Anreize zu schaffen. Das Gesetz schafft lediglich einen Mindestschutz hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung. Immerhin ist die Vorsorge über betriebliche Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung (was in Wirklichkeit den Namen betriebliche Altersversorgung nicht verdient) auch gegen den Willen des Arbeitgebers möglich. Doch auch diese setzt die Bereitschaft des Arbeitnehmers zu entsprechender Vorsorge sowie dessen diesbezügliche Leistungsfähigkeit voraus.

3.4 Rechtstatsächliche Situation

3.4.1 Versorgungslage allgemein

Nach Angaben der Deutschen Rentenversicherung Bund gab es im Jahr 2017 insgesamt 15.834.398 Altersrentner.[1725] Gezählt wurden in diesem Jahr 924.457 Rentenzugänge, wobei 165.638 davon Erwerbsminderungsrenten waren.[1726] Von den 758.918 Altersrenten betrafen immerhin 236.854 die Rente für besonders

---

1724 Entwurfsbegründung, BT-Drs. 780/16, S. 1.
1725 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 275.
1726 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 62.

langjährig Versicherte.[1727] Das durchschnittliche Rentenzugangsalter für Altersrenten lag bei 64,1 Jahren.[1728]

Der durchschnittliche Rentenzahlbetrag lag bei den Altersrenten bei 873 €.[1729] Das für sich zeigt schon, dass ein erheblicher Teil der Altersrentner nicht ohne Anspruch auf Grundsicherungsleistungen auskommt. Besonders alarmierend ist allerdings, dass von den Regelaltersrenten der durchschnittliche Zahlbetrag 580 € betrug, bei den Altersrenten für langjährig Versicherte 878 €.[1730] Es gab 421.593 Grundsicherungsfälle im Alter mit Rentenbezug, das sind 2,7 % der Regelaltersrentner.[1731] Diese Zahl ist zwar nicht enorm und lässt sich womöglich dadurch erklären, dass oftmals weitere (Alters-)Einkünfte zur Verfügung stehen, etwa im Paarkontext, aus Vermietung und Verpachtung oder Vermögen oder dass geringere Aufwendungen durch selbstgenutzte Immobilien anfallen.[1732] Sie lässt aber auch aufmerken, wenn man bedenkt, dass rund jeder 40. Altersrentner Grundsicherungsempfänger ist und es sicher einen nicht unbeträchtlichen Teil verschämter Altersarmut mit Grundsicherungsberechtigung ohne entsprechende Antragstellung gibt. Der Anteil derjenigen, die mit Erreichen des Rentenalters Grundsicherungsleistungen in Anspruch nehmen müssen, aber gar nicht rentenberechtigt sind, etwa weil sie die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, ist demgegenüber viermal so hoch.[1733]

Demgegenüber nahmen sich Altersrenten für besonders langjährig Versicherte vergleichsweise hoch mit durchschnittlich 1240 € aus.[1734] Das Ergebnis wirkt bizarr, wenn man bedenkt, dass die Altersrente für besonders langjährig Versicherte gerade deshalb eingeführt wurde, weil Bedenken im Hinblick darauf erhoben wurden, dass viele das angehobene Rentenalter nicht erreichen würden. Vergleicht man diese Ergebnisse mit den durchschnittlichen Zahlbeträgen von Erwerbsminderungsrenten, die im Jahr 2017 bei 716 € lagen[1735] (bereinigt

---

1727 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 62.
1728 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 137.
1729 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 123.
1730 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 123.
1731 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 275.
1732 Ausf. zur Versorgungslage unter Einbeziehung weiterer Versorgungssysteme und unter Berücksichtigung auch von Paarkontexten *Heien/Krämer*, Lebensverläufe und Altersvorsorge, DRV-Schriften Bd. 115, S. 39 ff.
1733 So die für 2011 angegeben Daten bei *Bäcker*, WSI-Mitt. 2013, 572, 576.
1734 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 123. Insgesamt zur Empirie dieser Rente im Jahr 2016 *Keck/Krickl*, RVaktuell 2018, 76 ff.
1735 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 123.

auf Renten wegen voller Erwerbsminderung: 754 €[1736]) und die mit teils deutlichen Abschlägen verbunden sind (s.u. 3.4.3), scheint die Regelung kaum zielführend gewesen zu sein.

Das nominale Rentenniveau netto vor Steuern lag im Jahr 2017 bei 48,3 % der Eckrente.[1737] Deutlich wird dadurch, dass de facto ein Verzicht auf private Vorsorge für die allermeisten Rentner fahrlässig ist. Gleichwohl gab es im Jahr 2017 mit 17.139.000 doch eine – angesichts einer Zahl von rund 37 Mio. abhängig Erwerbstätigen[1738] – vergleichsweise geringe Zahl von Zulagekonten für eine zusätzliche kapitalgedeckte Altersversorgung, allerdings bei leicht und kontinuierlich steigender Tendenz.[1739] Gerade bei Geringverdienern ist es nicht in dem gewünschten Maße zur Privatvorsorge gekommen.[1740] Andererseits weiß man, dass unter denjenigen, die die Förderung der privaten Vorsorge in Anspruch nehmen, der größte Teil unterdurchschnittliche Einkommen hat.[1741] Damit korrespondiert die vergleichsweise geringe Verbreitung von Betriebsrenten. Ende 2015 genossen mit 17,7 Millionen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten nur knapp 60 % eine Betriebsrentenanwartschaft bei ihrem Arbeitgeber.[1742] Gerade in Kleinbetrieben mit weniger als zehn Beschäftigten ist der Anteil mit 28 % besonders gering.[1743] Demgegenüber liegt der Anteil in Großbetrieben ab 1000 Beschäftigten bei 100 %.[1744]

Wenn man bedenkt, dass die zweite und dritte Säule konzeptionell ein gesunkenes Rentenniveau ausgleichen sollen, wäre natürlich besonders interessant, inwieweit private Vorsorge gerade bei denjenigen wirkt, die mit einem eher schlechten Rentenniveau zu rechnen haben. Dazu gibt es bislang leider wenig Aufschluss. Allerdings ist angesichts der geringen Verbreitung privater Vorsorge bei Geringverdienern zu befürchten, dass gerade dies nicht der Fall ist.[1745] Auch ein anderer Wert gibt in dem Zusammenhang Anlass zur Sorge: Insbe-

---

1736 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 126.
1737 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 258.
1738 https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12211-0010 (zuletzt geprüft am 14.2.2019).
1739 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 278.
1740 Alterssicherungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 18/10571, S. 118; *Böckler* impuls 17/2009, 5; *Promberger/Wübbeke/Zylowski*, IAB-Kurzbericht 15/2012. Zu den möglichen Einflüssen *Wilke*, WSI-Mitt. 2012, 189 ff.
1741 Vgl. die Angaben für 2014 bei *Jaworek/Kruse/Scher*barth, RVaktuell 2018, 87, 89 ff.
1742 BR-Drs. 780/1, S. 25.
1743 BR-Drs. 780/16, S. 25.
1744 Vgl. zum Ganzen *Blank*, SozSich 2013, 205 ff.
1745 Vgl. *Heien*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 47, 56.

sondere bei der betrieblichen Altersversorgung gibt es eine starke Spreizung nach Region und Geschlecht. Während 31 % der Männer aus den alten Bundesländern davon profitieren, sind es nur 2 % der Frauen in den neuen Bundesländern.[1746] Ob das Betriebsrentenstärkungsgesetz (s.o. 3.3.2.7.2) insgesamt zu einer besseren Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung führen wird,[1747] bleibt abzuwarten.

3.4.2 Einflüsse der Erwerbsbiografie

Der Eckrentner, der die Standardrente in 45 Beitragsjahren erwirtschaftet, ist nur eine theoretische Größe. Geringere wie höhere Beiträge, kürzere wie längere Beitragszeiten sind denkbar. Es hat sich allerdings im Rahmen der Ausführungen zu den Altersrenten und den rentenrechtlichen Zeiten (s.o. 3.3.2.2) gezeigt, dass Diskontinuitäten in der Erwerbsbiografie im Rentenrecht häufig mit Nachteilen behaftet sind. Das gilt insbesondere für Zeiten der Arbeitslosigkeit und der Erwerbsminderung sowie der Weiterbildung. Zeiten der Kindererziehung sind zumindest nach drei Jahren eher abträglich. Das bildet sich zumindest insoweit empirisch ab, als sich Kindererziehungszeiten von mehr als 60 Monaten in der Regel sichtbar nachteilig in Anwartschaften niederschlagen.[1748] Ähnlich sind massive Einbrüche in der Gruppe derer zu beobachten, die mehr als 60 Monate Arbeitslosigkeit aufweisen.[1749] Vergleichsweise „glimpflich" dürften Zeiten der Pflege ausgehen, jedenfalls dann, wenn kompatibel daneben einer Erwerbsbeschäftigung nachgegangen werden kann.

Festzustellen ist, dass Erwerbsbiografien sich in der empirischen Beobachtung verändert haben und verändern.[1750] Das gilt nicht nur zum Nachteil: Denn die zunehmende Erwerbsbeteiligung von Frauen in Westdeutschland bildet sich rentenrechtlich positiv ab, wenn man dies mit dem Zustand vergleicht, dass im wesentlichen nur Kindererziehungszeiten und Berücksichtigungszeiten zu Buche geschlagen wären. Freilich wäre es Augenwischerei, an dieser Stelle mit einem positiven Fazit zu enden. Das würde nicht berücksichtigen, dass gerade

---

1746 *Heien*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 47, 51.

1747 *Heien*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 47, 60, attestiert ein Einschlagen des richtigen Weges.

1748 *Heien/Krämer*, Lebensverläufe und Altersvorsorge, DRV-Schriften Bd. 115, S. 67.

1749 *Heien/Krämer*, Lebensverläufe und Altersvorsorge, DRV-Schriften Bd. 115, S. 68.

1750 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe im Wandel, S. 18 ff.; *Trischler*, S. 141 ff.

Frauen wesentlich Familienarbeit leisten und ihre Erwerbsbiografien öfter unterbrechen oder nur in Teilzeit beschäftigt sind[1751].

Hinzuweisen ist im Übrigen auch auf weitere positive Trends, die nach dem Beginn dieses Jahrtausends eingesetzt haben und langfristig die Werthaltigkeit von Rentenanwartschaften verbessern können. Dazu gehören ein Abbau der Arbeitslosigkeit, die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns, die Anhebung des Rentenzugangsalters und die Einschränkung der Möglichkeiten vorgezogener Altersrenten.[1752]

Wesentlich ist aber auch eine weitere Beobachtung, dass nämlich Erwerbsbiografien sich insgesamt in den letzten Dekaden erheblich verändert haben und sich die stabile Kernerwerbsphase verkürzt hat. Zunehmend sind nennenswerte Phasen der Arbeitslosigkeit, während der Kernerwerbsphase zwischen 30. und 50. Lebensjahr, insbesondere aber zu Beginn und am Ende der Erwerbsphase zu beobachten.[1753] Letzteres ist insbesondere nachteilig für die Rentenanwartschaften, wenn es sich um eine Zeit des Arbeitslosengeld II-Bezugs handelt, weil nach § 74 Satz 4 SGB VI diese Zeiten nicht in der Gesamtleistungsbewertung berücksichtigt werden. Dabei zeigt sich, dass – über alle Beschäftigtengruppen hinweg, also nicht nur diejenigen, die einen späteren Erwerbseinstieg haben – die Arbeitslosigkeitszeiten westdeutscher Männer und Frauen der Nachkriegsgenerationen von Kohorte zu Kohorte stiegen. Während die junge Nachkriegsgeneration erst im höheren Erwerbsalter von Arbeitslosigkeit betroffen war, waren die Geburtsjahrgänge 1970–1974 bereits im 32. Lebensjahr von durchschnittlich einem Jahr Arbeitslosigkeit betroffen. In Ostdeutschland war die Entwicklung noch krasser. Hier hatte die gleiche Kohorte durchschnittlich bereits 33 Monate Arbeitslosigkeit zu verzeichnen.[1754] Die Problematik verschärft sich insofern, als Unterbrechungen häufig nicht nur durch kurze Arbeitslosigkeit geprägt sind, sondern durch längere Zeiten von mehr als sechs Monaten, kombiniert mit einem Wechsel mit atypischen Beschäftigungsformen.[1755] Härter noch betroffen von diesen Befunden sind Beschäftigte in Ostdeutschland sowie Frauen in Westdeutschland, während parallel stabile Beschäftigungsbiografien

---

1751 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe im Wandel, S. 17.
1752 *Bäcker*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 19, 30 f.
1753 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe im Wandel, S. 18 ff., 21 ff.; vgl. auch , S. 11 ff.
1754 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 257.
1755 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe im Wandel, S. 32 ff.

insbesondere bei westdeutschen Männern in nennenswertem Umfang zu beobachten sind.[1756]

Gerade Beschäftigte im Niedriglohnbereich sowie befristet Beschäftigte tragen ein größeres Risiko der Erwerbsminderung,[1757] aber auch der Arbeitslosigkeit.[1758]

Wenig überraschend ist, dass sich dies angesichts der einführenden Überlegungen (s.o. 3.1) auf die Rentenanwartschaften negativ auswirkt, wie *Trischler* und *Kistler*[1759] in einer Studie zum Einfluss des Erwerbsverlaufs auf Rentenansprüche nachweisen: Danach fallen die erworbenen Entgeltpunkte in jüngeren Geburtenkohorten niedriger aus als in älteren und eine Ausnahme gilt lediglich für Frauen in Westdeutschland im Hinblick auf deren zunehmende Erwerbsbeteiligung.[1760] Dies bildet sich auch ab in der Summe der durchschnittlich erworbenen Entgeltpunkte während einzelner Erwerbsphasen.[1761] Gleichzeitig ist zu beobachten, dass dies vor allem im Wege einer Spreizung der Verteilung geschieht, indem insbesondere in den unteren Perzentilen durchschnittlich weniger Entgeltpunkte erworben wurden.[1762] Dabei zeigt sich eine hohe Plausibilität, dass Zeiten der Arbeitslosigkeit im Hinblick auf die geringeren Beiträge negativ wirken, weil im Längsschnitt die Zeiten der Arbeitslosigkeit insbesondere seit den achtziger Jahren bis zu Beginn dieses Jahrtausends vergleichsweise hoch waren.[1763] Zudem wirkt sich hier besonders Langzeitarbeitslosigkeit aus, weil Zeiten des Bezugs von Arbeitslosengeld II nicht mehr anwartschaftsbegründend wirken. Dämpfend wirkte insoweit noch die nominelle Vollbeschäftigung während der DDR-Zeit für die Beschäftigten in Ostdeutschland, weil die massiven Beschäftigungseinbrüche erst nach 1990 erfolgten.[1764] Dies wird aber zunehmend an Bedeutung verlieren. Eine empirische Bestätigung findet sich in dem Umstand, dass die durchschnittliche Zahl der Entgeltpunkte bei Männern bei mehr als einem Jahr Arbeitslosigkeit von 24 auf 22 sinkt und bei mehr als zwei Jahren auf 21.[1765] Demgegenüber ist der Effekt bei Frauen nicht so deutlich: Bei

---

1756 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe im Wandel, S. 18 ff. Passim, insb. S. 39.
1757 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 34.
1758 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 54 ff.
1759 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch; vgl. ferner *Trischler*, S. 265 ff.
1760 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 20 ff.
1761 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 23 ff.
1762 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 26 f.
1763 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 28 ff.
1764 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 30.
1765 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 34.

westdeutschen Frauen scheint ein stärkerer Zusammenhang von Kindererziehungszeit und Entgeltpunkten zu herrschen, bei ostdeutschen Frauen wirken sich Zeiten der Arbeitslosigkeit in nennenswertem Maße erst bei jüngeren Geburtenkohorten aus.[1766] Obwohl in der Arbeitslosenversicherung ein weitergehender Versicherungsschutz besteht (s.o. 3.3.2.2.4), sodass sich der Ertrag der Erwerbsbeteiligung unter Einbeziehung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung sowie Arbeitslosigkeit zunächst im Schnitt 1,1 Entgeltpunkte bei Männern und 1,0 Entgeltpunkte bei Frauen pro Jahr niederschlägt, fallen gleichwohl die kumulierten Entgeltpunkte bis zum 43. Lebensjahr bei Männern um 1,6 Punkte pro Jahr der Arbeitslosigkeit niedriger aus.[1767] Bei Frauen ist es nicht ganz so dramatisch mit einem durchschnittlichen Verlust von 0,3 Entgeltpunkten pro Jahr, was mutmaßlich darauf beruhen dürfte, dass Kindererziehungszeiten überwiegend bei Frauen berücksichtigt werden.[1768] Dies führt letztlich zu der Erkenntnis, dass Zeiten der Arbeitslosigkeit über die reinen rentenrechtlichen Effekte der Arbeitslosigkeit als solche hinaus negative Auswirkungen auf die Altersvorsorge haben.

Zuzugeben ist, dass hier auch ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis bestehen könnte, insoweit gerade bei niedrigeren Einkommen ein höheres Arbeitslosigkeitsrisiko besteht.[1769] Nichtsdestoweniger ist aber jedenfalls zu konstatieren, dass Arbeitslosigkeit sich ungeachtet der rentenrechtlichen Kompensation negativ auf die Altersversorgung auswirkt.

Insoweit wirkt besonders prekär, dass nach wie vor knapp 1 Million Menschen langzeitarbeitslos, d.h. länger als ein Jahr arbeitslos, sind. Dabei hat sich über die Entwicklung der Arbeitslosenzahlen gezeigt, dass die Langzeitarbeitslosigkeit mit rund einem Drittel parallel zum gesamten Arbeitsmarkt läuft und insgesamt schwer in den Griff zu bekommen ist.[1770]

Ein verstärkender Effekt ergibt sich insbesondere aus Zeiten der Arbeitslosigkeit an der Grenze zum Übergang in den Ruhestand. Gerade diejenigen, die im Vergleich wenig Entgeltpunkte bis dahin erworben hatten, können in dieser letzten Phase des Erwerbslebens keine entscheidenden zusätzlichen Anwartschaften erwerben und sind besonders nachteilig betroffen, wenn sie genötigt

---

1766 *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 35.
1767 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 259.
1768 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 259.
1769 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 259.
1770 *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 66.

sind, vorzeitig Altersrenten in Anspruch nehmen und dadurch Abschläge hinnehmen zu müssen.[1771]

Die Empirie zeigt auch eine zunehmende Dauer der Ausbildungsphase, wobei der damit verbundene spätere Erwerbseinstieg häufig mit vergleichsweise geringeren Entgeltpunkten in der Erwerbseinstiegsphase bis zum 30. Lebensjahr verbunden ist.[1772] Das ist insofern etwas überraschend, weil die Annahme eigentlich naheliegt, dass eine intensivere Ausbildung höhere Vergütungen zur Folge hat, die einen Ausgleich bei den Entgeltpunkten nach sich zieht. Das muss dann durch ein Plus an Entgeltpunkten in der weiteren Erwerbsbiografie ausgeglichen werden. Insoweit wirken dann Phasen der Arbeitslosigkeit besonders schädlich.

Was die Frage der Auswirkungen niedriger Entlohnung angeht, wissen wir bereits aus dem Kontext der Bezieher von ergänzenden Grundsicherungsleistungen um deren rentenrechtliche Relevanz (s.o. 2.4.2.4). Dabei wirkt sich atypische Beschäftigung tendenziell dahin aus, dass das Risiko einer niedrig entlohnten Beschäftigung besteht, und zwar nicht nur, wie naheliegend, bei Teilzeitbeschäftigten und Minijobbern, sondern auch bei vollzeitbeschäftigt befristeten Beschäftigten sowie Leiharbeitnehmern.[1773] Ferner wirken sich diskontinuierliche Erwerbsbiografien oftmals nachteilig aus, weil der Wechsel der Beschäftigung häufiger mit einer Verschlechterung und selten mit einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitsplatzsicherheit und der Aufstiegsmöglichkeiten verbunden ist.[1774]

Richtig ist zwar, dass die wirtschaftliche Situation dennoch nicht zwingend damit einhergehen muss, dass das Haushaltseinkommen vergleichsweise geringer ist. Angesichts der deutlich häufiger als noch in den 1950er oder 1960er Jahren anzutreffenden Erwerbsbeteiligung von Frauen mögen Versorgungseinbußen durch zusätzliche Versorgungsbezüge der Partner zumindest zum Teil kompensiert werden.[1775] Das kann aber überhaupt nur in einer Paarbeziehung funktionieren. Insofern könnten Alleinstehen oder Scheidung eine prekäre Lage zur Folge haben. Das bestätigt eine Studie von *Trischler/Kistler*, wonach insbesondere alleinstehende Frauen vergleichsweise schlecht abgesichert sind, wobei

---

1771 Vgl. *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 50 ff.

1772 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 254 f.; *Trischler/Kistler*, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, S. 40 ff.

1773 *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 67 f.

1774 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 59.

1775 *Trischler*, WSI-Mitt. 2012, 253, 260.

insbesondere in Westdeutschland die Versorgung von Frauen oftmals (derzeit noch) durch die gute Versorgung des Mannes in einer Paarbeziehung gewährleistet ist.[1776] Solange aber die Rentenversicherung eine individuelle Versorgung nach der individuellen Erwerbsbeteiligung vorsieht, ist jedenfalls problematisch, wenn der Ertrag der Vorsorge aus einer Erwerbsbiografie nicht genügt, um den Grundsicherungsbedarf im Alter abzudecken.

Allmendinger u.a. haben im Rahmen einer Längsschnittstudie die Frage einer Verfestigung der Prekarität unter Einbeziehung von Erwerbsformen und Haushaltslage untersucht.[1777] Dabei ist herausgekommen, dass Prekaritätslagen nicht zwingend verfestigt sind, es andererseits aber eine nicht zu unterschätzende Gruppe von Personen in anhaltender Prekarität (12 % der Befragten im Rahmen der Studie) gibt. Das relativiert freilich nicht das Unterversorgungsrisiko durch diskontinuierliche Erwerbsbiografien oder Biografien mit Phasen geringer Entlohnung, da sich gleichsam jede „Delle" in der Rente abbildet.

Letztlich zeigt sich, dass ein Großteil der Probleme der Altersversorgung ihre Ursachen im Arbeitsmarkt haben.[1778] Vor diesem Hintergrund wird eine Aufwärtsmobilität der Arbeitnehmer umso wichtiger. Diese ist derzeit aber nicht in vollem Umfang gewährleistet, die besten Chancen haben insoweit noch befristet Beschäftigte, während dies bei Teilzeitbeschäftigten eher nicht der Fall ist.[1779] Zudem nehmen Niedriglöhner in der Regel nicht an Weiterbildungsangeboten teil.[1780] Und auch Teilzeitbeschäftigte haben insoweit schlechtere Chancen.[1781] Hinzu kommt, dass jedenfalls bislang Arbeitsbedingungen für Beschäftigte im Längsschnitt in der Regel konstant bleiben[1782] und gerade Beschäftigten im Niedriglohnbereich ein Vergütungsaufstieg häufig nicht gelingt.[1783]

1776 *Trischler/Kistler*, Erwerbsverläufe und Alterseinkünfte im Paar- und Haushalskontext, S. 45 ff., 52 ff.

1777 *Allmendinger u.a.*, WSI-Mitt. 2018, 259 ff.

1778 Trischler/Kistler, Risikofaktoren und -gruppen für geringe Renten und Alterseinkünfte, S. 7.

1779 *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 69.

1780 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 32

1781 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 27.

1782 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 38 ff.

1783 *Trischler/Kistler*, Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, S. 40.

3.4.3 Erwerbsminderungsrenten und Verletztenrenten

Im März 2018 gab es knapp 1,8 Mio. Erwerbsminderungsrenten, eine Zahl, die bei knapp 7 % aller 24,45 Mio. Renten[1784] nicht zufriedenstellen kann. Hinzu kamen knapp 700.000 Verletztenrenten (gut 611.000 Unfallrenten und gut 83.000 Berufskrankheitenrenten).[1785] Von den 165.638 Erwerbsminderungsrentenzugängen im Jahr 2017 waren 146.623, also ein ganz erheblicher Anteil Renten wegen voller Erwerbsminderung.[1786] 23.754 Erwerbsminderungsrenten, d.h. 13,5 %, waren sog. Arbeitsmarktrenten.[1787] Bei den Erwerbsminderungsrenten waren 95,9 % durch Abschläge betroffen. Dabei wäre der durchschnittliche Rentenbetrag ohne Abschlag 894,63 € gewesen, durch den Abschlag betrug der durchschnittliche Rentenzahlbetrag 722,50 €.[1788] Die Rentenhöhe wird offensichtlich auch dadurch beeinflusst, dass Erwerbsminderungsrenten oftmals Arbeitslosigkeit bzw. Langzeitarbeitslosigkeit vorausgeht.[1789] So wird berichtet, dass 2011 rund ein Drittel der Erwerbsminderungsrentner zuvor arbeitslos war.[1790]

Es wird vielfach beklagt, dass Erwerbsminderungsrenten keine ausreichende Sicherung der materiellen Existenzgrundlage vermitteln könnten. Ein Blick auf die Grundsicherungsfälle bei Erwerbsminderung scheint dies zu bestätigen. Gut eine halbe Million Erwerbsminderungsrentner, die eine Rente wegen voller Erwerbsminderung im Jahr 2017 bezogen, bezogen Grundsicherungsleistungen.[1791] Bei etwa 1,7 Millionen Erwerbsminderungsrenten in diesem Jahr[1792] sind das gut 29 %.

Obwohl Erwerbsminderungsrenten nach § 102 Abs. 2 SGB VI in der Regel auf Zeit geleistet werden sollen, was der Erwartung einer Rückkehr in das Erwerbsleben entspricht, sieht die Realität deutlich anders aus: Die allerwenigsten kehren aus dem Bezug einer Erwerbsminderungsrente zurück. Leider gibt es dazu keine Statistik, Schätzungen belaufen sich auf zwischen 1 bis 3 % und 6 %.[1793]

1784 Aktuelle Zahlen in: RVaktuell 2018, 103.
1785 https://www.unfallrente.net/gesetzliche-unfallversicherung/bilanz-statistik (zuletzt geprüft am 22.8.2016).
1786 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 95.
1787 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 101.
1788 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 83.
1789 *Schäfer*, SozSich 2018, 133, 136.
1790 *Bäcker*, WSI-Mitt. 2013, 572, 575.
1791 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 274.
1792 Vgl. etwa die Zahlen für September und Oktober 2016 in: RVaktuell2016, 254.
1793 *Lippke/Zschucke/Hessel*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2018, 38.

Eine Studie bei der Deutschen Rentenversicherung Oldenburg-Bremen ergab, dass von 453 Versicherten im Erwerbsminderungsrentenbezug in einer Folgebefragung nach 17 Monaten, an der 285 Personen teilnahmen, lediglich vier in Erwerbstätigkeit zurückkehrten und sechs weitere Personen andere Leistungen in Anspruch nahmen. Das waren von den ursprünglich Befragten 4 %, von den Teilnehmern der Nachbefragung 2 %.[1794]

3.4.4 Beschäftigung von Altersrentnern

In diesem Zusammenhang ist auch interessant, in welchem Umfang Altersrentner weiterhin beschäftigt sind. Vor Einführung der Flexirente waren dies nicht allzu viele. Im Jahr 2011 waren etwa 385.000 Personen ab 65 Jahre abhängig beschäftigt, zu 54 % Männer, 46 % Frauen.[1795] Bemerkenswert ist, dass von diesen lediglich 18 % keine Berufsausbildung hatten.[1796] Das durchschnittliche Nettoeinkommen lag bei Männern mit gut 2000 € rund 500 €, bei Frauen mit knapp 1200 € rund 200 € über dem Nettoeinkommen von Nichterwerbstätigen jenseits der Altersgrenze.[1797] Im Jahr 2016 betrug die Zahl der Erwerbstätigen über 65-Jährigen 1,1 Millionen, was einer Erwerbsquote von 6,4 % entspricht.[1798] 2017 waren es schon 1,18 Millionen.[1799] Darunter waren 254.559 sozialversicherungspflichtig Beschäftigte im Jahr 2016, im Jahr 2017 waren es 287.813.[1800]

Aus der vergleichsweise geringen Zahl an Rentnern, die einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit nachgehen, kann man schwerlich Schlussfolgerungen herleiten, ob Altersrentner auf zusätzliche Erwerbstätigkeit angewiesen sind. Hierüber gibt es auch keine empirischen Erkenntnisse. Über diejenigen, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen, weiß man allerdings, dass eine soziale Motivation oftmals wichtig ist, während ebenfalls ein nicht geringer Teil finanzielle Gründe angibt.[1801] Beides muss sich im Übrigen nicht ausschließen. Wichtig wäre allerdings eine Kenntnis der Motivationslage bei denjenigen, die keiner Tätigkeit nachgehen. Denn problematisch ist gerade die Gruppe derjenigen, die gern einer Erwerbstätigkeit nachgehen würden, daran aber, aus welchen Gründen

---

1794 *Lippke/Zschucke/Hessel*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2018, 38, 41.
1795 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108.
1796 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.
1797 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.
1798 *Bieber/Stegmann*, DRV 2018, 300, 301 f.
1799 BT-Drs. 19/6239, S. 47.
1800 BT-Drs. 19/6239, S. 46.
1801 *Bieber/Stegmann*, DRV 2018, 300, 304 ff.; vgl. auch – insgesamt allerdings mit höheren Zahlen zu beiden Gruppen - *Anger/Trahms/Westermeier*, IAB-Kurzbericht 24/2018, 8 f.

auch immer, gehindert sind.[1802] Es scheint jedenfalls insoweit eine gewisse Selektion zu geben. Dafür spricht, dass immerhin ein Großteil dieser Erwerbstätigen Selbstständige sind, ferner vielfach solche mit hoher Arbeitszufriedenheit auch im Ruhestand erwerbstätig sind und schließlich oftmals tendenziell eher Besserverdiener einer Tätigkeit als Altersrentner nachgehen.[1803] Es hat sich auch gezeigt, dass diejenigen, die nach Erreichen der Altersgrenze erwerbstätig sind, keineswegs ausnahmslos aus finanziellen Motiven eine Beschäftigung nachgehen.[1804] Das ist wichtig auch mit Blick auf einen Zusammenhang, der im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht so eine große Rolle spielt, nämlich die Rekrutierungsinteressen der Unternehmen angesichts des demographischen Wandels. Denn diese lassen sich sicher nicht allein durch Altersrentner mit ungenügender sozialer Absicherung befriedigen. Dem entspricht es, dass die Unternehmen insoweit nur in etwa vier von fünf gewünschten Fällen Rentenberechtigte halten können.[1805]

Umgekehrt macht die geringe Zahl der Erwerbstätigen nach dem Erreichen der Altersgrenze deutlich, dass, wenn eine Aufbesserung des Einkommens durch Weiterarbeit nach der Rente notwendig ist, hier durchaus Nachbesserungspotenzial bestand oder besteht.[1806] Das findet eine gewisse Bestätigung darin, dass 1/5 der Männer und knapp 1/3 der Frauen trotz an sich vorhandenen Ruhestandswunsches einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder nachgehen wollen.[1807] Ob das allerdings wirklich allein durch die Regelungen zur Flexirente erreichbar ist, scheint fraglich. Bedenkt man, dass gerade höherqualifizierte Beschäftigte nach Erreichen des Rentenalters eine Erwerbstätigkeit ausüben (der Anteil derjenigen ohne Berufsausbildung ab 65 Jahren insgesamt liegt bei 29 % [!][1808]), könnte dies auch darauf hindeuten, dass das diejenigen Personen sind, bei denen der Erhalt der betriebsspezifischen Qualifikation gerade im Arbeitgeberinteresse liegt. Zwar sind auch andere Deutungen denkbar, etwa in dem Sinne, dass gerade höherqualifizierte Beschäftigte ihre Erwerbsfähigkeit länger erhalten konnten als gering qualifizierte. Zumindest aber muss man im Blick behalten, dass arbeitsrechtliche Altersgrenzen es Arbeitgebern gestatten, allein in Orientierung an unternehmerischen Interessen über die Weiterarbeit über das

---

1802 *Anger/Trahms/Westermeier*, IAB-Kurzbericht 24/2018, 4.
1803 *Bieber/Stegmann*, DRV 2018, 300, 303 f., 306 ff.
1804 *Bieber/Stegmann*, DRV 2018, 300 ff.
1805 *Anger/Trahms/Westermeier*, IAB-Kurzbericht 24/2018, 2.
1806 Vgl. auch *Anger/Trahms/Westermeier*, IAB-Kurzbericht 24/2018, 4
1807 *Anger/Trahms/Westermeier*, IAB-Kurzbericht 24/2018, 4.
1808 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.

Erreichen des Rentenalters hinaus zu entscheiden. Hierfür spricht auch, dass ein ganz erheblicher Teil der erwerbstätigen Altersrentner bereits seit einigen Jahren vor Erreichen der Altersgrenze für den Betrieb ihres jetzigen Arbeitgebers tätig war und die Betriebe folglich ein bereits vorhandenes Erfahrungs- und Betriebswissen für die Wertschöpfung nutzen möchten.[1809] Dass die Rentner sich nicht autonom für die Weiterarbeit im Betrieb entscheiden können, steht in einem gewissen Zielkonflikt mit der Ermöglichung des Aufbaus weiterer Rentenanwartschaften nach Erreichen des Rentenalters. Freilich scheint es auch andere Motivationslagen zu geben, wenn Altersrentner trotz vergleichsweise hoher Qualifikation in beträchtlichem Umfang auch Hilfstätigkeiten verrichten.[1810]

Interessanterweise wurden im Jahr 2011 lediglich 5,1 % der Verträge mit Rentnerinnen und 7,7 % der Verträge mit Rentnern befristet abgeschlossen, was zwar daran gelegen haben mag, dass Unsicherheiten über die Zulässigkeit einer solchen Befristung bestanden,[1811] jedoch auch zeigt, dass Unternehmen offensichtlich die fehlende Befristung gut „handeln" können. In der Regel wird es nicht dazu kommen, dass Arbeitnehmer bis zum Tode arbeiten, sodass das Bedürfnis nach einer Beendigung vermutlich mehr oder weniger gleichläufig sein wird. Freilich wird auch spekuliert, dass entsprechender Rechtsunsicherheit durch die Unternehmen in der Weise Rechnung getragen wird, dass verstärkt auf Werk- und Dienstverträge ausgewichen wird, denn immerhin sind mit 373.000 noch einmal so viele Selbstständige nach Erreichen der Regelaltersgrenze erwerbstätig wie abhängig Beschäftigte.[1812] Nachdem aber nun der EuGH die Befristungsmöglichkeit zur Weiterarbeit europarechtlich gebilligt hat (s.o. 2.3.2.2.5), bleibt freilich abzuwarten, ob sich an den Daten insoweit etwas ändern wird.

3.4.5 Zwischenfazit

Insgesamt ist zu konstatieren, dass Unterbrechungen der Erwerbsbiografie, Arbeitsplatzwechsel sowie atypische Beschäftigungen im Altersversorgungsniveau negativ zu Buche schlagen und die Bedarfssicherung im Alter gefährden.

1809 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 111.
1810 Vgl. die diffrenzierten Angaben bei *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 112.
1811 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.
1812 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 110.

Eine nicht zu unterschätzende Armutsgefährdung geht auch von Erwerbsminderungen aus.

3.5 Lösungsvorschläge für ein kohärentes System

Ausgehend von der Konzeption der Existenzsicherung in den Formen des bürgerlichen Wirtschafts- und Arbeitsrechts, in deren Rahmen auch die Vorsorge für das Alter erwirtschaftet wird mit der Folge, dass ab Erreichen eines bestimmten Alters oder Eintritt der Erwerbsminderung keine (volle) Erwerbsarbeit mehr nötig ist, sondern die Versorgung durch die Rentenversicherung (weitgehend) erfolgt (s.o. 3.3.1 und 3.3.2), stellt sich die Frage, ob das System dem gegenwärtig noch gerecht wird. Aus den empirischen Beobachtungen folgt, dass die Altersvorsorge in der gesetzlichen Rentenversicherung ganz allgemein unter Druck ist, weil die Erträge im Durchschnitt der Monatszahlbeträge nicht sehr üppig ausfallen. Das hat freilich keineswegs nur mit Diskontinuitäten in der Erwerbsbiografie zu tun. Solche verstärken diesen Effekt aber, da sie in den meisten Fällen zu Nachteilen bei den Rentenanwartschaften führen. Wo nicht viel Spiel nach unten ist, befeuern sie das Risiko der Altersarmut. Das Rentenniveau muss im Ergebnis so ausgestaltet sein, dass die „Normalbiografie" zu einer Rente deutlich oberhalb des Grundsicherungsniveaus führt, sodass für atypische Biografien nach unten Bodenfreiheit bleibt, ohne dass sie gleich in die Gefahr der Altersarmut abrutschen. Das lässt sich nur über die Leistungsseite regulieren. Zum anderen muss dafür gesorgt werden, dass ausgeschlossen ist, dass trotz langfristiger Beschäftigung keine genügenden Anwartschaften erworben werden.[1813]

3.5.1 Beobachtung und ggf. Stärkung privater Vorsorge

Die Rente allein ist nicht mehr darauf angelegt, die vollständige Altersversorgung zu gewährleisten, sondern hat sich ein Stück weit zum Zuschuss-Rentenmodell (rück-)orientiert. Wenn dies nicht genügt, um Altersarmut in nennenswertem Umfang zu verhindern, hat dies auch mit anderen Einflussfaktoren außerhalb der Rentenversicherung zu tun, insbesondere mit nicht genügender privater Vorsorge. Die Riester-Zulage hat insoweit offensichtlich nicht genügend Anreiz geschaffen.[1814] Das mag auch daran liegen, dass die Einkom-

---

1813 Vgl. auch *Waltermann*, SR 2014, 66, 76.

1814 Zu möglichen Reformen vgl. *Fasshauer/Petersen/Rieckhoff*, DRV 2018, 119 ff.

men der Arbeitnehmer nicht in allen Fällen hoch genug sind, dass sie es sich überhaupt „leisten" *können*, privat vorzusorgen. Insoweit mag bezweifelt werden, dass das Konzept der Entgeltumwandlung durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz einen großen Fortschritt bringen wird.

Ein bisher bestehendes Defizit liegt in der allgemein geringen Verbreitung von arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgungen: Besonders für kleinere Unternehmen und bei Personen in entgeltniedriger Beschäftigung bilden diese in den seltensten Fällen eine realistische Option. Dabei bietet eine betriebliche Altersvorsorge ein höheres Versorgungsniveau der Beschäftigten durch kapitalgedeckte Zusatzrenten, die potenziell geeignet wären, die Versorgungslücke zumindest ein wenig zu schließen. Diese oder private Vorsorge werden nach der Konzeption des Rechts der Altersversorgung aber erwartet (s.o. 3.3.2.7). Das Fehlen betrieblicher Altersversorgung erweist sich damit in fast allen Fällen als prekär.

Insoweit bleibt abzuwarten, welche Wirkungen das Betriebsrentenstärkungsgesetz insgesamt zeitigt.[1815] *Bieback* hat aber mit Recht darauf hingewiesen, dass private Vorsorgeformen durch eine strikte Beitragsorientierung darauf ausgerichtet sind, die Ungleichheit der Erwerbseinkommen im Alter abzubilden.[1816] Hinzu kommt die Finanzmarktabhängigkeit kapitalgedeckter Vorsorgesysteme.[1817] Der Königsweg ist die private Vorsorge, selbst wenn sie zunehmend um sich greift, damit sicher nicht.

3.5.2 Verlängerung der Lebensarbeitszeit

Wenn die Empirie zeigt, dass die Entwicklung des Rentenniveaus insgesamt darauf hinausläuft, dass viele Arbeitnehmer von Altersarmut im Rentenbezug bedroht sein werden, lässt sich das sicher durch eine Erhöhung der Renten im Sinne eines „kräftigen Schlucks aus der Pulle" ändern, bedürfte dann aber einer Finanzierung, die einiges kostet. Zudem wäre das nicht besonders effizient, weil auch Versicherte mit hohen Renten von solchen Zuwächsen profitieren würden.[1818]

1815 Bedenken, insoweit vor allem tarifliche Modelle gefördert werden, dadurch aber gerade die Betriebe, die keine Betriebsrenten anbieten, in vielen Fällen nicht erreicht würden *Litschen/Günnewig*, NZS 2018, 921 ff.

1816 *Bieback*, NDV 2010, 517, 518.

1817 *Ebbinghaus*, WSI-Mitt. 2018, 468 ff.

1818 *Ruland*, DRV 2018, 1, 18.

Das allgemeine Rentenniveau korreliert notwendig mit der Dauer des Rentenbezugs. Die Regelungen über den Zugangsfaktor machen dies beim individuellen Rentenbezug deutlich. Bei der durchschnittlichen Rentenbezugsdauer ist dies nicht anders. Wenn die Regelaltersgrenze höher liegt, verringert sich die durchschnittliche Rentenbezugsdauer und es sind daher geringere Rentenkosten zu finanzieren. Es sprechen daher gute Gründe dafür, Altersarmut entgegenzuwirken, indem die Altersgrenzen in der Rentenversicherung heraufgesetzt werden.[1819] Angesichts einer alternden Bevölkerung, die zu einer Verschlechterung des Verhältnisses von Beitragszahlern und Rentenbeziehern führt, sowie einer steigenden Lebenserwartung, die auf eine Verlängerung der Rentenbezugsdauer hinausläuft, scheint dies ohnehin, will man nicht eine deutliche Anhebung der Beiträge oder eine Entwertung der Leistungen in Kauf nehmen, praktisch alternativlos.[1820] Denn ohne eine entsprechende Änderung würde über die Anpassungsformel des § 68 Abs. 7 SGB VI mit dem Anstieg der Rentenbezieher ein Einschnitt im Rentenniveau erfolgen.[1821] Eine Erweiterung des Kreises der Beitragszahler scheint keine aussichtsreiche Alternative. Bei Beamten ist ohnehin fraglich, ob die Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar ist.[1822] Überdies wäre das keine nachhaltige Lösung, sondern nur eine kurzfristige Entlastung, weil die Erweiterung des Kreises der Beitragszahler auch eine Erweiterung des Kreises künftiger Rentner bedeutet.[1823] Wenn man daher über die Einbeziehung Solo-Selbstständiger in die Rentenversicherung diskutiert (s.o. 2.6.6.2), macht dies nicht unter dem Blickwinkel einer Erhöhung des Rentenniveaus Sinn, sondern nur unter der Fragestellung, ob es geboten ist, diejenigen, die ihren Lebensunterhalt durch Erwerbsarbeit erwirtschaften, in die Rentenversicherung einzubeziehen.[1824] Eine Verbesserung des Rentenniveaus lässt sich damit nicht erreichen.[1825] An demselben Problem scheitert letztlich ein Anheben der Beitragsbemessungsgrenze, weil ihr ebenfalls wiederum Leistungen entsprechen müssten, sodass lediglich ein kurzfristiger Liquiditätsgewinn damit zu erreichen wäre.[1826]

1819 *Waltermann*, NJW 2018, 193, 194. Ausführl. zur komplexen Wirkung einer Anhebung der Altersgrenze *Ruland*, NZS 2016, 721, 726 f.

1820 Dazu ausf. *Ruland*, DRV 2018, 1, 4 f., 14 ff.; *ders.*, NZS 2016, 721 ff.

1821 Vgl. *Ruland*, DRV 2018, 1, 5.

1822 *Ruland*, DRV 2018, 1, 9; *ders.*, NZS 2016, 712, 723.

1823 *Ruland*, DRV 2018, 1, 8 ff.

1824 Vgl. auch *Rische*, RVaktuell 2008, 2, 4.

1825 Vgl. *Ruland*, NZS 2016, 721, 724.

1826 *Ruland*, NZS 2016, 721, 724.

Dass die Verlängerung der Lebensarbeitszeit keine populäre Maßnahme ist, liegt auf der Hand. Denn die damit einhergehende Verlängerung der Lebensarbeitszeit erscheint wie ein erheblicher sozialer Einschnitt. Freilich würde damit nur ein Stück weit die in den letzten Jahrzehnten schleichend eingetretene Rentenbezugsdauer zurückgenommen.[1827] Sie hat sich von durchschnittlich 9,9 Jahren im Jahr 1960 (Westdeutschland) auf 19,9 Jahre im Jahr 2017 (Gesamtdeutschland) mehr als verdoppelt.[1828] Jedoch ist diese Verlängerung der Rentenbezugsdauer für viele so unbemerkt geblieben, dass sie kaum als Wohltat wahrgenommen wurde. Der Einschnitt hingegen würde ohne weiteres zur Kenntnis genommen, weil alle Betroffenen eben nur später in Rente gehen könnten.

Auf diese Weise lässt sich das Konzept der Vorleistungsbezogenheit der gesetzlichen Rentenversicherung auch in Zukunft durchhalten, ohne dass große Kreise der in das System Einbezogenen mit einem unzureichenden Ertrag konfrontiert sind, der den Bezug ergänzender Grundsicherungsleistungen erforderlich macht. Selbstverständlich ist dies überhaupt nur ein diskussionswürdiges Konzept, wenn es begleitet wird durch Prävention, auskömmliche Erwerbsminderungsrenten für diejenigen, die dennoch nicht bis zur Altersgrenze arbeiten können, sowie einen finanzierbaren Krankenversicherungsschutz.[1829] Ausführlicher zu diskutieren wäre in dem Zusammenhang die Forderung *Biebacks* nach einer stärkeren Einbindung der Betriebe nach niederländischem Vorbild.[1830] Die betriebliche Prävention wird dort weitestgehend über finanzielle (negative) Anreize reguliert.[1831]

In dem Zusammenhang muss erkannt werden, dass die Altersrente für besonders langjährig Versicherte im Ergebnis dazu führt, dass eine Gruppe von Versicherten eine längere Rentenbezugsdauer erhält, was im Ergebnis eine Umverteilung unter den Beitragszahlern bewirkt. Man kann darin eine „krasse Fehlentscheidung des Gesetzgebers" sehen,[1832] weil andere Versicherte dies mitbezahlen müssen. Davon werden insbesondere Frauen und solche mit Arbeitslosigkeitszeiten betroffen sein. Man kann dies freilich auch andersherum sehen und darin eine Honorierung des besonderen Beitrags zur Stärkung des Systems erblicken. Rechtspolitisch wäre es möglicherweise ein Beitrag zur Steigerung des Rentenniveaus als Ganzes, diese Option zu beseitigen und damit die Not-

---

1827 *Ruland*, DRV 2018, 1, 14 f.
1828 *DRV*, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2018, S. 157.
1829 *Waltermann*, NJW 2018, 193, 194.
1830 *Bieback*, SDSRV 63 (2013), 9, 33 f.
1831 Vgl. *Jaspers*/*Pennings*, in: Ales (Hrsg.), Health and Safety at Work, S. 329 ff.
1832 Vgl. *Ruland*, DRV 2018, 1, 14, m.wN.; *ders*., NZS 2016, 721, 727.

wendigkeit der Verlängerung der Lebensarbeitszeit für alle Versicherten ein Stück weit zu mindern. Andererseits spricht nichts dafür, dass sich derartiges aktuell rechtspolitisch realisieren lässt. Die rechtspolitische Diskussion wird dann ohnehin darauf hinauslaufen, wie in solchen Fällen der Weg in die Erwerbsminderungsrenten verbessert werden kann. Jedenfalls ergibt sich aus der vorliegenden Fragestellung einer besseren Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht kein Vorrang für die eine oder andere Lösung. Letztlich erscheint die Frage als ein Problem der Ausgestaltung der Verlängerung der Lebensarbeitszeit im Gesamtsystem.

Wie eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit konkret ausgestaltet werden muss, kann an dieser Stelle ohnehin nicht beantwortet werden, sondern setzt zur Beantwortung versicherungsmathematische Berechnungen voraus. Zu diskutieren wäre freilich die Überlegung, ob die Verlängerung der Lebensarbeitszeit gar nicht zwingend über Altersgrenzen erfolgen müsste, sondern stattdessen die Rentenzugangsberechtigung ganz allgemein an eine bestimmte Dauer der Systemangehörigkeit geknüpft wird. *Kreikebohm* hat kürzlich den Vorschlag unterbreitet, beim Einstieg in das und beim Ausstieg aus dem Erwerbsleben mehr Individualität zuzulassen und statt starrer Altersgrenzen eine Systemzugehörigkeitsdauer von beispielsweise[1833] 45 Jahren festzulegen.[1834] Nach Erreichen dieser Grenze könnte uneingeschränkt weitergearbeitet und gegebenenfalls weitere Anwartschaften erworben werden. Auch dies ist letztlich eine Ausgestaltungsfrage. Ihr Vorteil ist freilich auch ihr Nachteil. Weiterarbeiten müssen, während andere bereits im Ruhestand sind, kommt im Allgemeinen nicht gut an. Ob man sich für das eine oder andere System entscheidet, ist eine politische Entscheidung. Sie hat, wie *Kreikebohm* mit Recht betont, politisch den Vorteil, dass die Verlängerung der Lebensarbeitszeit auf diese Weise „weniger emotional" erfahren würde[1835] (um nicht zu sagen: verschleiert).

3.5.3 Beseitigung der Beitragsbegünstigung privater Vorsorge?

Problematisch ist die Sozialabgabenfreiheit von Vorsorgebeiträgen. Durch die Verringerung des Entgelts bei der Entgeltumwandlung wird das Einkommen als Basis der Beiträge bis zum Höchstsatz von 4 % der Beitragsbemessungsgrenze nach § 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV vermindert. Das entzieht der Rentenversiche-

---

1833 Auch dies wäre nach Ansicht d.Verf. eine Frage versicherungsmathematischer Berechnungen.

1834 *Kreikebohm*, NZS Editorial 16/2018.

1835 *Kreikebohm*, NZS Editorial 16/2018.

rung Beitragsaufkommen, durch die ungleiche Verteilung der Vorsorge aber in ungleichem Maße. Denn gleichwohl mindert sich dadurch das Rentenniveau für alle. Der zum 1.1.2019 in Kraft getretene § 1a Abs. 1a BetrAVG, wonach der Arbeitgeber einen Zuschuss von 15 % leisten muss als Ausgleich für die ersparten Sozialversicherungsbeiträge, beseitigt dieses Problem nicht, weil er lediglich dazu führt, dass die ersparten Beiträge in die private Vorsorge und zwar gerade derjenigen Person, die vorsorgt, umgeleitet wird.

Freilich würde die Abschaffung der Beitragsbegünstigung das Problem eines unzureichenden Rentenniveaus nicht nachhaltig lösen können, weil den Beiträgen auch Anwartschaften entsprechen müssen, sodass sich am Ende nur ein mittelfristiger Liquiditätsgewinn ergibt.[1836]

3.5.4 Lebensleistungs-, Zuschuss- oder Grundrente

Dass viele Menschen es nicht mehr schaffen, bis zum Rentenbezug erwerbstätig zu bleiben, kann, soll das bisherige Rentenniveau auch nur halbwegs gewahrt bleiben, jedenfalls nicht damit beantwortet werden, dass das Rentenzugangsalter abgesenkt wird. Vielmehr bedarf es, um nicht an den Symptomen zu kurieren, anderer rechtspolitischer Aktivitäten, namentlich mit Blick auf den Erhalt der Berufsfähigkeit (besonders durch Weiterbildung) und der Erwerbsfähigkeit (besonders durch Prävention).[1837]

Es lässt sich allerdings diskutieren, dies mit einer Sonderabsicherung für gerade diejenigen zu kombinieren, die über viele Jahre zum System beigetragen haben, gesundheitlich aber nicht bis zum Erreichen der Altersgrenze „durchhalten" können. Das ist bereits in der Vergangenheit mehrfach vorgeschlagen worden. Mit der Rente nach Mindesteinkommen gab es früher ein Vorbild in der Rentenversicherung (s.o. 3.3.2.3). Auch rechtsvergleichend gibt es entsprechende Modelle der Mindestrente sowie bedürftigkeitsabhängige Leistungen innerhalb des Rentensystems.[1838] Aktuell wird auch diskutiert, die Rente nach Mindestentgeltpunkten zu verlängern.[1839]

Da die Anhebung des Regelrentenalters auf 67 Jahre vielfach begleitet war von der Kritik, dass viele Beschäftigte gesundheitlich nicht in der Lage seien, bis zum Erreichen dieser Altersgrenze zu arbeiten, Rentenabschläge aber auch nicht

---

1836 *Ruland*, DRV 2018, 1, 11.
1837 Vgl. auch *Waltermann*, NJW 2018, 193, 194 f.
1838 Rechtsvergleichender Überblick bei *Bieback*, NDV 2010, 517, 519 f.
1839 Zu den Vor- und Nachteilen vgl. *Hoenig/Kerschbaumer/Schmidt*, WISOdirekt 8/2018.

zumutbar seien, brachte die frühere Arbeitsministerin *von der Leyen* das Konzept eine Lebensleistungsrente ins Gespräch. Dieses fand Eingang in den Koalitionsvertrag der sog. Großen Koalition von CDU, CSU und SPD. Darin wurde die Einführung einer solidarischen Lebensleistungsrente verabredet.[1840] Sie sollte eine Aufwertung von Entgeltpunkten mit sich bringen, wenn nach 40 Jahren Beiträgen in der Rentenversicherung weniger als 30 Entgeltpunkte erworben sind. Dazu sollten fünf Jahre Arbeitslosigkeit als Beitragsjahre behandelt werden. Für den Fall, dass dies nicht reicht, sollte nach Bedürftigkeitsprüfung ein weiterer Zuschlag bis auf eine Gesamtsumme von 30 Entgeltpunkten erfolgen. Voraussetzung wäre aber eine zusätzliche Altersvorsorge. Finanziert werden sollte dies aus Steuermitteln, die unter anderem dann im Bereich der Grundsicherung im Alter vermindert wären.

Später gab es aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Diskussion einer Zuschussrente,[1841] die an das von der SPD verfolgte Konzept der Solidarrente[1842] knüpfte. Das Modell der Zuschussrente fußte auf der Vorstellung einer Aufstockung von Niedrigrenten auf einen Mindestbetrag von 850 € im Monat, ebenfalls an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Auch im aktuellen Koalitionsvertrag ist verabredet, sich des Problems anzunehmen. Vorgesehen ist eine Grundrente, die die Lebensleistung honorieren soll.[1843] 35 Jahre mit Beiträgen, Kindererziehungs- oder Pflegezeiten sollen Voraussetzung für eine bedürftigkeitsabhängige Grundrente sein, die ein regelmäßiges Alterseinkommen von 10 % oberhalb des Grundsicherungsbedarfs garantiert. Außerdem sollen die Regelungen zum Schonvermögen reformiert werden. Abgewickelt werden soll die Grundrente über die Rentenversicherung, die bei der Bedürftigkeitsprüfung mit den Grundsicherungsämtern zusammenarbeiten soll. Die entscheidende Frage, woraus all dies finanziert werden soll, wird leider nicht beantwortet. In

---

1840 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 2013, S. 73.

1841 Vgl. SoSi plus 3/2012, S. 1 f.; dazu *Waltermann*, JZ 2012, 553 ff.; vgl. auch *Dünn*/*Stosberg*, RVaktuell 2013, 119 ff.

1842 Vgl. http://www.focus.de/finanzen/altersvorsorge/rente/nahles-nennt-erstmals-zahlen-zur-mindest-rente-geringverdiener-sollen-zehn-prozent-mehr-als-grundsicherung-bekommen_id_6248990.html (zuletzt geprüft: 1.2.2017) oder https://www.welt.de/wirtschaft/article160845132/Die-Rente-in-Deutschland-wird-unbezahlbar.html (zuletzt geprüft: 1.2.2017).

1843 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 92. Umsetzungsüberlegungen aus Sicht der Rentenversicherung bei *Matlok*/*Iovanovic*, RVaktuell 2018, 183 ff.

Umsetzung des Auftrags aus dem Koalitionsvertrag hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales inzwischen ein Konzept eine Respektrente erarbeitet,[1844] das aber im politischen Raum noch heftig umstritten ist.[1845]

Letztlich aber hat *Waltermann* mit Recht darauf hingewiesen, dass alle diese Überlegungen daran scheitern müssen, dass sie mit den Strukturprinzipien der Rentenversicherung bzw. der Gesamtkonzeption der Arbeits- und Sozialrechtsordnung partiell nicht vereinbar sind.[1846] Sicher sind Momente des solidarischen Ausgleichs Wesensmerkmal der Rentenversicherung und als solche grundsätzlich nicht zu beanstanden (s.o. 3.2).[1847] Allerdings geht es auch hier um ein Kurieren an Symptomen. Wenn die Rentenversicherung darauf ausgelegt ist, im Sinne einer beitragsorientierten Teilhabeäquivalenz durch Vorleistungen im Erwerbsleben Anwartschaften zu generieren (s.o. 3.3.2.1), muss die Lösung darin liegen, dass das System wieder so ausgestaltet wird, dass durch Erwerbsarbeit tatsächlich auch auskömmliche Anwartschaften erwirtschaftet werden können.[1848] Auch dadurch ließe sich dem sozialpolitischen Leitbild der Vorleistungsbezogenheit der Rente gerecht werden. In der Sache geht es um soziale Hilfe im (insoweit falschen) System der Versicherung.[1849] Vor diesem Hintergrund kann auch der Vorschlag der FDP für eine sogenannte Basisrente, die im Umfang von 20 % anrechnungsfrei im Rahmen der Grundsicherung sein soll,[1850] allenfalls als Auffanglösung überzeugen, nicht aber als ein grundsätzliches Konzept zur Bekämpfung von Altersarmut.

Eingewandt wird weiter, dass die Lebensleistungsrente die Bereitschaft zur Vorsorge untergrabe, weil man sich ja ohnehin auf ein gewisses Rentenniveau verlassen könne.[1851] Das überzeugt allerdings nicht vollständig. Wenn man sieht, dass bereits gegenwärtig vor allem diejenigen mit niedrigen Einkommen nicht privat vorsorgen, lässt dies weniger vermuten, dass allenthalben Gleichgültigkeit in Vertrauen auf Grundsicherungsträger vorherrscht, als vielmehr,

---

1844 http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2019/2019-02-01_BMAS_Eckpunkte_Grundrente.pdf (zuletzt geprüft am 15.2.2019).

1845 „Heil legt Konzept für Grundrente vor", SZ v. 4.2.2019, S. 5.

1846 *Waltermann*, SGb 2013, 433, 435; *ders.*, SR 2014, 66, 76; *ders.*, AuR 2018, 346, 349; zur Kritik ferner *Ruland*, DRV 2018, 1, 18 ff.

1847 *Bieback*, NDV 2010, 517, 520. Zum sozialen Ausgleich in der Rentenversicherung vgl. Ruland, SDSRV 63 (2013), 93 ff.

1848 *Waltermann*, SR 2014, 66, 76; vgl. auch bereits *Bieback*, NDV 2010, 517, 518.

1849 *Waltermann*, JZ 2012, 553, 559; *ders.*, AuR 2018, 346, 349; insg. krit. auch unter diesem Blickwinkel *Bäcker*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 19, 35 ff..

1850 Vgl. BT-Drs. 19/7694.

1851 *Ruland*, NZS 2016, 721, 726.

dass diejenigen, die gering verdienen, auch angesichts ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage sind, entsprechend vorzusorgen. Dann aber stellt sich die Frage des Anreizes, auf Vorsorge zu verzichten, nicht mehr ernsthaft.

Waltermann weist aber ergänzend darauf hin, dass Lösungen wie die Lebensleistungsrente darauf hinauslaufen, die Gegenwartsprobleme des Arbeitsmarktes in das Finanzaufkommen der nächsten Generation weiter zu verschieben.[1852] Das allerdings wird so oder so zum Problem. Denn die Beiträge von heute finanzieren nicht die Leistungen von morgen. Im Umlageverfahren werden die Leistungen von morgen durch die Beiträge von morgen finanziert.[1853] Die Beiträge von heute *garantieren* aber die Leistungen von morgen im Sinne individueller Anwartschaften. Wenn man sich dies klarmacht, scheint die Lösung auf der Hand zu liegen: Es muss heute dafür gesorgt werden, dass Beschäftigte in der Lage sind, ein Einkommen zu versichern, dass zu auskömmlichen Anwartschaften in der Zukunft führt. Dabei geht es aber immer nur um den Wert der Anwartschaft in Relation zu anderen. Dies ist im System der Entgeltpunkte angelegt, da diese sich nach § 70 SGB VI immer aus der Relation zu den Einkommen der übrigen Versicherten ergeben. Zugespitzt formuliert: wenn alle versicherungspflichtig Beschäftigten auf hohem Niveau gleich viel verdienen, kann dennoch jeder nur einen Entgeltpunkt pro Jahr erwerben. Die Werthaltigkeit des darin liegenden Versprechens künftiger Renten hat hingegen nichts mit dem verbeitragten Einkommen zu tun, sondern ergibt sich aus dem aktuellen Rentenwert nach § 68 SGB VI. Die dann zu realisierende Rente finanziert in jedem Fall die künftige Generation. Sie muss dies insbesondere nach § 153 Abs. 2 SGB VI aus Beitragsaufkommen und Bundeszuschuss tragen. Und das führt dann wiederum erneut zum Ausgangspunkt der Diskussion: Die Rentenversicherung muss so ausgestaltet sein, dass sie für die nächste Generation noch finanzierbar ist. Und da bleiben dann nur die Stellschrauben über den aktuellen Rentenwert oder die Bezugsdauer der Rente durch Bestimmung des Renteneintrittsalters. Wie man es dreht und wendet, es bleibt festzuhalten:

- Über die persönlichen Entgeltpunkte, die in ihrer Summe ein Abbild der Erwerbsbiografie sind, lässt sich „nur" der Anteil am Rentenaufkommen der späteren Rentnergeneration beeinflussen.
- Wie hoch dieses Rentenaufkommen ist und ob es in der Summe ausreichen kann, für breite Schichten der Rentnergeneration bedarfsdeckend zu wirken, ist eine Frage die entweder über den Rentenartfaktor oder über die Regelung

---

1852 *Waltermann*, SR 2014, 66, 76.

1853 Darauf weist auch *Waltermann*, SR 2014, 66, 77 f., hin.

der Rentenbezugsdauer reguliert wird. Eine sachgerechte Lösung muss beide Parameter im Blick haben, weil sie die Lasten zwischen Erwerbsbevölkerung und Ruhestandsbevölkerung verteilt: je länger die künftigen Rentner zur Erwerbsbevölkerung gehören, umso weniger muss in der Zeit finanziert werden und umso mehr lässt sich im Monatsbeitrag darstellen.

Das bloße Aufwerten von Anwartschaften ohne entsprechende Vorleistung durch Beiträge erweist sich damit als wenig sinnvolle Lösung. Das Problem lässt sich dann am Ende nur durch Begrenzungen auf der Ausgabenseite lösen, zumal infolge des RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetzes[1854] der Rentenbeitrag bis auf maximal 20 % begrenzt ist und zugleich das Sicherungsniveau vor Steuern bis 2025 bei 48 % notfalls über Steuergelder gewährleistet wird.[1855] Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Koalitionsparteien sich dessen durchaus bewusst waren, sich aber nicht getraut haben, diese Erkenntnis deutlich auszusprechen. Diese Aufgabe wird stattdessen zur langfristigen Klärung der Rentenkommission „Verlässlicher Generationenvertrag"[1856] überantwortet, die „die Stellschrauben der Rentenversicherung in ein langfristiges Gleichgewicht bringen (…)" soll.[1857] Beitragssatz deckeln und Leistungen stabilisieren wäre freilich eine Quadratur des Kreises, wenn dies nicht über Steuergelder finanziert würde.

Lebensleistungs-, Zuschuss- oder Grundrente sind damit keine tauglichen Konzepte zur Lösung der Probleme diskontinuierlicher Erwerbsbiografien. Erst recht muss das für das Konzept einer voraussetzungslosen Grundrente gelten,[1858] desgleichen für das bereits in anderem Zusammenhang (2.4.5.10) verworfene bedingungslose Grundeinkommen.

3.5.5 Förderung ertragsstarker Arbeitsverhältnisse

Eine kohärente Lösung scheint nach allem weniger in der Umverteilung innerhalb des Systems zu liegen, als in einer Stärkung des privaten Erwerbs als Grundlage der Anwartschaften.[1859] Die Einführung des gesetzlichen Mindest-

---

1854 S.o. Fn. 1661.

1855 Vgl. *Dünn/Steckmann*, DRV 2018, 281, 285 ff.

1856 Vgl. dazu *Lösekrug-Möller/Schiewerling*, BetrAV 2018, 427 f.

1857 Vgl. Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 92.

1858 Ebenso *Waltermann*, SGb 2013, 433, 435.

1859 *Waltermann*, SGb 2013, 433, 434.

lohns war als ein Mosaikstein ein Schritt in die richtige Richtung. Die Deregulierung der Leiharbeit in Richtung einer Etablierung von billigen Randbelegschaften war insoweit eine kontraproduktive rechtspolitische Fehlleistung,[1860] ihre Rückführung auf ihre Kernfunktion[1861] demgegenüber wiederum ein richtiger Schritt zurück[1862]. Im Kapitel über die „Aufstocker" wurde herausgearbeitet, dass eine erhebliche Erhöhung des Mindestlohns keine Option insoweit darstellt und eine Stärkung der Tarifautonomie insoweit vielversprechender ist (s.o. 2.4.5.5). Darüber hinaus wurden verschiedene Optionen vorgestellt, um Wege aus der „Teilzeitfalle" zu weisen, damit Versicherte über höhere Einkommen mehr Entgeltpunkte in ihrer Erwerbsbiografie erwerben können (s.o. 2.1). Schließlich ist auch die Abschaffung der Privilegierung von Minijobs – bis auf eine Bagatellgrenze (s.o. 2.2.9.4) – ein Beitrag, den Ertrag von Erwerbseinkommen für spätere Rentenanwartschaften zu steigern.[1863] Mit Recht wurde im Übrigen auch schon darauf hingewiesen, dass eine effektive Bekämpfung von Entgeltsdiskriminierungen auch einen Beitrag zur Bekämpfung von Armutsrenten bedeutet.[1864]

Erforderlich ist schließlich eine Arbeitsmarktpolitik, die effektiv Langzeitarbeitslosigkeit bekämpft.[1865] Wenn man bedenkt, dass gerade Zeiten der Arbeitslosigkeit negative Auswirkungen auf das Rentenniveau haben und insbesondere Zeiten der Langzeitarbeitslosigkeit im SGB II-Bezug insoweit nachteilig wirken, erscheint bedenklich, dass gerade Langzeitarbeitslose besonders schlechte Chancen haben, eine Beschäftigung (wieder) aufnehmen zu können.[1866] Die Große Koalition hat es allerdings auf ihre Fahnen geschrieben, der Langzeitarbeitslosigkeit wirksam zu begegnen.[1867]

1860 *Waltermann*, SGb 2013, 433, 437.
1861 Dazu *Deinert*, RdA 2014, 65, 69 ff.
1862 *Waltermann*, SGb 2013, 433, 437 f.
1863 *Waltermann*, SR 2014, 66, 77; *Bieback*, NDV 2010, 517, 518.
1864 *Bieback*, NDV 2010, 517, 518.
1865 *Ruland*, NZS 2016, 721, 723.
1866 Ausf. dazu *Künkler*, SozSich 2018 , 261 ff.
1867 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 50.

Ein Mittel dazu soll das Teilhabechancengesetz[1868] sein. Im Wesentlichen betrifft dieses zwei Instrumente. Durch das Instrument der Eingliederung von Langzeitarbeitslosen nach § 16e SGB II soll die Aufnahme einer nicht nur geringfügigen Beschäftigung durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt in Höhe von 75 % im ersten Jahr und 50 % im zweiten Jahr für Arbeitnehmer, die seit mindestens zwei Jahren arbeitslos sind, gefördert werden. Darüber hinaus wurde das Instrument der Teilhabe am Arbeitsmarkt nach § 16i SGB II eingeführt. Voraussetzung ist ein vorausgegangener mindestens sechsjähriger Leistungsbezug nach dem SGB II während der letzten sieben Jahre ohne Beschäftigung. Die Förderung dauert fünf Jahre und umfasst während der ersten beiden Jahre 100 % des Mindestlohns – oder bei Tarifbindung des Tarifentgelts – und nimmt in den folgenden Jahren um jeweils 10 %-Punkte ab. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses kann der Vertrag nach § 16i Abs. 8 SGB II sachgrundlos befristet werden und innerhalb der fünfjährigen Gesamtdauer insgesamt einmal verlängert werden. Sicher ist nicht ausgeschlossen, dass es auf diese Weise zu einer Dauerbeschäftigung kommt, weil der Beschäftigte die Chance erhält, während des Leistungsbezuges den Arbeitgeber von seinen Qualitäten zu überzeugen.[1869] Zudem mag man einen Anreiz darin sehen, dass die Arbeitgeber risikolos die betreffenden Arbeitnehmer auf diese Weise „testen" können. Gleichwohl scheint die Befristungsregelung kontraproduktiv, weil Mitnahmeeffekte geradezu vorprogrammiert scheinen. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum Arbeitgeber nicht auch bereits während der ersten zwei Jahre, während derer eine sachgrundlose Befristung nach § 14 TzBfG möglich ist, ohnehin ausreichend Zeit haben sollen, sich von den Qualitäten des vormals Langzeitarbeitslosen zu überzeugen. Genau genommen genügt an sich schon die sechsmonatige Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG. Was die Bundesregierung sich dabei gedacht hat, bleibt im Dunkeln. Die Begründung des Entwurfs erschöpft sich in diesem Punkt in einer bloßen Beschreibung der Regelung.[1870]

Positiv ist, dass das Arbeitsverhältnis, das durch den Teilhabezuschuss gefördert wird, sozialversicherungspflichtig und damit auch rentenversicherungspflichtig sein wird. Kein Schutz besteht allerdings in der Arbeitslosenversicherung.

1868 Zehntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Schaffung neuer Teilhabechancen für Langzeitarbeitslose auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt (Teilhabechancengesetz – 10. SGB II-ÄndG) v. 17.12.2018, BGBl. I 2583; Entwurf: BR-Drs. 366/18.

1869 Zu diesem Aspekt *Knuth*, SozSich 2018, 275, 275 f.

1870 BR-Drs. 366/18, S. 17.

Ob auf diese Weise allerdings Langzeitarbeitslose in nennenswerter Zahl wieder in den Arbeitsmarkt integriert werden können, bleibt abzuwarten.

Eine Schlüsselstellung nimmt zur Bekämpfung auch der Langzeitarbeitslosigkeit die Aus-, Fort- und Weiterbildung ein.[1871] Auch dies hat die Große Koalition erkannt und verspricht insoweit aktiv zu werden.[1872] Das Qualifizierungschancengesetz (s.o. 4.2.2.1) kann in dem Zusammenhang aber nur ein erster Schritt sein. Insoweit liegt es nahe, Zeiten der beruflichen Fort- und Weiterbildung künftig als Anrechnungszeiten zu qualifizieren, die dann auch rentensteigernde Wirkung im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung gemäß § 71 SGB VI haben können. Anders als bei Zeiten der Hochschulausbildung, bei denen das Gesetz der Erwartung eines in der späteren Erwerbsbiografie gesteigerten Erwerbs an Entgeltpunkten in § 74 Satz 4 SGB VI dadurch Rechnung trägt, dass diese Zeiten unbewertet bleiben,[1873] sollte hier durchaus ein zusätzlicher Anreiz bleiben, weil zum einen eine solche Erwartung bei der beruflichen Aus- und Fortbildung nicht in jedem Fall gerechtfertigt ist und zum anderen ein damit verbundener beruflicher Aufstieg auch fremdnützige Wirkung innerhalb des Systems entfalten kann, insoweit Stellen für Nachrücker frei werden und ein „Schornsteineffekt" eintreten kann.[1874]

3.5.6 Pflichtversicherung während des Bezuges von Arbeitslosengeld II?

In diesem Kapitel ist deutlich geworden, dass Erwerbsunterbrechungen erheblich nachteilig auf das Rentenniveau wirken. Lösungen mit Blick auf Befristungen wurden bereits im darauf bezogenen Abschnitt vorgeschlagen (s.o. 4.3.4.2–4.3.4.6). Im Übrigen müssen Lösungen bei der Frage der Arbeitslosigkeit ansetzen. Eine nachhaltig schnelle Vermittlung in Arbeit wäre die optimale Lösung. Die bisherigen Erfolge ernüchtern. Insbesondere gelingt es offensichtlich nicht, Langzeitarbeitslosigkeit zu überwinden, obwohl das SGB III hier einige Förderungsinstrumente bereithält. Ob die aktuellen Bemühungen der Regierungskoalition Fortschritte bringen werden, bleibt zunächst abzuwarten.

1871 *Ruland*, NZS 2016, 721, 723; *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 73 f.

1872 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 50.

1873 BSG 19.4.2011 – B 13 R 27/10 R, BSGE 108, 126, Rn. 55 ff.

1874 Vgl. dazu *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 73 f.

Dabei wirkt Arbeitslosigkeit besonders nachteilig auf die Altersversorgung, seitdem keine Beiträge für Grundsicherungsbezieher mehr gezahlt werden und Zeiten des Grundsicherungsbezugs nicht einmal mehr über Anrechnungszeiten bewertet werden. Die Frage ist daher, ob eine Rückkehr insoweit hilfreich ist.[1875] Die Begründung der Bundesregierung für die Abschaffung der Versicherungspflicht, dass es keine Aufgabe der Grundsicherung sei, künftiger Armut vorzubeugen,[1876] ist insoweit wenig stichhaltig. Immerhin war dies mit Arbeitslosenhilfe[1877] und Arbeitslosengeld II über Jahrzehnte anders praktiziert worden. Zudem sind auch Grundsicherungsbezieher nach der Konzeption des SGB II dem Arbeitsmarkt zugehörig zu sehen.

Letztlich geht es dabei um die Frage, was der Steuerzahler bezahlen soll. Denn die Beiträge zur Rentenversicherung würden durch den aktuellen Steuerzahler gezahlt. Gleichermaßen würde, wenn es beim bisherigen System bleibt, der Grundsicherungsbezug wegen unzureichender Rente durch den Steuerzahler gezahlt. Anders wäre es hingegen, wenn der Steuerzahler heute die Beiträge für die Grundsicherung übernimmt. Die späteren Rentenleistungen würden durch die Versichertengemeinschaft der künftigen Beitragszahler finanziert werden, während die aktuellen Beitragszahler durch die Beiträge des Steuerzahlers für die Grundsicherungsbezieher entlastet würden. Über das der Rentenversicherung zugrundeliegende Umlageverfahren (§ 153 Abs. 1 SGB VI) würde durch die Wiedereinführung der Beiträge zur Rentenversicherung mithin eine Belastung künftiger Beitragszahler für die Folgen der heutigen Arbeitslosigkeit anstelle der künftigen Steuerzahler bewirkt werden, wenn man diese Last nicht dem Bundeszuschuss (§§ 154 Abs. 2, 213 SGB VI) zuordnen möchte, der allerdings keinen konkreten Finanzierungszweck hat. Das scheint rechtspolitisch nicht opportun. Anders wäre es allenfalls, wenn es auch in Zukunft eine nicht unbeträchtliche Zahl von Grundsicherungsbeziehern gibt, für die der Steuerzahler Beiträge zahlt, die jedenfalls rechnerisch die Rentenleistungen an frühere Grundsicherungsbezieher mitfinanzieren. Das wiederum sollte aber nicht das Ziel der Arbeitsmarktpolitik sein.

1875 Dafür etwa *Ruland*, DRV 2018, 1, 18; *ders.*, NZS 2016, 721, 723; *Bieback*, SDSRV 63 (2013), 9, 18 vor der Abschaffung des Beitrags für eine Anhebung des Beitrags stattdessen *Bieback*, NDV 2010, 517, 519.

1876 S.o. 3.3.2.2.4.

1877 § 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI i.d.F. bis zur Änderung durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I 2954 mit Wirkung ab 1.1.2005.

Im vorliegenden Gesamtkontext der Frage nach einer Inkohärenz von Arbeitsrecht und Sozialrecht drängt sich ohnehin weder die eine noch die andere Lösung auf. Die Wiedereinführung der Versicherungspflicht für Grundsicherungsbezieher soll an dieser Stelle daher nicht vorgeschlagen werden.

3.5.7 Verlängerungsoption zur Realisierung eines flexibilisierten Renteneintritts

Ungeachtet der vorausgegangenen Überlegung zur Anhebung des Rentenniveaus insgesamt ist es zu begrüßen, wenn das Rentenversicherungsrecht Flexibilität bereithält, um die Altersversorgung auch während des Rentenbezugs aufzubessern. Solange es der Politik nicht gelingt, der Notwendigkeit einer Erhöhung des Rentenalters ins Auge zu sehen, gilt dies umso mehr. Zu diskutieren wäre freilich, ob es nicht sinnvoller wäre, die Höhe der Teilrente nicht vom Hinzuverdienst, sondern vom Umfang der Arbeitszeit abhängig zu machen.[1878]

Die derzeitige Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Rahmens lässt jedoch zweifeln, ob dies gelingen kann, wenn die Karten durch vertragliche Altersgrenzen bei Erreichen der rentenversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze neu gemischt werden und der Arbeitgeber es in der Hand hat, die Weiterbeschäftigung auf diejenigen Rentner zu beschränken, die für den betrieblichen Prozess zwingend benötigt werden. Das trocknet den Flexirentenansatz aus. Im Übrigen kann die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit produktiven Arbeitnehmern über das Rentenalter hinaus keineswegs der Königsweg zur Lösung des Fachkräftemangels sein.[1879]

Wenn das Arbeitsrecht durch Billigung von Altersgrenzen durch die Judikatur und sanktioniert durch die Regelung des § 41 Satz 2 und 3 SGB VI die Weiterarbeit nach Erreichen des Rentenalters von betriebswirtschaftlichen Entscheidungen des Arbeitgebers abhängig macht, andererseits aber das Sozialrecht Flexibilität des Arbeitnehmers hinsichtlich der Frage der Weiterarbeit nach Erreichen des Rentenalters schaffen will, hat man es mit einem klassischen Zielkonflikt, um nicht zu sagen mit einer kontraproduktiven Gesetzgebung, zu tun.[1880] Solange das sozialpolitische Leitbild allerdings an der Altersversorgung durch vorleistungsbezogene Renten festhält und zugleich das Leistungsrecht so ausge-

---

1878 Vgl. *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 78, 83.
1879 *Schmitz/Zink*, WSI-Mitt. 2017, 108, 115; a.A. *Kreikebohm/Mestwerdt*, RdA 2018, 71, 79.
1880 Ähnlich *Waltermann*, NJW 2018, 193, 198.

staltet, dass die Luft zum Atmen bei diskontinuierlichen Rentenbiografien fehlt, andererseits dies zu kompensieren trachtet durch flexible Ausgestaltung des Rentenzugangs, muss rechtspolitisch gefordert werden, dass die Beschäftigten auch arbeitsrechtlich die Möglichkeit haben, den flexiblen Rentenzugang zu realisieren.[1881]

Weiter oben (2.3.4.2.2) wurde dazu bereits ausgeführt, dass es rechtspolitisch mit Rücksicht auf das Flexibilitätsziel des Flexirentengesetzes vorzugswürdig wäre, einen Sachgrund für eine Befristung des Arbeitsvertrages nach Erreichen der Altersgrenze im Arbeitnehmerinteresse anzuerkennen, der von folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht wird:

- Äußerung eines diesbezüglichen Wunsches des Arbeitnehmers
- mit konkreter Dauer der gewünschten Vertragsverlängerung im Hinblick auf ein bestimmtes Rentenniveau-Ziel
- nach darauf bezogener Rentenauskunft.

Dies macht aus sich heraus Sinn, wenn es nicht um die Verlängerung des Arbeitsvertrages beim bisherigen Arbeitgeber geht, sondern um den Abschluss eines Arbeitsvertrages, der bislang noch nicht bestand, möglicherweise auch mit einem früheren Arbeitgeber. Keinen Sinn macht dies allerdings, wenn es darum geht, das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Arbeitgeber zu verlängern. Hier macht es viel mehr Sinn, der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in der Abwägung stärker Rechnung zu tragen, indem ihm eine Verlängerungsoption zugestanden wird. Wenn der Arbeitgeber hingegen gewichtige Gründe hat, warum er den Arbeitnehmer über den Zeitpunkt der Verlängerung hinaus nicht beschäftigen kann, mag er dem durch Kündigung Rechnung tragen.[1882] Diese Gestaltungsoption sollte aber von denselben Voraussetzungen abhängig gemacht werden wie der Befristungsgrund für ein Arbeitsverhältnis nach Erreichen des Regelrentenalters. Dadurch würde dann auch gewährleistet, dass es um einen überschaubaren Zeitraum der Weiterarbeit geht, sodass die Befürchtung, Arbeitnehmer würden ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Interesse an der Weiterarbeit vorspiegeln, um sich die Verlängerungsoption im Wege von Aufhebungsvertragsverhandlungen abkaufen zu lassen, nicht gerechtfertigt wäre. Denn das Druckpotenzial wäre angesichts des überschaubaren Zeitraums erheblich vermindert.

1881 Ähnlich wie hier *Waltermann*, SR 2014, 66, 79 ff.

1882 So auch die Überlegungen von *Waltermann*, NJW 2018, 193, 195.

Solange dies nicht geschieht und Arbeitgeber die Möglichkeit haben zu entscheiden, mit welchen Teilen der Belegschaft sie ab einem bestimmten Zeitpunkt weiterarbeiten möchten, muss man offen ansprechen, dass die Gesellschaft es sich leistet, dass Arbeitgeber Arbeitnehmer, die wegen ihrer geringen Rentenanwartschaften weiterarbeiten wollen, auf Kosten des Steuerzahlers gegen Jüngere austauschen können.[1883]

3.5.8 Realisierung des Restleistungsvermögens bei teilweiser Erwerbsminderung

Wie gezeigt ist das Rentenniveau von Erwerbsminderungsrenten im Schnitt prekär, insoweit eine erhebliche Zahl der Erwerbsminderungsrentner von ergänzenden Grundsicherungsleistungen abhängig ist (s.o. 3.4.3). Da auch Erwerbsminderungsrenten in ihrer Höhe letztlich durch die Zahl der persönlichen Entgeltpunkte beeinflusst werden, handelt es sich hier um einen Teil des Befundes und einen Teil des Problems zugleich. Erwerbsminderungsrenten fallen gerade bei diskontinuierlichen Erwerbsbiografien notwendig noch schlechter aus als bei kontinuierlichen. Sie bewirken zugleich eine Diskontinuität der Erwerbsbiografie, indem sie dazu führen, dass die für die Altersrente maßgebliche Biografie unterbrochen wird. Zwar wird die Biografie fiktiv über Zurechnungszeiten fortgeschrieben, es bleibt jedoch eine Lücke zwischen Ende der Zurechnungszeit und Regelaltersgrenze. Darüber hinaus bleibt ein Teil der Entgeltpunkte durch den geringeren Zugangsfaktor belastet (s.o. 3.3.2.4.2).

Es erscheint wie eine Binsenweisheit, dass das Problem durch erfolgreiche Prävention vermieden werden kann bzw. sollte.[1884] Die Frage, die jedenfalls von dieser Seite nicht beantwortet werden kann, ist aber, wie die Rechtsordnung nachhaltig eine solche erfolgreiche Prävention gewährleisten kann. Solange dies nicht gelingt, muss jedenfalls auch das Rentenversicherungsrecht Antworten finden. Zu diskutieren wäre auch in diesem Zusammenhang die weiter oben angesprochene Idee einer stärkeren Einbindung der Betriebe durch finanzielle Anreize (s.o. 3.5.2). Denn offensichtlich besteht ein enger Zusammenhang insbesondere bei Erwerbsminderungsrenten wegen psychischer Erkrankungen mit den Arbeitsbedingungen,[1885] sodass nicht ausgeschlossen scheint, dass dieser

---

1883 Ähnliche Kritik, wenngleich zurückhaltender formuliert, bei *Waltermann*, NJW 2018, 193, 198.

1884 Vgl. etwa *Walwei*, DRV-Schriften, Bd. 114, S. 62, 73; *Schäfer*, SozSich 2018, 133 137 f.

1885 *Neumann*, SozSich 2018, 144, 146.

Weg zu einer nennenswerten Verringerung der Zahl der Erwerbsminderungsrenten führen könnte.

Eine Aufwertung der Rentenanwartschaften für Erwerbsminderungsrentner ist in rechtlicher Hinsicht kein Problem. Denn dies ist letztlich nur eine Frage der Ausgestaltung des versicherten Risikos, das durch die Solidargemeinschaft der Beitragszahler getragen wird. Auch hier stellt sich letztlich nur die Frage der Finanzierung in der Summe (s.o. 3.5.4). Wenn es in der Entwurfsbegründung zum RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz heißt, die Abschaffung der Abschläge bei Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit sei abzulehnen, weil die Abschläge der längeren Laufzeit Rechnung trügen, die stattdessen geplante Verlängerung der Zurechnungszeit bewirke eine zielgerichtete und effiziente Verbesserung für den Fall der Erwerbsminderung,[1886] so überzeugt dies nicht. Das erklärt lediglich die Logik der Abschläge, soll aber suggerieren, dass dies eine unausweichliche Folgerichtigkeit sei. Das ist aber mitnichten so, vielmehr handelt es sich um eine politische Setzung, dass eine entsprechende Absicherung dieses Risikos durch die Solidargemeinschaft nicht gewünscht ist. Im Gegenteil lässt sich dem entgegenhalten, dass Abschläge ihrerseits systemwidrig seien.[1887] Immerhin ist die Rentenversicherung eine Versicherung gegen den Verlust der Erwerbsfähigkeit, bei der die Altersrente an sich lediglich an die unwiderlegliche Vermutung fehlender Erwerbsfähigkeit ab Erreichen des Rentenalters knüpft. Freilich ist auch einzuräumen, dass das Recht der Erwerbsminderungsrenten insgesamt der den Altersrenten zugrunde gelegten Logik einer Absicherung nach den versicherten Entgelten folgt. Das schließt eine politische Reform im Sinne eines Wechsels zu einer Einkommensausfallsicherung keineswegs aus,[1888] derartiges ist aktuell aber nicht im SGB VI angelegt.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Anhebung der Zurechnungszeit reicht, das Niveau von Erwerbsminderungsrenten in ausreichendem Maße anzuheben, denn immerhin bleibt die Problematik des verringerten Zugangsfaktors für die Hälfte der davon betroffenen Entgeltpunkte für Altersrenten.

Mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand besonders interessant ist der Aspekt, dass ein Großteil der Erwerbsminderungsrentner Arbeitsmarktrenten beziehen (s.o. 3.4.3). Mehr als jede zehnte Erwerbsminderungsrente ist eine Arbeitsmarktrente. Insgesamt gibt es etwa ebenso viele Arbeitsmarktrenten wie

---

1886 BT-Drs. 19/4668, S. 3.

1887 *Welti/Groskreutz*, Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, S. 77 f.

1888 Dafür mit guten Gründen *Welti/Groskreutz*, Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, S. 57 f.

Renten wegen teilweiser Erwerbsminderung. Dem Vernehmen aus der Praxis nach werden diese häufig gewährt, weil ein verschlossener Teilzeitarbeitsmarkt festgestellt wird und keine Reduzierung der Arbeitszeit im noch bestehenden Arbeitsverhältnis erfolgt. Hier scheint eine bessere Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht geboten. Denn es ist nicht einzusehen, dass die Versichertengemeinschaft für Arbeitsmarktrenten aufkommt, die entbehrlich wären, weil eine Beschäftigung im Rahmen des Restleistungsvermögens noch möglich wäre. Aktuell kommen zur Anpassung der Arbeitszeit zwei Anspruchsgrundlagen in Betracht, einerseits der allgemeine Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG (im Falle einer befristeten Arbeitsmarktrente auch der Anspruch auf Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG), andererseits im Falle einer Behinderung der Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung nach § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX. Die Ansprüche nach dem TzBfG können allerdings vor allem an zwei Gesichtspunkten scheitern: einerseits am Schwellenwert hinsichtlich der Betriebsgröße, andererseits an entgegenstehenden betrieblichen Gründen des Arbeitgebers. Demgegenüber ist beim Anspruch des schwerbehinderten Menschen kein Schwellenwert maßgeblich und der Arbeitgeber kann lediglich Unzumutbarkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen nach § 164 Abs. 5 Satz 3 a.E. i.V.m. Abs. 4 Satz 3 SGB IX einwenden. Andererseits setzt dieser Anspruch eine Schwerbehinderung voraus, die bei einer Erwerbsminderung wohl in der Regel gegeben ist, nicht aber zwingend. Zu konstatieren ist jedenfalls, dass in den meisten Fällen, nicht aber in allen, in denen eine Arbeitsmarktrente in Betracht kommt, diese durch Realisierung eines Teilzeitanspruchs abgewendet werden könnte, vorausgesetzt der Arbeitsplatz ist für eine Teilzeitbeschäftigung im Rahmen der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit für den Arbeitgeber geeignet.

Es böte sich aber in jedem Fall an, einen neuen § 44 SGB VI mit einem arbeitsrechtlichen Anspruch für teilweise Erwerbsgeminderte auf Arbeitszeitverringerung im Rahmen des Restleistungsvermögens einzuführen.[1889] Flankiert sollte dies werden durch einen Einschub zwischen § 43 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB VI, wonach eine volle Erwerbsminderung so lange nicht besteht, wie ein Anspruch nach diesem § 44 SGB VI nicht erfolglos geltend gemacht wurde.[1890]

1889 I.E. ebenfalls für eine entsprechende Ergänzung *Kocher u.a.*, S. 128.

1890 Zum bisherigen Fehlen einer entsprechenden Mitwirkungsobliegenheit des Versicherten vgl. *Freudenberg*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2018, 70, 71.

Ein zweiter Aspekt auf diesem Feld betrifft tarifvertragliche Regelungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei unbefristeten Erwerbsminderungsrenten. Zahlreiche tarifvertragliche Regelungen, insbesondere § 33 TVöD und § 33 TV-L sehen vor, dass eine unbefristete Erwerbsminderung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt.[1891] Die Rechtsprechung hält die Regelung, die der Sache nach eine auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses bedeutet, für zulässig mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers. Dieser werde dadurch Rechnung getragen, dass die Beendigung vom Bezug einer unbefristeten Erwerbsminderungsrente abhängt, der wiederum der sozialrechtlichen Dispositionsbefugnis des Arbeitnehmers im Hinblick auf das Antragserfordernis unterliege.[1892] Auch liege darin keine unzulässige Diskriminierung wegen einer Behinderung.[1893] Im Fall einer teilweisen Erwerbsminderung kann die Beendigung des Arbeitsvertrages allerdings eine Härte bedeuten, denn die Renten wegen teilweiser Erwerbsminderung können ja ohnehin nur partiell den Ausfall eines Teils der Erwerbsfähigkeit ausgleichen. Auch dies hält die Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG freilich für unbedenklich.[1894] Die Tarifvertragsparteien könnten angesichts der Erwerbsminderungsrente davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage sei, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Wenn dies, wie oftmals im Falle der teilweisen Erwerbsminderung, doch der Fall ist, werde dem ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass die tarifvertraglichen Bestimmungen die Verwertung eines Restleistungsvermögens im Wege der Weiterbeschäftigung zulassen, wenn der Arbeitnehmer dies innerhalb von zwei Wochen geltend macht und nach den Feststellungen des Rentenversicherungsträgers auf dem bisherigen oder einem geeigneten freien Arbeitsplatz eine solche Weiterbeschäftigung möglich ist und betrieblichen Interessen nicht entgegensteht.

Die rechtliche Einordnung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei unbefristeter Teilerwerbsminderungsrente mag den verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügen. Freilich ist es bedenklich, dass die Tarifvertragsparteien, noch dazu des öffentlichen Dienstes, die gesetzliche Konzeption der befristeten Erwerbsminderungsrenten auf den Kopf stellen, wenngleich § 175 SGB IX über den erweiterten Bestandsschutz an diese Gestaltungsoption knüpft und sie

---

1891 Dazu *Deinert*, VSSR 2018, 367, 381.

1892 BAG 18.12.2014 – 7 AZR 1002/12, NZA-RR 2016, 83, Rn. 24 ff., insb. 32 ff.; BAG 17.3.2016 – 6 AZR 221/15, NZA 2016, 1220, Rn. 21 ff.

1893 BAG 18.12.2014 – 7 AZR 1002/12, NZA-RR 2016, 83, Rn. 39 ff.

1894 BAG 17.3.2016 – 6 AZR 221/15, NZA 2016, 1220, Rn. 25 ff.

mithin voraussetzt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Absicherungsbedarf im Fall einer teilweisen Erwerbsminderung nur ein teilweiser ist, weil der Versicherte sein Restleistungsvermögen am Arbeitsmarkt noch verwerten kann. Die tarifvertraglichen Regelungen sehen dies an sich auch vor, verschieben aber die Initiativlast auf den Arbeitnehmer. Denn sie machen die Verwertung von einem entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers abhängig und stellen die Weiterbeschäftigung zudem unter den Vorbehalt betrieblicher Interessen. In rechtspolitischer Hinsicht ist daher zu fordern, dass dies eine Korrektur findet, indem gesetzlich geregelt wird, dass der Bezug einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann.[1895] Dies ließe sich gut als Ergänzung zu § 41 SGB VI regeln.

3.6 Zusammenfassung

Das Rentenniveau insgesamt lässt sich langfristig beim derzeitigen Finanzierungsmodell nicht mehr halten und droht künftig Altersarmut in nennenswerten Umfang hervorzubringen. Dieses Risiko wird durch diskontinuierliche Erwerbsbiografien und Erwerbsbiografien mit nennenswerten Zeiten geringer Entlohnung erheblich erhöht. Es lässt sich allgemein, und damit auch gerade für die genannten Fälle senken durch eine langfristige Stabilisierung der Rentenleistungen durch Verlängerung der Lebensarbeitszeit, d.h. Erhöhung der Altersgrenzen. Dadurch lässt sich das System der Vorleistungsbezogenheit bzw. Teilhabeäquivalenz auch in Zukunft aufrechterhalten.

Unabhängig davon ist die Rente nicht mehr auf Vollversorgung ausgelegt, sondern bedarf der Ergänzung durch private Vorsorge. Das geschieht bislang in unzureichendem Maße. Die Anreizwirkungen durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz bleiben insoweit abzuwarten. Die Beitragsbegünstigung privater Vorsorge entzieht der Rentenversicherung zwar in dem durch § 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV gezogenen Rahmen Beitragsaufkommen. Eine Beseitigung dieser Privilegierung würde allerdings nicht das Versorgungsniveau steigern können, sondern letztlich nur der Rentenversicherung einen mittelfristigen Liquiditätsgewinn verschaffen.

[1895] Weitergehend noch fordern *Kocher u.a.*, S. 128, einen Auschluss krankheitsbedingter Kündigungen.

Die von der aktuellen Regierungsmehrheit geplante Grundrente, die die Lebensleistung honorieren und bedürftigkeitsabhängig ein Alterseinkommen von 10 % oberhalb des Grundsicherungsbedarfs garantieren soll, passt nicht in das vorleistungsbezogene System der Finanzierung der Rentenversicherung über Erwerbsarbeit und verquickt das Rentenversicherungssystem mit Elementen sozialer Hilfe. Das Problem sollte im Kern angepackt und alles dafür getan werden, dass in ertragsstarken Arbeitsverhältnissen entsprechende Rentenanwartschaften erwirtschaftet werden können. Insofern sind insbesondere Maßnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, besonders der Langzeitarbeitslosigkeit, nach wie vor von zentraler Bedeutung und die Aus-, Fort- und Weiterbildung nimmt dabei eine Schlüsselstellung ein. Die Frage der Werthaltigkeit des Versorgungsversprechens bleibt hingegen weiterhin ein Problem der Finanzierbarkeit für künftige Generationen und lässt sich sinnvoll wohl nur durch die über das Rentenzugangsalter determinierte Rentenbezugsdauer steuern. Demgegenüber drängt sich die Wiedereinführung einer Pflichtversicherung während des Bezugs von Arbeitslosengeld II mit Blick auf die Frage nach einer kohärenten Politik des Arbeits- und Sozialrechts nicht auf, wenngleich es ansonsten gute rechtspolitische Gründe geben mag, dafür zu plädieren.

Das Konzept des Flexirentengesetzes, das in Wirklichkeit nur eine Flexibilisierung des Rentenzugangs über die Altersgrenze „nach hinten“ hinaus ermöglicht, droht durch die Determinanten des arbeitsrechtlichen Befristungsrechts konterkariert zu werden, weil Arbeitgeber es letztlich immer in der Hand haben, allein mit Rücksicht auf betriebliche Interessen über den flexiblen Rentenzugang zu entscheiden. Um dem zu begegnen, empfiehlt es sich, dem Arbeitnehmer eine Vertragsverlängerungsoption bei Erreichen der Altersgrenze einzuräumen, falls er einen diesbezüglichen Wunsch unter Angabe der konkreten Dauer der Fortsetzung in Hinblick auf ein bestimmtes Rentenniveau-Ziel nach darauf bezogener Rentenauskunft äußert. Falls es Gründe gibt, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis im Rahmen des geltenden Kündigungsrechts kündigen.

Die Konzeption der Renten wegen teilweiser Erwerbsminderung knüpft an die Möglichkeiten der Verwertung des Restleistungsvermögens. Da dies arbeitsrechtlich nicht gut begleitet ist, besteht die Gefahr, dass unnötig viele Renten wegen voller Erwerbsminderung in Gestalt der sog. Arbeitsmarktrenten gewährt werden, obwohl ein Restleistungsvermögen vorhanden ist. Insoweit empfiehlt es sich, einen, teils klarstellenden, teils ergänzenden arbeitsrechtlichen Anspruch auf Arbeitszeitverringerung im Rahmen des vorhandenen Restleistungsvermögens einzuführen und umgekehrt eine Arbeitsmarktrente so lange ausscheiden zu lassen, wie dieser Anspruch nicht erfolglos geltend gemacht

wurde. Darüber hinaus sollte gesetzlich ausgeschlossen werden, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Umstand des Bezugs einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung geknüpft wird.

4. Systemrelevante Felder

4.1 Langzeitkonten

Olaf Deinert/Amélie Sutterer-Kipping

4.1.1 Überblick: Arbeitszeitkonten, Langzeitkonten

Häufig werden flexible Arbeitszeitmodelle mithilfe von Arbeitszeitkonten umgesetzt. Sie ermöglichen eine interne Flexibilisierung der Arbeitszeit, ohne dass es einer Änderung des Arbeitsvertrages oder der sonstigen die Arbeitszeit bestimmenden Regelungen bedarf.[1896] Immer mehr Betriebe und Verwaltungen bieten ihren Beschäftigten Arbeitszeitkonten an. Zwischen 1999 und 2016 hat sich ihr Anteil von 18 auf 35 % nahezu verdoppelt.[1897] Ein Arbeitszeitkonto ist kein spezifisches Arbeitszeitmodell, sondern – ähnlich einem Geldkonto – ein Instrument zur Erfassung von Plus- und Minusstunden.[1898] Je nachdem, welcher Zweck verfolgt wird, ist zwischen Kurzzeit-, Gleitzeit- und Jahresarbeitszeitkonten (sog. Flexikonten) sowie Langzeitkonten bzw. Lebensarbeitszeitkonten, die als Wertguthaben geführt werden, zu unterscheiden. Flexikonten dienen nicht längerfristigen Freistellungen, sondern der flexiblen täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitszeitgestaltung oder dem Ausgleich von betrieblichen Produktions- und Arbeitszyklen (§ 7b Nr. 2 SGB IV).[1899]

Ein allgemeiner Rechtsanspruch auf längerfristige Freistellungszeiten von der Arbeitsleistung besteht im privaten Arbeitsverhältnis nicht (näher u. 4.1). Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus dem TzBfG. Nach § 8 Abs. 1 TzBfG können Arbeitnehmer eine unbefristete Reduzierung ihrer Arbeitszeit verlangen, wenn ihr Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestan-

---

1896 *Rochlitz*, Arbeitszeitkonten in der (Alters-)Vorsorge, S. 5.

1897 *Ellguth/Gerner/Zapf*, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1.

1898 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid,* § 29 Rn. 32; *Hildebrandt*, in: Hildebrandt (hrsg.), Lebenslaufpolitik im Betrieb, S. 174.

1899 *Hanau/Veit/Hoff*, Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten, D Rn. 1 ff.; *Seifert,* WSI-Mitt. 2005, 308; *Wotschack/Hildebrandt/Scheier,* WSI-Mitt. 2008, 619; *Kocher et al.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 265; Däubler-*Heuschmid,* § 1 TVG Rn. 742.

den hat und keine betrieblichen Gründe entgegenstehen (Einzelheiten o. 2.1.4.2.2.2). Eine weitere Voraussetzung des Anspruchs auf Arbeitszeitreduzierung ist nach § 8 Abs. 7 TzBfG, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Obwohl § 8 TzBfG keinen eigenständigen Anspruch auf Änderung der Verteilung der Arbeitszeit bereitstellt, ohne dass eine Verringerung der Arbeitszeit begehrt wird, besteht die Möglichkeit, den Antrag auf geringfügige Arbeitszeitreduzierung mit einem Antrag auf wesentliche Änderung der Verteilung der Arbeitszeit zu verbinden.[1900] Dabei ist nach der Rechtsprechung des BAG ein Neuverteilungsanspruch aus § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG bis zu den Grenzen des Rechtsmissbrauchs nicht auf das bisher vereinbarte Arbeitszeitverteilungsmodell beschränkt. Es bestehe bei der Verteilung der Arbeitszeit durchaus eine große Gestaltungsfreiheit – der Arbeitnehmer könne beispielsweise verlangen, statt in der Fünftagewoche in der Viertagewoche zu arbeiten – sodass die Verknüpfung der Arbeitszeitverringerung mit einer Arbeitszeitverteilung grundsätzlich in einem „Blockmodell" zulässig sei.[1901] Jedoch handelt es sich hierbei nicht um eine längerfristige Freistellungsregelung im Sinne eines Ansparens von Arbeitszeit, vielmehr geht es um eine generelle und unbefristete Verringerung und ggf. eine Umverteilung der Arbeitszeit. Eine erneute Verringerung der Arbeitszeit kann gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG frühestens nach zwei Jahren verlangt werden.

Auch die Regelungen zur Brückenteilzeit nach dem neuen § 9a TzBfG (s.o. 2.1.4.2.2.4) sind insoweit nicht anders zu bewerten. Der einzige Unterschied zum unbefristeten Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG liegt darin, dass eine Rückkehr zum alten Arbeitszeitvolumen möglich ist. Arbeitszeitkonten im oben angesprochenen Sinne betrifft dies allerdings nicht ohne Weiteres. Da kein allgemeiner Rechtsanspruch auf eine erarbeitete Freistellung von der Arbeitsleistung besteht, sind die entsprechenden Regelungen eines Langzeitkontos entweder individualvertraglich, im Rahmen einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag zu regeln (s.u. 4.1.3).

1900 Meinel/Heyn/Herms-*Heyn*, § 8 TzBfG Rn. 30; Rolfs, RdA 2001, 129, 134; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 6 – 3000 – 001/2017, S. 5.

1901 BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08, NZA 2009, 1207, 1209.

4.1.2 Sozialrechtliche Flankierung von Wertguthaben

Wertguthaben sind eine Form von Arbeitszeitkonten, die auf eine längerfristige Freistellung von der Arbeitsleistung (optionale Langzeitkonten) ausgerichtet sind bzw. dazu dienen, früher aus dem Berufsleben auszusteigen (Lebensarbeitszeitkonten).

Dazu bringen die Beschäftigten in der sog. Ansparphase Arbeitszeit (die in Arbeitsentgelt umzurechnen ist) bzw. Teile ihres (Brutto-)Arbeitsentgelts, der Arbeitgeber seinen Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung in das Wertguthaben ein. Das Wertguthaben wird inklusive Steuern und Sozialversicherungsbeitrag gemäß § 7d Abs. 1 Satz 1 SGB IV geführt. In der Freistellungsphase zahlt der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt aus dem Wertguthaben aus. Erst bei der Auszahlung werden für die ausgezahlten Arbeitsentgelte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 23b SGB IV fällig.[1902]

Die rechtlichen Rahmenbedingungen zu Wertguthaben sind im SGB IV geregelt. Durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelung (sog. „Flexi-I"-Gesetz) vom 6. April 1998[1903] wurde insbesondere die Frage der Sozialversicherungspflicht geklärt. Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze (sog. „Flexi-II"-Gesetz) vom 21. Dezember 2008[1904] wollte der Gesetzgeber mehr Rechtssicherheit bei der Einrichtung von Wertguthaben herstellen und für mehr Rechtsklarheit hinsichtlich der Abgrenzung von anderen Formen flexibler Arbeitszeitgestaltung sorgen. Darüber hinaus sollten Defizite beim gesetzlich angeordneten Insolvenzschutz für diese Form von Wertguthaben behoben und eine Portabilität der Guthaben bei einem Arbeitgeberwechsel eingeführt werden.[1905]

Einen wichtigen Anwendungsfall von Wertguthaben stellen Altersteilzeitkonten dar. Bereits vor dem Auslaufen der Förderung gemäß § 16 ATZG wurde sie in 2/3 der Fälle ohne sozialrechtliche Förderung realisiert; sie erfolgte überdies zu 90 % im sog. Blockmodell mit Anspar- und Freistellungsphase zwecks vorzeiti-

---

1902 Wissenschaftlicher Dienste des Deutschen Bundestages, WD 6 – 3000 – 001/2017, S. 7.

1903 Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeiten, BGBl. I 688.

1904 BGBl. I 2940; dazu *Knospe*, NZS 2009, 600 ff.; *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182 ff.; *Rolfs/Witschen*, NZS 2009, 295 ff.; *Ars/Blümke/Scheithauer*, BB 2009, 2252 ff.; *Cisch/Ulbrich*, BB 2009, 550 ff.

1905 BT-Drs. 16/10289, S. 1 ff.

gen Ausscheidens aus dem Erwerbsleben.[1906] Nach der Altersteilzeit gelten optionale Langzeitkonten und Lebensarbeitszeitkonten als die betrieblichen Übergangsinstrumente mit dem größten Anwendungspotenzial.

Mit dem Wegfall der geförderten Altersteilzeit (s.o. 2.1.4.5.3) ist das Interesse der Tarif- und Betriebsparteien an Langzeitkonten und deren Bedeutung deutlich gestiegen. In der tariflichen und betrieblichen Praxis spiegelt sich dieser Interessenzuwachs allerdings nur bedingt wider. Sie gelten immer noch als Ausnahme.[1907] Nach einer Analyse des IAB[1908] lag der Ausgleichszeitraum im Jahr 2016 in vier von zehn Betrieben mit Arbeitszeitkonten zwischen einem halben Jahr und einem Jahr. Wenig verbreitet waren dagegen Arbeitszeitkonten mit einem Ausgleichszeitraum von über einem Jahr und zwei Jahren und nur 1 % der Betriebe führte sie mit einem Ausgleichszeitraum von über zwei Jahren. Separate Langzeitkonten/Wertguthaben, auf denen größere Arbeitszeitguthaben explizit mit dem Ziel längerfristiger Freistellungen angespart werden können, wurden den Beschäftigten nur von 2 % der Betriebe in Deutschland angeboten. Die Verbreitung hängt stark von der Betriebsgröße ab. Bei kleineren Betrieben (bis 249 Mitarbeiter) war die Verbreitung gering und stagnierte auf diesem Niveau. Bei größeren Betrieben (500 und mehr Mitarbeiter) zeigte sich zwischen 2002 und 2010 eine deutlich steigende Tendenz. Ein Fünftel dieser Betrieb räumte ihren Beschäftigten die Möglichkeit ein, Langzeitkonten zu nutzen. Seither kam es zu keiner weiteren Zunahme.[1909] Besonders verbreitet sind Langzeitkonten in der öffentlichen Verwaltung und im Bereich Bildung und Erziehung, dagegen sind sie im verarbeitenden Gewerbe sowie in der Bau-, Wasser-, Energie- und Abfallwirtschaft eher selten vorzufinden.[1910] Zwischen den Jahren 2009 und 2016 haben optionale Langzeitkonten stark zugenommen, während der Anteil der Betriebe, die zum Ausgleich der angesparten Guthaben eine Verkürzung der Lebensarbeitszeit anbieten, seit 2002 abgenommen hat. In den meisten Betrieben sind die angesparten Zeitguthaben für Sabbaticals, Familienzeiten und Weiterbildungszeiten vorgesehen.[1911]

1906 *Wanger*, WSI-Mitt. 8/2010, 395.

1907 *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 622; *Heide*, Lebensarbeitszeitkonten aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 77; Däubler-*Heuschmid*, § 1 TVG Rn. 743.

1908 *Ellguth/Gerner/Zapf*, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1, 5.

1909 *Ellguth/Gerner/Zapf*, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1, 5.

1910 *Seifert/Kümmerling/Riedmann*, WSI-Mitt. 2013, 133, 136.

1911 *Ellguth/Gerner/Zapf*, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1, 6.

4.1.2.1 Wertguthabenvereinbarung

Mit den §§ 7b ff. SGB IV sind neue Regelungen für Wertguthabenvereinbarungen geschaffen worden.

Eine Wertguthabenvereinbarung im Sinne des § 7b SGB IV liegt vor, wenn

- der Aufbau des Wertguthabens auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgt,
- diese Vereinbarung nicht das Ziel der flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder den Ausgleich betrieblicher Produktions- und Ausgleichszeitzyklen verfolgt,
- Arbeitsentgelt in das Wertguthaben eingebracht wird, um es für Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu entnehmen,
- das aus dem Wertguthaben fällige Arbeitsentgelt mit einer vor oder nach der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird und
- das fällige Arbeitsentgelt insgesamt 450 € monatlich übersteigt, es sei denn, die Beschäftigung wurde vor der Freistellung als geringfügige Beschäftigung ausgeübt.

Keine Wertguthaben im Sinne dieses Gesetzes sind folglich Guthaben aus sog. Flexi-Konten. Diese dienen primär betrieblichen Interessen und gewährleisten eine am zyklischen Arbeitsaufkommen orientierte, wirtschaftlich sinnvolle Auslastung der Arbeitskräfte sowie einen gleichmäßigen Mitarbeiterbestand. Wertguthabenvereinbarungen sind dagegen darauf angelegt, ein Guthaben anzusparen, um Freistellungsphasen wie beispielsweise einen vorzeitigen Ruhestand, Sabbatical, Qualifizierungsmaßnahmen, Elternzeit oder die Pflege von Angehörigen finanziell zu überbrücken.[1912] Die Freistellung von der Arbeit muss primärer Zweck des Wertguthabens sein.[1913]

Das aus dem Wertguthaben fällige Arbeitsentgelt muss während der Freistellungsphase stets 450 € übersteigen. Damit soll verhindert werden, dass die Beschäftigung unter die Geringfügigkeitsschwelle des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV absinkt und so der kontinuierliche Sozialversicherungsschutz des Beschäftigten gefährdet wird.[1914] Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn es sich ohnehin auch vor der Freistellung schon um eine geringfügige Beschäftigung handelte. Denn

---

1912 ErfK-*Rolfs*, § 7b SGB IV Rn.3.
1913 *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182, 183.
1914 ErfK-*Rolfs*, § 7b SGB IV Rn.6; *Rolfs/Witschen*, NZS 2009, 295, 296.

dann kann auch kein Versicherungsschutz gefährdet werden. Mit dieser durch das Flexi-II-Gesetz eingefügten Regelung wurde somit auch geringfügig Beschäftigten gemäß § 7b Nr. 5 SGB IV das Anlegen eines Wertguthabens ermöglicht.

Langzeitkonten werden in der Regel aber nur einem Teil der Belegschaft angeboten. Aus dem Evaluationsbericht zum Flexi-II-Gesetz aus dem Jahr 2012 geht hervor, dass die Nutzung von Langzeitkonten in einem Großteil der Betriebe nicht allen Mitarbeitern offensteht. In knapp der Hälfte der Betriebe mit 50 oder mehr Beschäftigten, die sowohl Kurzzeit-/Flexikonten als auch Langzeitenkonten praktizierten, durften nicht alle zur Nutzung der Kurzzeit-/Flexikonten berechtigten Beschäftigten auch das Langzeitkonto nutzen. Mehr als die Hälfte der Betriebe, die nur über ein Langzeitkonto verfügten, schränkten den Nutzerkreis ein. Eine empirische Studie von 2010 über die Bereitstellung und den Zugang zu Langzeitkonten, die zur Vorbereitung des Berichts der Bundesregierung nach § 7g SGB IV angefertigt wurde (Evaluationsbericht zum Flexi-II-Gesetz[1915]), zeigte, dass insbesondere befristet Beschäftigte häufig von der Teilnahme an Langzeitkonten ausgeschlossen sind.[1916] Aber auch geringfügig Beschäftigten und leitenden Angestellten bleibt der Zugang zu betrieblichen Langzeitkonten häufig verwehrt. Die Neuregelung des Flexi-II-Gesetzes räumt zwar den geringfügig Beschäftigten grundsätzlich die Möglichkeit ein, Wertguthaben aufzubauen, die Entscheidung, ob diese Beschäftigtengruppe tatsächlich Zugang hat, liegt jedoch, sofern keine Benachteiligung wegen Teilzeitarbeit (§ 4 TzBfG), Diskriminierung, etwa wegen des Geschlechts (§§ 1, 3, 7 AGG), oder unzulässige Ungleichbehandlung entgegen dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. u. 4.1.3) vorliegt, im Ermessen des Arbeitgebers bzw. der Betriebsparteien. In 36 % der Betriebe mit Langzeitkonten und 50 oder mehr Beschäftigten blieb den geringfügig Beschäftigten die Nutzung von Langzeitkonten versperrt. Eine Analyse des IAB bestätigt dieses Bild. Von den insgesamt 11 % aller Beschäftigten, die im Jahr 2016 in Betrieben mit Langzeitkonten arbeiteten, waren nur etwa drei Viertel in die entsprechenden Regelungen einbezogen – das sind etwa 8 % aller Beschäftigten. Nicht alle Mitarbeiter, die Zugang zu einem Langzeitkonto haben, nutzen diese Möglichkeit auch. Unter

---

1915 BT-Drs. 17/8991.

1916 *Riedmann/Kümmerling/Seifert,* Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 70; Anm.: In jedem dritten Betrieb mit Langzeitkonten gab es befristet Beschäftigte, die keinen Zugang zum Arbeitszeitkonto hatten.

rund drei Millionen potenziellen Nutzern im Jahr 2016 machten nur 800.000 Beschäftigte von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch. Insgesamt nutzte damit nur jeder fünfzigste Beschäftigte ein separates Langzeitkonto.[1917]

Im Rahmen des Evaluationsberichts zum Flexi-II-Gesetz wurden die Personalverantwortlichen gefragt, unter welchen Beschäftigtengruppen in ihrem Betrieb der Anteil der tatsächlichen Nutzer am höchsten ist. In 39 % der befragten Betriebe mit 50 oder mehr Beschäftigten machte unter den Männern die Altersgruppe der 35- bis 49-Jährigen am häufigsten von der Nutzung von Langzeitkonten Gebrauch. Für die Frauen war in den meisten Betrieben (37 %) die Nutzung unter den über 49-Jährigen am stärksten ausgeprägt. Die zeitliche Verschiebung ist damit erklärbar, dass Frauen in der Altersgruppe von 35 bis 49 Jahren aufgrund der Doppelbelastung durch Familie und Beruf deutlich häufiger in Teilzeit arbeiten als Männer und damit weniger Überstunden ansammeln. Die Studie zeigte zudem, dass bei Betrieben mit 50 und mehr Beschäftigten über alle Branchengruppen hinweg Facharbeiter und Fachangestellte die intensivsten Nutzer der Langzeitkonten waren. Bei An- oder Ungelernten in einfacheren Tätigkeiten spielten Langzeitkonten hingegen kaum eine Rolle. [1918]

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass nur eine Minderheit diese Kontenform auch tatsächlich nutzt, sodass Langzeitkonten im Vergleich zu allgemeinen Arbeitszeitkonten nicht nur einen geringeren Verbreitungsgrad aufweisen, sondern auch eine geringere Nutzungsquote.

4.1.2.1.1 Verwendungszweck

§ 7c SGB IV regelt die Verwendung von Wertguthaben. Das Wertguthaben kann gemäß § 7c Abs. 1 Nr. 1 SGB IV für die gesetzlich geregelte vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung oder für gesetzlich geregelte Verringerung der Arbeitszeit verwendet werden, insbesondere für Zeiten,

a) in denen der Beschäftigte eine Freistellung nach § 3 PflegeZG oder nach § 2 FPfZG für Angehörige verlangen kann,

b) in denen der Beschäftigte nach § 15 BEEG ein Kind selbst betreut und erzieht,

---

1917 *Ellguth/Gerner/Zapf*, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1, 5.

1918 *Riedmann/Kümmerling/Seifert,* Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 74; *Seifert/Kümmerling/Riedmann*, WSI-Mitt. 2013, 133, 137.

c) für die der Beschäftigte eine Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nach §§ 8 oder 9a TzBfG verlangen kann; § 8 TzBfG gilt mit der Maßgabe, dass die Arbeitszeit auf die Dauer der Entnahme aus dem Wertguthaben befristet werden kann.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, gemäß § 7c Abs. 1 Nr. 2 SGB IV die Wertguthaben für weitere vertragliche Freistellungszwecke in Anspruch zu nehmen – insbesondere für Zeiten,

a) die unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters nach dem SGB VI bezieht oder beziehen könnte oder

b) in denen der Beschäftigte an beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen teilnimmt.

Die Vertragsparteien können in freier Gestaltung auch andere Freistellungszwecke festlegen, für die das Wertguthaben in Anspruch genommen werden kann. Ein Beispiel bilden die sog. Sabbaticals.[1919] Wird in der Wertguthabenvereinbarung kein bestimmter Freistellungszweck festgelegt, so gelten die gesetzlich geregelten Freistellungszeiträume als Verwendungszweck, nicht indes die im Gesetz genannten möglichen vertraglichen Zwecke nach Nr. 2.[1920] Darüber hinaus steht es den Vertragsparteien frei, die Verwendung des Wertguthabens gemäß § 7c Abs. 2 SGB IV abweichend von § 7c Abs. 1 SGB IV auch auf bestimmte Zwecke zu beschränken. Nach § 7d Abs. 2 SGB IV sind Wertguthaben als Arbeitsentgeltguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu führen. Die Arbeitszeitguthaben sind in Arbeitsentgelt umzurechnen. Der Arbeitgeber muss jährlich in Textform gemäß § 7d Abs. 2 SGB IV über die Höhe des Wertguthabens Auskunft erteilen.

Bemerkenswert sind auch die Ergebnisse des Evaluationsberichts zum Flexi-II-Gesetz zu den genutzten Verwendungszwecken. Im Rahmen einer repräsentativen Befragung wurde überprüft, inwieweit die in den Betrieben praktizierten Wertguthaben diesem gesetzlichen Leitbild bezüglich der Verwendungszwecke Rechnung tragen. Dabei wurde deutlich, dass nur 51 % der Betriebe mit 50 und mehr Beschäftigten für ihre Wertguthaben Vorgaben hinsichtlich des Entnahmezwecks machten. Dabei dominierten die vom Gesetz genannten Verwendungszwecke. Der vorzeitige Eintritt in den Ruhestand war der mit Abstand am

---

1919 ErfK-*Rolfs*, § 7c SGB IV Rn.2.

1920 ErfK-*Rolfs*, § 7c SGB IV Rn. 2; *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182, 183.

häufigsten genannte zulässige Verwendungszweck, er wurde von 88 % der Betriebe genannt. Andere häufig zugelassene Entnahmegründe waren die Pflege von Angehörigen oder Auszeiten zu Weiterbildungszwecken (jeweils 47 %). Deutlich seltener waren Entnahmen aus Wertguthaben für Elternzeit oder sonstige Erziehungszeiten. Entnahmen für sonstige Sabbaticals erlaubten 39 % der Betriebe mit grundsätzlichen Entnahmebeschränkungen. Ebenso viele Betriebe erlaubten „Entnahmen zum Ausgleich von Auslastungsschwankungen", obwohl dieser Verwendungszweck im deutlichen Widerspruch zur gesetzlichen Regelung steht, wonach Wertguthaben nur Zwecken der persönlichen Lebens- und Lebensarbeitszeitplanung dienen dürfen. In den letzten drei Jahren bildete der vorzeitige Eintritt in den Ruhestand sowohl unter den Männern als auch unter den Frauen den überwiegenden Nutzungszweck. Entnahmen zum Ausgleich von Auslastungsschwankungen bildeten bei einem Viertel der Betriebe den häufigsten Entnahmegrund unter den männlichen Beschäftigten und bei einem Fünftel unter den weiblichen Beschäftigten.[1921]

Auf die Gesamtzahl der Betriebe bezogen, bieten nur 2,2 % Sabbaticals im Rahmen langfristig angelegter Langzeitkonten an, 2,1 % Familienzeiten, nur 1,6 % Weiterbildungsfreistellungen und gar nur 1,2 % den Vorruhestand.[1922] Dabei scheint gerade bei männlichen Beschäftigten hinsichtlich der Weiterbildungsquote im Betrieb ein Zusammenhang mit existierenden Freistellungsmöglichkeiten zu bestehen.[1923]

4.1.2.1.2 Wertguthabenübertragung

Um der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und der damit verbundenen Dynamisierung von Erwerbsverläufen Rechnung zu tragen, hat der Arbeitnehmer gemäß § 7f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IV einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Übertragung des Wertguthabens auf einen neuen Arbeitgeber, wenn mit diesem ebenfalls eine Wertguthabenvereinbarung geschlossen wurde und dieser zugestimmt hat, worauf freilich kein Anspruch besteht (sog. Portabi-

---

1921 *Riedmann/Kümmerling/Seifert*, Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 77; *Seifert/Kümmerling/Riedmann*, WSI-Mitt. 2013, 133, 138; *Wotschack*, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten – eine kritische Bilanz, Working Paper Nr. 57/2018, S. 26

1922 *Wotschack*, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten – eine kritische Bilanz, Working Paper Nr. 57/2018, S. 24.

1923 *Wotschack*, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten – eine kritische Bilanz, Working Paper Nr. 57/2018, S. 29 ff.

lität).[1924] Anderenfalls würde der Zweck von Wertguthaben, Gestaltungsspielräume für die Anpassung der Arbeitsleistung an die persönliche Lebens- und Lebensarbeitszeitplanung zu schaffen, konterkariert, wenn das Wertguthaben bei jedem Arbeitgeberwechsel aufgelöst werden müsste.[1925] Der neue Arbeitgeber ist allerdings nicht verpflichtet, einer Übertragung zuzustimmen. Lehnt der neue Arbeitgeber derartiges ab oder schließt sich an die beendete Beschäftigung entweder eine selbstständige Tätigkeit oder eine Phase der Nichtbeschäftigung an, so kann der Beschäftigte gemäß § 7f Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB IV das Wertguthaben auf die Deutsche Rentenversicherung Bund übertragen oder als Störfall noch vom alten Arbeitgeber auflösen lassen. Bei einer Übertragung auf die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7f Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB IV führt diese das Wertguthabenkonto gemäß § 7f Abs. 3 Satz 1 SGB IV treuhänderisch fort. Allerdings muss das Wertguthaben einschließlich des Gesamtsozialversicherungsbeitrags einen Betrag in Höhe des Sechsfachen der monatlichen Bezugsgröße übersteigen.[1926] Auf diese Weise kann eine Freistellung bei einem anderen Arbeitgeber oder – im Falle der Übertragung auf die Deutsche Rentenversicherung Bund – auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses finanziert werden. Eine weitere Einzahlung von Entgeltbestandteilen ist hier aber ebenso ausgeschlossen wie beispielsweise eine Rückübertragung. Dem Arbeitnehmer bleibt nur die Möglichkeit, das angesparte Wertguthaben nach § 7f Abs. 2 Satz 1 SGB IV in einem neuen Beschäftigungsverhältnis für Freistellungen zu verwenden und, wenn kein neues Beschäftigungsverhältnis besteht, das Wertguthaben für die Finanzierung des *Vorruhestandes* zu nutzen.[1927] Daher kann nur von einer eingeschränkten Portabilität gesprochen werden.[1928] Obwohl nach der bereits zitierten empirischen Studie zur Vorbereitung des Berichts der Bundesregierung zu den Auswirkungen des „Flexi-II"-Gesetzes aus dem Jahr 2010[1929] die Möglichkeit der Portabilität von Personalverantwortlichen und Betriebsräten in den Betrieben positiv bewertet wurde, ist diese Möglichkeit bislang kaum genutzt worden. Nur eine Minderheit der befragten Betriebe hatte Erfahrungen mit der Übertragung von Wertguthaben gemacht oder diesbezüglich Anfragen erhalten.

1924 *Cisch/Ulbrich*, BB 2009, 550, 557.

1925 *Kocher et al.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 287.

1926 Kreikebohm-*Marschner*, § 7f SGB IV Rn. 3; *Cisch/Ulbrich*, BB 2009, 550, 557.

1927 ErfK-*Rolfs*, § 7f SGB IV Rn. 1.

1928 *Kocher et al.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 287.

1929 *Riedmann/Kümmerling/Seifert*, Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 119f.; *Seifert/Kümmerling/Riedmann*, WSI-Mitt. 2013, 133, 141.

In den meisten Fällen wurde den Beschäftigten angeboten, sich das Guthaben auszahlen zu lassen oder die Guthaben durch Freizeit abzubauen.[1930]

4.1.2.1.3 Insolvenzschutz

Wertguthabenvereinbarungen sind insolvenzrechtlich problematisch, weil der Arbeitnehmer in Vorleistung geht. Fällt der Arbeitgeber in die Insolvenz, bevor das aufgebaute Wertguthaben abgebaut oder ausbezahlt wurde, hat der Arbeitnehmer de facto weitestgehend ohne Lohn gearbeitet.[1931] Der heutige § 7d SGB IV geht auf § 7a SGB IV in der Fassung des Flexi-Gesetzes[1932] zurück. Ziel des Gesetzes war es vor allem, Beiträge und Leistungen der Sozialversicherung so zu gestalten, dass langfristig auszugleichende Wertguthaben in ihrer Stetigkeit eine Abbildung finden. Die Bestimmungen wurden allerdings in der Praxis nur unzureichend beachtet, woraufhin im Zuge des Flexi-II-Gesetzes das Recht der Wertguthaben in § 7b ff. SGB IV neu geordnet und der Insolvenzschutz in § 7e speziell fortentwickelt wurde.[1933] Danach treffen die Vertragsparteien in der Wertguthabenvereinbarung Vorkehrungen, um das Wertguthaben einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrags gegen das Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers abzusichern. Hierdurch soll verhindert werden, dass das angesparte Wertguthaben mit Insolvenzeröffnung wertlos wird.[1934] Die vereinbarten Vorkehrungen sind durch den Arbeitgeber zu erfüllen.

Nach § 7e Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB IV besteht die Insolvenzschutzverpflichtung nur dann, wenn das Wertguthaben im Sinne des § 7b SGB IV für einen bestimmten Zeitraum und in einer bestimmten Höhe aufgebaut worden ist. So tritt die Insolvenzpflicht erst ein, wenn ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht besteht und das Wertguthaben des Arbeitnehmers einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrages einen Betrag in Höhe der monatlichen Bezugsgröße im Sinne des § 18 SGB IV übersteigt. Das bedeutet, der Zeitraum in dem das Wertguthaben erarbeitet worden ist, muss mindestens drei Monate zurückliegen, ansonsten besteht nach § 165 Abs. 1 Satz 1 SGB III Anspruch auf Insolvenzgeld. Die Höhe der monatlichen Bezugsgröße lag im Jahr

---

1930 *Riedmann/Kümmerling/Seifert*, Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S.127.

1931 *Deinert*, AiB 2013, 252, 256.

1932 S.o. Fn. 1903.

1933 *Deinert*, RdA 2014, 327, 331.

1934 Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid*, § 29 Rn. 59.

2018 in den alten Bundesländern bei 3045 €[1935] und in den neuen Bundesländern bei 2695 €[1936]. Diese Sicherungsfreigrenze kann durch Tarifvertrag erhöht oder gemindert werden, auch kann der Tarifvertrag dispositiv für Betriebsvereinbarung gemäß § 7e Abs. 1 Satz 2 SGB IV gestellt werden. Der Arbeitgeber muss nach § 7e Abs. 4 SGB IV den Arbeitnehmer über die getroffenen Vorkehrungen unterrichten. Im Übrigen darf der Arbeitgeber das Insolvenzversicherungsmodell nicht einseitig festlegen, sondern beide Seiten müssen sich auf ein solches verständigen.[1937] Inhaltliche Vorgaben hinsichtlich der Insolvenzsicherung bestehen nur insoweit, als bestimmte Sicherungsmittel wie die bilanzielle Rückstellung oder zwischen Konzernunternehmen begründete Einstandspflichten als ungeeignet ausscheiden. Verletzt der Arbeitgeber seine Pflicht zur Insolvenzsicherung, steht dem Beschäftigten nach § 7e Abs. 5 SGB IV ein außerordentliches Kündigungsrecht zu, wenn und soweit der Arbeitgeber auch nach schriftlicher Aufforderung nicht innerhalb von zwei Monaten die Erfüllung seiner Verpflichtung zum Insolvenzschutz nachweist. Das ist freilich selten im Interesse des Arbeitnehmers, weil es ihm ja um die Freistellung geht. Auch ohne dass dies gesetzlich besonders geregelt ist, kann dieser statt einer Kündigung den Arbeitgeber auf Durchführung der gebotenen Insolvenzsicherungsmaßnahmen in Anspruch nehmen.[1938]

Ein individuelles und selbstinitiatives Engagement des Arbeitnehmers gegen ein mögliches Fehlverhalten des Arbeitgebers dürfte jedoch häufig unterbleiben,[1939] wäre freilich wegen der nachfolgend zu erörternden Konsequenzen bei einer Beanstandung durch die Träger der Rentenversicherung besonders wichtig.

Die Prüfung des Insolvenzschutzes wurde gemäß § 7e Abs. 6 SGB IV den Trägern der Rentenversicherung übertragen.[1940] Stellen diese bei einer Betriebsprüfung fest, dass keine oder eine unzureichende Insolvenzschutzregelungen getroffen wurden, ist die Wertgutvereinbarung als von Anfang an unwirksam

---

1935 § 18 II 1 SGB IV I.V.m. § 2 Abs. 1 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2018 beträgt die Bezugsgröße im Sinne des § 18 Abs. 1 im Jahr 2018 jährlich 36.540 € und monatlich 3045 €.

1936 § 18 II 1 SGB IV I.V.m. § 2 Abs. 2 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2018 beträgt die Bezugsgröße (Ost) im Sinne des § 18 Abs. 2 im Jahr 2018 jährlich 32.340 € und monatlich 2695 €.

1937 *Ars/Blümke/Scheithauer*, BB 2009, 2252, 2255 f.

1938 *Hanau/Veit/Hoff*, Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten, B Rn. 177.

1939 Hauck/Noftz-*Knospe*, § 7e SGB IV Rn.49.

1940 Kreikebohm-*Marschner*, § 7e SGB IV Rn. 6; ErfK-*Rolfs*, § 7e SGB IV Rn. 11.

anzusehen. Der Arbeitgeber kann die Auflösung vermeiden, indem er innerhalb von zwei Monaten nachweist, dass er seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Insolvenzsicherung nachgekommen ist. Erbringt der Arbeitgeber den Nachweis nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, gilt die Wertguthabenvereinbarung als von Anfang an nichtig und das Wertguthaben wird aufgelöst. Die Beanstandungen des Beschäftigten haben demgegenüber allenfalls die Beendigung der Wertguthabenvereinbarung für die Zukunft zur Folge, während Beanstandungen der Rentenversicherung gemäß § 7e Abs. 6 Satz 3 SGB IV eine Unwirksamkeit der Vereinbarung von Anfang an herbeiführen.[1941] Komplettiert werden die Regelungen durch die ausdrückliche Anordnung einer zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers und seiner Organe in § 7e Abs. 7 SGB VI. Kommt es wegen eines nicht geeigneten oder nicht ausreichendenden Insolvenzschutzes zu einer Verringerung oder einem Verlust des Wertguthabens, haftet der Arbeitgeber ebenso wie seine organschaftlichen Vertreter für eventuelle Schäden. Demgegenüber leitet die Rspr. mit einer nahezu unangefochtenen Meinung in der Literatur aus dem Ausschlusstatbestand des § 8a Abs. 1 Satz 1, letzter Halbs. ATZG ab, dass organschaftliche Vertreter nicht persönlich haften, wenn es um unzureichende Insolvenzsicherung für Altersteilzeitkonten geht (vgl. dazu auch u. 4.1.4.2).[1942]

Für den Arbeitnehmer ist allerdings die zwangsweise Auflösung des Wertguthabens durch die Rentenversicherung bei unterbliebener Nachbesserung wenig hilfreich. Das Guthaben ist auszubezahlen und nachträglich zu verbeitragen.[1943] Der Arbeitnehmer wird dann zwar davor geschützt, dass er womöglich umsonst gearbeitet hat, allerdings lässt sich das Freistellungsziel nicht mehr erreichen.[1944] Kritisiert wird insoweit, dass die zwangsweise Auflösung des Wertguthabens zu einer weiteren Benachteiligung des Beschäftigten führe, weil dieser mit seinem Wertguthaben für den fehlenden und nachzuzahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag haften müsse und damit faktisch den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung trage.[1945] Diese Auffassung verkennt jedoch, dass das Wertguthaben „vollständig" ist. In der Ansparphase bringen die Beschäftigten Arbeitszeit bzw. Teile ihres Brutto-Arbeitsentgelts sowie der Arbeitgeber seinen Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung in das Wertguthaben

---

1941 Hauck/Noftz-*Knopse*, § 7e SGB IV Rn. 57.

1942 BAG 23.2.2016 – 9 AZR 293/15, NZA 2016, 703, 706; ausf. Nachw. zur h.M. bei *Deinert*, RdA 2014, 327, 328, Fn. 1 und 2.

1943 Vgl. *Knospe*, NZS 2009, 600, 605.

1944 *Deinert*, AiB 2013, 252, 256; *Perreng*, AiB 2008, 342, 344.

1945 *Langohr-Plato/Sopora*, NZA 2008, 1377, 1381; ErfK-*Rolfs*, § 7e AGB IV Rn. 11.

ein. Das Wertguthaben wird als Bruttobetrag inklusive Sozialversicherungsbeitrag gemäß § 7d Abs. 1 Satz 1 SGB IV geführt. Grund für die Auflösung ist der fehlende Insolvenzschutz und nicht der fehlende Gesamtsozialversicherungsbeitrag. Lediglich der im Wertguthaben (enthaltene) Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist in dem Sinne nicht gegen das Risiko der Insolvenz gesichert, als dass die zwangsweise Auflösung des Wertguthabens weder zu einer „Nachschusspflicht" noch zu einer entsprechenden Minderung des Auszahlungsbetrags für den Beschäftigten führt und somit folgerichtig auch zu keinem Schaden.[1946]

Die derzeitige Lage bei der Insolvenzsicherung von Wertguthaben ist unbefriedigend. Wie Untersuchungen zeigen, unterlassen viele Unternehmen die Absicherung der Wertguthaben ihrer Beschäftigten. Nach dem Evaluationsbericht zum Flexi-II-Gesetz hatten nur 70 % der privatwirtschaftlichen Betriebe, die ein Langzeitkonto/Wertguthaben führen, Insolvenzschutzvorkehrungen für dieses Konto getroffen. In knapp einem Fünftel der Betriebe bestand dagegen kein Insolvenzschutz für Langzeitkonten. Jeder zehnte befragte Betrieb konnte zum Insolvenzschutz keine Angaben machen. Auch für die Zukunft beabsichtigte kaum einer der Betriebe ohne Insolvenzschutz konkret dessen Einführung.[1947] Als Grund für den fehlenden Insolvenzschutz nannten die befragten Betriebe mit 50 und mehr Beschäftigten neben bürokratischen Hürden vor allem ihre günstige finanzielle Situation, die einen Insolvenzschutz entbehrlich mache. Bei 10 % der befragten Betriebe herrschte indes keine Klarheit über die Existenz eines Insolvenzschutzes. Hinsichtlich der Formen des Insolvenzschutzes gaben vier von zehn Betrieben die Bildung bilanzieller Rückstellungen als Insolvenzsicherungsmodell an. Die Bildung bilanzieller Rückstellungen ist jedoch nach Flexi-II kein zulässiges Insolvenzschutzmittel. Im Insolvenzfall fallen solche bilanziellen Rückstellungen in die Insolvenzmasse, aus der grundsätzlich alle Gläubiger bedient werden. Jeder fünfte Betrieb mit 50 oder mehr Beschäftigten schützte seine Langzeitkonten in Form einer Konzernbürgschaft. Auch dieses Modell ist nicht insolvenzfest und wird daher vom Flexi-II-Gesetz nicht als Insolvenzschutzmodell anerkannt. Insgesamt waren knapp ein Viertel der angegebenen Insolvenzsicherungen lediglich Konzernbürgschaften, Patronatser-

---

1946 Hauck/Noftz-*Knospe*, § 7e SGB IV Rn. 59.

1947 *Riedmann/Kümmerling/Seifert,* Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 97 f.

klärungen oder bilanzielle Rückstellungen. Dadurch verringert sich die Quote der faktisch insolvenzgesicherten Langzeitkonten von 70 auf 55 %.[1948]

Wichtig sind vor diesem Hintergrund tarifvertragliche Gestaltungen, die Vermeidungsanreizen für Arbeitgeber den Boden entziehen, indem sie kostengünstige und leicht administrierbare Modelle anbieten oder sogar eine zwingende Umlage über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorsehen.[1949]

4.1.2.2 Fortbestehende Beschäftigung

In sozialrechtlicher Hinsicht können Langzeitkonten Probleme bereiten, wenn sie mit längeren Freistellungsphasen verbunden sind. Kommt es zu Freistellungsphasen von mehr als einem Monat ohne gleichzeitigen Bezug von Arbeitsentgelt, so gilt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 SGB IV die Beschäftigung als Grundlage der Versicherung nicht mehr als fortbestehend. Das kann gravierende Konsequenzen hinsichtlich des Versicherungsschutzes haben. Namentlich in der Rentenversicherung könnte sich der Verlust rentenrechtlicher Zeiten ergeben, aber auch sonst entfiele während der Freistellungsphase der Versicherungsschutz.[1950] Dem war der Gesetzgeber mit dem Flexi-Gesetz-I entgegengetreten.[1951] Gemäß § 7 Abs. 1a SGB IV gilt seither, dass ein Beschäftigungsverhältnis auch in Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung von mehr als einem Monat fortbesteht (im Sinne einer Beschäftigungsfiktion) und damit grundsätzlich auch die Sozialversicherungspflicht und der Sozialversicherungsschutz, wenn während der Freistellung Arbeitsentgelt aus einem Wertguthaben nach § 7b SGB IV fällig ist und das monatlich fällige Arbeitsentgelt in der Freistellungsphase nicht unangemessen von dem für die vorausgegangenen zwölf Kalendermonate, in denen Arbeitsentgelt bezogen wurde, abweicht.

Eine angemessene Freistellungsvergütung liegt dann vor, wenn sie im Monat mindestens 70 % und maximal 130 % des zuvor durchschnittlichen Arbeitsentgelts beträgt.[1952] Letzteres soll verhindern, dass durch unterschiedlich hohe

---

1948 *Riedmann/Kümmerling/Seifert,* Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, S. 100.

1949 Nachweise zu entsprechenden Modellen bei *Kocher et al.,* Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 284.

1950 *Deinert,* AiB 2013, 252, 253.

1951 *Knospe,* NZS 2004, 638.

1952 Gemäß § 3.3.4 des gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 31.3.2009.

Entlohnungen der einzelnen Phasen ein relativ günstiger Sozialversicherungsschutz erkauft werden kann.[1953] Durch das Fingieren einer Beschäftigung während der Freistellungsphase wird eine gewisse sozialversicherungsrechtliche Kontinuität geschaffen. Der Beschäftigte wird im Wesentlichen so behandelt, als würde er die ganze Zeit hindurch gleich arbeiten und Geld beziehen. Zuletzt wurden die Regelungen 2012 dahingehend ergänzt, dass bei einer bis zu dreimonatigen Freistellung aus der Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten oder zum Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen ein Beschäftigungsverhältnis bei Fälligkeit von Arbeitsentgeltansprüchen während dieser Zeit fortbesteht.[1954] Da die Regelung allerdings nur das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses fingiert, können die für Wertguthabenvereinbarungen vorgesehenen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen nicht angewendet werden.[1955]

4.1.2.2.1 Sozialversicherungsbeiträge

Weitere Besonderheiten ergeben sich bei der *beitragsrechtlichen Behandlung*. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV wird der Gesamtsozialversicherungsbeitrag üblicherweise spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung, mit der das Entgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist. Es gilt grundsätzlich das Entstehungsprinzip.[1956] Bei Wertguthabenvereinbarungen stimmen die Zeiträume von Entgeltzahlungen und faktischer Arbeitsleistung jedoch nicht mehr überein. Gemäß § 23b Abs. 1 SGB IV wird für Wertguthaben deshalb an die arbeitsrechtliche Fälligkeit des Arbeitsentgelts angeknüpft. Das bedeutet, dass hinsichtlich eines Wertguthabens die Gesamtsozialversicherungsbeiträge erst fällig werden, wenn das Wertguthaben aufgelöst wird und damit entsprechende angesparte Arbeitsentgeltbestandteile fällig werden. Dies gilt freilich nur für Wertguthaben im Sinne des § 7b SGB IV. Für andere flexible Arbeitszeitkonten greift die Regelung des § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB IV.[1957] Nach dieser Bestimmung gilt das Zuflussprinzip.[1958]

1953 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 143.

1954 Art. 1 Nr. 2 a) des Vierten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 22.12.2011, BGBl. I 3057.

1955 NK-GA-*Boecken*, § 7b SGB IV Rn. 9; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid*, § 29 Rn. 54.

1956 Erläuterung bei *Deinert*, AiB 2012, 255, 257.

1957 *Knospe*, NZS 2009, 600, 602.

1958 Kreikebohm-*Kreikebohm*, § 22 SGB IV Rn.11.

Besonderheiten gelten für Störfälle. Sie werden abgabenrechtlich anders behandelt als eine Freistellung. In Störfällen wird das positive Wertguthaben nicht zweckentsprechend verwendet (z.B. wegen Erwerbsunfähigkeit oder Tod des Arbeitnehmers in oder vor Beginn der Freistellungsphase). Für die Beitragsbemessung ist dann gemäß § 23b Abs. 2 Satz 1 SGB IV die Summe der Arbeitsentgelte ohne Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze als Arbeitsentgelt maßgebend, die ohne Berücksichtigung der Vereinbarung nach § 7 Abs. 1a SGB IV im Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsleistung beitragspflichtig gewesen wäre, höchstens aber der Beitrag des Wertguthabens im Zeitpunkt des Störfalls. Im Falle der Arbeitslosigkeit erfolgt eine Verbeitragung gemäß § 23b Abs. 3 SGB IV spätestens sieben Monate nach der nicht zweckentsprechenden Verwendung, wenn nicht in einem neuen Arbeitsverhältnis eine zweckentsprechende Verwendung vorgesehen ist. Eine Überführung des Wertguthabens in eine betriebliche Altersversorgung ist nach § 23b Abs. 3a Satz 2 SGB IV nur noch für Altfälle möglich, bei denen bis zum 13. November 2008 eine solche Vereinbarung geschlossen wurde.[1959]

Unproblematisch sind Störfälle, wenn ein negatives Wertguthaben besteht. Dies bleibt ohne sozialrechtliche Konsequenzen, der Arbeitgeber hat jedoch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch, weil er insoweit finanziell einen Vorschuss geleistet hat.[1960]

4.1.2.2.2 Sozialversicherungsleistungen

Bei der Leistungsbemessung ist beim Krankengeld gemäß § 47 Abs. 2 Satz 4 SGB V auf das für die Verbeitragung maßgebliche Arbeitsentgelt in der Ansparphase abzustellen. Das nachträglich verbeitragte Arbeitsentgelt im Fall eines Störfalls erhöht indes nicht das für das Krankengeld maßgebliche Regelentgelt. Im Übrigen ruht der Krankengeldanspruch gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 6 SGB V während einer Freistellungsphase.

In der Arbeitslosenversicherung gilt als Bemessungsentgelt während der Ansparphase das Arbeitsentgelt, das ohne die Wertgutvereinbarung erzielt worden wäre, als das gesamte Ansparentgelt, während in der Freistellungsphase lediglich das in dieser Zeit erzielte Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage zugrunde zu legen ist (§ 151 Abs. 3 Nr. 2 SGB III). Hingegen bleibt ein aufzulösendes

---

1959 Küttner Personalbuch-*Schlegel,* Wertguthaben/Zeitguthaben Rn. 41.

1960 *Knospe/Ewert/Marx,* NZS 2001, 459, 464; *Diller,* NZA 1998, 792, 793; BAG 13.12.2000 – 5 AZR 334/99, NZA 2002, 390, 392.

Wertguthaben im Fall eines Störfalls zur Ermittlung des Bemessungsentgelts nach § 151 Abs. 2 Nr. 2 SGB III außer Betracht.

Wird ein Wertguthaben für die Finanzierung einer Altersteilzeit im Blockmodell verwendet, führt die Altersteilzeitvereinbarung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Ende der Freistellungsphase. Üblicherweise mündet dies in die Regelaltersrente, sodass Ansprüche auf Arbeitslosengeld nicht bestehen. Entscheidet sich der Arbeitnehmer indes später dafür, die Altersrente zu einem späteren Zeitpunkt in Anspruch zu nehmen, was durch die Regelungen des Flexirentengesetzes (3.3.3.2.5) noch begünstigt wird, tritt zwar Arbeitslosigkeit ein, es ist aber zu prüfen, ob insoweit eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe gemäß § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III eintritt. Nach der Rechtsprechung des BSG ist insoweit auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Altersteilzeitvereinbarung zu schauen. Bezogen auf diesen Zeitpunkt ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 159 Abs. 1 Satz 1 SGB III zu prüfen. Ein solcher wird grundsätzlich angenommen, wenn der Arbeitnehmer beabsichtigt hat, im Anschluss an die Freistellungsphase in die Regelaltersrente zu wechseln und diese Annahme zu dem Zeitpunkt prognostisch auch gerechtfertigt war.[1961] Eine spätere Änderung dieses Entschlusses lässt den wichtigen Grund nicht im Nachhinein entfallen. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob es für die Änderung des Entschlusses gleichermaßen einen wichtigen Grund gegeben hat.[1962] Zu prüfen bleibt lediglich, ob tatsächlich zunächst die Absicht bestand, nahtlos in die Altersrente zu wechseln und diese später geändert wurde oder in Wirklichkeit lediglich ein solcher Meinungswechsel vorgespiegelt wird, während tatsächlich von vornherein die Absicht bestand, zunächst noch weiterhin Arbeitslosengeld zu beziehen.

Rentenversicherungsrechtlich wirkt sich die nachträgliche Verbeitragung im Störfall zugunsten des Versicherten durch Erwerb von Entgeltpunkten gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 SGB VI aus.[1963]

4.1.2.3 Stand der rechtspolitischen Diskussion

Ob die Einrichtung eines Langzeitkontos für den Einzelnen attraktiv ist, muss individuell entschieden werden. Da die Nutzung für den vorzeitigen Erwerbsausstieg hohe Wertguthaben voraussetzt, ist eine beträchtliche Vorarbeit erfor-

---

1961 BSG 21.7.2009 – B 7 AL 6/08 R, NZA-RR 2010, 323.
1962 BSG 12.9.2017 – B 11 AL 25/16 R, NZS 2018, 533.
1963 *Deinert*, AiB 2013, 252, 255; Schaub-*Vogelsang*, § 160 Rn. 68.

derlich: So sind sieben Jahre 40 statt 35 Wochenarbeitsstunden erforderlich, um ein Jahr vorher aus dem Arbeitsleben auszuscheiden.[1964] Da die Nutzung von Arbeitszeitkonten in der Tendenz dazu führt, dass sich Arbeitszeiten verlängern, bergen sie die Gefahr der physischen und psychischen Überlastung und sind mit dem Ziel „guter" oder „altersgerechter Arbeit" kaum vereinbar.[1965] Die überwiegend geringen zeitlichen, aber auch finanziellen Spielräume der Beschäftigten machen ein langfristiges Ansparen nur um den Preis großer Einbußen der Work-Life Balance möglich.[1966] Dieser Gefahr kann jedoch durch regelmäßige Kontrollen und eine Begrenzung der maximal zulässigen Übertragung begegnet werden. So können in der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden ausschließlich Arbeitsstunden zugeführt werden, für die ein Vergütungsanspruch besteht. Das Volumen ist auf 125 Stunden pro Jahr begrenzt.[1967]

Langzeitkonten werden grundsätzlich von den Beschäftigten selbst finanziert, obwohl ihre Verwendung auch im Interesse des Unternehmens liegen kann. Die Eigenfinanzierung hat zur Folge, dass Beschäftigte mit niedrigen oder mittleren Einkommen kaum in der Lage sind, Wertguthaben zu errichten. Ohne Unternehmenszuschüsse und/oder staatliche Förderung kommt die Teilnahme an Langzeitkonten für diese Gruppe kaum in Betracht. Tarifverträge sind ein wichtiges Mittel zur Förderung und Finanzierung von Langzeitkonten. Beispielhaft stehen der Tarifvertrag „Lebensarbeitszeit und Demografie"[1968] für die chemische Industrie oder der „Generationenvertrag" der Deutschen Post AG. Der Tarifvertrag für die chemische Industrie sieht vor, dass die Arbeitgeber für jeden Beschäftigten jährlich einen Betrag von 300 € (seit 2010) bzw. 750 € (seit 2017) in einen Demografiefonds einzahlen, der unter anderem zum Aufbau eines Langzeitkontos verwendet werden kann.[1969]

Ferner können sich längere Freistellungsphasen negativ auf das Einkommen, die Arbeitsplatzsicherheit sowie auf die Karriere auswirken. Daraus ergibt sich eine Präferenz der Beschäftigten für flexible Arbeitszeitkonten. Aufgrund des notwendigen Ansparvolumens treten Langzeitkonten darüber hinaus in Kon-

---

1964 Meine/Wagner-*Wagner/Wick*, Handbuch Arbeitszeit, S. 183.

1965 *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 263.

1966 *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 624.

1967 Manteltarifvertrag Nordwürttemberg/Nordbaden § 7.7.2 vom 14.6.2005, abrufbar unter: http://www.bw.igm.de/tarife/tarifvertrag.html?id=5188, S. 22 (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1968 Dazu *Mostert*, SozSich 2012, 97 ff.; *ders*., SDSRV 63, S. 47 ff.

1969 *Wotschack*, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten – eine kritische Bilanz, S. 10; Däubler-*Heuschmid*, § 1 TVG Rn. 742.

kurrenz zu Lebensarbeitszeitkonten. Die Nutzung von Wertguthaben zur Finanzierung von Freistellungen für den Rentenübergang schließt die Verwendung des Wertguthabens für andere Verwendungszwecke wie Weiterbildungs-, Erziehungs- und Pflegezeiten oder Sabbaticals nahezu aus. Auch die Dynamisierung von Erwerbsverläufen führt dazu, dass die Effektivität der Langzeitkonten gemindert wird: Langjährige Betriebszugehörigkeiten werden immer seltener, Phasen von Erwerbslosigkeit und Weiterbildungen dagegen immer wahrscheinlicher.[1970] Dem begegnet der Vorschlag, die Führung von Wertguthaben auf eine zentrale staatliche Institution zu übertragen. Im Weißbuch „Arbeiten 4.0" des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wurde in Anlehnung an das französische Konzept eines persönlichen Aktivitätskontos („compte personnel d'activité"[1971]) die Einführung eines persönlichen Erwerbstätigenkontos vorgeschlagen.[1972] So werden die Konten der Idee nach für alle neu in das Berufsleben eintretenden Bürger garantiert. Unabhängig vom Arbeitgeber sollen Erwerbstätige über ein Startguthaben verfügen. Ferner sieht der Vorschlag des BMAS eine Unterstützung benachteiligter Gruppen in Form eines gestaffelten Startguthabens vor. Die Einrichtung und Verwaltung von Erwerbstätigenkonten würden durch einen staatlichen Dienstleister erfolgen. Dadurch ließen sich gleichzeitig die skizzierten Probleme des Insolvenzschutzes und der Portabilität von Wertguthaben lösen. Der Vorschlag des BMAS ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, allerdings werden auch nach diesem Modell Langzeitkonten weitgehend von den Beschäftigten selbst finanziert.[1973]

Gegenstand rechtspolitscher Kritik ist seit langem auch das Maß des Insolvenzschutzes. Ein Schwachpunkt liegt zunächst darin, dass dieser lediglich auf Wertguthaben im Sinne des § 7b SGB IV bezogen ist. Entsprechende Insolvenzschutzbedürfnisse bestehen jedoch auch hinsichtlich anderer Arbeitszeitkonten,[1974] insbesondere wenn sie der Flexibilisierung zumindest auch im Arbeitgeberinteresse dienen. Gerade in Bereichen, in denen saisonal gearbeitet und über

---

1970 *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 625.

1971 Anm.: Das persönliche Aktivitätskonto ist ein arbeitsmarktorientiertes Modell und auf die Förderung von Weiterbildungsaktivitäten, Existenzgründungen und auf den Ausgleich von hohen Arbeitsbelastungen gerichtet.

1972 Weißbuch Arbeit 4.0 abrufbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile, S. 180ff (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

1973 *Fahrenholtz/Linckh*, Persönliches Erwerbstätigenkonto – Internationale Erfahrungen, BMAS-Forschungsbericht Nr. 493, S. 27; Wotschack, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten S. 47.

1974 *Perreng*, AiB 2008, 342, 344.

längere Zeiträume erhebliche Wertguthaben aufgebaut werden, wie beispielsweise in der Bauwirtschaft und im Gastgewerbe, besteht die Gefahr, dass Vorleistungen verloren gehen.[1975] Problematisch ist auch, dass die Frage der Insolvenzsicherung nicht unmittelbar der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG unterfällt. Der Betriebsrat kann allenfalls mittelbar Druck ausüben, indem er unter Verweis auf den fehlenden Insolvenzschutz anderen Arbeitszeitkonten die Zustimmung verweigert.[1976]

Um der weitverbreiteten mangelhaften Absicherung der Wertguthaben gegen Insolvenz zu begegnen, wäre zumindest eine Sanktionierung des Arbeitgebers bei Verstoß gegen die Pflichten nach § 7e SGB IV erforderlich. Bislang wurde auf eine automatische Sanktionierung verzichtet, um der Praxis Gelegenheit zur Entwicklung geeigneter Sicherungsmodelle zu geben. Fast jedes zweite Unternehmen (!) sichert Langzeitkonten aber nach wie vor nicht oder nicht hinreichend gegen Insolvenz ab. Hierin zeigt sich, dass die bisherige Regulierung unzureichend war. Eine deutlich effektivere Variante wäre eine allgemeine Verpflichtung der Arbeitgeber zur Zahlung eines Umlagebeitrags für die Insolvenzsicherung nach dem Vorbild des Pensionssicherungsvereins bei der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 10 BetrAVG.[1977]

Der Portabilitäts- und Insolvenzschutzproblematik könnte aber auch umfassend durch die Übertragung der Verwaltung, Anlage und Sicherheit von Wertguthaben auf eine staatlich kontrollierte Einrichtung wie die Deutsche Rentenversicherung Bund begegnet werden. Dies würde nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer den Bestand der Wertguthaben absichern und ihre Übertragung vereinfachen, sondern auch den Verwaltungsaufwand der Arbeitgeber erheblich reduzieren, denn sie wären künftig von der Verantwortung für die Führung und Verwertung der Wertguthaben befreit.[1978] Freilich wäre das eine Belastung des Rentenversicherungsträgers mit einer versicherungsfremden Aufgabe.

Eine nachhaltige Verbesserung zumindest des Insolvenzschutzes wäre mit Einführung einer direkten Sanktion bei Zuwiderhandlung gegen die Insolvenzre-

---

1975 *Perreng*, AiB 2008, 342, 344.

1976 *Kocher et al.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 283.

1977 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 286.

1978 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 292; *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 628.

gelung zu erzielen.[1979] So müsste § 7e SGB IV um den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit in Anlehnung an §§ 11, 12 BetrAVG ergänzt werden.[1980]

4.1.3 Arbeitsrechtlicher Rahmen

Es besteht, vorbehaltlich einer tarifvertraglichen Regelung, kein Anspruch des Beschäftigten auf die Einrichtung eines Wertguthabens.[1981] Auch wenn Ansprüche auf (Teil-)Freistellung, etwa als Elternzeit nach § 15 BEEG bestehen, kann der Arbeitnehmer nicht verlangen, dass dazu ein Wertguthaben aufgebaut wird. Die Einrichtung eines Langzeitkontos ist vielmehr ein freiwilliges Angebot des Arbeitgebers, insoweit dieser nicht gegen seinen Willen gezwungen werden kann, ein solches einzurichten. Das BAG hat im Kontext einer tarifvertraglichen Vorruhestandsregelung, die allerdings keinen Anspruch auf Abschluss eines Vorruhestandsvertrages vorsah, zwar entschieden, dass der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 1 BGB einen Antrag auf Abschluss eines entsprechenden Vertrages nur ablehnen könne, wenn er dafür sachliche Gründe habe. Das mag auf Langzeitkonten insgesamt übertragbar sein.[1982] Nahe liegt jedoch, dass ein sachlicher Grund für die Ablehnung schon in dem administrativen Aufwand und dem Aufwand für die Insolvenzsicherung gesehen werden könnte.

Soweit der Arbeitgeber Altersteilzeitverträge freiwillig schließt, ist er ferner an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.[1983]

Umgekehrt kann auch der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zum Abschluss einer Wertguthabenvereinbarung zwingen. Der Arbeitnehmer kann hierüber völlig frei entscheiden. Das gilt auch hinsichtlich einer Altersteilzeitvereinbarung. § 8 Abs. 1 ATZG, der ungeachtet des Auslaufens der Förderung von Altersteilzeitverträgen nach dem ATZG weiterhin gilt, stellt ausdrücklich klar, dass die Möglichkeit, Altersteilzeitarbeit in Anspruch zu nehmen, weder einen Kündigungsgrund darstellt noch im Rahmen der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden kann.

1979 *Kiesche/Wilke*, AiB 2007, 407, 409; *Perreng*, AiB 2006, 687, 689.
1980 *Hanau/Rolfs*, Insolvenzschutz von Wertguthaben, S. 28 f.
1981 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 279 f.
1982 BAG 28.2.1989 – 3 AZR 468/87, AP Nr. 7 zu § 2 VRG.
1983 BAG 15.11.2011 – 9 AZR 387/10, NZA 2012, 218.

Die Rahmenbedingungen eines Wertguthabens müssen in einer schriftlichen Vereinbarung festgelegt werden. Grundlage für eine Wertguthabenregelung kann ein Tarifvertrag, eine – freiwillige – Betriebsvereinbarung oder eine individuelle Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und dem Beschäftigten sein.[1984] In der Praxis sind die tariflichen Regelungen zu Langzeitkonten meist lückenhaft ausgestaltet, ihre detaillierte Ausgestaltung weitgehend an die Betriebsparteien delegiert. Entsprechend findet sich auf betrieblicher Ebene eine große Bandbreite unterschiedlichster Regelungen sowie eine enorme Varianz in den Nutzungsbedingungen.[1985]

Grundsätzlich sind die Vertragsparteien in jeder Hinsicht frei bei der Gestaltung von Langzeitkonten. Durch die begrenzte Zwecksetzung hinsichtlich der sozialrechtlichen Begleitung schlägt diese Begrenzung allerdings auch auf das Arbeitsrecht durch, da andere Gestaltungen nicht attraktiv sind. Wichtig ist in dem Zusammenhang ferner, dass die sozialrechtliche Begleitung keine Festlegung darauf enthält, wer eigentlich über die Entnahme aus dem Wertguthaben entscheidet. Dies bleibt insoweit der vertraglichen Gestaltung vorbehalten.[1986] Im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich der Einführung und Ausgestaltung von Arbeitszeitkonten[1987] unterliegt diese Frage allerdings ebenfalls der Mitbestimmung des Betriebsrats.[1988] Insoweit sind die arbeitsrechtlichen Freistellungsansprüche, die in § 7c Abs. 1 Nr. 1 SGB IV genannt sind – Pflegezeit, Familienpflegezeit, Elternzeit, Elternteilzeit und Arbeitszeitverringerung – von eminenter Wichtigkeit, weil sie dem Arbeitnehmer ein Entnahmerecht verschaffen. Außerhalb dieser Bereiche bedarf es einer vertraglichen Festlegung, bei der auch zu klären ist, wer über die Entnahme entscheidet.[1989] In Ermangelung einer entsprechenden Abrede ist mit Blick auf den Normzweck und den Vertragszweck einer Wertguthabenabrede, die sich letztlich nicht darauf beschränkt, dem Arbeitgeber Kredit hinsichtlich der Entgeltzahlung zu gewähren oder Arbeitszeitflexibilisierungen im betrieblichen Interesse zu ermöglichen (dann läge gerade keine Wertguthabenvereinbarung vor, vgl. § 7b Nr. 2 SGB IV), davon auszugehen, dass der Beschäftigte den Zeitpunkt

---

1984 ErfK-*Rolfs*, § 7b SGB IV Rn. 2; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Heuschmid*, § 29 Rn. 31.

1985 *Fröhler/Fehmel/Klammer*, Flexibel in die Rente, S. 537; *Heide*, Lebensarbeitszeitkonten aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 77, S. 211ff.

1986 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 274.

1987 *Fitting*, § 87 Rn 106.

1988 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 289, zu den Grenzen ebd., S. 290.

1989 Vgl. *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 275.

der Entnahme bestimmt, der Arbeitgeber aber entgegenstehende betriebliche Interessen einwenden kann.[1990]

4.1.4 Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht

4.1.4.1 Rechtspolitisches Leitbild

Weder das Verfassungsrecht noch das Unions- oder Völkerrecht enthalten dezidierte Aussagen zu Langzeitkonten. Daran wird sich auch im Fall einer Annahme der von der Kommission vorgeschlagenen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates[1991] nichts ändern: In Art. 9 des Vorschlags ist lediglich ein Recht der Arbeitnehmer vorgesehen, flexible Arbeitsregelungen zur Pflege von Angehörigen bzw. zur Betreuung von Kindern bis zwölf Jahren zu beantragen. In den Erläuterungen dazu heißt es nur, dass darunter (auch) eine Änderung der Arbeitszeiten verstanden werden könne und es wird ausdrücklich die Teilzeitarbeit angesprochen.[1992] Von Langzeitkonten ist dort keine Rede. Vor allem aber gewährt die Bestimmung nicht viel mehr als das Recht, eine Bitte zu formulieren. Der Arbeitgeber kann nämlich nach Art. 9 Abs. 2 des Vorschlags nach erfolgter Prüfung den Wunsch ablehnen und muss diese Ablehnung lediglich begründen.

Schaut man sich die Grundkonzeption von Langzeitkonten an, so wird deutlich, dass diese darauf angelegt sind, dass der Arbeitnehmer durch Vor- oder – weniger praktisch, wenngleich nach § 7b Nr. 4 SGB IV möglich[1993] – Nachleistung von Arbeit die Existenzgrundlage auch für die Zeit der Nichtarbeit erwirtschaftet. In einem ganz einfachen Modell wäre dies auch möglich, indem er von Erspartem oder einem Kredit lebt. Das Konzept der Brückenteilzeit (s. 2.1.4.2.2.4) ist grundsätzlich durch dieses Modell geprägt, weil die Frage eines Lohnausgleichs dort ungeregelt bleibt und mithin der Sorge durch den Arbeitnehmer selber überantwortet wird. Langzeitkonten bewirken letztlich eine Verstetigung der Vergütung und nehmen dem Arbeitnehmer diese Sorge ab. Funktional übernimmt der Arbeitgeber hier die Funktion einer Sparkasse

---

1990 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 276 f.

1991 COM (2017) 253 final.

1992 COM (2017) 253 final, S. 15.

1993 Vgl. *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 279; *Hanau/Veit/Hoff*, Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten, B Rn. 111.

oder einer Kreditanstalt. Attraktiv ist diese Form, Entgelt zu sparen dadurch, dass dies „brutto" geschieht: Der Arbeitnehmer muss nicht das Nettoentgelt nach Abzug von Steuern und Sozialabgaben für eine spätere Zeit sparen, sondern diese Abgaben werden erst bei Auszahlung fällig gemäß §§ 7 Abs. 1a, 23b SGB IV.[1994] Doch ist die Langfrist-Finanzierung letztlich nicht originäre Aufgabe des Arbeitgebers. In dem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass es dabei teilweise um die Finanzierung von Zeiten geht, die letztlich im gesellschaftlichen Interesse stehen und die Gefahr besteht, dass die Gesellschaft sich insoweit aus der Verantwortung zieht.[1995] Insofern erscheint es nur folgerichtig, dass höherrangiges Recht zu der Problematik keine Vorgaben enthält.

Was das rechtspolitische Konzept des Gesetzgebers angeht, ist ganz allgemein festzustellen, dass Langzeitkonten eine Ausnahme vom Grundmodell der Vergütung nach Zeitabschnitten (§ 614 BGB) darstellen. Nach dem gesetzlichen Standard wird die Vergütung im Nachhinein entrichtet (§ 614 Satz 1 BGB), und zwar nach dem Ablauf des jeweiligen Zeitabschnitts (§ 614 Satz 2 BGB). Langzeitkonten entkoppeln die Vergütungszahlung damit letztlich von dem Entstehungszeitpunkt. Das ist grundsätzlich zulässig, weil § 614 BGB dispositiv ist.[1996] Der Gesetzgeber geht indes noch einen Schritt weiter und sieht Regelungen vor, die zeigen, dass Langzeitkontenvereinbarungen durchaus erwünscht sind, indem er es den Arbeitsvertragsparteien erleichtert, solche Langzeitkonten in praktikabler Form zu realisieren, namentlich durch das Flexi-I- und das Flexi-II-Gesetz (s.o. 4.1.2).[1997] Andererseits schafft der Gesetzgeber nicht mehr als die sozialversicherungsrechtliche Flankierung einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung, indem er an eine solche knüpft,[1998] sie aber weder vorschreibt, noch deren Fehlen sanktioniert. Insgesamt zeigt sich eine gewisse Entkoppelung von Arbeitsrecht und Sozialrecht. Denn das Arbeitsrecht lässt bestimmte Freistellungen zu, etwa in Gestalt der Elternzeit, der Pflegezeit oder der Familienpflegezeit, knüpft dies aber nicht an eine finanzielle Absicherung über Langzeitkonten. Im Gegenteil, teilweise werden diese Freistellungen, anknüpfend an die Vorstellung, dass der Arbeitnehmer sie sonst selber finanzieren würde, gerade nicht über Langzeitkonten, sondern durch Sozialleistungen abgefedert, indes nicht in vollem Umfang, wie dies beispielsweise beim Elterngeld der Fall ist, denn die

---

1994 Vgl. *Kocher et al.,* Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 281.

1995 Darauf weisen *Kocher et al.,* Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 293, mit Recht hin.

1996 MünchArbR Bd.1-*Krause*, § 69 Rn. 6.

1997 S.o. Fn. 1903 und 1904.

1998 *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 143.

Bezugsdauer des Elterngeldes nach § 4 BEEG bleibt, selbst unter Nutzung von Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus (s.o. 2.1.6.2.3) hinter der möglichen Dauer einer Elternzeit von bis zu drei Jahren (§ 15 Abs. 2 BEEG) zurück. Die Familienpflegezeit wiederum etwa ist vollständig durch den Arbeitnehmer zu finanzieren, was zwar durch Langzeitkonten geschehen kann, es gibt aber auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Darlehens nach § 3 FamPfZG. Derselbe Befund gilt am Ende auch für befristete Arbeitszeitreduzierungen, etwa in Gestalt der Brückenteilzeit gemäß § 9a TzBfG, der Pflegeteilzeit nach § 3 PflegeZG (vgl. o. 2.1.4.5.1) oder der Elternteilzeit nach § 15 Abs. 5 ff. BEEG (s.o. 2.1.4.5.2). Solche Teilfreistellungen werden zwar teilweise über Sozialleistungen abgefedert, deren Finanzierung bleibt im Übrigen aber Sache des Arbeitnehmers. Im Ergebnis ist jedenfalls festzustellen, dass Langzeitkonten der Finanzierung solcher (Teil-)Freistellungen dienen können und sollen (§ 7c Abs. 1 Nr. 1 SGB IV), eine solche Finanzierung aber keine verbindliche Vorgabe ist. Insoweit sind Langzeitkonten in rechtspolitischer Hinsicht eine konzeptionelle Ergänzung arbeitsvertraglicher Freistellungsansprüche, die Ansparzwecke korrelieren m.a.W. mit gesetzlichen Freistellungsansprüchen[1999]. Mehr sind sie aber auch nicht, der Arbeitgeber wird gerade nicht dafür in die Pflicht genommen, dass Freistellungsphasen, auch wenn sie erzwingbar sind, finanziert werden, soweit dies nicht bereits durch Sozialleistungen geschieht.

4.1.4.2 Das Problem der Insolvenzsicherung

Deutlich wird an der Funktion als Kreditanstalt oder Sparkasse allerdings auch, dass Langzeitkonten für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer ein Wagnis darstellen können. Das ist besonders problematisch im Hinblick auf die Existenzsicherung des Arbeitnehmers für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers. Es fließt ihm dann nicht das (volle) Arbeitsentgelt für seine Tätigkeit zu. Mit Blick auf dieses Risiko gibt es zwei rechtspolitische Wertentscheidungen. Zum einen ist die Insolvenzschutzrichtlinie 2008/94/EG[2000] zu nennen. Diese verlangt nach ihren Art. 3 f., dass die Mitgliedstaaten Garantieeinrichtungen für die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis vorsehen, wobei eine Begrenzung auf einen bestimmten Zeitraum zulässig ist, jedoch nicht auf weniger als die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor dem maßgeblichen

---

1999 *Kocher et al.*, Das Recht auf selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 277.

2000 Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. L 283/36.

Insolvenzzeitpunkt. Zum anderen muss man sehen, dass der Gesetzgeber diese Vorgaben im Sinne einer Minimalumsetzung in den §§ 165 ff. SGB III umgesetzt hat. Arbeitnehmer sind auch nicht mehr im Insolvenzverfahren bevorrechtigt, sondern nach § 108 Abs. 3 InsO in Bezug auf Vergütungen für die Zeit vor Insolvenzöffnung einfache Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO[2001]. Bei Wertguthaben ist dementsprechend nicht der vorgesehene Auszahlungszeitpunkt entscheidend, sondern die Zeit der Arbeitsleistung, in der die betreffenden Ansprüche verdient wurden.[2002] Lediglich die Vergütungsansprüche, die in der Zeit nach Insolvenzeröffnung erarbeitet wurden, sind Masseforderungen nach § 55 InsO.[2003] Die Sicherung von Langzeitkonten, soweit sie nicht durch das Insolvenzgeld gedeckt sind, hat der Gesetzgeber demgegenüber allein den Arbeitsvertragsparteien überantwortet.

Hier ergibt sich freilich eine schwerwiegende Lücke im Fall der Altersteilzeit. § 8a Abs. 1 Satz 1, letzter Halbs. ATZG regelt, dass für die Insolvenzsicherung von Altersteilzeitkonten die Bestimmung über die Insolvenzsicherung von Wertguthaben nach § 7e SGB IV keine Anwendung findet. Das lässt sich so verstehen, dass auch die Haftung von Organvertretern für den Verlust von Wertguthaben nach § 7e Abs. 7 SGB IV ausgeschlossen ist. Bestenfalls würde der Arbeitgeber selber für schuldhaft unterlassene Insolvenzsicherung haften, was freilich im Falle der Insolvenz nichts brächte, weil eben nicht genügend Vermögen für die Haftung vorhanden ist. Tatsächlich aber war eine schlechtere Sicherung der Arbeitnehmer bei Altersteilzeit mit dieser Bestimmung keineswegs beabsichtigt, sodass der Ausschluss des § 7e SGB IV auch dahin verstanden werden kann, dass er lediglich die Art und Weise der Insolvenzsicherung betrifft, nicht indes die Haftung von Organvertretern.[2004] Die Ausschlussregelung beruhte nämlich historisch darauf, dass der Insolvenzschutz bei Altersteilzeit ursprünglich besser ausgestaltet war als bei Flexikonten. Das BAG hat, nachdem es die Frage zunächst offengelassen hatte,[2005] all diesen Erwägungen indes keine Beachtung geschenkt und stellt Organvertreter, die schuldhaft keine ausreichende Insolvenzsicherung im Falle der Altersteilzeit schaffen, von der Haftung frei;[2006] möglich bleibt nur deren Haftung wegen Betruges nach § 823

2001 Vgl. BAG 14.11.2012 – 10 AZR 793/11, NZA 2013, 273.
2002 BAG 27.9.2007 – 6 AZR 975/06, AP Nr. 5 zu § 38 InsO.
2003 BAG 19.12.2006 – 9 AZR 230/06, AP Nr. 19 zu § 3 ATG.
2004 *Deinert*, RdA 2014, 327 ff.
2005 BAG 23.2.2010 – 9 AZR 71/09, BB 2010, 2698, Rn. 54.
2006 BAG 23.2.2016 – 9 AZR 293/15, NZA 2016, 703. So bereits die frühere Rechtsprechung: BAG 23.2.2010 – 9 AZR 44/09, DB 2010, 1538.

Abs. 2 BGB, § 263 StGB, wenn sie wissentlich wahrheitswidrig eine ordnungsgemäße Insolvenzsicherung vorspiegeln[2007].

Das Ergebnis widerspricht der rechtspolitischen Grundkonzeption, wonach Langzeitkonten grundsätzlich auf privatrechtlicher Basis gegen Insolvenz zu sichern sind, ohne dass der Gesetzgeber Organvertreter von der Haftung wegen schuldhaft unterlassener ausreichender Insolvenzsicherung freistellen wollte. Diese Rechtsprechung sollte daher durch den Gesetzgeber korrigiert werden. Die empirischen Daten, denen zufolge die Insolvenzsicherungspflicht in fast jedem zweiten Fall gesetzwidrig nicht (vollständig) erfüllt wird (s.o. 4.1.2.1.3), belegt, wie wichtig dies ist.

4.1.4.3 Vertragliche Wertguthabenzwecke

§ 7c Abs. 1 Nr. 2 SGB IV regelt vertragliche Zwecke von Wertguthabenvereinbarungen mit Regelbeispielen („insbesondere"). Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass es keine entsprechenden gesetzlichen Ansprüche gibt. Für den vorzeitigen Ruhestand ist dies unproblematisch, weil der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ohne weiteres durch Kündigung beenden kann, falls nicht ausnahmsweise die Kündigung wegen einer Befristung ausgeschlossen ist. Hier geht es vor allem um die Finanzierung des vorzeitigen Ruhestandes, weil dieser rentenrechtlich durch die Regelungen der §§ 35 ff. SGB VI, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, gerade nicht möglich ist. Die Flexibilisierung, wie sie auch durch das Flexi-Rentengesetz erfolgt ist, betrifft vor allem eine Flexibilisierung „nach hinten", über die Altersgrenze hinaus (vgl. 3.3.2.5). Die zweite als Regelbeispiel angesprochene Variante eines Verwendungszwecks ist die berufliche Qualifizierungsmaßnahme gemäß § 7c Abs. 1 Nr. 2b SGB IV. Diese Konzeption ist ebenfalls noch unverbindlicher ausgestaltet als die bislang in diesem Kontext genannten gesetzlich geregelten Wertguthabenzwecke, insoweit arbeitsrechtlich keine Freistellungsansprüche für berufliche Qualifizierungsmaßnahmen bestehen. Die große Koalition hat in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt zu prüfen, wie Langzeitkonten mehr Verbreitung finden können, und in dem Zusammenhang auch auf die Nutzungsmöglichkeit für Qualifizierungen hingewiesen.[2008] Konkreter wird es indes nicht.

2007 BAG 13.2.2007 – 9 AZR 207/06, NZA 2007, 878; BAG 12.4.2011 – 9 AZR 229/10, NZA 2011, 1350.

2008 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 41.

Anders als beim vorzeitigen Ruhestand, der nach der Konzeption des Rentenversicherungsrechts die Ausnahme sein soll, ist das nicht vollständig überzeugend, insofern als § 2 Abs. 4 Satz 2 SGB III von den Arbeitnehmern verlangt, dass sie ihre berufliche Leistungsfähigkeit an sich ändernde Anforderungen anpassen und § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB III den Arbeitgebern eine Mitverantwortung für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer zur Anpassung an sich ändernde Anforderungen zuschreibt. Diese mit fortschreitender Digitalisierung wohl immer wichtiger werdende ständige Qualifizierung hat bislang wenig Unterstützung durch den Gesetzgeber gefunden. Qualifizierungsmaßnahmen haben bisher Aufmerksamkeit vor allem im Arbeitsförderungsrecht für die (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt gefunden. Erst seit dem Qualifizierungschancengesetz[2009] wird die berufliche Weiterbildung auch für Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis nach § 81 SGB III gefördert. Dies ist aber nicht durch Ansprüche auf Freistellung für Qualifizierungsmaßnahmen flankiert. Der ganze Themenkomplex ist allein den – wenig stark ausgestalteten – Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei der Berufsbildung nach §§ 96 ff. BetrVG sowie der Obliegenheit des Arbeitgebers zu Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen im Rahmen der Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG[2010] überantwortet. Insoweit ist zu konstatieren, dass die Bestimmung über Langzeitkonten bei beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen mit Rücksicht auf die beiderseitige Verantwortung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wie sie in § 2 SGB III angelegt ist, immerhin einen positiven Merkposten im Rahmen einer ungenügenden arbeitsrechtlichen Flankierung darstellt.

Wünschenswert wäre vor diesem Hintergrund die Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf Weiterbildungsfreistellung (näher dazu u. 4.2.5.2.) sowie die Aufwertung der Qualifizierung, indem diese den gesetzlichen Freistellungszwecken von Wertguthabenvereinbarungen zugeordnet wird.

4.1.5 Zusammenfassung

Der Gesetzgeber hat die Einrichtung von Langzeitkonten zu bestimmten Freistellungszwecken im Arbeitnehmerinteresse in Gestalt sog. Wertguthaben (§ 7b SGB IV) durch entsprechende sozialrechtliche Flankierung unterstützt. Dies

---

2009 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2651.

2010 Vgl. DDZ-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 435 ff. m.w.N.

wird bislang noch wenig genutzt. Die Große Koalition will prüfen, inwieweit eine bessere Nutzung gefördert werden kann und will dies auch in den Kontext von Qualifizierungsmaßnahmen stellen. Wichtig wäre in dem Zusammenhang eine arbeitsrechtliche Flankierung durch Freistellungsansprüche zu Qualifizierungszwecken, zumal auch der Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB III eine Mitverantwortung für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer zur Anpassung an sich ändernde Anforderungen trägt. Die Nutzung zu diesem Zweck sollte zu den gesetzlichen Wertguthabenzwecken hinzugefügt werden und nicht nur wie bisher ein möglicher vertraglicher Zweck bleiben.

Wichtig ist überdies eine Korrektur der Rechtsprechung des BAG durch Klarstellung, dass die Haftung von Organvertretern nach § 7e Abs. 7 SGB IV nicht durch § 8a Abs. 1 Satz 1, letzter Halbs. ATZG ausgeschlossen ist.

4.2 Weiterbildung

Olaf Deinert/Elena Maksimek

Der 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung aus dem Jahr 2017 attestierte dem deutschen Arbeitsmarkt nicht nur ein kontinuierliches Wirtschaftswachstum, sondern auch die höchste Beschäftigtenzahl einhergehend mit der niedrigsten Arbeitslosenrate seit der deutschen Einheit. Unter anderem auch steigende Reallöhne sind für Deutschland ein Ausdruck ökonomischer Stabilität und sichern der Republik damit insbesondere auch im internationalen Vergleich eine solide Stellung zu.[2011] Dennoch: Das kontinuierliche Wirtschaftswachstum unter dem Druck internationaler Märkte fordert einen digitalen, technologischen und auch demografischen Strukturwandel. Dieser führt auch zu einem Wandel des Arbeitsmarktes und stellt das Wirtschafts- und Sozialmodell vor neue Herausforderungen.[2012] In einigen Berufen oder Regionen bestehen bereits heute Fachkräfteengpässe sowohl in akademischen Berufen als auch in Ausbildungsberufen.[2013] Bei Arbeitnehmern – unabhängig von Qualifikation, Betriebsgröße oder Beschäftigungsbranche – wird dies langfristig vor allem auch

---

2011 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2017, Lebenslagen in Deutschland, Kurzfassung, S. 5 ff.

2012 *Kleinebrink*, DB 2017, 1713.

2013 Gesetzesentwurf zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz), BT Drs. 467/18, S. 1.

zu einer Unumgänglichkeit qualifikatorischer Anpassungsprozesse führen. Es ist in diesem Zusammenhang dringend erforderlich, die durch den Strukturwandel veränderten Beschäftigungschancen vollumfänglich zu nutzen.[2014] Da sich die potenziellen Einsatzmöglichkeiten neuer Technologien mittlerweile schneller verändern als sich Berufe an aktuelle Begebenheiten anpassen können, entscheiden die Qualifikationen von Arbeitnehmern mehr denn je über ihre Beschäftigungschancen. Vor allem Geringqualifizierte, aber auch Langzeitarbeitslose oder ältere Beschäftigte können dem Wettbewerb am Arbeitnehmermarkt mit veränderten Anforderungsprofilen in der Folge oftmals nicht mehr standhalten.[2015] Anforderungsprofile meinen vor diesem Hintergrund bestimmte, vom Arbeitgeber abstrakt festgelegte, Kriterien, die ein Bewerber oder Arbeitnehmer benötigt, um die von ihm erwartete Tätigkeit erfolgreich bewältigen zu können.[2016]

Die berufliche Weiterbildung wurde an verschiedenen Stellen in diesem Buch als wichtiger Faktor zur Lösung von Problemen im Grenzbereich von Arbeits- und Sozialrecht identifiziert. So stellt sie sich als ein zentraler Faktor zur Überwindung von Friktionen aus unsteten Erwerbsbiografien und gering entlohnter Beschäftigung im Rahmen der Rentenversicherung dar (s.o. 3.5.5). Auch die Begleitung von Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung durch Aus- und Weiterbildung ist ein vermutlich entscheidender Gesichtspunkt für den Erfolg solcher Maßnahmen (s.o. 2.5.5.4).

Weiterbildung kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen. § 1 BBiG bietet einen Überblick über die unterschiedlichen Inhalte sowie die Zielsetzungen von Weiterbildung. § 1 Abs. 1 BBiG definiert zunächst die Berufsbildung allgemein. Sie kann als Berufsausbildungsvorbereitung sowie als Berufsausbildung, als berufliche Fortbildung oder als berufliche Umschulung ausgestaltet werden. Die Ziele der verschiedenen Arten der Berufsbildung sind gesetzlich geregelt: Gemäß Abs. 2 dient die Berufsausbildungsvorbereitung dem Ziel, durch die Vermittlung von Grundlagen für den Erwerb beruflicher Handlungsfähigkeit an eine Berufsausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf heranzuführen. Abs. 3 regelt, dass die Berufsausbildung die für die Ausbildung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendi-

---

2014 Gesetzesentwurf zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz), BT Drs. 467/18, S. 1.

2015 *Kleinebrink*, DB 2017, 1713.

2016 BVerfG 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07, NVwZ 2008, 69; BAG 11.8.2016 – 8 AZR 375/15, RS1224603; BAG 21.9.1993 – 1 ABR 28/93, DB 1994, 480.

gen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten (dies wird insgesamt als berufliche Handlungsfähigkeit bezeichnet) in einem geordneten Ausbildungsgang zu vermitteln hat. Sie hat ferner den Erwerb der erforderlichen Berufserfahrung zu ermöglichen. Die berufliche Fortbildung hingegen soll es gemäß Abs. 4 ermöglichen, die bereits erlangte berufliche Handlungsfähigkeit zu erhalten und anzupassen oder zu erweitern und beruflich aufzusteigen. Die berufliche Umschulung nach Abs. 5 soll hingegen zu einer gänzlich anderen beruflichen Tätigkeit befähigen.

Es gibt mithin grundsätzlich neben arbeitsplatzbezogenen Qualifizierungen – wie die Erhaltungs- und Anpassungsqualifizierung auf dem bisherigen Qualifikationsniveau – auch die Möglichkeit von Aufstiegsqualifizierungen im Sinne einer Weiterqualifizierung auf höher bewertete Arbeitsplätze im selben Betrieb. Darüber hinaus sind auch Umschulungen in völlig andere Tätigkeitsbereiche denkbar.[2017] Der Begriff der Weiterbildung umfasst neben diesen materiellen Qualifikationen darüber hinaus aber auch sog. soft skills. Zu ihnen zählen grundsätzlich sämtliche Eigenschaften, Qualifikationen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, die in erster Linie mit dessen Persönlichkeit verbunden sind. Gemeint sind hier vor allem persönliche, soziale und methodische Kompetenzen wie Durchsetzungsfähigkeit, Teamfähigkeit und Kommunikationsbereitschaft sowie Lernfähigkeit und Lernbereitschaft.[2018]

4.2.1 Arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers auf Weiterbildung?

Es ist zu unterscheiden zwischen Ansprüchen auf Weiterbildung gegen den Arbeitgeber (s.u. 4.2.1.1) und Freistellungsansprüchen zur selbstorganisierten Weiterbildung (s.u. 4.2.1.2).[2019] Davon ist die Finanzierungsfrage zu trennen (s.u. 4.2.1.5). Die Finanzierung kann durch den Arbeitgeber übernommen werden oder dem Arbeitnehmer überlassen bleiben. Überdies kommt eine Abfederung der Kostenlasten durch sozialrechtliche Förderung der Weiterbildung in Betracht (s.u. 4.2.2).

2017 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 209.

2018 *Kleinebrink*, DB 2017, 1713.

2019 Zur Frage einer Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Weiterbildung vgl. *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 28 ff., 76 ff., 105 ff.; *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 220 f.

4.2.1.1 Ansprüche auf arbeitgeberseitig finanzierte Weiterbildung

4.2.1.1.1 Kein gesetzlicher Anspruch auf Weiterbildungsfreistellung

Es gibt keine Norm, die eine arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitgebers zur Realisierung von Weiterbildungen, in welcher Form auch immer, statuiert. Teilweise wird in der Literatur allerdings von einer Verpflichtung des Arbeitgebers auf Weiterbildung korrespondierend mit einem entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis selbst bzw. aus dem Arbeitsvertrag ausgegangen. Dies wird als Nebenpflicht kraft Organisationsherrschaft des Arbeitgebers gesehen, deren Gegenstand das zur sachgerechten Aufgabenerfüllung unerlässliche Schritthalten mit technischen Entwicklungen und Neuerungen im Arbeitsprozess sei.[2020] Das strapaziert indes den Rahmen für die Konstruktion vertraglicher Nebenpflichten über. Allein die Organisationsherrschaft vermag nicht zu begründen, warum der Arbeitgeber dafür verantwortlich ist, in die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers zu investieren. Zwar sollen auch die Arbeitgeber nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III im Rahmen ihrer Mitverantwortung für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer zur Anpassung an sich ändernde Anforderungen sorgen. Dies ist allerdings nur eine Mitverantwortung,[2021] denn auch die Arbeitnehmer sollen nach § 2 Abs. 4 Satz 2 SGB III ihre berufliche Leistungsfähigkeit an sich ändernde Anforderungen anpassen. Die Regelungen sagen jedenfalls gar nichts darüber, dass der Arbeitgeber die Weiterbildung der Arbeitnehmer auf eigene Kosten zu betreiben hat. Die Norm gibt mithin nicht genügend her für eine Bestimmung zivilrechtlicher Nebenpflichten nach Treu und Glauben gemäß § 241 Abs. 2 BGB im hier zu untersuchenden Sinne. Nur im Ausnahmefall mag sich eine entsprechende Nebenpflicht des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Grundrechten des Arbeitnehmers im Rahmen einer Interessenabwägung ergeben.[2022]

Dieser Befund findet eine gewisse Bestätigung darin, dass der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer gemäß § 81 Abs. 4 Satz BetrVG den beruflichen Fortbildungsbedarf erörtern muss. Dabei handelt es sich lediglich um die Pflicht zur Erörterung, ohne dass daraus eine Pflicht zu bestimmten Fortbildungsmaßnah-

---

2020 *Käufer*, Weiterbildung, S. 198 ff.; zustimmend auch *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 218 ff.; ferner *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 601 ff.; a.A. *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 22 ff.

2021 Gagel- *Deinert* § 2 SGB III Rn. 20.

2022 Dazu vgl. *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 218 ff.

men folgt,[2023] die einem entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers korrespondieren würde. Die Beschränkung der Erörterungspflicht auf den „Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten" erweist sich vor diesem Hintergrund als überflüssig.[2024]

Desungeachtet ist es möglich, dass der Arbeitnehmer aus Tarifvertrag Weiterbildungsansprüche erlangt.[2025] Desgleichen kann eine Betriebsvereinbarung Ansprüche auf Weiterbildung begründen.[2026]

In einzelnen Fällen können sich Ansprüche auf Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen zudem aus Gleichbehandlungsansprüchen oder Förderpflichten des Arbeitgebers ergeben (s.u. 4.2.1.3.1), auch kann der Betriebsrat Zugang im Wege der Mitbestimmung verschaffen (s.u. 4.2.1.3.2).

4.2.1.1.2 Bildungsurlaub

Sonderregeln gibt es allerdings für den Bildungsurlaub. Der Bildungsurlaub geht freilich einerseits über das hier relevante Thema hinaus, insoweit politische und berufliche Bildung, teilweise auch allgemeine und kulturelle Weiterbildung gefördert wird, also nicht nur Weiterbildung in beruflicher Hinsicht.[2027] Andererseits handelt es sich um einen bescheidenen Rahmen, der der beruflichen Weiterbildung nur beschränkt dienen kann.

Die meisten Bundesländer gewähren den Beschäftigten aus diesem Grund Ansprüche auf Bildungsurlaub in den jeweiligen Bildungsurlaubsgesetzen.[2028] Der Bildungsurlaub beträgt dabei regelmäßig fünf Arbeitstage im Kalenderjahr oder zehn Arbeitstage alle zwei Jahre. Bildungsurlaub ist grundsätzlich von einer Wartezeit im Sinne einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängig, die in den meisten Fällen sechs Monate umfasst. Da die Länder die Gesetzgebungs-

---

2023 GK-BetrVG-*Franzen*, § 81 Rn. 21; *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 147 ff.; vgl. auch *Fitting*, § 81 Rn. 25.

2024 GK-BetrVG-*Franzen*, § 81 Rn. 21; a.A. *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 148: nur die insoweit in Betracht kommenden Möglichkeiten sind zu erörtern.

2025 *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 233 ff.

2026 *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 266 f.

2027 Vgl. Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Zwanziger*, § 51 Rn. 12 ff., 17; *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 86.

2028 Überblick bei *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, Einl. V zum BurlG, Nr. 17. Vergleichende Darstellungen bei Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Litzig*, § 51 Rn. 1 ff.; MünchArbR Bd.1-*Natzel*, § 90 Rn. 5 ff.; *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 83 ff.

kompetenz gemäß Art. 74 Nr. 12, 72 Abs. 1 GG besitzen, steht es ihnen allerdings frei, entsprechende Landesregelungen zu schaffen. In Bayern und Sachsen gibt es daher keine Bildungsurlaubsgesetze.

4.2.1.2 Freistellungsansprüche zum Zwecke der Weiterbildung

4.2.1.2.1 Kein gesetzlicher Anspruch

Dass der Arbeitgeber nicht ohne weiteres verpflichtet ist, die Weiterbildung des Arbeitnehmers auf eigene Kosten zu gewährleisten, bedeutet nicht zwangsläufig, dass er nicht verpflichtet wäre, den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen, damit er entsprechende, anderweitig finanzierte, Weiterbildungsmaßnahmen in Anspruch nehmen kann. Möglicherweise liegt dies sogar im Interesse des Arbeitgebers, sodass eine unbezahlte Freistellung ohne weiteres vereinbart werden kann.

Es fehlt aber auch hier wieder, anders als für andere Anlässe wie beispielsweise Kindererziehung (Elternzeit) oder Pflege von Angehörigen (Pflegezeit und Familienpflegezeit), an einer gesetzlichen Regelung, wonach der Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit Freistellung zum Zwecke der Weiterbildung verlangen kann. Auch die gesetzlichen Regelungen der §§ 7b ff. SGB IV zu Wertguthabenvereinbarungen vermögen Ansprüche auf Weiterbildungsfreistellung nicht zu verschaffen (vgl. zum Folgenden o. 4.1.4.3). Zwar wäre die vorübergehende vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeit zum Zwecke der Qualifizierung vertraglich vereinbar und könnte zum Gegenstand einer vertraglichen Verwendungsabrede für Wertguthaben gemäß § 7c Abs. 1 Nr. 2b SGB IV gemacht werden. Ausdrücklich stellt § 7c Abs. 2 SGB IV allerdings klar, dass Wertguthabenvereinbarungen auf bestimmte Freistellungszwecke beschränkt werden können. Vor allem aber verschafft das Gesetz selber nicht diese Freistellungsmöglichkeit, sondern setzt eine diesbezügliche vertragliche Regelung voraus. Insoweit ließe sich zwar mangels abweichender Abrede bei der Wertguthabenvereinbarung von einem Verwendungszweck für die gesetzlichen Freistellungsansprüche nach § 7c Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ausgehen, nicht indes für die Zwecke nach Nr. 2, die ja gerade eine darauf gerichtete Vereinbarung voraussetzen. Letztlich hängt eine entsprechende Freistellungsmöglichkeit zu Qualifizierungszwecken folglich vom Willen des Arbeitgebers ab. In rechtspolitischer Hinsicht ist dabei zu fordern, dass Weiterbildungsfreistellungen zu einem gesetzlichen Wertguthabenzweck aufgewertet werden.

Freistellungsansprüche können sich aber aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ergeben.[2029] In Ermangelung solcher ist der Arbeitnehmer auf eine entsprechende Freistellungsgewährung durch den Arbeitgeber angewiesen.

4.2.1.2.2 Freistellung nach billigem Ermessen

In dem Zusammenhang kann es sich auswirken, dass den Arbeitgeber eine Mitverantwortung für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III trifft. Die sozialrechtliche Bestimmung transportiert ein gesetzliches Leitbild, das die intendierte Wirkung nicht entfalten könnte, wenn es nicht auch in andere Rechtsbereiche, die so eng mit dem Sozialrecht verknüpft sind wie es das Arbeitsrecht ist, ausstrahlen und im Sinne einer Einheit der Rechtsordnung in arbeitsrechtlichen Beziehungen ein gewisses Maß an Berücksichtigung finden würde.[2030] Die Regelung muss daher zur Konkretisierung von Vertragsinhalten und beim Ausfüllen unbestimmter Rechtsbegriffe auch im Privatrecht herangezogen werden.[2031] Es ist daher davon auszugehen, dass § 2 SGB III zumindest – auch wenn er keinen Anspruch auf Weiterbildung des Arbeitnehmers begründet – eine mittelbare Einwirkung auch auf das Arbeitsrecht entfaltet. Dies führt dazu, dass der Arbeitgeber einem Wunsch des Arbeitnehmers auf unbezahlte Freistellung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) entsprechen muss, wenn es im Rahmen einer Interessenabwägung, in die auch das betriebliche Interesse an der Weiterbildung des Arbeitnehmers einzustellen wäre, keine überwiegenden Interessen des Arbeitgebers gibt, die der Freistellung entgegenstehen. Als solche entgegenstehenden Interessen wären insbesondere Fragen der Überbrückung der ausfallenden Arbeitskraft zu berücksichtigen.

Viel spricht allerdings dafür, dass der Überforderungsschutz des Arbeitgebers im Falle der Brückenteilzeit durch die Quotenregelung des § 9a Abs. 2 TzBfG im

---

2029 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 225 ff.

2030 *Rüthers*, NJW 1998, 283, 284; *Bieback*, AuR 1999, 209, 211; *Käufer*, Weiterbildung, S. 165; *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 219; ausführlich Gagel-*Deinert*, § 2 SGB III Rn. 69 ff.; a.A. aber z.B. *Ettwig*, NZA 1997, 1152; *Beckschulze*, BB 1998, 791, 792.

2031 S. näher dazu Gagel- *Deinert*, § 2 SGB III Rn. 73; vgl. auch *Rüthers*, NJW 1998, 283, 284; Gagel-*Bepler*, § 2 SGB III Rn. 37 ff.; *Bieback*, AuR 1999, 209, 211; *Käufer*, Weiterbildung, S. 165; *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 219, 221 ff.; a.A. aber z.B. *Ettwig*, NZA 1997, 1152, 1152; *Beckschulze*, BB 1998, 791, 792.

Rahmen der Überprüfung billigen Ermessens zu berücksichtigen ist. Die Brückenteilzeit betrifft zwar zunächst nur eine Reduzierung der Arbeitszeit. Wenn aber der Arbeitgeber im Rahmen einer solchen den Einwand der Überforderung geltend machen kann, so muss er dies erst recht machen können, wenn der Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit gleich gänzlich freigestellt werden möchte, die Arbeitszeit also auf Null reduzieren möchte.

4.2.1.2.3 Teilzeitanspruch und Anspruch auf „Teilzeit Null“

Die letzte Erwägung leitet zu dem nächsten möglichen Anspruch über. Grundsätzlich kann der Arbeitnehmer die Arbeitszeit durch den Verringerungsanspruch gemäß § 8 TzBfG reduzieren, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen und der Arbeitgeber die gesetzlichen Einwendungen nicht geltend machen kann. Dieser Anspruch ist allerdings auf eine dauerhafte Arbeitszeitreduzierung gerichtet.[2032] Der Teilzeitanspruch eignet sich insofern nicht gut für die Weiterbildung, weil die sog. Teilzeitfalle droht, insofern die Gefahr besteht, dass es nicht gelingt, später wieder die Arbeitszeit zu erhöhen.

Eben diesem Risiko soll die neue Brückenteilzeit nach § 9aTzBfG Rechnung tragen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll sie gerade auch ein Mittel sein, um Weiterbildungsbedürfnisse zu realisieren.[2033] Sie ermöglicht die vorübergehende Arbeitszeitreduzierung mit Rückkehr zur alten Arbeitszeit. Allerdings steht sie unter dem Vorbehalt des bereits angesprochenen Überforderungsschutzes des Arbeitgebers. Auch greift sie erst ab einem Schwellenwert von mehr als 45 Arbeitnehmern. Schließlich ist die Mindestdauer der Arbeitszeitreduzierung ein Jahr. Für kürzere Fortbildungen wäre dieses Instrument daher nicht sinnvoll.

Fraglich ist, ob § 9a TzBfG auch einen Anspruch auf vollständige Freistellung von der Arbeit vermitteln kann. Dazu enthält das Gesetz keine Regelung. Auch die Begründung des Regierungsentwurfs[2034] trifft dazu keine Aussage. Bei einem Blick auf die Parallelvorschrift des § 8 TzBfG ist zu konstatieren, dass es dort keine Höchstgrenze für die Verringerung der Arbeitszeit gibt.[2035] Freilich

---

2032 BAG 18.3.2003 – 9 AZR 126/02, AP Nr. 3 zu § 8 TzBfG; BAG 12.9.2006 – 9 AZR 686/05, NZA 2007, 253 ff.

2033 BT-Drs. 281/18, S. 5.

2034 BR-Drs. 281/18.

2035 ErfK-*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 12; HWK-*Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 15; *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 224 f.

ließe sich argumentieren, dass eine dauerhafte Reduzierung der Arbeitszeit auf Null in Wirklichkeit keine Reduzierung der Arbeitszeit, sondern ein Ausschluss der Arbeit ist, sodass die Reduzierung auf Null zu einer Wesensveränderung des Vertrages führen würde. Dieses Argument kann aber für die befristete Teilzeit nach § 9a TzBfG nicht greifen. Denn im Anschluss an die befristete Arbeitszeitreduzierung auf Null ist eine Rückkehr zur bisherigen Arbeitszeit vorgesehen. Mangels Regelung zu einer Höchstgrenze der Verringerung der Arbeitszeit ist daher davon auszugehen, dass – unter dem Vorbehalt des Überforderungsschutzes des Arbeitgebers sowie entgegenstehender betrieblicher Gründe – auch eine Reduzierung auf Null möglich ist.

4.2.1.3 Zugang zu Weiterbildungsangeboten des Arbeitgebers

4.2.1.3.1 Förderpflichten und Gleichbehandlung

Wenn der Arbeitgeber Weiterbildungsmaßnahmen anbietet, darf er dabei nicht gänzlich willkürlich verfahren. So erwachsen etwa zunächst aus den speziellen Fördervorschriften des Behindertenrechts Ansprüche auf Teilhabe an bestehenden betrieblichen Weiterbildungskapazitäten oder Weiterbildungsübereinkommen. Gemäß § 164 Abs. 4 Nr. 2, 3 SGB IX muss der Arbeitgeber z.B. schwerbehinderte Beschäftigte bevorzugt im Rahmen innerbetrieblicher Weiterbildungsmaßnahmen berücksichtigen, im Rahmen außerbetrieblicher Weiterbildung trifft ihn die Pflicht, im zumutbaren Umfang Erleichterung an der Teilhabe zu gewähren. § 10 Abs. 1 BGleichG stellt ebenfalls eine solche spezielle Fördervorschrift dar, denn er legt fest, dass die Weiterbildung von Frauen durch geeignete Maßnahmen der Dienststelle unterstützt werden müssen, weshalb sie entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Weiterbildungszielgruppe bei der Weiterbildung zu berücksichtigen sind.

Überdies ist der Arbeitgeber, wenn er nach einem generalisierenden Prinzip verfährt, zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer verpflichtet.[2036] Er darf daher Einzelne nicht willkürlich vom Weiterbildungsangebot ausnehmen.[2037] Teilzeitarbeitnehmer und befristet Beschäftigte müssen gemäß §§ 10, 19 TzBfG an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen – unter dem Vorbehalt entgegenstehender

---

[2036] Vgl. im Einzelnen m.w.N. Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Zwanziger*, § 93 Rn. 24 ff.

[2037] Küttner Personalbuch-*Poeche*, Fortbildung Rn. 15; ausf. *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 251 ff.

Wünsche anderer Arbeitnehmer sowie dringender betrieblicher Gründe und (bei befristet Beschäftigten) der Verhältnismäßigkeit – teilnehmen können, wodurch die Diskriminierungsverbote des § 4 TzBfG konkretisiert werden. Nach Art. 6 Abs. 5 lit. b der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG[2038] müssen die Mitgliedstaaten für eine Verbesserung des Zugangs der Leiharbeiter zu Weiterbildungsangeboten der entleihenden Arbeitnehmer sorgen. Angesichts der fehlenden Umsetzung ist davon auszugehen, dass sich ein entsprechender Zugang im deutschen Recht in richtlinienkonformer Auslegung von § 13b AÜG über den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten des Entleihers vermitteln lässt.[2039]

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber die Diskriminierungsverbote beachten. Denn das AGG ist auch anwendbar gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG unter anderem auf die berufliche Weiterbildung. Eine schuldhafte Verletzung der Diskriminierungsverbote führt zu Schadensersatzansprüchen gemäß § 15 Abs. 1 AGG, was über die Rechtsfolge der Naturalrestitution[2040] auch einen Anspruch auf Weiterbildung vermitteln kann.[2041]

4.2.1.3.2 Beteiligung des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat im Grundsatz keine Möglichkeiten, Weiterbildungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber zu erzwingen.[2042]

Er hat im Rahmen seines Unterrichtungs- und Beratungsrechts nach § 90 Abs. 2 BetrVG hinsichtlich bestimmter betrieblicher Änderungen einen Anspruch auf Beratung über die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, unter anderem hinsichtlich der Anforderungen der vorgesehenen Maßnahmen. Das erstreckt sich auch auf eventuelle Weiterbildungsmaßnahmen.[2043]

Er kann nach § 96 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vom Arbeitgeber die Erstellung eines Berufsbildungsplans verlangen, den der Arbeitgeber auch mit ihm beraten

---

2038 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. L 327/9.

2039 *Forst*, AuR 2012, 97, 99 f.; für eine Einwirkungspflicht des Verleihers auf den Entleiher über § 8 AüG hingegen *Ulber*, § 13b Rn. 26.

2040 Dazu Däubler/Bertzbach-*Deinert*, AGG, § 15 Rn. 1 ff.; Schiek-AGG-*Kocher*, § 15 Rn. 12; Wendeling-Schröder/Stein-*Stein*, § 15 Rn. 25.

2041 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 223.

2042 *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 94 f.

2043 *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 95.

muss. Außerdem hat der Betriebsrat nach § 96 Abs. 1 Satz 3 BetrVG das Recht, diesbezügliche Vorschläge zu machen. Der Arbeitgeber muss dem jedoch nicht folgen.[2044] Im Übrigen hat der Betriebsrat nach § 97 Abs. 1 BetrVG ein Beratungsrecht hinsichtlich betrieblicher Bildungseinrichtungen und Berufsbildungsmaßnahmen sowie der Teilnahme an außerbetrieblichen Bildungsmaßnahmen. Schließlich erstreckt sich das Vorschlagsrecht des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG auch auf Maßnahmen der Qualifizierung der Arbeitnehmer. Folgt der Arbeitgeber diesen nicht, muss er das nach Abs. 2 der Bestimmung begründen. Erzwingen lässt sich über diese Bestimmung nichts.[2045] Konkrete Pflichten zu bestimmten Berufsbildungsmaßnahmen erwachsen aus alledem nicht.

Bei der Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen hat der Betriebsrat nach § 98 Abs. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht. Im Übrigen aber entscheidet der Arbeitgeber, ob und in welchem Umfang er Bildungsmaßnahmen anbietet, desgleichen darüber, welche finanziellen Mittel er dafür zur Verfügung stellt.[2046] Inwieweit daraus ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Verteilung auf die Arbeitnehmer erwächst, ist im Einzelnen umstritten.[2047] Der Betriebsrat hat nach § 98 Abs. 3 BetrVG ein Vorschlagsrecht hinsichtlich der Teilnehmer an Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung, Freistellungen oder Kostentragung für außerbetriebliche Bildungsmaßnahmen, mangels Einigung entscheidet die Einigungsstelle nach § 98 Abs. 4 BetrVG verbindlich.

Bei Maßnahmen, die zu einer Änderung der Tätigkeit der Arbeitnehmer mit der Folge des Bedarfs an Bildungsanpassungsmaßnahmen führen, hat der Betriebsrat nach § 97 Abs. 2 BetrVG überdies ein echtes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Ob betrieblicher Bildungsmaßnahmen. Dabei handelt es sich um ein korrigierendes Mitbestimmungsrecht, das die Einführung entsprechender Bildungsmaßnahmen betrifft. Der Betriebsrat hat sogar ein Initiativrecht, das ihn berechtigt, die Durchführung entsprechender Bildungsmaßnahmen zu verlangen.[2048] Notfalls entscheidet die Einigungsstelle, deren Spruch die Einigung der Betriebsparteien ersetzt. Umstritten ist freilich, ob der Arbeitgeber auch zur Kostentragung verpflichtet ist. Dies wird teils bejaht unter Rückgriff auf den

---

2044 *Kleinebrink*, DB 2018, 254, 255.

2045 *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 41 f.

2046 GK-BetrVG-*Raab*, § 98 Rn. 12; *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 60.

2047 Dafür *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 256; *Fitting*, § 98 Rn. 2; a.A. GK-BetrVG-*Raab*, § 98 Rn. 12.

2048 *Fitting*, § 97 Rn. 20; GK-BetrVG-*Raab*, § 97 Rn. 11; *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 45.

allgemeinen Grundsatz, dass die Kosten mitbestimmungspflichtiger Tatbestände betriebliche Kosten sind, die der Arbeitgeber zu tragen hat[2049].[2050] Die Behauptung der Gegenansicht, ein Teil der Kosten sei dem Arbeitnehmer aufzuerlegen, weil er sich up to date zu halten habe,[2051] vermag das vorstehende Argument jedenfalls nicht zu entkräften. Nach wiederum anderer Ansicht ist auf § 2 SGB III und die beiderseitige Verantwortlichkeit für die Anpassung der beruflichen Leistungsfähigkeit abzustellen mit der Folge, dass diese Frage im Rahmen der Mitbestimmung und notfalls durch die Einigungsstelle zu entscheiden sei.[2052] Diese Ansicht verkennt freilich, dass § 2 SGB III zwar die arbeitsförderungsrechtlichen Verantwortlichkeiten der Vertragsparteien regelt und insoweit auch Einfluss auf die Bestimmung bürgerlich-rechtlicher Pflichten haben kann, nicht indes dazu führen kann, dass betriebsverfassungsrechtlich bereits bestehende Verantwortlichkeiten geändert werden. Grundsätzlich trägt daher der Arbeitgeber die Kosten. Teils wird allerdings davon ausgegangen, dass dies nicht auch die Entgelt(fort)zahlung während der Bildungsmaßnahmen betreffe.[2053] Nach anderer Ansicht fällt auch dieser Aspekt unter die zwingend vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten.[2054] Richtigerweise ist danach zu differenzieren, ob die betriebliche Weiterbildungsmaßnahme außerhalb der Arbeitszeit stattfindet, dann ist sie auch nicht zu vergüten; findet sie während der Arbeitszeit statt, handelt es sich bei der Vergütungsfortzahlung um Kosten der Bildungsmaßnahme, die der Arbeitgeber zu tragen hat.[2055] Der Verweis auf § 2 SGB III ist an dieser Stelle hilfreich. Daraus lässt sich zwar nicht ableiten, dass der Arbeitnehmer in jedem Falle beteiligt werden muss.[2056] Jedoch spricht die beiderseitige Verantwortung dafür, dass Bildungsmaßnahmen während der Arbeitszeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fallen, Bildungsmaßnahmen außerhalb der Arbeitszeit in den des Arbeitnehmers.

Schließlich kann der Betriebsrat im Rahmen von Sozialplanverhandlungen bei Betriebsänderungen nach § 112 Abs. 2 BetrVG auch Beihilfen zu Maßnahmen der betrieblichen Weiterbildung anstreben.[2057] Dabei sind die Möglichkeiten der Förderung von Transfermaßnahmen nach § 110 und der Leistung von Transfer-

---

2049 Vgl. BAG 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, NZA 1993, 711, 712.
2050 *Fitting*, § 80 Rn. 30; GK-BetrVG-*Raab*, § 97 Rn. 30.
2051 *Kleinebrink*, DB 2018, 254, 258.
2052 ErfK-*Kania*, § 97 BetrVG Rn. 7.
2053 GK-BetrVG-*Raab*, § 97 Rn. 23; *Franzen*, NZA 2001, 865, 869.
2054 DKKW-*Buschmann*, § 97 Rn. 24.
2055 *Fitting*, § 97 Rn. 31.
2056 So aber tendenziell Richardi-*Thüsing*, § 97 Rn. 17.
2057 DKKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 172; *Fitting*, §§ 112, 112a Rn. 141.

kurzarbeitergeld nach § 111 SGB III zu berücksichtigen. Für das betriebsverfassungsrechtliche Einigungsstellenverfahren trägt dem § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG Rechnung, nach dem die Einigungsstelle die im SGB III vorgesehenen Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigen soll.

4.2.1.4 Fortbildungsobliegenheiten

Keine echte Rechtspflicht des Arbeitgebers, sondern eine Obliegenheit betrifft die Weiterbildung als ultima Ratio zur Abwendung einer Kündigung.[2058] Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, *„[...] wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen [...] möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis erklärt hat"*. Das Gesetz knüpft zwar an einen darauf bezogenen Widerspruch des Betriebsrats. Ein solcher bewirkt bei vorliegender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit die absolute Sozialwidrigkeit der Kündigung, weil der Arbeitgeber sich über die Einwendungen des Betriebsrats hinweggesetzt hat. Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen sind aber auch dann zu berücksichtigen, wenn der Betriebsrat nicht widersprochen hat.[2059] Es handelt sich dann um einen sogenannten relativen Sozialwidrigkeitsgrund, der im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.[2060]

Der Arbeitnehmer hat zwar keinen Anspruch auf die Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme. Den Arbeitgeber trifft aber die Obliegenheit, zu prüfen, ob das bestandsgefährdete Arbeitsverhältnis durch Weiterbildung erhalten bleiben kann.[2061] Lässt sich eine Kündigung auf diese Weise vermeiden, ist sie sozial ungerechtfertigt.

Da es sich bei Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen nicht um Maßnahmen handelt, auf die der Arbeitnehmer einen Anspruch hat, sondern letztlich nur um einen Prüfungspunkt hinsichtlich der Frage, ob eine Kündigung mit Blick auf eine nach einer solchen Maßnahme mögliche Weiterbeschäftigung unwirksam ist bzw. wäre, stellt sich die Kostenfrage (s.u. 4.2.1.5) nicht in glei-

---

2058 A.A. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 602: Konkretisierung einer vertraglichen Nebenpflicht; ferner *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 96 ff.

2059 BAG 13.9.1973 – 2 AZR 601/72, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969.

2060 Däubler/Deinert/Zwanziger-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 51, 376 ff. m.w.N.

2061 Vgl. auch *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 222; ferner *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 378.

cher Weise wie bei tatsächlich zu beanspruchenden oder durchgeführten Maßnahmen. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass die Kosten der Arbeitgeber trägt.[2062] Dabei kann die Frage der Zumutbarkeit und damit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit jedoch auch aus wirtschaftlichen Gründen zu verneinen sein.[2063] In dem Zusammenhang wäre auch zu berücksichtigen, inwieweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Vergangenheit bereits ihrer Verantwortung für die Anpassung der beruflichen Leistungsfähigkeit nachgekommen sind.[2064] Andererseits ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sich an den Kosten einer solchen Maßnahme zu beteiligen, wenn sie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers übersteigt. Das Angebot des Arbeitnehmers, sich an den Kosten zu beteiligen, lässt diese spiegelbildlich im Rahmen der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber zurücktreten.[2065] Ist der Arbeitnehmer bei für den Arbeitgeber unzumutbaren Kosten nicht bereit, sich daran zu beteiligen, wird es an der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlen und die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. In jedem Fall muss der Arbeitnehmer nicht gegen seinen Willen die Kosten einer Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme tragen.

4.2.1.5 Kostentragungslast

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine beruflichen Fähigkeiten zu erhalten hat. Soweit es um den Erhalt professioneller Standards, etwa beim Juristen durch Lektüre der NJW geht, ist dies Teil der Arbeitspflicht und findet in der vergütungspflichtigen Arbeitszeit statt.[2066] Auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer verpflichtet, was grundsätzlich im Rahmen des Direktionsrechts möglich ist,[2067] an betrieblichen Weiterbildungsveranstaltungen teilzunehmen, stellt sich dies als vergütungspflichtige Arbeitszeit dar.[2068] Insofern hat er regelmäßig die Kosten der Weiterbildungsmaßnahme ebenso wie die Vergütung für die aufgewendete Zeit zu tragen.

2062 *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 102 f.

2063 Däubler/Deinert/Zwanziger-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 439; *Rasche*, Arbeitnehmerweiterbildung, S. 103 f.

2064 Gagel-*Deinert* § 2 SGB III Rn. 80.

2065 Däubler/Deinert/Zwanziger-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 439; a.A. *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 357.

2066 *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 599; vgl. auch *Kocher*/*Groskreutz*/*Nassibi*/*u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 243.

2067 Küttner Personalbuch-*Poeche*, Fortbildung Rn. 16.

2068 So wohl auch *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 599.

Auch Weiterbildungsveranstaltungen, die der Betriebsrat über sein Mitbestimmungsrecht „erzwungen" hat, sind nach zutreffender Ansicht vom Arbeitgeber zu tragen, was auch die Vergütung einschließt, wenn die Weiterbildung während der Arbeitszeit erfolgt (s.o. 4.2.1.3.2). Soweit eine Weiterbildung für die Erfüllung der betrieblichen Aufgaben notwendig ist, wird man gleichermaßen davon ausgehen müssen, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllt, wenn er an einer Weiterbildungsmaßnahme teilnimmt. Auch insoweit ist von einer vergütungspflichtigen Tätigkeit auszugehen.[2069] Fortbildungen zum Zwecke der Weiterbeschäftigung zur Abwendung einer Kündigung trägt grundsätzlich der Arbeitgeber, wenn sie nicht gerade dadurch erst zumutbar erscheinen, dass sich der Arbeitnehmer freiwillig an diesen beteiligt (s.o. 4.2.1.4).

Schwierigkeiten bereiten allerdings Fortbildungen, die zwar nicht erforderlich sind, damit der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllen kann, andererseits aber wünschenswert, weil der Betrieb von der zusätzlichen Qualifikation profitiert. Die Tragung der Kosten für die Teilnahme an freiwilligen Weiterbildungsangeboten kann Gegenstand tarifvertraglicher Regelung oder einer Betriebsvereinbarung sein.[2070] Auch kann eine Finanzierung über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien erfolgen. Anderenfalls ist dies der vertraglichen Regelung überlassen. Insofern hat der Arbeitgeber regelmäßig ein Interesse daran, diesem die Maßnahme anzubieten, sich aber zugleich die Erfolge der Fortbildung zumindest für eine Zeit zu sichern, um zu verhindern, dass jener nach der Weiterbildung kurzfristig den Betrieb verlässt und die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten anderweitig verwendet. Die Praxis hilft sich hier mit Rückzahlungsklauseln für den Fall eines Arbeitgeberwechsels, in denen das wirtschaftliche Risiko der nutzlosen Aufwendung zumindest zum Teil auf den Arbeitnehmer verlagert wird.[2071] Mit der Weiterbildungsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird vereinbart, dass der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber investierten Kosten je nach Dauer der weiteren Beschäftigung ganz oder teilweise zurückzahlen muss, wenn er den Betrieb verlässt. Das BAG unterwirft solche Vereinbarungen der AGB-Kontrolle nach § 307 BGB insbesondere unter den Gesichtspunkten der Bindungsdauer und des die Rück-

---

2069 BAG 15.9.2009 – 3 AZR 173/08, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 604.

2070 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 230 f.

2071 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 228 f.

zahlung auslösenden Umstands.[2072] Danach ist erforderlich, dass die Weiterbildung für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist und Dauer und Kosten der Maßnahme für den Arbeitgeber in einem angemessenen Verhältnis zu der Bindungsdauer für den Arbeitnehmer stehen.[2073] Darüber hinaus darf die Rückzahlungspflicht nicht vorgesehen sein für Fälle, in denen die Gründe für eine Vertragsbeendigung aus der Sphäre des Arbeitgebers stammen, der Arbeitnehmer also es nicht in der Hand hat, den Rückzahlungsanspruch durch Betriebstreue zu verhindern.[2074]

4.2.2 Sozialrechtliche Förderung

4.2.2.1 Weiterbildungsförderung nach dem Qualifizierungschancengesetz

Das Arbeitsförderungsrecht geht prinzipiell davon aus, dass Weiterbildung eine Aufgabe der Betriebe und der Beschäftigten ist (vgl. auch § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 4 Satz 2 SGB III).[2075] Nur ausnahmsweise war bislang die Förderung der Weiterbildung durch die Versichertengemeinschaft vorgesehen.[2076] Diese förderte die Weiterbildung während der Arbeitslosigkeit. Nur für bestimmte Beschäftigtengruppen war die Weiterbildung auch im Beschäftigungsverhältnis vorgesehen für Geringqualifizierte und von Arbeitslosigkeit bedrohte Arbeitnehmer (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 SGB III), für Arbeitnehmer ohne Schulabschluss (§ 81 Abs. 3 SGB III), für ältere Arbeitnehmer (§ 82 Satz 1 Nr. 1 SGB III) sowie für behinderte oder von Behinderung bedrohte Beschäftigte (§ 49 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX).[2077]

In der Erkenntnis, dass der demografische und technologische Wandel den Weiterbildungsbedarf auch in bestehenden Beschäftigungsverhältnissen sowohl für die Wirtschaft als auch für die Arbeitnehmer qualitativ und quantitativ steigert, wurde jüngst mit dem Qualifizierungschancengesetz eine Neujustie-

---

2072 Zu den Einzelheiten vgl. Däubler/Bonin/Deinert-*Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, § 307 BGB Rn. 101 ff.

2073 BAG 14.1.2009 – 3 AZR 900/07, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

2074 BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042; BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748, Rn. 21.

2075 Vgl. BR-Drs. 467/18, S. 7, 10.

2076 Anders noch unter dem AFG 1969, *Nakielski*, SozSich 2019, 14.

2077 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 232 ff.

rung vorgenommen.[2078] Die Weiterbildung ist danach nicht mehr allein Aufgabe von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sondern soll künftig auch durch die Arbeitsförderung unterstützt werden.[2079] Das neue Gesetz hat zum Ziel, die Weiterbildungsförderung und die Weiterbildungs- und Qualifizierungsberatung als Aspekte der Berufs- und Arbeitsmarktberatung und damit als umfassende gesetzliche Aufgabe der BA in §§ 29 ff. SGB III zu stärken. Beschäftigte und Arbeitgeber haben einen Rechtsanspruch, sich von der Bundesagentur für Arbeit in Fragen der Weiterbildung beraten zu lassen. Die Weiterbildungsberatung als Teil der Berufsberatung muss künftig obligatorisch unverzüglich im Anschluss an die Arbeitsuchendmeldung nach § 38 Abs. 2 SGB III erfolgen. Dadurch soll es möglich werden, durch Analyse der Beschäftigungs- und Entwicklungschancen präventiv Arbeitslosigkeit abzuwenden.[2080] Auch für Personen im Leistungsbezug nach dem SGB II (s.o. 2.4.2 und 2.5.2) wird die gestärkte Weiterbildungs- und Qualifizierungsberatung ermöglicht gemäß § 14 Abs. 2 Satz 4 und 5 SGB II, der Bestandteil des Grundsatzes des Förderns ist. Darin ist die Anwendbarkeit der Beratungsvorschriften der §§ 29 bis 33 SGB III geregelt. Diese normieren den Umfang des Beratungsangebotes, den Inhalt der Berufsberatung sowie die Grundsätze der Berufsberatung, die Eignungsfeststellung und die Durchführung einer Berufsorientierung durch die Agentur für Arbeit.

Auch die Weiterbildungsförderung für Beschäftigte wurde ausgeweitet. In den bisherigen §§ 81, 82 SGB III ist die Förderung von Weiterbildung durch die Bundesagentur auf gering- bzw. unqualifizierte Beschäftigte bzw. auf ältere Beschäftigte und Beschäftigte in klein- und mittelständischen Unternehmen beschränkt – was hinsichtlich der empirischen Befunde über personen- und betriebsbezogene Weiterbildungsquoten (s.u. 4.2.4) auch eine gewisse Berechtigung hatte. Künftig soll die Weiterbildungsförderung nun aber darüber hinaus auch unabhängig von Ausbildung, Lebensalter und Betriebsgröße ermöglicht werden. Nach dem neugefassten § 82 SGB III ist die weitere Öffnung der Weiterbildung davon abhängig, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers technologiebedingt substituierbar ist oder in sonstiger Weise vom Strukturwandel betroffen (ausgenommen befristet bis Ende 2020 Beschäftigte in KMU bis 250 Arbeitnehmern, ferner soweit älter als 45 Jahre oder schwerbehindert). Gefördert wird darüber hinaus die Weiterbildung für Arbeitnehmer, die einen sog. Engpassbe-

---

2078 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2651; dazu *Nakielski*, SozSich 2019, 14 ff.

2079 BR-Drs. 467/18, S. 10.

2080 BR-Drs. 467/18, S. 18.

ruf anstreben. Um nicht Maßnahmen zu fördern, die prinzipiell durch die Betriebe zu tragen sind, ist die Förderung kurzfristiger Anpassungsfortbildungen ausgeschlossen und es werden nur außerbetriebliche Maßnahmen von einer Mindestdauer von vier Wochen gefördert gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 4 SGB III.

Die Förderung erfolgt durch die Übernahme von Weiterbildungskosten und Zuschüssen zum Arbeitsentgelt. Sie ist nach § 82 Abs. 2 und 3 SGB III grundsätzlich abhängig von einer Kofinanzierung durch den Arbeitgeber, die nach der Betriebsgröße gestaffelt ist. Kleinstunternehmen von weniger als 10 Beschäftigten erhalten bis zu 100 % für Lehrgangskosten (als Sollvorschrift) und bis zu 75 % Arbeitsentgeltzuschuss. Klein- und mittelständische Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten erhalten bis zu 50 % der Lehrgangskosten und Arbeitsentgeltzuschüsse. Großunternehmen ab 250 Beschäftigte erhalten lediglich 25 % der Lehrgangskosten sowie des lehrgangsbedingt ohne Arbeitsleistung aufgebrachten Entgelts. Die Förderung kann bei älteren Personen über 45 Jahren oder schwerbehinderten Beschäftigten auch höher ausfallen. Dieser Finanzierungsansatz ist insbesondere im Hinblick auf die bisherigen empirischen Befunde (s.u. 4.2.4) zu ausbleibender Weiterbildung begrüßenswert, nach denen die Höhe der Weiterbildungsquote an die Betriebsgröße gekoppelt zu sein scheint.[2081] Auch ein hoher Anteil der Beschäftigten führte als ursächlichen Grund von nicht stattfindenden Weiterbildungsbestrebungen bisher vor allem das Entstehen von Kostenfaktoren an.[2082] Maßnahmen zum Erwerb eines Berufsabschlusses werden nach § 82 Abs. 3 Satz 2 SGB III sogar durch volle Entgeltübernahme gefördert.

Die Förderung der Weiterbildung im bestehenden Arbeitsverhältnis findet nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 SGB II auch für Bezieher von Aufstockungsleistungen der Grundsicherung Anwendung.

Die bereits zuvor bestehenden Fördermöglichkeiten

- zur Abwendung drohender oder Beendigung bestehender Arbeitslosigkeit nach § 81 Abs. 1 SGB III,
- zum Erwerb eines Berufsabschlusses nach § 81 Abs. 2, 5 SGB III,

---

2081 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 66.

2082 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 269.

- zum nachträglichen Erwerb eines Hauptschulabschlusses nach § 81 Abs. 3 SGB III und
- zum Erwerb von Grundkompetenzen nach § 81 Abs. 3a SGB III

bleiben auch nach dem Qualifizierungschancengesetz bestehen und werden darüber hinaus ergänzt um die

- Förderung einer Erweiterungsqualifizierung nach § 81 Abs. 1a SGB III.

4.2.2.2 Meister-BAföG

Eine Finanzierung aus Steuermitteln sieht insbesondere eine Förderung von Handwerkern und anderen Fachkräften durch das Meister-BAföG im Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG) vor.[2083]

4.2.2.3 Rechtspolitische Diskussion

Der Ansatz, die im gesamtgesellschaftlichen und insbesondere wirtschaftlichen, aber auch im arbeitsförderungsrechtlichen Interesse stehende Weiterbildung der Arbeitnehmer auch dann präventiv zu fördern, wenn sie noch in einem Arbeitsverhältnis stehen, verdient umfassende Zustimmung (s.u. 4.2.5.3). Gleichwohl stieß das Projekt auch auf Kritik.

Kritisiert wurde das fehlende Augenmerk auf ein Zusammenwirken von Sozialpartnern und Betriebsparteien, um eine wirklich effektive Durchsetzung der Erhöhung von Weiterbildungsquoten zu erreichen. Es fehlten bisher noch Anreize für ein gemeinsames Agieren, denn die Betriebsparteien verfügen gemeinsam über solide Kenntnisse darüber, welche betriebsspezifischen Erfordernisse die wandlungsbedingten Qualifizierungsbedarfe im konkreten Betrieb mit sich bringen.[2084] Dies spielt nicht nur für die Effektivität von Weiterbildung, sondern darüber hinaus auch für eine dringend benötigte Stärkung der Tarifautonomie (zur Erosion der Tarifbindung s.u. 5.3.4) eine wichtige Rolle. Die IG Metall schlägt in dem Zusammenhang vor, entsprechende Anreize für ein gemeinsames Handeln zu setzen, indem bessere Bedingungen für Fälle normiert werden, in denen sich die Betriebsparteien auf eine betriebsspezifische Analyse der je-

---

2083 Näher *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 242 f.

2084 IG Metall, Informationen zur Sozialpolitik Nr. 46/ September 2018, S. 1 f.

weiligen Qualifizierungsbedarfe geeinigt und sich anschließend darüber hinaus über einen entsprechenden Entwicklungsplan verständigt haben.[2085]

Dieser Ansatz erscheint durchaus vielversprechend. Unabhängig davon ist zu erkennen, dass das gesamte System der Weiterbildungsförderung auf ein auf Freiwilligkeit basierendes arbeitsrechtliches Konzept sattelt. Weiterbildung wird gefördert, wenn sie stattfindet. Ob sie stattfindet, regelt das Gesetz nur mittels Anreizen über Kostenminderung. Es sollte aber auch darüber nachgedacht werden, die individuelle Eigeninitiative des Arbeitnehmers zu stärken, namentlich über Freistellungsansprüche (s.u. 5.2.5.2).

Der Gesetzgeber tut grundsätzlich gut daran, auf den Wandel am Arbeitsmarkt zu reagieren. Beschäftigte müssen den durch technologischen Wandel veränderten Anforderungsprofilen von Arbeitgebern sowie den wirtschaftlichen und strukturellen Änderungen des Arbeitsmarktes standhalten können, um ihre Arbeitsstelle langfristig behalten und damit dem Risiko von Arbeitslosigkeit begegnen zu können. Die Weiterbildungsförderung sowie die Weiterbildungs- und Qualifizierungsberatung zu erweitern, ist dabei sicherlich ein wichtiger Schritt. Vor allem auch die geplante Stärkung der Weiterbildungsförderung sowie der Weiterbildungs- und Qualifizierungsberatung von Personen im SGB II-Bezug ist im Hinblick auf die Untersuchungsergebnisse zu den erwerbstätigen Personen im ergänzenden Leistungsbezug bzw. den sich in Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung befindlichen Personen (s.o. 2.4.5.7 und 2.5.5.4) durchaus begrüßenswert.[2086] In dem Zusammenhang ist allerdings zu konstatieren, dass eine allein quantitative Ausdehnung der Qualifizierungs- bzw. Weiterbildungsberatung nicht genügen kann. Bei Personen in (Teil-)Arbeitslosigkeit ist vor allem die Berücksichtigung und Flankierung individueller Problemlagen (beispielsweise Verschuldung, chronische [psychische] Erkrankung) essentiell, denn hier setzt das SGB II insgesamt zu spät (und lediglich mit Sanktionen) an. Hier scheinen Beratungsprogramme oft schematisch und wenig auf den Betroffenen abgestimmt (s.o. 2.5.5.2).

2085 IG Metall, Informationen zur Sozialpolitik Nr. 46/ September 2018, S. 1 f.

2086 Gesetzesentwurf zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz), BT Drs. 467/18, S. 3.

4.2.3 Zwischenfazit

Es gibt keinen explizit geregelten, gesetzlichen Anspruch auf Weiterbildung im Arbeitsverhältnis – die Weiterbildung ist gesetzlich lediglich bruchstückhaft geregelt. Lediglich über bestimmte Förderpflichten können ausnahmsweise Freistellungsansprüche vermittelt werden. In Landesgesetzen ist zudem der Bildungsurlaub als arbeitgeberseitig finanzierte Freistellung zum Zwecke der Weiterbildung vorgesehen.

Überdies gibt es auch keinen allgemeinen Weiterbildungs-Freistellungsanspruch. Ein solcher lässt sich allerdings mittelbar realisieren über die Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG, indessen nur, wenn die Voraussetzungen dieses Anspruchs vorliegen, was unter anderem über Schwellenwert, entgegenstehende betriebliche Gründe und Überforderung des Arbeitgebers nicht ganz unbeträchtliche Hürden bereithält. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass § 2 SGB III dem Ziel der Ermöglichung von Weiterbildung eine Leitbildfunktion mittelbar auch im Arbeitsrecht einnimmt und einen Anspruch auf Freistellung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) vermitteln kann.

Freistellungsansprüche ebenso wie Ansprüche auf Weiterbildung können selbstverständlich in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen geregelt werden.

Weiterbildungsangebote des Arbeitgebers sind nach allem regelmäßig freiwillig, sie können nur ausnahmsweise durch den Betriebsrat im Wege der Mitbestimmung erzwungen werden. Über die Durchführung freiwilliger Weiterbildungsangebote hat der Betriebsrat indessen mitzubestimmen. Im Übrigen können sich Ansprüche für Beschäftigte auf Teilhabe an entsprechenden Angeboten aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz oder aus Diskriminierungsverboten ergeben.

Die Finanzierung der vom Arbeitgeber angeordneten Weiterbildung bleibt bei diesem hängen. Freiwillige Weiterbildung kann vorbehaltlich einer Regelung im Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vom Arbeitgeber finanziert werden mit Vereinbarung von Rückzahlungsklauseln für den Fall des Ausscheidens innerhalb bestimmter Fristen. Solche Rückzahlungsklauseln unterliegen der AGB-Kontrolle. Im Übrigen geht die Weiterbildung auf Initiative des Arbeitnehmers auch auf dessen Kosten, sofern keine sozialrechtliche Förderung möglich ist. Letztere ist im bestehenden Arbeitsverhältnis möglich, sofern der Arbeitsplatz technologiebedingt oder sonst durch Strukturwandel gefährdet ist oder der Arbeitnehmer in einen Engpassberuf wechseln möchte, ansonsten (für eine Übergangszeit oder für besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer) in KMU. An solchen Förderungen muss der Arbeitgeber sich durch Kofinanzierung beteiligen.

4.2.4 Empirische Befunde

4.2.4.1 Weiterbildungsquoten

Nach einer Untersuchung von *Kocher, Welti u.a.* hatten bezogen auf das Jahr 2008 30 % der Befragten innerhalb der letzten drei Jahre an betrieblichen Weiterbildungskursen teilgenommen. Im europäischen Vergleich lag die deutsche Teilnahmequote an Weiterbildungskursen damit eher im Mittelfeld und fiel insbesondere im Vergleich zu Ländern vergleichbaren Wohlstandsniveaus wie Schweden (46 %) oder Frankreich (ebenfalls 46 %) auffallend zurück.[2087] Die Weiterbildungsquote insgesamt (also auch außerhalb von Kursen oder Seminaren, z.B. durch arbeitsplatznahe Qualifizierung wie z.B. Unterweisungen und Einarbeitung durch Vorgesetzte oder Kollegen oder die Weiterbildung durch Lern- und Qualitätszirkel[2088]) lag in Deutschland im Jahr 2007 allerdings bei 44 % aller erwachsenen Personen.[2089] Die angegebenen Zahlen verwunderten vor allem vor dem Hintergrund, dass in der Betriebsräte-Sonderbefragung des WSI aus dem Jahr 2011 80 % aller Betriebsräte angaben, dass in ihrem Betrieb externe Kurse, Lehrgänge oder Seminare angeboten würden. 88 % der Betriebsräte gaben an, dass die Weiterbildung direkt am Arbeitsplatz anhand von Unterweisungen oder Einarbeitungen erfolge. Erklären lässt sich die Differenz sicherlich damit, dass sich die niedriger ausfallenden Zahlen der Weiterbildungsquote auf die Gesamtbevölkerung beziehen, zu der auch nicht erwerbstätige Personen oder Betriebe ohne Betriebsräte zählen.[2090]

Die Ergebnisse der damaligen Studien haben sich seither nur geringfügig verändert: Ergebnisse des Adult Education Survey (AES)[2091] attestieren der deutschen, erwachsenen Bevölkerung für das Jahr 2016 eine Gesamtweiterbildungsquote in Höhe von 50 %. Dies ist nahezu identisch mit den vorangegangenen

---

2087 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 210. Sie beriefen sich dabei auf eine Untersuchung von Behringer/Moraal/Schönfeld aus dem Jahr 2008, S. 10.

2088 Alles zusammen ergibt eine Gesamtweiterbildungsquote, *Behringer/Moraal/Schönfeld*, BiBB BWP 1/2008, 9.

2089 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 41; *Behringer/Moraal/Schönfeld*, BiBB BWP 1/2008, 9.

2090 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 210.

2091 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES).

Jahren (2014: 51 %, 2012: 49 %).[2092] Der Anteil betrieblicher Weiterbildung beträgt dabei 36 %, der Anteil individueller berufsbezogener Weiterbildung 7 % und der Anteil nicht berufsbezogener Weiterbildung 13 %.[2093] Lediglich der Anteil individueller berufsbezogener Weiterbildung ist im Vergleich zum Jahr 2014 leicht gesunken (von 9 auf 6 %). Insgesamt betrachtet ist aber ein leichter Anstieg der Nutzung von Weiterbildungsoptionen seit 2008 zu verzeichnen. Auffallend ist, dass die Nutzung von Weiterbildungsoptionen besonders hoch im Alter von 30–49 Jahren ist (54–56 %). Besonders niedrig hingegen ist sie in der Altersgruppe der 60- bis 64-Jährigen (38 %). In allen anderen Altersgruppen schwankt sie zwischen 46 und 49 %.[2094]

Pro Weiterbildungsaktivität wurden im Jahr 2016 im Schnitt 42 Stunden aufgewendet. Die Streuung ist dabei vergleichsweise stark und reicht von einer Stunde bis hin zu 1920 Stunden je Weiterbildungsaktivität.[2095] Zeit ist aus Sicht von Arbeitgebern eine begrenzte Ressource. Wendet der Arbeitnehmer Zeit für betriebliche Weiterbildung auf, steht er zeitgleich nicht für seine übliche Verwendung zur Verfügung. Dies wirkt sich in dem Moment auch auf die Produktivität des Betriebs aus. Vor allem Beschäftigte mit einer Wochenstundenanzahl von weniger als 20 Stunden sind daher wohl vergleichsweise selten an betrieblicher Weiterbildung beteiligt (ihre Teilnahmequote liegt 12 % niedriger als bei Personen mit einer höheren Wochenstundenanzahl).[2096] Das dürfte unter anderem daran liegen, dass sich eine betriebliche Weiterbildung dieser Personengruppe aus Arbeitgebersicht aufgrund der geringen Arbeitszeit oft weniger auszahlt. Im Vergleich zu den Vorjahren hat sich die Quote der Weiterbildung von Personen mit einem Wochenstundenumfang von weniger als 20 Stunden jedoch deutlich erhöht (von 29 % im Jahr 2012 auf 38 % im Jahr 2016).[2097] Darüber hinaus scheinen Beschäftigte in größeren Betrieben im Vergleich zu Beschäftigten in kleineren und mittleren Betrieben einen besseren Zugang zu Wei-

---

2092 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 41.

2093 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 41.

2094 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 43.

2095 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 35.

2096 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 60.

2097 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 60.

terbildungsmaßnahmen zu haben. In Betrieben mit bis zu 59 Mitarbeitern liegt die Weiterbildungsquote bei 45 %. In Betrieben von 50 bis zu 249 Mitarbeitern liegt sie bei 52 % und in Betrieben mit 250 Mitarbeitern und mehr liegt die Weiterbildungsquote bei 61 %.[2098] Dies ist damit zu erklären, dass kleinere und mittlere Betriebe oftmals weder über die organisatorischen noch über die finanziellen Mittel verfügen, aus Weiterbildungsteilnahmen resultierende Personalengpässe abzufedern und eine Infrastruktur für die Planung von Weiterbildungsoptionen bereitzustellen.

Die Höhe der Weiterbildungsquoten scheint sich darüber hinaus nach dem Wirtschaftszweig zu unterscheiden. Eine überdurchschnittliche Weiterbildungsquote weisen hier vor allem Beschäftigte im Gesundheits- und Sozialwesen (57 %) und in den Bereichen Erziehung und Unterricht (66 %) auf. Unterdurchschnittlich hingegen ist die Beteiligung in den Bereichen des Handels- und Gastgewerbes (35 %) sowie im Baugewerbe (ebenfalls 35 %).[2099] Dies hängt vor allem mit verschiedenen branchentypischen Merkmalen zusammen wie beispielsweise mit unterschiedlich ausgeprägter Technikorientierung oder Innovationsgeschwindigkeit. Ein branchenspezifisches Merkmal ist aber unter anderem auch die Qualifikationsstruktur der dort Beschäftigten. Beispielhaft ist hier das Gastgewerbe, bei dem eine unterdurchschnittliche Weiterbildungsrate mit einem hohen Anteil formal geringqualifizierter Beschäftigter einhergeht.[2100]

4.2.4.2 Weiterbildungsbarrieren

Im Zusammenhang mit steigender oder sinkender Weiterbildungsbeteiligung und in Anbetracht einer hohen Bildungsbeteiligung als bildungspolitisches Ziel[2101] ist vor allem eines von Interesse: bestehende Barrieren für die Bildungsbeteiligung. Diese können zunächst aus privaten oder beruflichen Kontexten, in denen sich Individuen befinden, resultieren. Aber auch Merkmale regionaler und nationaler Angebotsstruktur in der Weiterbildung sowie individuelle Einstellungen der Personen sind bedeutsam bei der Entscheidung zur Inanspruchnahme von Weiterbildungsoptionen. Insbesondere die Kosten und der indivi-

---

2098 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 66.

2099 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 66.

2100 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 67.

2101 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 265.

duell prognostizierte Nutzen sind hier entscheidend.[2102] Dementsprechend ergibt sich aus den Ergebnissen des Adult Education Survey, dass 85 % der befragten Personen, in den letzten zwölf Monaten nicht gern an einer Weiterbildungsaktivität teilgenommen hätten. 80 % dieser befragten Personen gaben auf Nachfrage weiter an, keinen Weiterbildungsbedarf für sich zu sehen.[2103] 15 % der Befragten hätten in den letzten zwölf Monaten gern an einer Weiterbildungsaktivität teilgenommen. Als Gründe, die dem entgegenstanden, gaben die meisten Personen (39 % der Befragten) die zu intensive Zeitbelastung der Weiterbildung an. 34 % der Befragten äußerten, aus familiären Gründen an keiner Weiterbildungsaktivität – trotz bestehenden Wunsches – teilgenommen zu haben. Aber auch finanzielle Gründe (von 32 % der Befragten angegeben) und in diesem Zusammenhang auch fehlende staatliche Unterstützung (von 24 % der Befragten angegeben) wurden als Weiterbildungsbarrieren genannt. Immerhin fast ein Viertel der Befragten (24 %) gab als Grund eine fehlende Weiterbildungsberatung an. Rund ein Fünftel der Personen monierten die fehlende Unterstützung des Arbeitgebers (22 %) und das Fehlen geeigneter Bildungsangebote (19 %).[2104]

4.2.4.3 Zusammenfassung

Nach fast einem Jahrzehnt stagnierender Teilnahmequoten ist die Weiterbildungsbeteiligungsrate seit 2010 bis heute stark angestiegen. Dies ist im Hinblick auf einen prosperierenden Arbeitsmarkt mit hoher Beschäftigtenzahl durchaus begrüßenswert. Für die Gründe der Nichtwahrnehmung betrieblicher Weiterbildungsoptionen scheinen vor allem Fragen des Zeitmanagements sowie die entstehenden Kosten von Bedeutung zu sein. Aber auch der erwartete persönliche Nutzen für die Beschäftigten scheint eine wichtige individuelle Rolle zu spielen. Teilweise wird auch die (spärlich) vorhandene Weiterbildungsberatung moniert. Ob deren Einbeziehung in die Arbeitsmarkt- und Berufsberatung künftig daran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten.

2102 *Martin/Schömann/Schrader/Kuper*, Deutscher Weiterbildungsatlas 2016; *Kuwan/Seidel*, Weiterbildungsbarrieren und Teilnahmemotive, 209 ff.

2103 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 266 f.

2104 *Bilger/Behringer/Kuper/Schrader*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), S. 269.

Weiterbildungszugänge scheinen darüber hinaus in größeren Betrieben und für Personen in vollzeitnaher Beschäftigung deutlich besser erreichbar zu sein. Auch hier scheinen Kosten- und Effektivitätsaspekte eine Rolle zu spielen. Des Weiteren fällt auf, dass die Weiterbildung innerhalb der Personengruppe der über 60-Jährigen überdurchschnittlich gering ausfällt. Dies ist vor dem Hintergrund sich schnell verändernder Technologien, die eine rapide und dynamische Anpassung erfordern, wenig verwunderlich, zumal die Zeit bis zum Übergang in den Rentenbezug für diese Gruppe überschaubar erscheint. Dass ältere Personen tendenziell seltener an betrieblicher Weiterbildung teilnehmen, führt gemessen an ihrem Anteil in der Erwerbspopulation und einer insgesamt alternden Gesellschaft, die früher oder später ein längeres Erwerbsleben erfordert, zu Problemen. Vor diesem Hintergrund scheint es besonders sinnvoll, für diese Altersgruppe verstärkt Anreize zur Nutzung von Weiterbildungsmöglichkeiten zu setzen.

4.2.5 Vorschläge für ein konsistentes rechtspolitisches Konzept

4.2.5.1 Sozialpolitisches Leitbild

Zur Frage der Weiterbildung gibt es für die vorliegende Fragestellung keine verfassungsrechtlichen Vorgaben.[2105] Auch das Unionsrecht ist insoweit wenig ergiebig.[2106] Aus Art. 11 des Vorschlags einer sog. Transparenzrichtlinie[2107] ergibt sich, wenn er so angenommen wird, dass Arbeitgeber künftig Fortbildungen für ihre Arbeitnehmer kostenlos anbieten müssen, wenn es sich um gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebene Fortbildungen handelt. Die Richtlinie wird aber selber keine Fortbildungsverpflichtungen der Arbeitgeber begründen.[2108] Insoweit ergibt sich für das deutsche Recht auch nichts Neues. Denn verpflichtende Fortbildungen gehen nach den hier gewonnenen Erkenntnissen ohnehin auf Kosten des Arbeitgebers (s.o. 4.2.1.5). Hinsichtlich der Fortbildungsobliegenheit zwecks Weiterbeschäftigung zur Vermeidung einer Kündigung dürfte man es hingegen ebenso wenig mit einer verpflichtenden Fortbil-

---

2105 Ausf. zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf das Recht der betrieblichen Weiterbildung *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 67 ff.

2106 Vgl. *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 56 ff.

2107 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, COM (2017) 797 final.

2108 *Maul-Sartori*, ZESAR 2018, 369, 373.

dung in diesem Sinne zu tun haben wie hinsichtlich Verpflichtungen, die auf betriebsverfassungsrechtlicher Grundlage begründet werden. Auch hinsichtlich der Problematik der Rückzahlungsklauseln (s.o. 4.2.1.5 und 4.2.3) wird die Richtlinie keine Neujustierung verlangen, weil Fortbildungsveranstaltungen, hinsichtlich derer Rückzahlungsklauseln vereinbart werden können, grundsätzlich nicht verpflichtende Fortbildungen betreffen. Auf der völkerrechtlichen Ebene sieht es wenig anders aus.[2109] Zwar hat die Bundesrepublik das ILO-Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub ratifiziert und durch die fehlende Umsetzung in Sachsen und Bayern liegt praktisch ein völkerrechtswidriger Zustand vor.[2110] Im Übrigen aber gibt es keine inhaltlichen Vorgaben zur Arbeitnehmerweiterbildung.

Andererseits setzt der Gesetzgeber widersprüchliche Signale. Auf der einen Seite misst er ihr einen hohen Stellenwert bei, insoweit sie auch auf die Aufhebungsfreiheit von Verträgen im Rahmen der Privatautonomie beschränkend wirken bzw. diese im Einzelfall beschränken kann. Zudem weist er den Vertragsparteien Verantwortung für die berufliche Anpassung zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit zu. Auf der anderen Seite aber unterstützt er diese Anliegen zwar durch Sozialleistungen, überlässt die Fortbildung aber weitestgehend der autonomen Entscheidung der Privatrechtssubjekte. Selbst dem Betriebsrat wird insoweit nur wenig Macht eingeräumt. Soweit die Tarifvertragsparteien nicht handeln, hat man es mit einem Feld zu tun, bei dem wenig zu erwarten ist, wenn Arbeitgeber die Weiterbildung nicht im eigenen Interesse sehen. Dies ist nicht konsistent. Ein erster Schritt in die richtige Richtung ist allerdings die Ermöglichung einer Weiterbildungsteilzeit im Rahmen des neuen Rechts der Brückenteilzeit (s.o. 2.1.7.2).

4.2.5.2 Anspruch auf Weiterbildungsfreistellung

Auch die Neuregelungen des Chancenqualifizierungsgesetzes helfen nicht darüber hinweg, dass der Weg zur Weiterbildung längst nicht für alle Beschäftigten geöffnet ist. Es müsste vielmehr bereits am Zugang zur Weiterbeschäftigung angesetzt werden. Diskutiert wird, dies – in Anlehnung an § 2 SGB III – durch eine ausdrückliche Kodifizierung der Pflicht des Arbeitgebers zur Erhaltung und Anpassung der beruflichen Fähigkeiten von Arbeitnehmern in einem ge-

---

2109 *Fracke*, Die betriebliche Weiterbildung, S. 49 ff.
2110 Vgl. MünchArbR Bd.1-*Natzel*, § 90 Rn. 4.

wissen Rahmen zu lösen.[2111] Diese Pflicht müsse speziell in der Erhaltungs- und Anpassungsqualifikation der Arbeitnehmerfähigkeiten – zumindest in einem gewissen Mindestumfang – bestehen.[2112] Auch gemessen an den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre beispielsweise scheint eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers sinnvoll, denn hiernach trägt der Arbeitgeber als Profiteur des Arbeitserfolges auch für diejenigen Faktoren die Verantwortung, die zur Herbeiführung eben dieses Arbeitserfolges notwendig sind.[2113] Dabei ist der Bedarf an Weiterbildung natürlich betriebsspezifisch und einzelfallbezogen zu entscheiden. Ebendies ist freilich auch die Crux. Es scheint kaum möglich, einen halbwegs justiziablen Anspruch auf betriebsspezifisch notwendige Anpassungsqualifizierungen zu formulieren. Ohnehin wird der Arbeitgeber regelmäßig ein Eigeninteresse an solchen Qualifizierungen haben, soweit sie dem Betriebsergebnis dienlich sind. Insofern scheint eine gesetzliche Konkretisierung eines solchen Anspruchs wenig erfolgversprechend, zumal der Betriebsrat über den Qualifizierungsbedarf ohnehin mit dem Arbeitgeber berät. Viel schwieriger und regelungsbedürftig scheinen demgegenüber die Fälle, die über das hinausgehen, was im betrieblichen Interesse liegt. Insoweit würde es genügen, gesetzlich klarzustellen, dass der Arbeitgeber die Kosten sog. Anpassungsqualifizierungen, die dem Erhalt der beruflichen Qualifikation im Arbeitsverhältnis dienen, zu tragen hat.

Arbeitgeber werden ihre Arbeitnehmer nur weiterbilden bzw. zur Weiterbildung freistellen, wenn sie an der Weiterbildung ein Interesse haben. Soweit der Arbeitnehmer sich zwar weiterbilden möchte, um seine Beschäftigungsfähigkeit zu erhalten oder zu verbessern, oder gar einen beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, der Arbeitgeber sich von der zusätzlichen Qualifikation aber keine betrieblichen Vorteile verspricht, ist es durchaus nachvollziehbar, dass er sich an dieser Weiterbildung nicht beteiligt. Allein der Appell, sich der Verantwortung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III bewusst zu werden, wird hier nicht helfen. Sicher ist vom Arbeitgeber nicht zu erwarten, dass er sich an der Weiterbildung beteiligt, sofern diese nicht im betrieblichen Interesse liegt und auch keine weitere Verantwortung des Arbeitgebers für den Weiterbildungsbedarf besteht, was wie ausgeführt beispielsweise nach einer Umstrukturierung oder Änderung des Tätigkeitsfeldes denkbar wäre. Es entspräche aber dem Leitbild der

---

2111 *Käufer*, Weiterbildung, S. 198 ff.; *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 218 f.

2112 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 259.

2113 *Käufer*, Weiterbildung, S. 203 ff.

Arbeitgeberverantwortung aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III vom Arbeitgeber eine Freistellung für die berufliche Weiterbildung zu verlangen, auch wenn dies arbeitsorganisatorische Anpassungen erfordert. Was die konkrete Ausgestaltung angeht, kann das Recht der Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG einen guten Ansatzpunkt bieten. Insoweit wäre klarzustellen, dass für längere Freistellungszeiten zwischen einem und fünf Jahren auch Brückenteilzeit Null gewählt werden kann. Was der Gesetzgeber als befristete Teilzeitarbeit für zumutbar hält, muss auch für befristete Freistellungen gelten.

Für kleinere Unternehmen sowie für kürzere Bildungsfreistellungen böte sich beispielsweise an, einen Freistellungsanspruch bis zu zwei Monaten vorzusehen. Eine erneute Freistellung wäre dann frühestens nach fünf Jahren zulässig. Lässt der Arbeitnehmer sich für lediglich einen Monat freistellen, wäre ein erneuter Freistellungsanspruch bereits nach zwei Jahren zulässig. Für kleine Unternehmen bis 45 Arbeitnehmer (Schwellenwert der Brückenteilzeit) wäre die Möglichkeit vorzusehen, der Weiterbildungsfreistellung zu widersprechen, wenn betriebliche Gründe entgegenstehen. In Unternehmen mit mehr als 45 Arbeitnehmern sollte die Schwelle der Einwendung erhöht werden, sodass nur dringende betriebliche Gründe entgegengehalten werden können.

Dieser Vorschlag würde die Arbeitgeberverantwortung vor allem auf arbeitsorganisatorischer Ebene in Anspruch nehmen, aber keine finanzielle Belastung mit sich bringen. Andererseits würde es Beschäftigten in weit größerem Umfang als bisher durch das Bildungsfreistellungsrecht der Länder ermöglicht, an Weiterbildungen teilzunehmen. Dass die Freistellungszeiträume im Bildungsurlaubsrecht deutlich kürzer sind, steht dem nicht entgegen, denn der Bildungsurlaub ist vom Arbeitgeber durch Entgeltfortzahlung zu finanzieren.

Diese Regelung wäre letztlich eine gesetzliche Konkretisierung dessen, was nach hier vertretener Ansicht ohnehin aus § 315 BGB i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung folgen würde.

4.2.5.3 Finanzierung der Weiterbildung

Soweit der Arbeitgeber nicht schon nach bisheriger Rechtslage verpflichtet ist, die Weiterbildung zu finanzieren, bleibt diese letztlich am Arbeitnehmer hängen. Die Regelungen über Wertguthaben in § 7c SGB IV differenzieren zwischen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Freistellungen. Die Freistellungen für berufliche Qualifizierungsmaßnahmen waren bereits bisher ein Beispielsfall für vertragliche Freistellungen (§ 7c Abs. 1 Nr. 2b SGB IV). Dieser Tatbestand wäre nunmehr in die Gruppe der gesetzlichen Freistellungszwecke nach Nr. 1 zu überführen. Damit ist zwar weder verbunden, dass Bildungsfreistellung nun-

mehr ein gesetzlich zwingender Zweck von Wertguthabenvereinbarungen ist, denn die Zwecke festzulegen bleibt den Arbeitsvertragsparteien vorbehalten gemäß § 7c Abs. 2 SGB IV. Noch ist damit ein Anspruch auf Begründung eines Langzeitkontos verbunden. Immerhin aber ist dann in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Zwecks eines Wertguthabens auch die Weiterbildung ein gesetzlich vorgesehener Zweck.

4.2.5.4 Soziale Sicherung und Förderung

Hinsichtlich der sekundären Risiken ist die arbeitgeberfinanzierte Weiterbildung bei fortlaufenden Bezügen unproblematisch. Auch wenn keine oder weniger Arbeitsleistung erbracht wird, liegt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis weiterhin vor.[2114] Schwieriger ist hingegen die Weiterbildung außerhalb des Arbeitsverhältnisses auf Kosten des Arbeitnehmers. Für den Fall der Arbeitszeitreduzierung bleibt zwar ein Beschäftigungsverhältnis bestehen, allerdings mit geringerer Vergütung. Insoweit wurde hier vorgeschlagen, bis zur Dauer von drei Jahren steuerfinanziert zusätzliche Entgeltpunkte auf Basis der bisherigen Vergütung gutzuschreiben (s.o. 2.1.7.4.4).

Dieser Gedanke lässt sich ausweiten für die Bildungsfreistellung, da diese letztlich eine befristete Teilzeit Null ist. Das kann unproblematisch bei fortbestehendem Beschäftigungsverhältnis auch während der Freistellungsphase im Rahmen einer Wertguthabenvereinbarung (vgl. 4.1) erfolgen. Im Übrigen wäre, soweit während der Bildungsfreistellung kein Beschäftigungsverhältnis besteht, ein Versicherungspflichttatbestand analog zur Versicherungspflicht bei Kindererziehungszeiten sowie bei Pflegepersonen gesetzlich zu begründen.[2115]

Soweit das Beschäftigungsverhältnis im Falle der Bildungsfreistellung endet, endet auch die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung. Allerdings besteht noch für einen Monat Anspruch auf Leistungen gemäß § 19 Abs. 2 SGB V. Bei einer längeren Bildungsfreistellung besteht hingegen Bedarf nach einer anderweitigen Versicherung. Soweit eine Familienversicherung ausscheidet, wird, da die Sondertatbestände des § 5 Abs. 1 Nrn. 9 und 10 SGB V regelmäßig nicht vorliegen werden, nur der Weg in die freiwillige Versicherung nach § 9 SGB V oder der Auffangpflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13a SGB V

2114 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 248 f.

2115 Ähnlich, allerdings für eine Finanzierung durch Arbeitslosenversicherung und Träger der Ausbildungsförderung, *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 261.

bleiben, wobei der Arbeitnehmer regelmäßig die Beiträge allein zu tragen hat gemäß § 250 Abs. 2 und 3 SGB V.[2116]

Während Letzteres bei einer selbstfinanzierten Bildungsfreistellung noch hinnehmbar erscheint,[2117] scheint die Rechtslage im Arbeitsförderungsrecht kontraproduktiv. Hier entfällt die Versicherungspflicht gemäß § 24 SGB III. Das kann Einfluss auf die Höhe des Arbeitslosengeldes haben, weil das Bemessungsentgelt gemäß § 151 SGB III dadurch verringert wird, aber auch auf das Bestehen eines Anspruchs überhaupt, wenn durch die Dauer der Freistellung die Anwartschaftszeit nach § 142 SGB III nicht mehr erfüllt wird.[2118] Im Hinblick darauf, dass der Arbeitnehmer durch Weiterbildung letztlich seinen Obliegenheiten nach § 2 Abs. 4 Satz 2 SGB III nachkommt, scheint gerade Letzteres höchst problematisch. Der Gesetzgeber korrigiert dies in § 144 Abs. 1 SGB III, indem die berufliche Weiterbildung bei der Anwartschaftszeit berücksichtigt wird, allerdings beschränkt auf berufliche Weiterbildungsmaßnahmen nach § 81 SGB III. Die nach § 82 SGB III geförderte berufliche Weiterbildung im Arbeitsverhältnis wird davon nicht erfasst. Noch viel weniger erfasst der Tatbestand die nicht geförderte berufliche Weiterbildung. Das scheint korrekturbedürftig,[2119] weil der Gesetzgeber dadurch versicherungsrechtlich einen Fehlanreiz schafft, in dem die drohenden Nachteile von der freiwilligen beruflichen Weiterbildung abschrecken können.

Auch über eine Arbeitgeberverpflichtung zu einem Mindestmaß an Weiterbildungsermöglichung hinausgehend sollten dringend Anreize für die Attraktivität von Weiterbildungsaktivität gesetzt werden. Hier wäre es durchaus auch denkbar, sich finanzieller Anreize zu bedienen. Eine Idee hinsichtlich dessen wäre es, eine steuerfinanzierte Prämie an den Arbeitgeber auszuzahlen, wenn dieser Weiterbildung über den (dann vorgeschriebenen) gesetzlichen Mindestumfang hinaus ermöglicht. Auch wäre es denkbar – unabhängig von der Betriebsgröße und beispielsweise auf einmal jährlich reduziert – eine staatliche Förderung durch die komplette Kostenübernahme für eine Weiterbildungsakti-

---

2116 Vgl. *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 250 f.

2117 Gleichwohl scheint rechtspolitisch vorzugswürdig eine kostengünstige Versicherung wie etwa bei der studentischen Krankenversicherung, *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 261.

2118 Vgl. *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 252.

2119 I.E. ebenso *Kocher/Groskreutz/Nassibi/u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, S. 252, 261.

vität sowie für das zu zahlende Arbeitnehmerentgelt für denjenigen Fall vorzusehen, dass ein Betrieb im Jahr ein gewisses, über das gesetzliche Mindestmaß Hinausgehende an Weiterbildung ermöglicht hat. Mit dieser „gratis-Weiterbildung" würde ein Anreiz für Betriebe gesetzt, Weiterbildungsaktivität in einem über den gesetzlichen Mindestrahmen hinausgehenden Umfang zu erzielen. Auch für den dadurch entstehenden Arbeitsausfall wäre an die Zahlung einer einmaligen Prämie zu denken. Dies ist auch für den Arbeitgeber attraktiv, da ihm schließlich die Weiterbildung des Arbeitnehmers nicht zuletzt zugutekommt. Der Finanzierung dieser zusätzlichen Staatskosten scheint im Hinblick darauf, dass die Bundesagentur für Arbeit aufgrund der positiven Wirtschaftsentwicklung zurzeit über Finanzrücklagen in Höhe von 22 Milliarden € verfügt, nichts im Wege zu stehen.[2120]

4.2.6 Fazit

Das Thema der Weiterbildung von Arbeitnehmern ist ein Thema, das selten so aktuell war wie heute: Sich schnell verändernde Anforderungsprofile von Tätigkeitsbereichen gepaart mit streckenweiser technologischer Ersetzbarkeit der menschlichen Arbeitskraft wird die Brisanz des Themas auch und vor allem in der naheliegenden Zukunft unausweichlich machen.

Nicht zuletzt auch die problematische Entwicklung, dass Normalarbeitsverhältnisse auf dem regulären Arbeitsmarkt durch subventionierte Arbeitsleistung (Minijobs [s.o. 2.2.], Aufstocker [s.o. 2.4], Ein-Euro-Jobs [s.o. 2.5]) zunehmend unter Druck geraten, unterstreicht das Erfordernis nach nachhaltiger Beschäftigung. Kombinationsmodelle mit staatlichen Leistungen müssen eingedämmt werden, um eine weitere Prekarisierung des Arbeitsmarktes zu verhindern. Gerade die hier untersuchten subventionierten atypischen Beschäftigungen haben gezeigt, dass Weiterbildung und Qualifizierung dabei ein elementarer Faktor mit unvergleichlicher Bedeutsamkeit ist. Vor allem auch im Kontext mit langanhaltender Arbeitslosigkeit stößt man immer wieder auf einen Aspekt, der allem Anschein nach ganz ausschlaggebendes Kennzeichnungsmerkmal ist: das Nicht-Vorhandensein marktgefragter Qualifikationen.[2121] Beispielsweise 51,1 % aller Teilnehmer an AGH im Juni 2015 hatten keinen Berufsabschluss, 46,1 %

2120 Anlage zur BT- Drs. 467/18, S. 2.

2121 *Uhl/Rebien/Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 4; *Moczall/Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 7; Trube/Weiß, Zur Arbeitsmarkt- und Sozialintegration von Langzeitarbeitslosen; *Hohendanner/ Klemm/ Promberger/ Sowa*, IAB-Discussion Paper 22/2011, 7.

konnten auch keinen betrieblichen oder schulischen Abschluss vorweisen.[2122] Die Zahlen veranschaulichen, welche Bedeutung individuell abgestimmte Qualifizierungsmaßnahmen für die Hilfebedürftigen haben.[2123] Studien des IAB[2124] bestätigen in diesem Kontext durchaus positive Einflüsse von Bildungsmaßnahmen auf die Beschäftigungschancen erwerbsloser Personen. Auch die überwiegende Mehrheit der diesbezüglich befragten Maßnahmeträger, die Ein-Euro-Jobber beschäftig(t)en, gaben an, dass eine berufsfachliche Qualifizierung ihrer Ansicht nach die Maßnahme sei, die am ehesten zur Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit geeignet sei.[2125] Auch dies bestätigt die zentrale Wichtigkeit des Erfordernisses von Weiterbildung.

Vor diesem Hintergrund scheint es wenig sinnvoll, dass Fragen der Weiterbildung im Arbeitsverhältnis bisher nur fragmentarisch geregelt sind. Zwar unternimmt das Qualifizierungschancengesetz einen richtigen Schritt, um die Rahmenbedingungen der Weiterbildung insgesamt zu verbessern. Vor allem die Verbesserung der finanziellen Förderung von Weiterbildungsmaßnahmen durch Kostenübernahme oder Bezuschussung sind hier ein elementarer Ansatz. Allerdings vermag es nicht das Initialproblem der Zugänglichkeit von Weiterbildung für den Arbeitnehmer zu lösen – es setzt zu spät an, weil es arbeitsrechtlich nicht flankiert ist.

Insgesamt mag man sich viele Konzepte in rechtspolitischer Hinsicht denken, die die Weiterbildung fördern, namentlich auch solche, die vom Arbeitgeber finanziert werden. Das ist eine allgemeine rechtspolitische Debatte. An dieser Stelle wurde der Fokus aber vor allem darauf gerichtet, dass es schon im Ausgangspunkt nicht überzeugend ist, wenn der Gesetzgeber die Förderung der Weiterbildung auch für Arbeitnehmer zwar als Gebot der Stunde erkennt und sozialrechtlich fördert, die Realisierung letztlich aber mehr oder weniger dem

---

2122 Bundesagentur für Arbeit, Grundlagen: Methodenbericht Juni 2017, S. 11, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Arbeitsmarktstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-qualifikationsspezifische-Arbeitslosenquoten.pdf, (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

2123 Bundesagentur für Arbeit, Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt Juli 2018, S. 32 f., abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Arbeitsmarktbericht0718_ba018364.pdf (zuletzt geprüft am 16.2.2019).

2124 *Uhl*/*Rebien*/*Abraham*, IAB-Discussion Paper 33/2016, 4; *Moczall*/*Rebien* zur Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit von Ein-Euro-Jobbern aus Sicht der Betriebe, IAB-Kurzbericht 23/2015, 1, 7.

2125 *Moczall*/*Rebien*, IAB-Kurzbericht 23/2015, 7 f.

guten Willen der Beteiligten überlässt. Wichtige Schritte für ein konsistentes System *de lege ferenda* sind

- gesetzliche (klarstellende Regelung) Brückenteilzeit Null zu Bildungszwecken,
- für kürzere Bildungsfreistellungen sowie in kleineren Unternehmen Bildungsfreistellungsanspruch für zwei Monate,
- Förderung von Arbeitgebern, die über ihre gesetzlichen Pflichten hinaus Weiterbildung ermöglichen, durch Prämien.
- Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung während einer Weiterbildung und
- Erweiterung des § 144 Abs. 1 SGB III auf alle Fälle der beruflichen Weiterbildung.

4.3 Das Sozialrecht und die Tarifautonomie

Olaf Deinert

4.3.1 Fragestellung

Es hat sich an verschiedenen Stellen dieser Untersuchung gezeigt, dass sich erhebliche Probleme im Sozialrecht ergeben, wenn Versicherte nicht genügend verdienen, um daraus einen hinreichenden Versicherungsschutz zu erwirtschaften. Hingewiesen sei in dem Zusammenhang beispielsweise auf die sozialrechtlichen Konsequenzen unfreiwilliger Teilzeitarbeit (2.1.6.2), auf die Problematik des ungenügenden Versicherungsschutzes bei nicht ertragsstarken Versicherungsverhältnissen in der Rentenbiografie (3.4) oder auf die Problematik prekärer Selbstständigkeit (2.6.5). Ein tarifvertraglich gewährleisteter Mindestschutz kann deshalb ein wichtiger Beitrag zur Vermeidung solcher Problemlagen sein. Nichts anderes gilt für eine ergänzende Absicherung, etwa durch Betriebsrenten (3.3.2.7).

All dies ist Grund genug, einen Blick auf die Frage zu werfen, ob die Rechtsordnung hier in jeder Hinsicht auch mit Blick auf die Implikationen der Tarifautonomie für das Sozialrecht gut aufgestellt ist.

4.3.2 Der arbeitsrechtliche Rahmen

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit als Freiheit, Koalitionen zu gründen und ihnen beizutreten. Entsprechende Gewährleistungen, die auch das Recht auf Kollektivverhandlungen umfassen, sind durch von der Bundesrepub-

lik ratifizierte völkerrechtliche Normen gewährleistet, insbesondere die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98, Art. 5 und 6 der Europäischen Sozialcharta und Art. 11 EMRK. Für die Zwecke dieser Untersuchung genügt allerdings eine Beschränkung des Blickes auf die gesicherten Erkenntnisse zur Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG.

Neben der individuellen Koalitionsfreiheit ist auch die kollektive Freiheit für die Koalitionen selber gewährleistet. Die kollektive Koalitionsfreiheit umfasst eine Betätigungsfreiheit,[2126] die, wie das BVerfG nach einer langen Phase einer anderen Deutung klargestellt hat, nicht nur in einem Kernbereich gewährleistet ist.[2127] Der wohl wichtigste Aspekt der Betätigungsfreiheit IST die Tarifautonomie. Diese umfasst nicht nur die Möglichkeit der Koalitionen, frei von staatlicher Einflussnahme auf kollektiver Ebene die Arbeitsbedingungen zu verhandeln und durch Tarifverträge zu normieren.[2128] Sie verschafft den Koalitionen auch eine Normsetzungsprärogative.[2129] Grundsätzlich ist es danach Sache der Koalitionen selber, die Arbeitsbedingungen festzusetzen. Der Staat darf diese nicht durch konkurrierende Rechtsetzung ihrer Funktion berauben. Daraus folgt allerdings kein Normsetzungsmonopol. Auch der staatliche Gesetzgeber ist berechtigt, arbeitsrechtliche Normen zu setzen. Dort wo die Koalitionen nicht willens oder in der Lage sind, einen ausreichenden Arbeitnehmerschutz zu schaffen, muss der Staat zum Schutze der Arbeitnehmer regulierend eingreifen.[2130] Unterließe er dies, so würde er das Untermaßverbot verletzen, indem er staatlichen Schutzpflichten im Hinblick auf Grundrechte der Arbeitnehmer nicht nachkäme.[2131]

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien einen adäquaten Schutz der Tarifunterworfenen durch die Tarifnormen schaffen. Das folgt nicht nur aus der größeren Sachnähe der Tarifvertragsparteien. Vielmehr wohnt dem Tarifvertrag eine sog. Richtigkeitsgewähr inne.[2132] Gemeint ist damit, dass durch kollektive Verhandlungen das strukturelle Ungleichgewicht, das zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf der Ebene des Individualarbeitsverhältnisses besteht, überwunden werden kann, indem die Koalitionen als

---

2126 BVerfG 26.5.1970- 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304; BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 282 f.

2127 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG.

2128 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, AP Nr. 4 zu § 116 AFG.

2129 BVerfG24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 341 ff.

2130 BVerfG24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342.

2131 Vgl. zum Untermaßverbot ErfK-*Schmidt*, Einl. GG Rn. 38.

2132 Vgl. mw.N. Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 1 Rn. 24.

paritätische Verhandlungspartner die Arbeitsbedingungen aushandeln.[2133] Teilweise wird dasselbe mit einem anderen Etikett versehen, beispielsweise dem Begriff der „Richtigkeitschance“[2134] oder jenem der „Angemessenheitsvermutung“[2135]. Das BVerfG sprach zuletzt von einer „Richtigkeitsvermutung“.[2136] Überzeugender sind solche Begriffsbildungen allerdings auch nicht. Denn letztlich gibt es keine Möglichkeit, das objektiv „Richtige“ im Sinne einer gerechten Norm zu ermitteln.[2137] Dann aber ist es nur passend, wenn das Ergebnis dessen, was bei strukturellem Verhandlungsgleichgewicht verhandelt wurde, von Rechts wegen als richtig angesehen wird. Aus dieser Richtigkeitsgewähr folgt das Verbot der Tarifzensur.[2138] Dem Staat ist es verwehrt, rechtmäßig zustande gekommene Tarifvertragsinhalte einer Billigkeitskontrolle zu unterziehen und die Ergebnisse zu korrigieren.

Die Überwindung des strukturellen Ungleichgewichts durch kollektives Verhandeln findet seinen Ausdruck in der Bezeichnung der Tarifautonomie als „kollektive Privatautonomie“.[2139] Das ist richtig, insoweit es sich um eine Deskription von Zweck und Funktion der Tarifautonomie handelt. Zu einem subsumtionsfähigen Rechtssatz darf diese Deutung aber nicht überhöht werden. Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ist nach dem Verständnis der Verfassung offenkundig etwas anderes als die bloß kollektiv ausgeübte Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Das wird auch an der eigenständigen Schrankendogmatik deutlich. Anders als Art. 12 ist die Koalitionsfreiheit ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht. Vor diesem Hintergrund ist die Kritik an einer weitergehenden „Privatautonomisierung“ der Koalitionsfreiheit[2140] durchaus gerechtfertigt.

2133 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 146.

2134 Vgl. etwa *Ulber*, SR 2018, 85, 86.

2135 *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B44.

2136 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 146; BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 8.

2137 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 8.

2138 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

2139 Vgl. BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96; NZA 1998, 715, 716; *Dieterich*, FS Schaub, S. 117, 120 ff.; monographisch *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie.

2140 *Wiedemann*, BB 2013, 1397 ff.; *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88; *Däubler*, KJ 2014, 372 ff.; *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 385 f.; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 1 Rn. 24.

Aus der Koalitionsbetätigungsfreiheit folgt auch, dass der Staat den Tarifvertragsparteien ein funktionierendes Tarifvertragssystem bereitstellen muss.[2141] Daraus folgen aber kaum konkrete Vorgaben, wie dieses inhaltlich ausgestaltet sein muss. Die Betätigungsfreiheit würde allerdings verletzt, wenn das Tarifvertragssystem nicht funktionsfähig wäre. Innerhalb dieser Grenzen ist es Ergebnis der Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, wie er das Tarifvertragsrecht normiert. In diesem Kontext sind die Grenzen allerdings bislang noch wenig ausgelotet. Einerseits muss das System so ausgestaltet sein, dass Imparitäten der Vertragsparteien vermieden werden, andererseits ist es nicht Aufgabe des Staates, schwache Verbände zu stärken.[2142] Innerhalb dieser Rahmendaten ist davon auszugehen, dass es eine zulässige Ausgestaltung des Tarifvertragssystems bedeutet, wenn der Gesetzgeber Anreize für die Verbandsmitgliedschaft schafft. Das gilt zumal vor dem Hintergrund des aktuellen arbeitsrechtlichen Systems. In diesem entfalten Tarifverträge normative Wirkung – von Sonderfällen abgesehen – nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG). Wenn Verbände nur noch Minderheiten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern organisieren, stellt dies das System als solches infrage, und zwar einerseits, weil das System nur noch für wenige funktioniert, andererseits aber auch, weil die Parität infrage gestellt ist, falls das Organisieren vor allem für eine Seite ein Problem ist. In diesem Kontext sind angesichts des Befundes abnehmender Zahlen der Tarifgebundenheit sowohl gesetzliche Regelungen als auch die rechtspolitische Diskussion zur Stärkung der Tarifautonomie (s.u. 4.3.4) zu sehen.

Eine bislang noch nicht vollständig ausdiskutierte Frage betrifft die Tarifgeltungserstreckung. Sie kann in rechtspolitischer Hinsicht durchaus mit einem Fragezeichen versehen werden. Zu Recht wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die Stärkung der Tarifgeltung[2143] durch Erstreckung auf Außenseiter keineswegs gleichbedeutend ist mit einer Stärkung der Tarifautonomie als solcher.[2144] Im Gegenteil mag dies sogar die Tarifautonomie unter Umständen schwächen. Zudem wäre ein System, bei dem Tarifnormen für viele oder alle gelten, obwohl sie von Verbänden verhandelt wurden, die nur durch eine Minderheit legitimiert sind, strukturell ein anderes als das derzeit geltende System,

---

2141 BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, AP Nr. 15 zu § 2 TVG; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 147 ff.

2142 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 145 ff.

2143 Zu rechtsvergleichenden Vorbildern mit Blick auf eine mögliche Stärkung der Tarifbindung vgl. *Fornasier*, SR 2017, 239, 242 ff.

2144 *Waltermann*, NZA 2014, 874; *Seiwerth*, RdA 2014, 358, 360.

das – bei allen Unschärfen – vom Grundsatz der mitgliedschaftvermittelten Tarifgeltung ausgeht.[2145]

Ob der Gesetzgeber allerdings gleichwohl berechtigt ist, die Tarifgeltung für Außenseiter anzuordnen, ist eine davon zu trennende andere Frage. Das wird teilweise aus der prinzipiellen Erwägung heraus unter Bezugnahme auf die negative Koalitionsfreiheit verneint.[2146] Der negativen Koalitionsfreiheit wird damit gleichsam eine negative Tarifvertragsfreiheit zugeschrieben. Freilich ist schon im Ausgangspunkt nicht unumstritten, auf welches Grundrecht die negative Koalitionsfreiheit gestützt werden kann.[2147] Jedenfalls aber gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit zunächst nur ein Fernbleiberecht des Außenseiters.[2148] Daher hat es richtiger Ansicht nach mit der Freiheit, einer Koalition nicht beizutreten, nichts zu tun, wenn eine durch die Koalition geschaffene Norm angewendet wird. Erst wenn Zwang oder Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft ausgeübt wird, verletzt dies die negative Koalitionsfreiheit; ein lediglich faktischer Anreiz zum Beitritt zu einer Organisation genügt dazu nicht.[2149] Ein in diesem Sinne relevanter Druck zum Beitritt zu einer Tarifvertragspartei geht von der Tarifanwendung auf den Außenseiter grundsätzlich nicht aus.[2150] Es handelt sich vielmehr um die Frage, ob durch solche Rechtsnormen erfolgende Eingriffe in Grundrechte gerechtfertigt werden können.[2151] Das ist einmal eine Frage der Legitimation der Normsetzung, an der der Normunterworfene nicht mitgewirkt hat und zu der er niemanden legitimiert hat.[2152] Auf diese Frage ist das BAG zuletzt sehr ausführlich mit Blick auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen eingegangen.[2153] Zum anderen ist dies eine inhaltliche Frage, die sehr von der konkreten Belastung durch die

---

2145 *Hanau*, NZA 2012, 825 ff.; vgl. *Greiner*, ZfA 2017, 309, 314.

2146 BGH 18.2.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 333; *Schüren*, RdA 1988, 138 ff.

2147 Für Art. 9 Abs. 3 GG etwa BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112; für Art. 9 Abs. 1 GG m.w.N. *Deinert*, RdA 2014, 129, 132; für Art. 2 Abs. 1 GG m.w.N. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 382 ff.

2148 BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297, 302; BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 352; BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 367.

2149 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112. I.E. ähnlich auch EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519 – Geotech; dazu *Walser*, NZA 2016, 1510 ff.

2150 Ausf. *Deinert*, RdA 2014, 129, 133 f. m.w.N.

2151 *Schubert*, RdA 2001, 199, 206 f.; *Hellermann*, Die sog. Negative Seite der Freiheitsrechte, S. 234 ff.; *Hartmann/Lobinger*, RdA 2010, 235, 239; *Deinert*, RdA 2014, 129, 133.

2152 *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 360 ff.

2153 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 146 ff.

jeweilige konkrete erstreckte Tarifnorm abhängt, und über andere Grundrechte zu lösen ist.[2154]

4.3.3 Bedeutung der Tarifautonomie für das Sozialrecht

Das Sozialrecht knüpft regelmäßig im Versicherungssystem an die privatrechtlich vorgefundenen Rechtsverhältnisse und deren Ausgestaltung an. Es gilt insoweit das Akzeptanzprinzip.[2155] Die privatrechtliche Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses ist als sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung für das Sozialversicherungsrecht präjudiziell, wenngleich das Sozialversicherungsrecht unter Umständen differenzierende Rechtsfolgen daran knüpfen kann,[2156] so etwa bei den früheren Lohnabstandsklauseln bei Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen[2157] oder im Falle der geringfügigen Beschäftigung (2.2.6.4.2).Vor diesem Hintergrund hat die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen herausragende Bedeutung für das System insgesamt.

4.3.4 Stärkung der Tarifautonomie in der rechtspolitischen Diskussion

Die Tarifbindung war seit Jahren erheblich zurückgegangen.[2158] Angesichts der prinzipiellen Abhängigkeit der Tarifwirkung von beiderseitiger Tarifgebundenheit ist vor allem ein sinkender Organisationsgrad auf Arbeitgeberseite problematisch.[2159] Die Ursachen dafür sind vielfältig.[2160] Es gibt zunehmend weiße Flecken der Abdeckung durch tariffähige Arbeitgeberverbände, und zwar sowohl branchenbezogen, als auch regional. Hier fehlt es zum Teil an tariffähigen Arbeitgeberverbänden und Arbeitgeber organisieren sich in Wirtschaftsverbänden, die ausdrücklich keine Tarifpolitik betreiben.[2161] Befördert wird dies

---

2154 Vgl. auch *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 212 ff.; ferner BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 348; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 377.

2155 *Deinert*, Privatrechtgestaltung durch Sozialrecht, S. 98 ff.

2156 *Deinert*, Privatrechtgestaltung durch Sozialrecht, S. 133 ff.

2157 Vgl. BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95, NZA 1999, 992.

2158 Vgl. ausf. dazu *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 18 ff.; zur Entwicklung von 2008-2017 mit stetig sinkenden Zahlen sowohl der tarifgebundenen Betriebe als auch von Tarifverträgen erfassten Arbeitsverhältnisse vgl. auch – auf Grundlage des IAB-Betriebspanels – BT-Drs. 19/6502, S. 9 ff.

2159 Vgl. *Waltermann*, NZA 2014, 874, 875.

2160 Ausf. m.w.N. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 25 ff.

2161 *Behrens*, Das Paradox der Arbeitgeberverbände, S. 76.

dadurch, dass Unternehmen sich nicht mehr auf die integrierte Wertschöpfung ausrichten, sondern strategische Kooperationen komplexer Beziehungsgeflechte von Unternehmen unter Einsatz industrieller Dienstleister aufbauen, sodass „tarifpolitische Parallelwelten" entstehen.[2162] Schließlich führt der Einsatz von Solo-Selbstständigen zu einer Verdrängung abhängig Beschäftigter, was ebenfalls zu einem Zerfall und einer Änderung der betrieblichen Tariflandschaft führt,[2163] ohne dass dem in nennenswertem Maße Tarifverträge für diese Gruppe entsprechen würden. Arbeitgeberverbände haben auf die zunehmende Verbandsabstinenz vielfach durch Einführung sog. OT-Mitgliedschaften (Mitgliedschaften ohne Tarifbindung) reagiert. Damit kann eine vollständige Verbandsferne vermieden werden und immerhin bleibt es möglich, dass OT-Mitglieder sich weiterhin an Verbandstarifverträge halten. Das ist gleichwohl nicht unproblematisch.[2164] Die OT-Mitglieder genießen die Vorteile der Verbandsmitgliedschaft und können dennoch eigenständig die Arbeitsbedingungen im Betrieb verhandeln. Zudem kann die OT-Mitgliedschaft zur Vorbereitung eines unauffälligen Tarifausstiegs in einer ferneren Zukunft genutzt werden. Schließlich kann das OT-Modell Verschiebungen des Kräftegleichgewichts zwischen den Tarifvertragsparteien bewirken.

Aber auch der Organisationsgrad der Arbeitnehmer ist für die Thematik nicht ohne Belang.[2165] Denn der Drang zur Organisation in Arbeitgeberverbänden entsteht vor allem durch den Druck starker Gewerkschaften, d.h. vor allem mitgliederstarker Gewerkschaften.[2166] Auch die Gewerkschaften kämpfen jedoch mit einem rückläufigen Organisationsgrad. Seit den 1990er Jahren ist dieser auf nur noch etwa 15 % gesunken. Allein in den Jahren von 2002–2014 ist er von 18,9 auf 15,6 % gesunken. Schwierigkeiten bestehen offenbar vor allem beim Organisieren atypisch Beschäftigter, von jüngeren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, außerhalb des produzierenden Gewerbes sowie in Kleinbetrieben.[2167] Hinzu kommen allgemein gesellschaftlich zu beobachtende Individualisierungstendenzen, die offenbar vor Gewerkschaften nicht Halt machen.[2168]

2162 *Helfen*, Mitb. 7+8/2011, 20.
2163 *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 387.
2164 Zum Folgenden *Behrens*, WSI-Mitt. 2013, 473, 477 ff.
2165 *Waltermann*, NZA 2014, 874, 875.
2166 *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B 46; Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 20.
2167 Vgl. insg. *Dieke/Lesch*, IW-Trends 3/2017, S. 25 ff.
2168 *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 19.

Wie gezeigt ist die ausgeübte Tarifautonomie von unmittelbarer Relevanz für das Sozialrecht. Von daher ist von einer Stärkung der Tarifautonomie auch eine Stärkung der sozialen Sicherungssysteme zu erwarten. Das ist beispielsweise unmittelbar einsichtig, soweit etwa die Einkommenshöhe Einfluss auf Rentenanwartschaften hat (3.3.2.1). Auch eine adäquate ergänzende Absicherung durch betriebliche Altersvorsorge lässt sich auf diese Weise etwa besser realisieren. Im Betriebsrentenstärkungsgesetz (3.3.2.7.2) hat der Gesetzgeber deshalb vor allem auf tarifautonome Regelungen gesetzt, indem die Möglichkeit der reinen Beitragszusage nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG und auch das Optionssystem für die Entgeltumwandlung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG nur durch oder aufgrund eines Tarifvertrages eingeführt werden können, freilich auch auf der Grundlage einer vertraglichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag.[2169] Ferner kann auch die berufliche Qualifizierung, die auch für das vorliegende Thema bedeutsam ist (4.2) zum Gegenstand tariflicher Regelungen, namentlich solcher über gemeinsame Einrichtungen, gemacht werden.[2170] Die Neuregelung des § 82 SGB III über die Weiterbildungsförderung beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Zuge des Qualifizierungschancengesetzes[2171] zielt in diesem Sinne beispielsweise auf Kofinanzierungen hinsichtlich der Weiterbildung und will damit explizit auch die Möglichkeit der konkretisierenden oder ergänzenden Regelungen durch Tarifvertrag eröffnen.[2172] Schließlich können tarifvertragliche Leistungen eine Flexibilisierung des Übergangs am Ende des Berufslebens ermöglichen (vgl. zur Problematik 3.3.2.6).[2173]

Eine Stärkung der Tarifautonomie durch gesetzliche Regelungen hat der Gesetzgeber zuletzt mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz[2174] angestrebt (s.u. 4.3.4.1). Dagegen ist das Tarifeinheitsgesetz[2175], das vom BVerfG in weiten Teilen verfassungsrechtlich gebilligt wurde,[2176] jedenfalls kein Faktor zur Stärkung der

---

2169 Vgl. dazu – krit. – *Litschen/Günnewig*, NZS 2018, 921 ff.

2170 *Walser*, SR-Sonderausgabe 2017, 2, 8, 10.

2171 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2651.

2172 Vgl. Regierungsbegr., BR-Drs. 467/18, S. 20.

2173 *Ruland*, DRV 2018, 13, 15 f.

2174 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

2175 Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) v. 3.7.2015, BGBl. I 1130.

2176 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, m. abw. M. *Paulus* und *Baer*.

Tarifautonomie und wurde vom Gesetzgeber auch nicht mit einer solchen Motivation geschaffen.[2177]

Die Stärkung der Tarifautonomie ist überdies seit einigen Jahren Gegenstand intensiver rechtspolitischer Diskussionen (dazu u. 4.3.4.2). Das hat allerdings nur eingeschränkt etwas mit unserem Untersuchungsgegenstand zu tun. Zwar kommt eine Stärkung der Tarifautonomie auch den Sozialsystemen zugute. Allerdings handelt es sich beim Versagen dieses Instrumentes des Arbeitnehmerschutzes vor allem um eine Fehlfunktion des arbeitsrechtlichen Instrumentariums an sich mit Fernwirkungen auf das Sozialrecht, nicht indes um eine kontraproduktive Regelung, die sozialrechtliche Zusammenhänge vernachlässigen oder die Zwecke sozialrechtlicher Normen konterkarieren würde. Aus diesem Grunde soll nur kurz zusammenfassend auf diesen Aspekt der Diskussion eingegangen werden. Soweit Arbeits- und Sozialrecht in ihrem Zusammenwirken suboptimal funktionieren, sind auch insoweit die rechtspolitischen Handlungsoptionen auszuloten (s.u. 4.3.5).

4.3.4.1 Tarifautonomiestärkungsgesetz

Im Jahr 2014 waren in Westdeutschland nur noch 31 % der Arbeitgeber an einen Branchentarifvertrag und 2 % an einen Firmentarifvertrag gebunden, in Ostdeutschland sogar nur 17 % an einen Branchentarifvertrag und 3 % an einen Firmentarifvertrag.[2178] Für die Arbeitnehmer bedeutete dies, dass nur noch 53 % in Westdeutschland und 36 % in Ostdeutschland verbandstarifgebunden arbeiteten, hinzu kamen 7 % Tarifgebundenheit an einen Firmentarifvertrag in Westdeutschland und 11 % in Ostdeutschland.[2179] Auch wenn dies nicht abschließend die Zahlen der Arbeitsverhältnisse widerspiegelt, die zumindest teilweise tariflich normiert sind, weil oftmals eine Bezugnahme auf Tarifverträge erfolgt, zeigt dies doch, dass der Tarifvertrag im Laufe der Jahre seine Normierungskraft verloren hat.

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert. Mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz aus dem Jahr 2014[2180] wurden daher verschiedene Maßnahmen zur Stärkung der Tarifautonomie ergriffen. Zu diesen Maßnahmen gehörten Erleichterungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG, die Aus-

---

2177 *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B88.

2178 *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2015, 290, 292.

2179 *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2015, 290, 291.

2180 S.o. Fn. 2174.

weitung des AEntG mit seinen Möglichkeiten der Schaffung branchenspezifischer Mindestlöhne auf sämtliche Branchen unter gleichzeitiger Aufhebung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes sowie die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns im MiLoG. Diese Regelungen bewirken vor allem eine Stützung durch ein verbindliches Mindestmaß, das es ausschließt, dass Außenseiter in Wettbewerb mit den Tarifgebundenen zu untertariflichen Arbeitsbedingungen treten können.[2181] Die Behauptung einer Schwächung der Tarifautonomie durch diese Regelungen[2182] verkennt diesen Zusammenhang gründlich.

In den wenigen Jahren seit Inkrafttreten des Gesetzes wurde allerdings noch keine Erhöhung der im Wesentlichen mitgliedschaftlich vermittelten Tarifbindung erreicht:[2183] Im Gegenteil ist die Tarifbindung der Arbeitgeber gegenüber den Zahlen von 2014, dem Jahr der Schaffung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, noch weiter gesunken auf in Westdeutschland 27 % an Branchentarifverträge und 2 % an Haustarifverträge sowie in Ostdeutschland auf 16 % an Branchentarifverträge und 2 % an Haustarifverträge. In der Folge waren in Westdeutschland nur noch 49 % der Arbeitnehmer an einen Branchentarifvertrag und 8 % an einen Haustarifvertrag gebunden, während in Ostdeutschland 34 % an einen Branchentarifvertrag und 10 % an einen Haustarifvertrag gebunden waren. Im Vergleich zu den Zahlen von 2014 ist allein die Tarifbindung der Arbeitnehmer in Bezug auf einen Haustarifvertrag in Westdeutschland um einen Prozentpunkt gestiegen. Ansonsten sind die Zahlen in allen Fällen weiter gesunken. Freilich waren von den angesprochenen Maßnahmen auch keine kurzfristigen Veränderungen zu erwarten. Dies gilt es langfristig zu beobachten. Die parallel nach dem Gesetzgebungsverfahren zum Tarifautonomiestärkungsgesetz geführte Diskussion behält aber auf jeden Fall weiterhin ihre Relevanz.

4.3.4.2 Weitere rechtspolitische Möglichkeiten

Zwar sind auch und vor allem die Tarifvertragsparteien gefragt, ihre Mitgliederbasis zu stärken, um das System zu stabilisieren.[2184] Der Gesetzgeber hat aber neben den bereits ergriffenen Maßnahmen ebenfalls die Möglichkeit, die Tarifautonomie zu stärken. Dazu gibt es eine Reihe möglicher weiterer Maßnahmen.

2181 Vgl. RegBegr. zum Tarifautonomiestärkungsgesetz, BR-Drs. 147/14, S. 26 f.

2182 *Wolf*, BB 2014, 1216; *Lobinger*, JZ 2014, 810, 812 ff.

2183 Zum Folgenden *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2018, 299, 300.

2184 Darauf weist *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B 49, mit Recht hin.

Sie wurden inzwischen umfassend diskutiert.[2185] Sie seien nachfolgend ohne Anspruch auf Vollständigkeit[2186] zusammengefasst, soweit sie erfolgversprechend erscheinen. Neben ihnen lassen sich zudem Instrumente zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung denken,[2187] was an dieser Stelle freilich nicht zu vertiefen ist.

4.3.4.2.1 Gewährung von Vorteilen für Organisierte

Einen sicher wichtigen Beitrag zur Stärkung der Tarifautonomie kann es bieten, wenn die Rechtsordnung Anreize schafft, dass Arbeitgeber oder Arbeitnehmer Verbänden beitreten.

In diesem Sinne hat der Gesetzgeber beispielsweise beim Teilhabechancengesetz[2188] die Zuschüsse zum Arbeitsentgelt bei der Förderung der Teilhabe am Arbeitsmarkt nach § 16i SGB II (s.o. 3.5.5) zwar grundsätzlich an einen Prozentsatz des Mindestlohns geknüpft. Nach § 16i Abs. 2 Satz 2 SGB II ist demgegenüber für tarifgebundene Arbeitgeber der Zuschuss bei gleichem Prozentsatz auf

---

2185 Vgl. etwa *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1 ff.; *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K11 ff.; *Giesen*, ebd., S. K61 ff.; Thesenpapier des DGB zum DJT 2014, AuR 2014, 329 ff.; dazu *Lobinger*, JZ 2014, 810 ff.; *Reichold*, NJW 2014, 2534 ff.; *Seiwerth*, RdA 2014, 358 ff.; *Waltermann*, NZA 2014, 874 ff.

2186 Vgl. etwa zur Frage der Stärkung der Tarifautonomie durch erga omnes-Wirkungen *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 189 ff.; speziell zu erga omnes-Wirkungen auf Arbeitnehmerseite ferner *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, 40; *Greiner*, ZfA 2017, 309; zur Stärkung durch verzögerte Tarifwirkung nach Verbandseintritt *Lobinger*, JZ 2014, 810, 819; zur Stärkung durch Zulassung begrenzter Effektivklauseln *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B76 ff.; zur Stärkung durch Zulassung des tariflichen Regelungsziels der Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 221 ff.; zur Frage der Tarifstärkung in der Pflegebranche ausf. *Waltermann*, NZA 2018, 686 ff.

2187 Vgl. Thesenpapier des DGB zum DJT 2014, AuR 2014, 329, zu V; zur Frage der Möglichkeit von Tarifbruchbeseitigungsklagen *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K11, K19 ff.; sowie zur Frage der Schaffung gemeinsamer Einrichtungen zur Förderung autonomer Rechtsdurchsetzung *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B35 ff.; insg. zur Stärkung der „Wirkungsintensität" von Tarifverträgen, *Bepler*, ebd., S. B13 ff.

2188 Zehntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Schaffung neuer Teilhabechancen für Langzeitarbeitslose auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt (Teilhabechancengesetz – 10. SGB II-ÄndG) v. 17.12.2018, BGBl. I 2583.

das tarifvertraglich geschuldete Entgelt bezogen.[2189] Das lässt sich als Förderung organisierter Arbeitgeber verstehen. Freilich ist das offensichtlich weniger als Förderung nur organisierter Arbeitgeber als vielmehr als Förderung sämtlicher Arbeitgeber, die Tarifverträge einhalten, gemeint gewesen. Aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales ergibt sich, dass offensichtlich „tarifgebundene und tariforientierte" Arbeitgeber gemeint waren.[2190] Der Gesetzeswortlaut lässt insoweit freilich noch Zweifel und demzufolge Auslegungsunsicherheiten.

Der Gesetzgeber kann jedenfalls Bedingungen schaffen, die die Mitgliedschaft in Verbänden attraktiv erscheinen lässt. Denn die Tarifautonomie bedarf zu ihrer Funktion der Verbände mit ausreichender Mitgliederbasis.[2191] Neben den nachfolgend zu diskutierenden Instrumenten der Differenzierungsklauseln, des tarifdispositiven Gesetzesrechts sowie der Erweiterungserklärung des Tarifvertrages ist auch an steuer- und abgabenrechtliche Privilegierungen zu denken, die an späterer Stelle aufzugreifen sind (s.u. 4.3.5.2).

4.3.4.2.1.1 Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

Gerade für Gewerkschaften besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmer aus der Erwägung heraus nicht beitreten, dass die tariflichen Arbeitsbedingungen ohnehin beansprucht werden können, weil der Arbeitgeber Arbeitsverträge mit Bezugnahmen auf Tarifverträge anbietet, und zwar mit dem nämlichen Ziel: um keinen Anreiz zum Eintritt in die Gewerkschaft zu schaffen. Die Gewerkschaften haben vielfach versucht, dem durch verschiedene Regelungen in Tarifverträgen zur Differenzierung zugunsten ihrer Mitglieder zu begegnen. Das ist freilich kein Allheilmittel zur Stärkung gewerkschaftlicher Mitgliederbasis.[2192] Namentlich werden sich Arbeitgeber in der Regel im Eigeninteresse gegen entsprechende Differenzierungen bzw. Differenzierungsklauseln wenden, sofern es nicht gerade um Zugeständnisse bei Sanierungstarifverträgen in einer ohnehin wirtschaftlich angespannten Lage geht.

2189 Zur Kritik am dahinter zurückbleibenden ursprünglichen Gesetzentwurf (BR-Drs. 366/18) *Künkler*, SozSich 2018, 268, 270 f.

2190 BT-Drs. 19/5588, S. 19.

2191 Vgl. speziell mit Blick auf die gewerkschaftliche Mitgliedschaft *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 16.

2192 Vgl. allg. *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 27 ff.

Zudem wird dieser Weg durch die Rechtsprechung nur teilweise exekutiert. Die wechselvolle Entwicklung muss an dieser Stelle nicht weiter nachgezeichnet werden. Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass die Rechtsprechung sog. einfache Differenzierungsklauseln rechtlich billigt.[2193] Bei ihnen ist die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft tatbestandlich Anspruchsvoraussetzung, was es aber nicht ausschließt, dass der Arbeitgeber auch Außenseitern freiwillig dieselbe Leistung gewährt. Überdies ist es möglich, mittelbare Vorteile dadurch zu verschaffen, dass der Arbeitgeber Mittel für einen Verein bereitstellt, der seinerseits nur Gewerkschaftsmitglieder begünstigt.[2194]

Die Rechtsprechung billigt auch Differenzierungen bei tarifvertraglichen Leistungen zwischen Gewerkschaftsmitgliedern nach einem Stichtag. Arbeitnehmer, die nach einem bestimmten Stichtag der Gewerkschaft beitreten, können danach sachbezogen begründet von bestimmten Leistungen ausgeschlossen werden. Die dadurch zugleich eintretende Wirkung als einfache Differenzierungsklausel ist insoweit unbedenklich.[2195] Das BVerfG hat dies gebilligt. Da von einer solchen Regelung kein Druck zum Beitritt ausgehe, komme ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit nicht in Betracht.[2196] Bemerkenswert ist im Kontext einer Prüfung der Verletzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG auch der Hinweis darauf, dass Gewerkschaften ohnehin nur befugt seien, Abreden für ihre Mitglieder zu treffen, sodass sie nicht verpflichtet seien, bei ihrer Normsetzung die Interessen sämtlicher Beschäftigter gleichermaßen zu berücksichtigen.[2197]

Sog. Spannenklauseln, nach denen der Arbeitgeber organisierten Arbeitnehmern immer in bestimmtem Umfang mehr als Außenseitern gewähren muss, akzeptiert die Rechtsprechung hingegen nicht, und zwar mit der Begründung, dass es sich um einen Übergriff in die Privatautonomie von Arbeitgeber und Außenseiter handele.[2198] Diese Rechtsprechung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Ihr Fundament ist letztlich die Annahme, nicht organisierte Arbeitnehmer könnten beanspruchen, dass es ihnen möglich sei, den Inhalt des Arbeitsvertrages eines anderen Arbeitnehmers zum Inhalt des eigenen zu machen. Dafür aber gibt es keine Grundlage. Sie können tarifliche Bedingungen jeder Art vereinbaren, haben indes kein Recht zu verlangen, dass diese mit

---

2193 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, AP Nr. 41 zu § 3 TVG.
2194 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 u.a., NZA 2015, 115.
2195 BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388.
2196 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 4 f.
2197 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 10.
2198 BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920.

jenen organisierter Arbeitnehmer gleich sind.[2199] *Waltermann* betont zudem, dass auch eine Spannenklausel nicht ausschließen kann und soll, dass der einzelne Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber die gleichen Arbeitsbedingungen vereinbart wie sie organisierte Arbeitnehmer genießen.[2200] Die Klausel schließt lediglich die kollektive Gleichstellung, etwa durch Formularverträge, aus. Anspruch auf eine bestimmte kollektive Gestaltung hat der einzelne Arbeitnehmer als Außenseiter freilich nicht.[2201] Ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Beitrittsdruck, der zu einer Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit führt, dürfte erst anzunehmen sein, wenn die Ansprüche der Organisierten erheblich über die der Außenseiter hinausgehen.[2202]

Der Tarifautonomie förderlich wäre vor diesem Hintergrund jedenfalls die gesetzliche Schaffung einer Möglichkeit zur Herstellung der Exklusivität von Tarifbedingungen durch Differenzierungsklauseln.[2203]

4.3.4.2.1.2 Tarifdispositives Gesetzesrecht

Auf Arbeitgeberseite kann die Schaffung tarifdispositiven Rechts, wenn sie geschickt eingesetzt und gestaltet wird, einen wichtigen Beitrag zum Anreiz zum Verbandsbeitritt leisten. Ausgehend davon, dass die Schaffung zwingenden Gesetzesrechts auch immer einen Übergriff in das Normsetzungsrecht der Tarifvertragsparteien schafft, vermag die Öffnung für abweichende Tarifverträge diesen Übergriff gering zu halten.[2204] Das ist dann letztlich Ausdruck der Subsidiarität staatlicher Normsetzung.[2205] Üblicherweise werden solche Möglichkeiten damit verbunden, dass in Verträgen mit Außenseitern auf entsprechende Abweichungen Bezug genommen werden kann. Das dürfte auch von Verfassung wegen geboten sein, weil anderenfalls tarifgebundene Gewerk-

---

2199 Näher *Deinert*, RdA 2014, 129, 131; zur weiteren Kritik: *Schubert*, ZTR 2011, 579 ff.; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 ff.; ferner *Kocher*, NZA 2009, 119 ff.

2200 *Waltermann,* Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 72.

2201 Zur Rechtfertigung der Beschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers vgl. *Waltermann,* Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 73 ff.

2202 So geht *Leydecker,* Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 176 ff., mit guten Gründen von einer Schwelle von mehr als der Hälfte aus.

2203 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K11, K48 f.; a.A. *Giesen*, ebd., S. K61, 90 ff.

2204 BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 u.a., NZA 2005, 153, 154; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 587, 589; *Kohte*, FS Bepler, S. 287; *Bepler*, FS Kempen, S. 109, 110 f.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, S. 349 ff.

2205 *Zachert*, NZA 1994, 529, 533; Wiedemann-*Wiedemann*, Einl. Rn. 380.

schaftsmitglieder gegenüber Außenseitern benachteiligt würden.[2206] Auf der anderen Seite entfällt für den Außenseiter auf Arbeitgeberseite ein Anreiz zum Verbandsbeitritt, wenn er von den Früchten des Tarifvertrages auch durch Bezugnahme Gebrauch machen kann.[2207] Von daher empfiehlt sich, solche Möglichkeiten tarifgebundenen Arbeitgebern vorzubehalten.[2208] Ein race to the bottom durch verschlechternde Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften dürfte nach der Tarifkollisionsregelung des § 4a TVG weitgehend ausgeschlossen sein, da nicht anzunehmen ist, dass eine Gewerkschaft, die deutliche Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen vereinbart, zu einer Mehrheitsgewerkschaft avancieren kann.[2209] Um Arbeitgeber mit betriebsnaher Tarifpolitik nicht zu benachteiligen, ließe sich das Konzept auch noch erweitern auf Arbeitgeber, die an einen Haustarifvertrag oder einen firmenbezogenen Verbandstarifvertrag mit derselben Gewerkschaft gebunden sind, der durch Tarifkonkurrenz den Flächentarifvertrag verdrängt.[2210]

Erste Ansätze in diese Richtung hat der Gesetzgeber inzwischen beispielsweise in § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG aufgegriffen.[2211] Zudem ist im neuen Recht der Brückenteilzeit (s.o. 2.1.4.2.2.4) die Möglichkeit der Abweichung vom Zeitraum der Arbeitszeitverringerung ausdrücklich nur tarifgebundenen Arbeitnehmern eröffnet worden.[2212] Ähnlich sieht nunmehr der Koalitionsvertrag der Großen Koalition die Schaffung von Tariföffnungsklauseln vor, um Experimentierräume für tarifgebundene Unternehmen zu schaffen.[2213] Es scheint offensichtlich kein Versehen, dass diese Möglichkeit auf tarifgebundene Unternehmer beschränkt bleibt.

Ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit ist mit diesem Konzept nicht verbunden, da ein Zwang zum Beitritt hiervon nicht ausgeht.[2214] Auch eine

---

2206 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 705; *Greiner*, NZA 2018, 563, 565.
2207 *Ulber*, SR 2018, 85, 87.
2208 Dazu ausf. *Ulber*, SR 2018, 85, 90 ff.
2209 *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 29.
2210 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 96 ff.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 390; a.A. – ohne Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung – zugunsten der grundsätzlichen Möglichkeit der Abweichung auch durch Haustarifvertrag *Greiner*, NZA 2018, 563 ff.
2211 Dazu *Ulber*, SR 2018, 85, 88.
2212 Vgl. – krit. – *Löwisch*, BB 2018, 3061, 3065.
2213 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD; 19. Legislaturperiode, S. 52.
2214 *Ulber*, SR 2018, 85, 92.

Verletzung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 AEUV für ausländische Unternehmen ergibt sich nicht. *Greiner* hat dieses Problem mit Blick darauf aufgeworfen, dass ausländischen Unternehmen mangels Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband nicht von den Segnungen des tarifdispositiven Rechts Gebrauch machen könnten.[2215] Er weist allerdings darauf hin, dass auch ausländische Unternehmen die Möglichkeit hätten, von abweichendem Tarifrecht durch Beitritt zum Arbeitgeberverband Gebrauch zu machen. Die damit verbundene Beschränkung in Form einer zumindest faktischen Hürde sei durch das Ziel der Stärkung der Tarifbindung gerechtfertigt. Dem ist zuzustimmen.

Diese Überlegungen dürfen freilich nicht den Blick dafür verstellen, dass tarifdispositives Recht insgesamt ein zweischneidiges Schwert darstellt.[2216] Denn es sollte der Tarifvertrag nicht das Mittel der Wahl zur Aushöhlung gesetzlichen Schutzes des Arbeitnehmers sein. Es gibt daher gute Gründe, dass insbesondere bei Arbeitsentgelt und anderen substantiellen Arbeitsbedingungen eine Verschlechterung durch Tarifvertrag nicht umstandslos zugelassen wird.[2217] Insoweit ist es geboten, allein flexiblere oder alternative Schutzkonzepte bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Schutzniveaus durch Tarifvertrag zuzulassen.[2218] Tarifdispositives Recht sollte mithin nur zur Modifizierung des Schutzregimes, nicht aber zur Verschlechterung der Rechtsposition der Arbeitnehmer eingesetzt werden dürfen.[2219]

4.3.4.2.1.3 Erweiterungserklärung

Anreiz zum Beitritt zum Arbeitgeberverband schüfe auch das Instrument der staatlichen Erweiterungserklärung, bei der ein Tarifvertrag über seinen eigentlichen Anwendungsbereich hinaus für allgemeinverbindlich erklärt wird.[2220]

2215 Auf der Basis eines Konzepts, bei dem auch der Abschluss eines Firmentarifvertrags Abweichungen ermöglicht, *Greiner*, ZTR 2018, 628, 634.

2216 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 698 f.

2217 *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B61 ff.; a.A. *Reichold*, NJW 2014, 2534, 2537; i.E. auch *Lobinger*, JZ 2014, 810, 816.

2218 *Deinert/Walser*, AuR 2015,386, 390; für eine Wahl nur zwischen Äquivalenten Thesenpapier des DGB zum DJT 2014, AuR 2014, 329.

2219 *Kohte*, FS Bepler, S. 286, 299 ff.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, S. 365; *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K40; vgl. auch *Ulber*, SR 2018, 85, 95.

2220 Zum Folgenden *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 214 ff.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 391 f.; rechtspolit. krit. *Fornasier*, SR 2017, 239, 242, 253 f.

Dieses Instrument ist in verschiedenen Rechtsordnungen in unterschiedlicher Ausgestaltung vorgesehen.[2221]

Es hat sich in vergleichender Hinsicht gezeigt, dass der Organisationsgrad der Arbeitgeber in Systemen mit verbreiteter Allgemeinverbindlicherklärung vergleichsweise hoch ist.[2222] Auch bei Systemen mit erga omnes-Wirkung ist ein hoher Organisationsgrad unter den Arbeitgebern zu beobachten.[2223] Mehr spricht daher dafür, dass Arbeitgeber es bevorzugen, wenn sie der Tarifanwendung ohnehin nicht entgehen können, sich durch Beitritt zum Verband die Beteiligung an der Tarifnormsetzung zu sichern.[2224] Denn nur durch Tarifverhandlungen könnten Arbeitgeber Einfluss auf die für sie maßgeblichen Arbeitsbedingungen gewinnen.

Auf diese Weise entfiele auch im Fall der Erweiterungserklärung ein Anreiz zur (Verbands- und) Normsetzungsabstinenz und zugleich würden Arbeitnehmer im Sinne des Untermaßverbotes in einem Mindestumfang geschützt. Eine Erweiterungserklärung müsste der Initiative des Arbeitsministeriums vorbehalten bleiben, wenngleich Anregungen von verschiedenen Seiten kommen können. Zudem müsste ein autonom geschlossener Tarifvertrag Vorrang haben, sofern er von der Mehrheitsgewerkschaft innerhalb seines Geltungsbereichs abgeschlossen wurde. Ansonsten dürfte er nur Vorrang für die tarifgebundenen Arbeitnehmer erhalten.

4.3.4.2.2 Stützung der Tarifautonomie durch Schutz vor Unterbietungskonkurrenz

Es ist zwar richtig, dass die Ausweitung der Wirkungen von Tarifverträgen nicht gleichbedeutend ist mit einer Stärkung der Tarifautonomie.[2225] Gleichwohl kann eine solche verbunden sein mit einer Stärkung der Tarifautonomie. Denn die Tarifautonomie kann auch dadurch gestärkt werden, dass der Staat zwingende unterste Grenzlinien zieht, unterhalb derer die Konkurrenz durch Außenseiter nicht möglich ist.[2226] Ein klassisches Beispiel dafür ist die Allgemein-

---

2221 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 194 ff.; vgl. auch *Fornasier*, SR 2017, 239, 242, 248.

2222 *Schulten*, WSI-Mitt. 2012, 485, 491 ff.

2223 *Fornasier*, SR 2017, 239, 247.

2224 Vgl. *Behrens*, Das Paradox der Arbeitgeberverbände, S. 200; *Bosch/Weinkopf*, WSI-Mitt. 2013, 393, 399 ff.

2225 S.o. bei Fn. 19.

2226 Näher *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 27.

verbindlicherklärung nach § 5 TVG. Das BVerfG greift insoweit den Gesichtspunkt des Ausschlusses von „Schmutzkonkurrenz" auf.[2227] Der Wettbewerb über die Arbeitsbedingungen ist dann durch entsprechende Mindeststandards ausgeschlossen.[2228] Entsprechend ist die Reform des Rechts der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG Gegenstand der Diskussion unter eben diesem Blickwinkel gewesen.[2229] Nach Änderung des § 5 TVG durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz[2230] soll speziell hierauf an dieser Stelle aber nicht mehr weiter eingegangen werden.

4.3.4.2.2.1 Tarifverträge als Leitbild der Inhaltskontrolle

Der Gedanke, einen negativen Fehlanreiz zu vermeiden, indem die beliebige Unterbietung tariflicher Arbeitsbedingungen, die ja nur Außenseitern möglich ist, ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist bereits im geltenden Recht angelegt. Gemäß § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB stehen Tarifverträge den Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB gleich. Das eröffnet zunächst nur die Möglichkeit der Inhaltskontrolle bei Abweichung von tariflichen Vorschriften. Das ist freilich Unsinn für diejenigen, die ohnehin tarifgebunden sind. Für diese ist der Tarifvertrag zwingendes Recht, sodass eine Abweichung, die der Inhaltskontrolle bedürfte, von vornherein nicht möglich ist. Vielmehr muss die Regelung gerade die nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien betreffen. Der Einwand, dies verstoße gegen die negative Koalitionsfreiheit,[2231] verkennt, dass diese keinen Schutz vor Normanwendung vermitteln kann (s.o. 4.3.2). Zu Recht wurde daher vertreten, dass der Tarifvertrag damit gesetzliches Leitbild für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sein kann.[2232] Eine nennenswerte Unterschreitung des Tarifvertrages (um 20 %) ist damit auch dem Außenseiter nicht möglich. Dies bewirkt auch keine „verkappte" Allgemeinverbindlichkeit

---

2227 BVerfG 24.5.1977 – 1 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 323.

2228 *Preis/Ulber*, FS Kempen, S. 15, 20.

2229 Vgl. *Bispinck*, WSI-Mitt. 2012, 496 ff.; *Seifert*, in: Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitsrecht, S. 43 ff.; insb. in Bezug auf gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien *Greiner/Hanau/Preis*, SR-Sonderausgabe 2014, 2 ff.; *Walser*, SR-Sonderausgabe 2017, 2 ff.; insb. in Bezug auf den Tarifausschuss *Seifert*, FS Kempen, S. 196 ff.; ferner Thesenpapier des DGB zum DJT 2014, AuR 2014, 329, zu II 4.

2230 S.o. Fn. 2148; zur Reform der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Gesetz BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231; *Forst*, RdA 2015, 25 ff.; *Jöris*, NZA 2014, 1313 ff.; *Ulber*, NZA Beilage 1/2018, 3 ff.; *Waltermann*, RdA 2018, 137 ff.

2231 ErfK-*Preis*, §§ 305-310 BGB Rn. 39.

2232 Däubler/Bonin/Deinert-*Däubler*, § 307 Rn. 288; Deinert, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 27; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-*Deinert*, § 13 Rn. 193; a.A. ErfK-*Preis*, §§ 305-310 BGB Rn. 39; *Ahrendt*, RdA 2012, 129, 135.

von Tarifverträgen.[2233] Denn der Tarifvertrag ist gerade nicht anwendbar und sogar die Unterschreitung des Tarifstandards ist möglich, freilich nicht unbegrenzt. Auf diese Weise lässt sich das Tarifsystem stützen, ohne den Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt vollständig zu beseitigen (bei Tarifgebundenheit auch des Arbeitgebers bestünde Anspruch auf uneingeschränkte tarifvertragliche Arbeitsbedingungen). Das kommt im Übrigen auch tarifgebundenen Arbeitgebern zugute, weil dadurch die Möglichkeiten von Außenseitern auf Arbeitgeberseite, über die Arbeitsbedingungen in den Wettbewerb zu treten, beschränkt werden.[2234] Auch wenn dies bereits der zutreffenden Auslegung des geltenden Rechts entspricht, wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Klarstellung schafft.[2235]

4.3.4.2.2.2 Tarifmacht für Solo-Selbstständige

Der Einsatz Solo-Selbstständiger anstelle von Arbeitnehmern bewirkt nicht nur Druck auf die Arbeitsbedingungen durch Konkurrenz seitens Personen, die keinen vergleichbaren rechtlichen Schutz genießen, sondern ist auch problematisch im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit jedenfalls großer Teile dieser Gruppe. Letzteres hat sich gerade auch im Rahmen dieser Untersuchung mit Rücksicht auf das Sozialversicherungsrecht gezeigt (s.o. 2.6.5). Insofern gibt es gute Gründe, die engen Voraussetzungen für die Anwendung des § 12a TVG über die Möglichkeiten tarifvertraglicher Regelungen für Arbeitnehmerähnliche zu erweitern auf all jene Solo-Selbstständigen, die in die betriebliche Organisation eines anderen Unternehmens eingebunden sind (s.o. 2.6.6.1.3). Europäisches Kartellrecht steht dem jedenfalls nicht prinzipiell entgegen (s.o. 2.6.6.1.3). Infolge des auf dieser Basis zu schaffenden Mindestschutzes wird auch die Tarifautonomie geschützt, indem Sozialdumping im Betrieb durch Solo-Selbstständige ein Stück weit ausgeschlossen wird.

2233 So aber *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 269; *Bayreuther*, RdA 2003, 81, 82; *Ahrendt*, RdA 2012, 129, 136.

2234 Vgl. *Preis/Ulber*, FS Kempen, S. 15, 20.

2235 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K 46 ff.; zu dieser Möglichkeit auch *Fornasier*, SR 2017, 239, 242, 253.

4.3.4.2.3 Beseitigung von Anreiz zur Tarifflucht

4.3.4.2.3.1 Nachbindung und Nachwirkung

Das TVG setzt der Flucht aus dem Tarifvertrag durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband eine Grenze insbesondere in § 3 Abs. 3 TVG. Danach bleiben die Tarifnormen ungeachtet des Austritts bis zum Ende des Tarifvertrages anwendbar. Erst danach tritt nach der sog. Nachwirkungslehre die Nachwirkung des Tarifvertrages gemäß § 4 Abs. 5 TVG ein.[2236] Erst dann können andere Arbeitsbedingungen geschaffen werden, weil die nachwirkende Tarifnorm lediglich dispositiv wirkt.

Teilweise wird argumentiert, die Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und damit die Tarifbindung insgesamt könne dadurch gefördert werden, dass die Dauer der Nachbindung zeitlich begrenzt wird.[2237] Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Eintritt in den Arbeitgeberverband dadurch unattraktiv sein könnte, dass für den Fall eines späteren Austritts eine gleichsam ewige Nachbindung eintritt. Davon abgesehen, dass gute Gründe dafür sprechen, dass die Nachbindung ohnehin entsprechend § 624 BGB zeitlich begrenzt ist auf fünf Jahre nach dem Austritt aus dem Arbeitgeberverband,[2238] ist zu bezweifeln, dass Arbeitgeber bei Eintritt in den Verband entsprechende Rechtskenntnisse mitbringen.[2239] Zudem werden dem Beitritt regelmäßig ganz andere Motivationen zu Grunde liegen, wie etwa der Druck durch eine Gewerkschaft.[2240] Auch in der sozialwissenschaftlichen Literatur, die sich mit den Gründen des sinkenden Organisationsgrades der Arbeitgeber befasst,[2241] wird ein solches Beitrittshemmnis nicht genannt. Es spricht also nichts dafür, eine weitere gesetzliche

---

2236 BAG 18.3.1992 – 4 AZR 339/91, AP Nr. 13 zu § 3 TVG; BAG 10.12.1997 – 4 AZR 247/96, AP Nr. 20 zu § 3 TVG.

2237 *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B53 ff.; zust. *Reichold*, NJW 2014, 2534, 2537; vgl. *Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann*, RdA 2004, 65, 76; *Henssler*, FS Picker, S. 987, 1007 ff.; *Sachverständigenrat*, Jahresgutachten 2002/03, S. 262.

2238 So etwa *Däubler*, NZA 1996, 225, 227; ferner *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, S. 147; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 133 ff.; *Kittner*, AuR 1998, 469, 471; für Analogie zu § 160 HGB *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 399 ff.; für eine Analogie zu § 39 BGB Wiedemann-*Oetker*, § 3 Rn. 94

2239 Näher *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 390.

2240 *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 29.

2241 Vgl. *Behrens*, WSI-Mitt. 2013, 473, 474 f.

Beschränkung von § 3 Abs. 3 TVG zu schaffen.[2242] Im Gegenteil sollte die Norm als wichtiger Faktor zum Schutz der Arbeitnehmer vor Tarifflucht unverändert beibehalten werden.

Die Rechtsprechung[2243] (unter Beifall der Lehre[2244]) erlaubt es dem Arbeitgeber allerdings, planmäßig den Tarifausstieg schon vor Eintritt der Nachwirkung des Tarifvertrages durch abweichende Vereinbarungen vorzubereiten, indem sie gleichsam Vorratsabreden gestattet. Zwar wird diese Möglichkeit darauf beschränkt, eine abweichende Vereinbarung zur Beseitigung der unmittelbar bevorstehenden Nachwirkung der konkreten Tarifnorm zu schließen.[2245] Es ist freilich nicht grundlos so, dass der Wortlaut des Gesetzes auf etwas anderes hindeutet („nach Abschluss des Tarifvertrages", „bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden"). Das Gesetz will nämlich zum Schutz des Arbeitnehmers ein strukturelles Verhandlungsgleichgewicht für die Dauer der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages gewährleisten.[2246] Es geht insoweit nicht allein um Überbrückungen. Damit derartige Vorratsabreden nicht zum Instrument strategischen Tarifausstiegs genutzt werden, sollte diese Rechtsprechung dringend korrigiert werden.[2247]

4.3.4.2.3.2 Betriebsübergang

Unabhängig hiervon kann die Bindung an Tarifnormen im Fall des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB bereits früher erfolgen. Tarifvertragliche Rechte werden im Fall des Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber und unterliegen einer einjährigen Veränderungssperre. Nach Satz 3 gilt dies aber nicht, wenn ein Tarifvertrag beim Erwerber gilt. Außerdem gestattet Satz 4 noch während der Veränderungssperre das Abstreifen der Tarifbindungen des Veräußerers durch Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag. Es gehört zum ABC von Unternehmensjuristen, systematisch Betriebsübergänge (gegebenenfalls auch mehrfache) zur kurzfristigen Beendigung von Tarifbindungen einzusetzen. Das steht

---

2242 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K23 ff.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 133 ff.

2243 BAG 23.2.2005 – 4 AZR 186/04, AP Nr. 42 zu § 4 TVG Nachwirkung.

2244 Wiedemann-*Wank*, § 4 Rn. 359; *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 856 f.; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-*Oetker*, § 8 Rn. 64; Däubler-*Bepler*, § 4 Rn. 987.

2245 BAG 22.10.2008 – 4 AZR 789/07, AP Nr. 37 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz: BAG 1.7.2009 – 4 AZR 250/08, AP Nr. 51 zu § 4 TVG Nachwirkung.

2246 *Deinert*, GS Zachert, S. 521, 526 ff.; vgl. auch Kempen/Zachert-*Kempen*, § 4 Rn. 761.

2247 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K34.

im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH[2248], wonach der Einsatz des Betriebsübergangs zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers ausgeschlossen sein muss.[2249]

Lässt sich die Möglichkeit der Ablösung durch ein beim Erwerber normativ wirkenden Tarifvertrag noch einschränkend dahin auslegen, dass die Ablösung ausscheidet, wenn der Zweck des Betriebsübergangs ausschließlich in der Lösung von Tarifbindungen bestand,[2250] dürfte sich dies mit herkömmlichen Mitteln der Auslegung im Fall der Bezugnahme kaum realisieren lassen. Rechtspolitisch scheint vor diesem Hintergrund empfehlenswert, die Tarifablösung durch Bezugnahmen von Außenseitern in § 613a Abs. 1 Satz 4 BGB zu streichen.[2251] Das gilt zumal deshalb, weil dadurch eine Bevorzugung von Außenseiterarbeitgebern gegenüber tarifgebundenen vermieden würde.[2252] Die Bundesregierung sieht allerdings insoweit keinen Handlungsbedarf, wie aus der Antwort auf eine kleine Anfrage im Dezember 2018 hervorgeht.[2253] Ohne dieses Problem überhaupt anzusprechen wird dort pauschal jeder Änderungsbedarf verneint.

4.3.4.2.3.3 Mitbestimmungsvermeidung durch Tariftreue

Schließlich ließe sich ein Mittel zum Schutz vor Tarifflucht im Betriebsverfassungsrecht etablieren.[2254] Anknüpfend an die Erkenntnis, dass die zunehmende Organisation von Unternehmen und Betrieben in Netzwerkstrukturen die betriebseinheitliche Tarifanwendung in fortschreitendem Maße infrage stellt,[2255] böte sich die Schaffung eines Mitwirkungsrechts entsprechend § 99 BetrVG beim Onsite-Einsatz von Fremdfirmenpersonal an. Dieses könnte mit einem Element verbunden werden, das dem Arbeitgeber einen Anreiz verschafft, auf

---

2248 EuGH 6.9.2011 – C-108/10, Slg. 2010 I-07491, Rn. 77 f. – Scattolon.

2249 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, S. 210.

2250 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, S. 211.

2251 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 147 ff.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389; *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 31.

2252 *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K32.

2253 BT-Drs. 19/6502, S. 6.

2254 Zum Folgenden *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K41 ff.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 392; *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 31 f.

2255 *Helfen*, Mitb. 7+8/2011, S. 20 ff.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 36 ff.

Tariftreue bei seinen Vertragspartnern zu pochen: Das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts könnte unter den Vorbehalt gestellt werden, dass der Vertragspartner nicht die tariflichen Bedingungen des Einsatzbetriebes einhält. Das würde keine unmittelbare Pflicht zur Tariftreue durch den Vertragspartner herbeiführen und auch der Arbeitgeber wäre nicht verpflichtet, auf einer solchen zu beharren. Wenn es, mangels Einhaltung der Tarifbedingungen des Einsatzbetriebes, zum Mitwirkungsrecht kommt, könnte ein Zustimmungsverweigerungsrecht für den Fall vorgesehen werden, dass der Vertragspartner auch nicht die tariflichen Bedingungen der eigenen Branche einhält. Auf diese Weise würde die Tarifflucht durch Ausgliederung im Einsatzbetrieb zumindest nicht gefördert und die Tarifflucht des Vertragspartners zudem unattraktiv gemacht werden. Mit dem Unionsrecht, namentlich der Dienstleistungsfreiheit, lässt sich dies ohne weiteres vereinbaren. Denn es geht anders als in den Sachverhalten der bisherigen Entscheidungen zur Tariftreue[2256] nicht darum, die Vertragspartner in jedem Fall an Tarifbedingungen zu binden, sondern allein um die Frage des Eingreifens eines Mitbestimmungsrechts.[2257]

4.3.4.2.3.4 Verbandsmitgliedschaft als zulässiger Inhalt des Tarifvertrages

Schließlich würde es eine Möglichkeit zur tarifvertraglichen Erschwerung der Tarifflucht begründen, wenn die Rechtsprechung des BAG, wonach die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Verbleib im Arbeitgeberverband kein zulässiger Tarifvertragsinhalt sein kann,[2258] korrigiert würde.[2259] Denn das würde es erschweren, OT-Mitgliedschaften im Arbeitgeberverband[2260] als Mittel zur Vorbereitung der Tarifflucht zu nutzen.

2256 Vgl. insb. EuGH 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008 I-1989 – Rüffert; EuGH 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129 – Bundesdruckerei.

2257 *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 392.

2258 BAG 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

2259 Vgl. *Deinert*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, S. K28 ff.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 221 ff.; zur Frage einer verstärkten Transparenz bei Wechsel in OT-Mitgliedschaft Thesenpapier des DGB zum DJT 2014, AuR 2014, 329, zu IV 3.

2260 Zu deren grundsätzlicher Zulässigkeit BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225.

4.3.5 Erwägungen für eine bessere Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht

4.3.5.1 Zumutbarkeit untertariflicher Arbeitsbedingungen

Grundsicherungsberechtigten obliegt die Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung, wobei gemäß § 10 SGB II prinzipiell jede Beschäftigung als zumutbar gilt (vgl. 2.4.2.3 und 2.4.4.3). Auch eine gering vergütete Beschäftigung ist grundsätzlich zumutbar. Reicht das Einkommen gemäß §§ 11 ff. SGB II nicht zum Lebensunterhalt, müssen gegebenenfalls aufstockende Leistungen nach dem SGB II in Anspruch genommen werden (vgl. dazu 2.4). Diese Systematik führt dazu, dass praktisch jeder Anreiz, von einem potenziellen Arbeitgeber eine höhere Vergütung zu fordern, entfällt, weil entsprechend Leistungen des Trägers beansprucht werden können. Faktisch bewirkt das SGB II somit Lohnsubventionen für Arbeitgeber in den unteren Einkommenssegmenten.[2261] Das wird offensichtlich bereits bei Lohnverhandlungen „eingepreist".[2262] Der Mindestlohn nach dem MiLoG kann nur partiell entgegenwirken.[2263]

Auch im Rechtskreis des SGB III ist die Lage nicht viel anders. Arbeitslose müssen eine zumutbare Beschäftigung im Rahmen der Eigenbemühungen nach § 138 SGB III aufnehmen. Die Zumutbarkeit regelt § 140 SGB III. Nach dessen Abs. 3 ist nach sechs Monaten Arbeitslosigkeit jede Beschäftigung nur dann nicht zumutbar, wenn das daraus erzielte Nettoeinkommen niedriger ist als das Arbeitslosengeld. Zwar ist gemäß § 140 Abs. 2 SGB III eine Beschäftigung nicht zumutbar, wenn sie gegen tarifliche Bestimmungen verstößt. Gemeint ist damit allerdings lediglich die Sanktionierung rechtswidriger Beschäftigung. Dementsprechend setzt die Unzumutbarkeit nach § 140 Abs. 2 SGB III beiderseitige Tarifgebundenheit voraus.[2264]

Es gibt indes keine generelle Unzumutbarkeit der Beschäftigung zu untertariflichen Bedingungen.

Im Ergebnis können selbst organisierte Arbeitnehmer eine Beschäftigung bei untertariflicher Vergütung nicht aus diesem Grunde zurückweisen, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Ist der Arbeitgeber allerdings tarifgebunden, besteht für die organisierten Arbeitnehmer immer noch die Gefahr, dass

---

2261 *Picker*, RdA 2014, 25, 27; *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1045 f.
2262 *Preis/Ulber*, FS Kempen, S. 15, 32; *Giesen*, FS Kempen, S. 216, 220.
2263 *Bruckmeier/Wiemers*, IAB-Kurzbericht 7/2014, 1.
2264 Gagel-*Baldschun*, § 140 SGB III Rn. 85; Eicher/Schlegel-*Estelmann*, § 140 Rn. 73.

Außenseiter auf Arbeitnehmerseite im Wettbewerb um Arbeitsplätze durch Unterbietung einen Vorteil erhalten. Darüber hinaus können nichttarifgebundene Arbeitgeber zu den tarifgebundenen in einen Wettbewerb über die Arbeitsbedingungen treten, den Letztere nicht führen können.[2265]

Der Staat unterstützt durch das Zumutbarkeitsrecht sogar noch Außenseiter auf Arbeitgeberseite im Wettbewerb über die Arbeitsbedingungen. Das vermag die Tarifautonomie nicht zu stärken, sondern schwächt sie potenziell. Vorzugswürdig wäre es daher, in beiden Rechtskreisen die Unzumutbarkeit erheblich untertariflicher Beschäftigung vorzusehen.[2266] Dabei hätte es einen gewissen Charme, nicht grundsätzlich die untertarifliche Beschäftigung für unzumutbar zu erklären, sondern nur die erhebliche Unterschreitung der tariflichen Arbeitsbedingungen. So bestünde weiterhin ein gewisser Anreiz zum Beitritt zur Gewerkschaft, was die Tarifgebundenheit vermittelt, und letztlich zumindest im Fall einer Beschäftigung bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber die Sicherung der Tarifnormwirkung bewirken kann. Was das Maß zulässiger Unterschreitungen angeht, könnte man an 10–20 % denken. Für eine 20 %-Grenze spräche, dass dies abgestimmt wäre mit den Grenzen zulässiger Klauselinhalte (s.o. 4.3.4.2.2.1).[2267]

4.3.5.2 Sozialversicherungsrechtliche Begünstigung der Verbandszugehörigkeit

Kürzlich hat *Franzen* den Vorschlag unterbreitet, die Mitgliedschaft in Gewerkschaften durch steuerliche Anreize zu begünstigen.[2268] Namentlich eine Steuerprivilegierung für Gewerkschaftsbeiträge sowie eine Steuerbefreiung tarifgebundenen Arbeitsentgelts bis zu einer gewissen Höhe hat er insoweit vorgeschlagen. Es ist hier nicht der Ort, steuerrechtliche Fragen zu diskutieren. *Franzen* hat aber überzeugend dargelegt, dass entsprechende Regelungen weder Eingriffe in die negative Koalitionsfreiheit noch Verletzungen der staatlichen Neutralität darstellen würden.[2269] Er hat freilich selber darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Nachteil dieser Konzeption darin liegt, dass sie in ihren Wirkungen wesentlich von der individuellen steuerlichen Situation des Arbeitneh-

---

2265 *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.
2266 Vgl. auch zum Folgenden *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.
2267 *Deinert*, SR-Sonderausgabe 2017, 24, 28.
2268 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 35 ff.
2269 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 50 ff., 60.

mers abhängt und gerade wegen der Progression vor allem Beziehern höherer Einkommen zugutekommt.[2270] Insoweit ist darüber nachzudenken, ob nicht auch im Sozialversicherungsrecht entsprechende Anreize gesetzt werden können.[2271]

Bei der Fragestellung einer sozialversicherungsrechtlichen Stärkung der Tarifautonomie liegt es nahe, an das sog. „Genter System" zu denken.[2272] Angesprochen ist damit die Verwaltung der Arbeitslosenversicherung durch Gewerkschaften, wie sie insbesondere in Dänemark, Schweden und Finnland vorkam und der nachgesagt wird, ein wesentlicher Faktor für den hohen Organisationsgrad dort zu sein, obwohl kein rechtliche Verknüpfung von Arbeitslosenversicherung und Gewerkschaftsmitgliedschaft (mehr) besteht.[2273] Im Allgemeinen wird eine Übertragung des Genter Systems auf das deutsche Recht[2274] jedoch angesichts der Unterschiede der Sozialtraditionen für wenig zielführend gehalten.[2275]

Vielversprechender scheint insoweit eine Beitragsprivilegierung. *Seiwerth* hat diese zunächst mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung diskutiert,[2276] *Franzen* später allgemein sozialversicherungsrechtlich anknüpfend an die von ihm vorgeschlagene Steuerfreiheit tarifgebundenen Entgelts.[2277] Letzterer weist darauf hin, dass auch insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Zudem hält er eine Begründung der dadurch bedingten Abweichung vom Prinzip der Globaläquivalenz der Beitragsfinanzierung zwar für möglich mit Rücksicht auf die funktionale Abhängigkeit des Sozialversicherungssystems von den Arbeitsentgelten. Letztlich sieht er darin aber doch eine Überstrapazierung des solidarischen Moments, weil er die Stärkung der Tarifautonomie nicht als Aufgabe der Beitragszahler, sondern als gesamtgesellschaftliche Aufgabe sieht.[2278] Auch wenn er dieses Konzept nicht weiter verfolgt, weist er aber darauf hin,

---

2270 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 34.

2271 Vgl. auch dazu *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 62.

2272 Vgl. *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 709 f.; *Fornasier*, SR 2017, 239, 242 ff.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 124 ff.

2273 Näher *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 709 f.

2274 So der Vorschlag der Monopolkommission, BT-Drs. 17/2600, Rn. 124, 914.

2275 *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878; *Bepler*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B1, B41 f.; *Fornasier*, SR 2017, 239, 242, 249; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 126.

2276 *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 710 ff.

2277 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 64 ff.

2278 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 69.

dass es in Konsequenz des Ansatzes geboten wäre, auch die tarifgebundenen Arbeitgeber einzubeziehen.[2279] Er entwickelt insoweit Überlegungen, wie ein solches System verfahrensmäßig ausgestattet sein müsste, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber im Beitragsverfahren von der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers erfährt.[2280]

Diese Überlegungen sind in ihrem Ausgangspunkt durchaus überzeugend und sollen an dieser Stelle kurz weiterentwickelt werden. In der Tat verstößt es nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit, die Verbandsmitgliedschaft abgabenrechtlich zu begünstigen. Denn dadurch entsteht kein unwiderstehlicher Beitrittsdruck, solange es sich nicht um Größenordnungen handelt, denen rational denkende Menschen sich unter keinem Gesichtspunkt entziehen können. Auch die staatliche Neutralität steht nicht im Raum, da letztlich die Individuen über das Eingreifen der Regelungen durch ihre Beitrittsentschlüsse entscheiden. Richtig ist zwar der Hinweis *Franzens*, dass die Stärkung der Tarifautonomie eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist. Das ändert aber nichts daran, dass sie auch und insbesondere die Sozialversicherungssysteme stützt. Das rechtfertigt es allemal, diese so auszugestalten, dass sie eine ihrer wesentlichen Funktionsbedingungen stärken. Das liegt im Übrigen auf Linie der Erwägungen des BVerfG zur gebotenen Beitragsbegünstigung von Eltern in der Pflegeversicherung. So wie dort darauf hingewiesen wurde, dass Eltern von Kindern das System nicht nur durch Beiträge, sondern auch durch den generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit des umlagefinanzierten Sozialverscherungssystems stärken,[2281] lässt sich hier argumentieren, dass Organisierte das System nicht nur durch Sozialversicherungsbeiträge, sondern auch durch ihre Beiträge zum Funktionieren des Tarifsystems stärken. Die nichtorganisierten Versicherten profitieren mithin vom System, ohne einen Beitrag dazu zu leisten.[2282] Denn es ist davon auszugehen, dass die Tarifparteien angemessene Arbeitsbedingungen für den Großteil der abhängig Beschäftigten auf diese Weise sichern.[2283] Mag dies auch nicht zwingend in dem Sinne sein, dass das Unterbleiben einer entsprechenden Beitragsentlastung verfassungswidrig wäre,[2284] so folgt daraus in jedem Fall eine

---

2279 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 68 f.

2280 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 67 ff.

2281 BVerfG 3.4.2001 -1 BvR 1629/94, NZS 2001, 309.

2282 *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 711 f.

2283 *Franzen,* Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 66.

2284 Einen Verfassungsanstoß anzunehmen würde voraussetzen, dass die ungleiche Belastung unter keinem Gesichtspunkt ausgeglichen wird. So verneint das BSG (30.9.2015 – B 12 KR 15/12 R, BSGE 120, 23) Verfassungswidrigkeit der Beitragsgleichheit von Versicherten mit und ohne Kinder im Rentenversicherungsrecht etwa

Rechtfertigung einer solchen gesetzlichen Regelung, sie wäre zudem letztlich systemgerechter. Dabei darf man sich nicht der Illusion hingeben, dass dies kostenneutral zu haben wäre. Letztlich würde ein insgesamt höherer Beitrag die Folge sein müssen, der aber lastengerechter verteilt wäre.

Dabei muss die Beitragsentlastung nicht zwingend am tarifgebundenen Entgelt festgemacht werden. Sie ließe sich vielmehr auch durch eine Reduzierung des Beitragssatzes erreichen, was freilich im Wege der Rückerstattung auf Antrag des Arbeitnehmers zu erfolgen hätte, damit der Arbeitgeber nicht über die Gewerkschaftsmitgliedschaft aufgeklärt wird. Dabei wäre an eine Entlastung bis zu 1,5 Prozentpunkten zu denken. Das würde den üblichen Gewerkschaftsbeitrag von einem Prozent überkompensieren, ohne zugleich übermäßigen Beitrittsdruck zu erzeugen. Der Einwand, es handele sich in den Personen der Außenseiter um eine unzulässige Sonderabgabe für eine Aufgabe der Allgemeinheit,[2285] verfängt jedenfalls dann nicht, wenn auch andere Maßnahmen zur Stärkung der Tarifautonomie ergriffen werden. Denn es handelt sich wie gezeigt nicht nur um eine Aufgabe der Allgemeinheit, sondern mit Blick auf die Stützung der Sozialsysteme jedenfalls *auch* um eine gruppenbezogene Aufgabe.

Auf Arbeitgeberseite ist zu sehen, dass das System letztlich durch alle Arbeitgeber gestützt wird, die Verbandsmitglieder sind oder Haustarifverträge schließen. Insoweit wäre für diese Gruppe eine Abgabenprivilegierung ebenfalls zu befürworten. Dabei kommt es letztlich aber nicht darauf an, in welchem Umfang die Arbeitsverhältnisse tarifgebunden sind, weil das Sozialversicherungssystem insgesamt durch tarifgebundene Arbeitgeber gestützt wird, insoweit diese in aller Regel tarifliche Bedingungen auch an Außenseiter weitergeben. Das rechtfertigt eine generalisierende Betrachtung selbst auf die Gefahr hin, dass das im Einzelfall, etwa mit Rücksicht auf Differenzierungsklauseln, nicht zutrifft. Hier scheint auch eine geringere Privilegierung als auf Arbeitnehmerseite gerechtfertigt, da der Eigenanreiz zum Verbandsbeitritt, gerade auch wenn Gewerkschaften eine stärkere Mitgliederbasis haben, in größerem Maße bereits aus den Vorteilen der Tarifbindung folgen dürfte als bei den Arbeitnehmern, die wesentlich leichter auch ohne Mitgliedschaft vom Tarifsystem profitieren können. Zu diskutieren wäre insoweit eine Beitragsentlastung um einen Prozentpunkt.

---

vor allem mit der Erwägung, dass ein Familienlastenausgleich auf Leistungsseite erfolge (vgl. auch BSG 5.7.2006 – B 12 KR 20/04 R, NZS 2007, 311) und im Krankenversicherungsrecht ein entsprechender beitragsrechtlicher und leistungsrechtlicher Ausgleich erfolge.

2285 In diesem Sinne wohl auch *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 711 f.

Es bleibt die Frage, wie solche Beitragsprivilegierungen auf die Versicherungszweige zu verteilen sind. Da letztlich alle Versicherungszweige in ihrer Finanzierung vom versicherten Arbeitsentgelt abhängen, spricht dies dafür, die Entlastung nach dem jeweiligen Verhältnis der Beitragssätze der einzelnen Zweige zueinander vorzusehen. Bei der Entlastung der Arbeitgeber spricht allerdings einiges dafür, die Unfallversicherung davon insgesamt auszunehmen. Denn sie wird in ihrer Finanzierung nach §§ 152 ff. SGB VII zu einem wesentlichen Teil auch durch die betrieblichen Risiken bestimmt.

Dieses Modell ließe sich auch verwaltungsmäßig einfacher realisieren als das Konzept *Franzens*. Der Umfang der Beitragsentlastung in den einzelnen Versicherungszweigen ließe sich in den entsprechenden Büchern des SGB abstrakt beschreiben und dazu eine Bekanntgabepflicht der Bundesregierung normieren, die jährlich die Beitragsentlastung für die jeweiligen Versicherungszweige veröffentlicht. Die begünstigten Arbeitgeber könnten dies beim jeweiligen Arbeitgeberanteil von vornherein abziehen. Auf der Arbeitnehmerseite ließe sich, um eine Offenlegung der Gewerkschaftsmitgliedschaft gegenüber dem Arbeitgeber entbehrlich zu machen, nur eine nachträgliche Entlastung durch Nachweis der Gewerkschaftsmitgliedschaft beim Versicherungsträger erreichen. Das ist in der Tat mit einem gewissen Verwaltungsaufwand verbunden. Rechtspolitisch vorzugswürdig erscheint insoweit die ebenfalls von *Franzen* angestellte Erwägung einer Überführung in Rentenanwartschaften.[2286] Anders als dort vorgeschlagen wäre sogar darüber nachzudenken, ob dies nicht obligatorisch vorgesehen werden sollte. Einerseits ließe sich auf diese Weise erhebliche Verwaltungsvereinfachung erreichen, indem jährliche Sammelmeldungen und -zahlungen der Träger an den Rentenversicherungsträger erfolgen. Andererseits würde das Entlastungen gerade auch bei denjenigen schaffen, deren Rentenbiografie oder Einkommenshöhe eine negative Abbildung in den Rentenleistungen erfahren (dazu 3.). Auch wenn verbesserte Anwartschaften insoweit einen abstrakten Anreiz schaffen, bestünde andererseits die Gefahr, dass Beschäftigten diese in einer womöglich ferneren Zukunft liegende Problematik nicht bewusst ist. Um zu gewährleisten, dass organisierte Arbeitnehmer tatsächlich von einer solchen Möglichkeit Gebrauch machen, könnte eine Pflicht der Krankenkassen vorgesehen werden, die Mitglieder einmal im Jahr anzuschreiben und darauf hinzuweisen, dass sie ihre Rentenanwartschaften durch Nachweis der Gewerkschaftsmitgliedschaft verbessern könnten.

2286 *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, S. 67.

4.3.6 Zusammenfassung

Die Tarifautonomie ist nicht nur ein wichtiges, um nicht zu sagen das wichtigste, Instrument des Arbeitnehmerschutzes. Sie ist auch für die Stabilität der Sozialversicherungssysteme wichtig, eben gerade weil sie Mindestbedingungen für die Arbeitnehmer schafft und die Sozialversicherung hieran anknüpft. Wesentliche, im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeitete Herausforderungen für das Sozialrechtssystem können auf der Grundlage einer gestärkten Tarifautonomie besser bewältigt werden. Vorschläge zur Stärkung der Tarifautonomie sind mithin auch Vorschläge zur Stärkung des Sozialversicherungssystems.

Das ist zwar nicht unmittelbar Untersuchungsgegenstand. Gleichwohl sei darauf hingewiesen, dass es hier einige erfolgversprechende Ansätze gibt. So kann zunächst gesetzlicher Anreiz zum Beitritt zu Verbänden geschaffen werden. In diesem Sinne lässt sich die Tarifautonomie durch rechtliche Sanktionierung von Spannenklauseln stärken, die einen Gegenpol darstellen zum Anreiz des Arbeitgebers, die mitgliedschaftsbasierete Exklusivität des Tarifvertrags durch Bezugnahmeklauseln zu unterwandern. Tarifdispositivität von arbeitnehmerschützenden Gesetzen sollte nur mit Zurückhaltung und Augenmaß gestattet werden. Wo dies aber geschieht, sollte ein Gebrauchmachen davon nur tarifgebundenen Arbeitgebern möglich sein. Ein Instrument, die Tarifautonomie zu stärken, wäre auch das Instrument einer Erweiterungserklärung. Sie schafft Beitrittsanreiz für Arbeitgeber, um bei im Grundsatz unentrinnbarer Rechtsanwendung den Inhalt der Rechtsnorm gestalten zu können.

Stützen lässt sich die Tarifautonomie ferner durch Gewährleistung eines Mindestschutzes auch für Außenseiter, um dem Wettbewerb über die Arbeitsbedingungen Grenzen zu setzen. Insofern sollte der Tarifvertrag ausdrücklich zum Leitbild der Inhaltskontrolle erklärt werden. Außerdem sollten Tarifverträge geschaffen werden können für Onsite-Solo-Selbstständige, die in die betriebliche Organisation eines anderen Unternehmens eingebunden sind.

Schließlich sollte die Tarifautonomie auch dadurch gestützt werden, dass Möglichkeiten der Tarifflucht eingedämmt werden. In diesem Sinne sollte die Nachwirkung dadurch gestärkt werden, dass Vorratsabreden vor Beginn des Nachwirkungszeitraums unwirksam sind. Auch sollte die Abweichung von tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen beim Betriebsübergang im Wege der Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag ausgeschlossen werden. Schließlich sollte ein Mitbestimmungsrecht bei Onsite-Einsatz von Fremdpersonal installiert werden, das nur bei Gewährung der tariflichen Bedingungen der Einsatzbranche entfällt. Ein Zustimmungsverweigerungsrecht sollte der Betriebsrat des

Einsatzbetriebes haben, wenn der Vertragspartner auch nicht die tarifvertraglichen Bedingungen der eigenen Branche gewährt.

Einen eigenen Beitrag zur Stärkung der Tarifautonomie im Sinne einer Stützung der Sozialversicherungssysteme könnte das Sozialrecht zunächst im Rahmen des Zumutbarkeitsrechts vorsehen. Eine wesentliche Unterschreitung (um 20 %) der tarifvertraglichen Bedingungen sollte auch für Außenseiter unzumutbar sein. Auf diese Weise bliebe ein Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt, weil im Falle beiderseitiger Tarifgebundenheit die tarifvertraglichen Bedingungen in vollem Umfang beansprucht werden können. Darüber hinaus ist eine Beitragsentlastung organisierter Arbeitnehmer um 1,5 Prozentpunkte sowie tarifgebundener Arbeitgeber um 1 Prozentpunkt sinnvoll. Die Beitragsentlastung der Arbeitnehmer sollte obligatorisch in Rentenanwartschaften umgewandelt werden.

Fazit

Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping

Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht folgen einer international eher ungewöhnlichen Trennung der beiden Rechtsgebiete. Das scheint es zu befördern, dass rechtspolitisch gern der Blick dafür vergessen wird, dass beide nur in ihrem Zusammenwirken funktionieren, um Beschäftigten auf diese Weise einen angemessenen Schutz zu gewähren und zugleich der Wirtschaft funktionierende Rahmenbedingungen für abhängige Beschäftigung zu geben.

Insgesamt ergibt sich eine Vielzahl rechtspolitisch schlecht abgestimmter Konzeptionen. Diese wurden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf den Feldern atypischer Beschäftigung, in einer rentenrechtlichen Längsschnittbetrachtung, diskontinuierlicher sowie ertragsschwacher Beschäftigungsverhältnisse sowie in den für das Sozialversicherungsrecht systemrelevanten Bereichen Langzeitkonten, Weiterbildung und Tarifautonomie in den Blick genommen. Insoweit ergibt sich eine Vielzahl von Verbesserungsvorschlägen. Dabei hat sich gezeigt, dass Fehlentwicklungen im Arbeitsrecht sinnvollerweise auch dort behoben werden müssen und nicht auf Kosten der Beitragszahler oder des Steuerzahlers durch sozialrechtliche Symptombehandlungen unsichtbar gemacht werden sollten. Es ist zwar richtig, dass der Sozialstaat in der Letztverantwortung steht und Entflexibilisierungen im Arbeitsrecht keineswegs immer den Königsweg bedeuten.[2287] Gleichwohl muss Existenzsicherung in erster Linie durch privates Wirtschaften erfolgen, für das das Arbeitsrecht einen Rahmen vorgibt. Wo aber droht, dass das Sozialrecht durch Umverteilung die Kosten privaten Wirtschaftens im großen Stil trägt, hat man die falsche Stellschraube in der Hand.

Teilzeitarbeit soll aus arbeitsmarktpolitischen Gründen gefördert werden, ohne dass Teilzeitarbeitnehmer benachteiligt werden. Dieser Zielsetzung diente auch die Einführung des Teilzeitanspruchs nach § 8 TzBfG. Allerdings konnte die Regelung nicht vor der sog. Teilzeitfalle schützen. Das neue Recht der Brückenteilzeit in § 9a TzBfG ist insoweit ein Schritt in die richtige Richtung. Gleichwohl

---

2287 Vgl. *Janda*, DRV 2018, 386, 388, 390, passim.

gibt es insoweit Nachbesserungsbedarf mit Blick auf ein kohärentes System. Die Verletzung der Erörterungspflicht des Arbeitgebers sollte durch eine Beweislastumkehr zur Erleichterung der Durchsetzung von Schadensersatzforderungen sanktioniert werden. Im Übrigen scheint es geboten, einen uneingeschränkten Rechtsanspruch auf befristete Bildungsteilzeit einzuräumen, indem die Bildungsteilzeit vom Überforderungsschutz nach § 9a Abs. 2 TzBfG ausgenommen wird.

Zur Verbesserung des Schutzes bei Abrufarbeit sollte eine Vergütungspflicht für Stand-by-Zeiten eingeführt werden.

Die Regelungen des Teilarbeitslosengeldes sind als Förderung der Teilzeitarbeit grundsätzlich zu begrüßen. Gleichzeitig sollte die Rechtsprechung bei betriebsbedingten Kündigungen unter Berücksichtigung von § 2 SGB III einen Vorrang für eine Mehrheit von Änderungskündigungen anstelle der Beendigungskündigung nur eines Arbeitnehmers akzeptieren.

Bei Erziehungs- und Pflegeteilzeit sollte die Möglichkeit ergänzender freiwilliger Beiträge in der gesetzlichen Rentenversicherung eröffnet werden. Das 30-Stunden-Limit für den Rentenversicherungsschutz von Pflegepersonen in der gesetzlichen Rentenversicherung sollte gestrichen werden.

Entgeltausfälle durch Bildungsteilzeit müssen vermieden werden, indem zusätzliche Entgeltpunkte auf Basis des versäumten Arbeitsentgelts aus Steuermitteln erworben werden. Bei einer Bildungsteilzeit, die auch betrieblichen Zwecken dienlich ist, an deren Kosten der Arbeitgeber sich aber nicht beteiligt, sollte ein Beitragsanteil vom Arbeitgeber auf Basis des bisherigen Entgelts vor der Bildungsteilzeit getragen werden.

Die Vorstellung des Gesetzgebers, geringfügige Beschäftigung sei eine Brücke in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, hat sich nicht bestätigt. Geringfügige Beschäftigung begünstigt tradierte Rollenverteilungen und steht der Gleichstellung von Mann und Frau am Arbeitsmarkt entgegen. Geringfügig Beschäftigte haben vergleichsweise geringen Anteil an Qualifizierungsmaßnahmen und erhalten „Dellen“ in der Erbwerbs- und Rentenbiografie. Die Einpreisung von Abgabenprivilegien bewirkt Wettbewerbsverzerrungen am Arbeitsmarkt. Sie begünstigt zudem das Hinzuverdienstmodell in der Grundsicherung. Mit Ausnahme von Bagatellbeschäftigungen bis 175 € sollte die Versicherungsfreiheit insgesamt beseitigt werden. Dabei sind mehrere Bagatellbeschäftigungen zusammenzurechnen, bei Ehrenämtern allerdings erst ab mehr als 20 Stunden pro Woche. Bei Bagatellbeschäftigungen muss der Arbeitnehmer einen Selbstvorsorgezuschlag in Höhe von 20 % erhalten.

Unbefristete Arbeitsverträge sind das rechtspolitische Leitbild. Befristete Arbeitsverträge müssen danach eine Ausnahme sein. Sie sollten überdies eine Brücke in unbefristete Beschäftigung darstellen können. Das geltende Recht wird diesem Anspruch nicht gerecht. Sachgrundlose Befristungen müssen abgeschafft, das Existenzgründerprivileg zumindest eingeschränkt werden.

Unter der Voraussetzung eines diesbezüglichen Wunsches mit konkreter Dauer im Hinblick auf ein bestimmtes Rentenniveauziel nach darauf bezogener Rentenauskunft sollte die befristete Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Regelrentenalters einen Sachgrund darstellen.

Die Sachgrundbefristung zur Erprobung sollte gestrichen werden. Vielmehr sollte ein unbenannter Sachgrund anerkannt werden, wenn die Wartezeit nach dem KSchG für die Erprobung ausnahmsweise nicht genügt.

Zur Verhinderung langer Befristungsketten sollte eine Höchstdauer für Sachgrundbefristungen mit einer Maximalzahl von Verlängerungsmöglichkeiten eingeführt werden. Es empfiehlt sich zudem eine Karenzzeit nach der befristeten Besetzung eines Arbeitsplatzes.

Nach Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages sollten Arbeitgeber mangels Anschlussbeschäftigung eine Prekaritätsprämie zahlen müssen, die ungeachtet der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung beitragspflichtig und insolvenzgeldgeschützt ist. Bei Einführung von Karenzzeit und Prekariatsprämie ist eine Erweiterung des Schutzes in der Arbeitslosenversicherung verzichtbar.

Das deutsche Sozialmodell baut auf Existenzsicherung in den Bahnen des privaten Wirtschaftsrechts. Die Renaturierung der Grundsicherung zu einem Hinzuverdienstmodell im Sinne einer Kombilohnfinanzierung durch „Einpreisen" von Grundsicherungsleistungen ist damit nicht vereinbar. Dementsprechend sind Erhöhungen der Freibetragsgrenzen nicht empfehlenswert.

Das Zumutbarkeitsrecht muss reformiert werden mit der Zielsetzung personenbezogener Unzumutbarkeitsgrenzen, die einen Wettbewerb über die Löhne verhindern.

Anreize für eine Erhöhung des Erwerbseinkommens, um dem ergänzenden Grundsicherungsbezug zu entgehen, können sich aus einem auf die ersten drei Monate des Grundsicherungsbezugs befristeten anrechnungsfreien Überstundensockel ergeben.

Einen Anreiz, der auch für Arbeitgeber wirkt, kann ein Aufstockungsbonus darstellen, der in Höhe je eines Monatsgehalts für Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Falle einer über zwei Jahre beständigen Erhöhung der Vergütung geleistet wird, die den Grundsicherungsbezug beendet.

Außerdem empfiehlt sich die Einführung der vollen Beitragslast des Arbeitgebers bis zu einem Einkommen von 750 €. Oberhalb dessen sollte im Sinne einer umgekehrten Gleitzone der Arbeitnehmer steigend an der Tragung der Sozialversicherungsbeiträge beteiligt werden, bis bei 1500 € die hälftige Beitragslast erreicht ist.

Überdies sind eine Stärkung der Tarifautonomie zur Gewährleistung ertragsstarker Arbeitsverhältnisse sowie Aus-, Fort- und Weiterbildung zum Zwecke der Aufwärtsmobilität wichtige Faktoren, um Arbeitnehmern den Weg aus ergänzendem Grundsicherungsbezug zu ermöglichen.

Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung („Ein-Euro-Jobs“) sind als Mittel zur Eingliederung Arbeitsloser nicht als „low budget-Jobs“ konzipiert. Damit sie nicht im Sinne eines parallelen zweiten Arbeitsmarktes zu einem beschäftigungspolitischen Abstellgleis werden, ist eine Erhöhung der Beschäftigungsfähigkeit der Betroffenen zum Zwecke des Übergangs in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung unumgänglich. Neben einer Qualifizierung geht es darum, auch andere soziale Ursachen außerhalb des Arbeitsmarktes, wie etwa Überschuldungssituationen, durch soziale Förderung in den Griff zu bekommen.

Die Grundkonzeption, wonach abhängig Beschäftigte des Schutzes durch Arbeits- und Sozialrecht bedürfen, während Selbstständige dieses Schutzes nicht bedürfen, weil sie diesen aus dem Ertrag ihrer Tätigkeit für sich selber gewährleisten können, geht für viele Fälle von Solo-Selbstständigkeit nicht mehr auf. Auch der Schutz für arbeitnehmerähnliche Personen sowie insbesondere Heimarbeiter genügt nicht, da viele Solo-Selbstständige davon nicht profitieren.

Die Rechtsordnung muss an dieser Stelle nachjustieren zugunsten solcher Selbstständiger, die von dem Ertrag ihrer eigenen Arbeitskraft leben müssen. Das sollte in erster Linie durch Ermöglichung kollektivrechtlicher Regelungen gewährleistet werden können. Zudem sollte der Anwendungsbereich des HAG mit seinen Möglichkeiten bindender Entgeltfestsetzungen erweitert werden. Im Übrigen bedarf es einer gesetzlich vorgesehenen Mindestvergütung für Solo-Selbstständige.

Schließlich sollten sie versicherungspflichtig in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sein. Der Beitritt zur Arbeitslosenversicherung sollte optional ausgestaltet werden. Die Auftraggeber sind daran durch Ausweisung einer Sozialversicherungsabgabe im Rahmen der Rechnungstellung zu beteiligen.

Diskontinuierliche und ertragsschwache Beschäftigungsverhältnisse haben erheblich nachteilige Wirkungen auf die späteren Rentenanwartschaften. Das lässt sich ein Stück weit durch eine allgemeine Stabilisierung der Rentenleistungen mildern, hilft aber nicht darüber hinweg, dass die Anwartschaften der Betreffenden immer vergleichsweise schlecht ausgestattet sind. Angesichts der derzeitigen Konzeption erhält die Stärkung privater Vorsorge weiterhin ihre Relevanz. Die Beitragsbegünstigung privater Vorsorge zu beseitigen, würde allerdings nur einen mittelfristigen Liquiditätsbeginn schaffen, das Problem indes nicht lösen. Eine Grundrente würde lediglich an den Symptomen kurieren und systemwidrig die vorleistungsbezogene Rentenversicherung mit Grundsicherungselementen verquicken.

Geboten sind vielmehr Maßnahmen, die Privatrechtssubjekte in die Lage versetzen, Arbeitsverhältnisse ertragsstark zu gestalten, um auskömmliche Rentenanwartschaften zu erwirtschaften. Auch insoweit kommt der Aus-, Fort- und Weiterbildung eine zentrale Stellung zu. Aber auch eine gefestigte Tarifautonomie ist insoweit erforderlich.

Im Fall der Erwerbsminderung sollte ausgeschlossen werden, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Umstand des Bezugs einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung knüpft. Außerdem sollte ein Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrages an das Restleistungsvermögen zur Vermeidung von Arbeitsmarktrenten eingeführt werden.

Für die verbleibenden Fälle ungenügender Rentenanwartschaften ist das Konzept des Flexirentengesetzes, das es erlaubt, zusätzliche Entgeltpunkte durch Weiterarbeit zu erwerben, ein guter Ansatzpunkt. Er ist allerdings nicht mit dem Arbeitsrecht abgestimmt. Insoweit sollte unter denselben Voraussetzungen wie bei einer Befristung nach Erreichen des Regelrentenalters ein befristeter Weiterbeschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis im Anschluss an eine Altersgrenze geschaffen werden. Wenn der Arbeitgeber entgegenstehende Gründe hat, kann er sie im Rahmen des Kündigungsrechts zur Geltung bringen.

Nicht alle anerkannten arbeitsrechtlichen Freistellungen sind mit einer entsprechenden Gegenfinanzierung, sei es arbeitsrechtlich, sei es sozialrechtlich, unterlegt. Zur Finanzierung entsprechender Freistellungen sind Langzeitkonten ein

probates Mittel. Insoweit empfiehlt sich allerdings eine Aufwertung von Qualifizierungszwecken zu gesetzlich vorgesehenen Zwecken von Langzeitkonten.

Im Übrigen bedarf es dringend einer Korrektur der Rechtsprechung des BAG zur (angeblich fehlenden) Haftung von Organvertretern für unzureichende Insolvenzsicherung bei Altersteilzeitguthaben.

Die Weiterbildung erweist sich als ein zentrales Thema für ein stimmiges Konzept der Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts. Eine nachhaltig ertragsstarke Beschäftigung, die Altersarmut im Ruhestand ausschließt, kommt in einer zunehmend sich verändernden Arbeitswelt ohne Weiterbildung auch während der Beschäftigung nicht aus. Das Qualifizierungschancengesetz trägt dem Rechnung und ermöglicht die Weiterbildung auch im bestehenden Arbeitsverhältnis. Es ist allerdings arbeitsrechtlich nicht flankiert. Wichtige Elemente zur Stärkung der Weiterbildung, um diesen Ansatz nicht zu konterkarieren, sind:

- Brückenteilzeit Null zu Bildungszwecken,
- für kürzere Bildungsfreistellungen und in kleineren Unternehmen Bildungsfreistellungsansprüche bis zu zwei Monaten,
- Förderung von Arbeitgebern durch Prämien im Falle der Ermöglichung einer Weiterbildung über die gesetzlichen Verpflichtungen hinaus,
- Versicherungspflicht in der Rentenversicherung während einer Weiterbildung und
- Erstreckung von § 144 Abs. 1 SGB III auf alle Fälle der beruflichen Weiterbildung.

Ebenso ist eine Stärkung der Tarifautonomie elementare Grundbedingung für die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme. Das wurde in der arbeitsrechtlichen Diskussion bislang noch kaum wahrgenommen. Insoweit sind alle Überlegungen zur Stärkung der Tarifautonomie auch Überlegungen zur Stärkung der sozialen Sicherungssysteme. Wichtige Elemente wären insoweit die Sanktionierung von Spannenklauseln, Beschränkung tarifdispositiven Rechts auf tarifgebundene Arbeitgeber sowie Einführung des Instruments einer Erweiterungserklärung von Tarifverträgen. Zudem sollten Tarifverträge als Leitbild der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen anerkannt werden. Auch sollte die Tarifmacht auf Onsite-Solo-Selbstständige, die in die betriebliche Organisation eines anderen Unternehmens eingebunden sind, erstreckt werden. Überdies müssen der Tarifflucht Grenzen gesetzt werden. Neben dem Ausschluss von Vorratsabreden zur Abweichung vom Tarifniveau sollte die Ablösung von Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang nicht durch Bezugnahme möglich sein. Schließlich empfiehlt sich die Schaffung eines Mitbestimmungsrechts beim Onsite-

Einsatz von Fremdpersonal, das nur bei Gewährung der tariflichen Bedingungen der Einsatzbranche ausgeschlossen ist.

Darüber hinaus bedarf das Zumutbarkeitsrecht auch mit Rücksicht auf die Tarifautonomie einer Reform. Die wesentliche Unterschreitung des Tarifniveaus (um 20 %) sollte auch für Außenseiter als unzumutbar gelten. Zudem kann die Tarifautonomie durch Beitragsentlastungen von Arbeitgebern (um 1,0 Prozentpunkte) und Arbeitnehmern (um 1,5 Prozentpunkte) gestärkt werden, wobei die Beitragsentlastung der Arbeitnehmer obligatorisch in Rentenanwartschaften umgewandelt werden sollte.

Es hat sich an verschiedenen Stellen gezeigt, dass an sich gute Ansätze nicht optimal funktionieren können, weil sie im anderen Rechtsgebiet nicht passgenau begleitet sind. Ein wichtiges Beispiel ist der Ansatz des Flexirentengesetzes, das die Weiterarbeit nach Erreichen der Altersgrenze zum Ausbau von Rentenanwartschaften begünstigt, ohne arbeitsrechtlich die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass der Rentenberechtigte einer solchen Beschäftigung auch nachgehen kann. Ursache dafür dürfte auch sein, dass sozialpolitische Entscheidungen zu Zeiten großer Koalitionen mehr und mehr zu Tauschgeschäften werden, die den Blick für das Ganze nicht erlauben. Selbst das BVerfG hat sich in den Sog dieser kleinteiligen Sicht der Politik hineinziehen lassen, indem es einer Rechtsprechung des BAG, die ein bereits von der Politik beabsichtigtes beschäftigungspolitisches Konzept mehr oder weniger vorwegnahm, einerseits eine Absage erteilte, um im nächsten Schritt doch wieder eine beschäftigungspolitische Liberalisierung des Befristungsrechts herbeizuführen (s.o. 2.3.2.2.2). Herausgekommen ist dabei ein Ergebnis, das den Eindruck erweckt, dass es dem Gesetzgeber nicht erlaubt sei, rechtspolitisch ein Konzept unbefristeter Arbeitsverträge zu verfolgen, bei dem Anpassungen an den veränderten Beschäftigungsbedarf allein durch Kündigungen erfolgen müssen (dazu, dass dem nicht so ist, s.o. 2.3.4.2.1). Hätte das Gericht sich diese Konsequenz im Ganzen vor Augen geführt, wäre die Begründung sicher anders ausgefallen.

Politik sollte Arbeits- und Sozialrecht nicht als zwei rechtspolitische Felder betrachten, sondern als eines. Dementsprechend sind die Rahmenbedingungen und Konsequenzen auf dem jeweils anderen Teilgebiet dieses einheitlichen Feldes immer mitzudenken. Gesetzentwürfe müssen heutzutage immer mit einer Folgenabschätzung hinsichtlich des finanziellen Aufwands, aber auch etwa hinsichtlich bürokratischer Belastungen der Wirtschaft versehen werden. Ein weiterer obligatorischer Prüfpunkt sollte ein ganzheitliches Konzept einer arbeits- und sozialrechtlichen Rechtspolitik sein. Dies ist eminent bedeutsam, weil derzeit der finanzielle und bürokratische Aufwand infolge von Fehlanreizen in entsprechenden Folgenabschätzungen typischerweise nicht berücksichtigt wird.

Literaturverzeichnis

Absenger, Nadine/Ahlers, Elke/Bispinck, Reinhard/Kleinknecht, Alfred/Klenner, Christina/Lott, Yvonne/Pusch, Toralf/Seifert, Hartmut, Arbeitszeiten in Deutschland – Entwicklungstendenzen und Herausforderungen für eine moderne Arbeitszeitpolitik, WSI Report 19/2014.

Adamy, Wilhelm, Staat subventioniert Armutslöhne mit Milliardenbeträgen, SozSich 2008, 219.

Agentur für Querschnittsziele im Europäischen Sozialfond für Deutschland, Armut und Armutsrisiken von Frauen und Männern. Ein Update, Berlin 2016.

Ahlbrecht, Silke/Ickenroth, Nicole, Altersteilzeit im Blockmodell – Rechtlicher Rahmen und Sonderprobleme, BB 2002, 2440.

Ahrendt, Martina, Firmentarifvertrag und firmenbezogener Verbandstarifvertrag, Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick, RdA 2012, 129.

Albrecht, Martin/Ochmann, Richard R./Schiffhorst, Guido, Krankenversicherungspflicht für Beamte und Selbstständige: Teilbericht Selbstständige, Gütersloh 2017.

Ales, Edoardo/Deinert, Olaf/Kenner, Jeff, Core and Contingent Work in the European Union – A Comparative Analysis, Oxford and Portland, Oregon 2017.

Allmendinger, Jutta/Jahn, Kerstin/Promberger, Markus/Schels, Brigitte/Stuth, Stefan, Prekäre Beschäftigung und unsichere Haushaltslagen im Lebensverlauf: Gibt es in Deutschland ein verfestigtes Prekariat?, WSI-Mitteilungen 4/2018, 259.

Altendorf, Kerstin, Hindernisse für Teilzeitarbeit und flexible Arbeitsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland, Mainz 1999.

Anger, Silke/Trahms, Annette/Westermeier, Christian, Soziale Motive überwiegen, aber auch Geld ist wichtig, IAB-Kurzbericht 24/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Apel, Helmut/Fertig, Michael/Koch, Susanne/Osiander, Christopher, Der Träger macht den Unterschied, IAB-Kurzbericht 20/2011, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Apt, Wenke/Bovenschulte, Marc/Hartmann, Ernst A./Wischmann, Steffen, Foresight – Studie, „Digitale Arbeitswelt", BMAS-Forschungsbericht Nr. 463, 2016.

Arnold, Robert/Oelschläger, Angelika/Staber, Jeanine, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich: Bestandsaufnahme und Reformvorschläge, Sozialökonomische Schriften, No 45, Frankfurt/Main 2013.

Ars, Volker/Blümke, Anke/Scheithauer, Claudia, Nach dem FlexiG II – Neue Spielregeln für Zeitwertkonten (Teil II), BB 2009, 2252.

Ars, Volker/Teslau, Johannes, Der Ausschluss befristet beschäftigter Arbeitnehmer aus der betrieblichen Altersversorgung, NZA 2006, 297.
Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid, Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 5. Aufl., München 2017.
Axer, Peter, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, in: *Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken Oliver (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 1.
Ayaß, Wolfgang, Pflichtarbeit und Fürsorgearbeit. Zur Geschichte der "Hilfe zur Arbeit" außerhalb von Anstalten, Arbeitsdienst – wieder salonfähig? Zwang zur Arbeit in Geschichte und Sozialstaat, Frankfurt/Main 1998, 56.
Bäcker, Gerhard, Ein Traum und die harte Wirklichkeit, SozSich, 2017, 452.
Bäcker, Gerhard, Erwerbsminderungsrenten = Armutsrenten. Ein vergessenes soziales Problem?, WSI-Mitteilungen 8/2013, 572.
Bäcker, Gerhard, Mindestrenten als Antwort auf Armutsrisiken im Alter? * Reformdebatten vor dem Hintergrund von Niedrigrenten, Grundsicherungsbezug und sinkendem Rentenniveau, in: DRV (Hrsg.), Die Angemessenheit der Altersrentensysteme (DRV-Schriften, Bd. 114, Berlin 2018.
Bäcker, Gerhard, Modellrechnungen zu Vollzeitbeschäftigten: Welcher Lohn führt über die Hartz-IV-Schwelle?, SozSich 2013, 223.
Bäcker, Gerhard, Umkehr einleiten – Arbeitslosenversicherung stärken, SozSich 2018, 349.
Bäcker, Gerhard/Neuffer, Stefanie, Von der Sonderregelung zur Beschäftigungsnorm: Minijobs im deutschen Sozialstaat, WSI-Mitteilungen 1/2012, 13.
Bader, Peter, Arbeitsrechtliche Altersgrenzen weiter flexibilisiert, NZA 2014, 749.
Bader, Peter/Fischermeier, Ernst/Gallner, Inken u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., München 2019 (zit.: KR-*Bearbeiter*).
Baethge, Martin (Hrsg.), Die große Hoffnung für das 21. Jahrhundert? Perspektiven und Strategien für die Entwicklung der Dienstleistungsbeschäftigung, Wiesbaden 2001.
Bahmann, Ronald/von den Driesch, Ellen/Ehlert, Christoph u.a., Studie zur Analyse der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse, Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung, Essen 2012.
Bailey, David/Rose, Vivien (Hrsg.), Bellamy/Child (Begr.), European Union Law of Competition, 7. Aufl., Oxford 2014.
Banafsche, Minou, Freie Berufswahl für Arbeitslose und Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung im Lichte von Grundgesetz und UN-Sozialpakt, VSSR 2012, 131.
Bauer, Hartmut, Sozialrecht in der Reform – Hartz IV, DÖV 2004, 1017.
Bauer, Jobst-Hubertus, Befristete Verträge mit älteren Arbeitnehmern ab 1.5.2007 – oder der neue § 14 III TzBfG, NZA 2007, 544.
Bauer, Jobst-Hubertus/Klebe, Thomas/Schunder, Achim, Neujustierungen im Arbeitsrecht – Aktuelle Vorschläge, NZA 2013, 827.
Bauer, Jobst-Hubertus/Krets, Jérôme, Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NJW 2003, 537.

Bauer, Thomas K./Bender, Stefan/Bonin, Holger, Betriebe reagieren kaum auf Änderungen beim Kündigungsschutz, IAB-Kurzbericht 15/2004, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bauschke, Hans-Joachim, Arbeitnehmer und andere – Bewertung der neuesten Gesetzesinitiativen, öAT 2016, 69.

Bayreuther, Frank, Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenzen und die Beschäftigung von „Altersrentnern", NZA Beilage 3/2015, 84.

Bayreuther, Frank, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung – Neues aus dem Arbeitsverfassungsrecht, NZA 2018, 905.

Bayreuther, Frank, Die neue Brückenteilzeit und andere Änderungen im TzBfG, NZA 2018, 1577.

Bayreuther, Frank, Die Rolle des Tarifvertrags bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, RdA 2003, 81.

Bayreuther, Frank, Entwurf eines Gesetzes zur Brückenteilzeit, NZA 2018, 566.

Bayreuther, Frank, Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, BMAS Forschungsbericht Nr. 508, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2018.

Bayreuther, Frank/Deinert, Olaf, Der Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, RdA 2015, 129.

Becker, Peter, Gesetzliche Unfallversicherung: Die Leistungen, BG 2011, 568.

Becker, Ulrich, Die soziale Sicherung Selbstständiger in Europa, ZESAR 2018, 307.

Becker, Ulrich, Private und betriebliche Altersvorsorge zwischen Sicherheit und Selbstverantwortung, JZ 2004, 847.

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 6. Aufl., München 2018.

Beckschulze, Martin, Auswirkung des § 2 SGB III auf das Arbeitsrecht, BB 1998, 791.

Behrens, Martin, Arbeitgeberverbände – Auf dem Weg in den Dualismus?, WSI-Mitteilungen 7/2013, 473.

Behrens, Martin, Das Paradox der Arbeitgeberverbände: von der Schwierigkeit, durchsetzungsstarke Unternehmensinteressen kollektiv zu vertreten, Berlin 2011.

Behringer, Friederike/Moraal, Dick/Schönfeld, Gudrun, Betriebliche Weiterbildung in Europa: Deutschland weiterhin nur im Mittelfeld, BiBB BWP 1/2018, 9.

Bellmann, Lutz/Dummert, Sandra/Leber, Ute, Konstanz altersgerechter Maßnahmen trotz steigender Beschäftigung Älterer, WSI-Mitteilungen 1/2018, 20.

Bepler, Klaus, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich: Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014.

Bepler, Klaus, Tarifdispositives Gesetzesrecht, in: *Schubert, Jens M. (Hrsg.)*, Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht: Festschrift für Otto Ernst Kempen, Baden Baden 2013, S. 109.

Berenbrinker, Martina/Kamanabrou, Sudabeh, Länderbericht Schweden, in: *Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.)*, Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, Berlin 2016.

Berger-Delhey, Ulf, Sozialhilfe und Arbeitsrecht, NVwZ 1988, 899.

Bernhard, Sarah/Dauth, Christine/Hoffmann, Barbara/Hohmeyer, Katrin/Jahn, Elke/Kruppe, Thomas/Oberfichtner, Michael/Sowa, Frank/Stephan, Gesine/Trenkle, Simon/Weber, Enzo/Wolff, Joachim, Zur Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung, Öffentliche Anhörung von Sachverständigen vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestags am 11. April 2016, IAB-Stellungnahme 1/2016, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bertelsmann Stiftung, Reformoptionen Minijobstudie, 1. Oktober 2012, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Presse/imported/downloads/xcms_bst_dms_36556_36557_2.pdf.

Bertelsmann, Klaus/Rust, Ursula, Arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Nachteile bei Teilzeitarbeit, RdA 1985, 146.

BfE, Perspektive Selbstständigkeit. BfE Studie zu Ich-AG Gründungen 2004.

Bieback, Karl-Jürgen, Abstimmung zwischen Altersrenten, Schutz bei Erwerbsminderung und Arbeitslosigkeit, in: SDSRV 63: Das Sozialrecht für ein längeres Leben, Berlin 2013.

Bieback, Karl-Jürgen, Alterssicherung durch Rente, Grundsicherung im Alter und Sozialhilfe, NDV 2010, 517.

Bieback, Karl-Jürgen, Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von „Sozialversicherung", VSSR 2003, 1.

Bieback, Karl-Jürgen, Neue Selbständigkeit und soziale Sicherheit – Notwendigkeit einer Neuorientierung, SozF 1999, 166.

Bieback, Karl-Jürgen, Probleme des SGB II – Rechtliche Probleme des Konflikts zwischen Existenzsicherung und Integration in den ersten Arbeitsmarkt, NZS 2005, 337.

Bieback, Karl-Jürgen, Restriktive Prüfung der Diskriminierung wegen des Geschlechts im nationalen Sozialrecht, SGb 1996, 513.

Bieback, Karl-Jürgen, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2. Aufl., Baden-Baden 2014.

Bieback, Karl-Jürgen, Sozialrechtliche Gestaltung des laufenden Arbeitsverhältnisses durch das neue SGB III – Allgemeine Grundsätze und Pflichten, Kurzarbeitergeld und subventionierte Beschäftigung, AuR 1999, 209.

Bieback, Karl-Jürgen, Teilarbeitslosenanspruch – Teilarbeitslosigkeit – zwei Teilzeitbeschäftigungen bei demselben Arbeitgeber – Erlöschen – Antragstellung – sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, SGb 2002, 450.

Bieber, Ulrich/Stegmann, Michael, Empirische Erkenntnisse zur Einkommenssituation bei Erwerbstätigkeit im Ruhestand, DRV 2018, 300.

Bieder, Marcus, Der Nullstundenvertrag – zulässiges Flexibilisierungsinstrument oder Wegbereiter für ein modernes Tagelöhnertum?, RdA 2015, 388.

Bielinksi, Harald/Hartmann, Josef/Pfarr, Heide/Seifert, Hartmut, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkei – Neue empirische Befunde über Formen, Ablauf und soziale Folgewirkungen AuR 2003, 83.

Bieritz-Harder, Renate, „Ein-Euro-Jobs", ZFSH/SGB 2005, 259.

Bilger, Frauke/Behringer, Friederike/Kuper, Harm/Schrader, Josef (Hrsg.), Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Ergebnisse des Adult Education Survey (AES), Bielefeld 2017.

Birk, Ulrich-Arthur, Aktuelle Rechtsprobleme der Beschäftigung von Sozialhilfeempfängern, ZfSH/SGB 1984, 109.

Bispinck, Reinhard, Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – vom Niedergang zur Reform, WSI-Mitteilungen 7/2012, 496.

Blank, Florian, Die betriebliche Altersversorgung, ihre Verbreitung, ihre Finanzierung, ihre Leistungen und Reformbedarfe, SozSich 2013, 205.

Blank, Florian/Logeay, Camille/Türk, Erik/Wöss, Josef/Zwiener, Rudolf, Alterssicherung in Deutschland und Österreich vom Nachbarn Lernen, WSI-Report 27/2016, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut.

Blanke, Thomas/Schüren, Peter/Wank, Rolf/Wedde, Peter, Handbuch Neue Beschäftigungsformen – Teilzeitarbeit, Telearbeit, Fremdfirmenpersonal, Franchiseverhältnis, Baden-Baden 2002.

Bleck, Sven, Atypische Beschäftigungsverhältnisse in Frankreich und Belgien am Beispiel des Teilzeit- und Befristungsrechts und des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung – ein Überblick, RdA 2015, 416.

BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0 – Arbeit weiter denken, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=9).

BMWi-Beirat, Reform des Sozialstaats für mehr Beschäftigung im Bereich gering qualifizierter Arbeit, BMWi Dokumentation 512, Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, 2002.

Böcklerimpuls, 11/2006, Sicherheit erwünscht – Kündigungsschutz, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2010.

Böcklerimpuls, 7/2010, Jobs mit schlechter Perspektive, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2010.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz J./Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016.

Boecken Winfried/Joussen, Jacob, Teilzeit- und Befristungsgesetz: TzBfG – Handkommentar, 5. Aufl. Baden-Baden 2018.

Boetius, Jan, Aufbau und rechtliche Struktur der Alterungsrückstellung – zur Diskussion um den Eigentumscharakter der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung (PKV), VersR 2014, 140.

Bofinger, Peter, Ist der Markt noch zu retten? – Warum wir jetzt einen starken Staat brauchen, Berlin 2009.

Bofinger, Peter/Dietz, Martin/Genders, Sascha/Walwei, Ulrich, Vorrang für das reguläre Arbeitsverhältnis: Ein Konzept für Existenz sichernde Beschäftigung im Niedriglohnbereich, Gutachten für das Sächsische Ministerium für Wirtschaft und Arbeit, August 2006.

Bögenhold, Dieter/Leicht, René, Neue Selbstständigkeit, und Entrepreneurship, Moderne Vokabeln und damit verbundene Hoffnungen und Irrtümer, WSI-Mitteilungen 12/2000, 779.

Böhm, Michaela, Digitale Tagelöhner, AiB 11/2014, 39.

Boll, Christina, Lohneinbußen von Frauen durch geburtsbedingte Erwerbsunterbrechungen, Wirtschaftsdienst 10/2010, 700.
Bolliger, Felix, Reinvent the system. Mikrosteuer auf dem Zahlungsverkehr, Aktiengesellschaft für Vermögensverwaltung, Zumikon/Zurich 2013.
Böning, Marta, Reform des Teilzeitrechts, PersR 2/2019, 8.
Bosch, Gerhard/Weinkopf, Claudia, Wechselwirkungen zwischen Mindest- und Tariflöhnen, WSI-Mitteilungen 6/2013, 393.
Boss, Alfred/Christensen, Björn/Schrader, Klaus, Die Hartz IV-Falle: Wenn Arbeit nicht mehr lohnt, Kieler Diskussionsbeiträge Nr. 474/475, Kiel März 2010.
Bothfeld, Silke, Mit dem Grundeinkommen gegen den Sozialstaat? Blätter für deutsche und internationale Politik 2/2018, 33.
Böttcher, Inge/Graue, Bettina, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – Basiskommentar zum BEEG, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2016.
Brall, Natalie/Dünn, Sylvia/Fasshauer, Stephan, Zu den Einflussfaktoren der Rentenanpassung und deren verfassungsrechtlichen Grenzen, DRV 2005, 460.
Brall, Natalie/Voges, Hans-Joachim, Modell Bürgerversicherung – verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen: ein exemplarischer Beitrag zu den Schranken staatlicher Monopole, Baden-Baden 2004.
Brehmer, Wolfram/Seifert, Hartmut, Sind atypische Beschäftigungsverhältnisse prekär?, ZAF 4/2008, 501.
Brenke Karl, Allein tätige Selbständige: starkes Beschäftigungswachstum, oft nur geringe Einkommen, DIW Wochenbericht 7/2013, 1.
Brenke, Karl, Arbeitskräfte aus Mittel- und Osteuropa: bisher keine starke Zuwanderung – und auch keine Belastungen für den Arbeitsmarkt zu erwarten, DIW Wochenbericht 18/2011, 3.
Brenke, Karl, Selbständige Beschäftigung geht zurück, DIW Wochenbericht 36/2015, 790.
Brenke, Karl/Beznoska, Martina, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht Nr. 465 (2016), 1.
Brose, Wiebke, Armut trotz Arbeit: Das Zusammenspiel von Sozialrecht und prekärer Beschäftigung, DRV 2018, 341.
Brose, Wiebke, Von Bismarck zu Crowdwork – Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS 2017, 7.
Brosius-Gersdorf, Frauke, Die Angemessenheit der Altersrentensysteme – Kongressbericht, DRV Bund, Band 114, Berlin 2018.
Brücker, Herbert/Klinger, Sabine/Möller, Joachim/Walwei, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Arbeitsmarkt 2013 – Analysen, Daten, Fakten, (IAB-Bibliothek, 334), Bielefeld 2012.
Bruckmeier, Kerstin/Eggs, Johannes/Himsel, Carina/Tappmann, Mark/Walwei, Ulrich, Steinig und lang – der Weg aus dem Leistungsbezug, IAB-Kurzbericht 14/2013, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Bruckmeier, Kerstin/Eggs, Johannes/Sperber, Carina/Trappmann, Mark/Walwei, Ulrich, Vor allem Minijobber suchen nach einer anderen Arbeit, IAB-Kurzbericht 19/2015, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bruckmeier, Kerstin/Graf, Tobias/Rudolph, Helmut, Aufstocker: Kombilohn durch die Hintertür? Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, IAB-Forum 1/2007.

Bruckmeier, Kerstin/Hohmeyer, Katrin, Nachhaltige Integration bleibt schwierig, IAB-Kurzbericht 2/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bruckmeier, Kerstin/Mühlhan, Jannek/Wiemers, Jürgen/Walwei, Ulrich, Arbeit muss sich lohnen – auch im unteren Einkommensbereich! Ein Reformvorschlag. https://www.iab-forum.de/arbeit-muss-sich-lohnen-auch-im-unteren-einkommensbereich-ein-reformvorschlag/.

Bruckmeier, Kerstin/Schnitzlein, Daniel, Was wurde aus den Arbeitslosenhilfeempfängern? IAB-Discussion Paper No 24/2007, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bruckmeier, Kerstin/Wiemers, Jürgen, Begrenzte Reichweite: Die meisten Aufstocker bleiben trotz Mindestlohn bedürftig, IAB-Kurzbericht 7/2014, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Bruckmeier, Kerstin/Wiemers, Jürgen, Entwicklung der Zahl der Aufstocker nach Einführung des Mindestlohns im Jahr 2015, IAB Aktuelle Berichte 10/2016, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Brussig, Martin/Postels, Dominik/Zink, Lina, Niedrigrentenrisiko trotz vieljähriger Versicherung – zur Rolle des sozialen Ausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV 2018, 39.

Bührmann, Andrea/Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa Eva M. (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen, Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Berlin 2018.

Bujard, Martin, Elterngeld und Elternzeit in Deutschland: Ziele, Diskurse und Wirkungen, ZfF 2013, 123.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Beschäftigungsstatistik Mehrfachbeschäftigung, Januar 2016 (abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Beschaeftigungsstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-Mehrfachbeschaeftigung.pdf).

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Frauen und Männer am Arbeitsmarkt 2015, Nürnberg Juni 2016.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Einführung qualifikationsspezifischer Arbeitslosenquoten in der Statistik der BA, Grundlagen: Methodenbericht Nürnberg Juni 2017.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Fachliche Hinweise und Empfehlungen, SGB II- Arbeitshilfe Arbeitsgelegenheiten (AGH) nach § 16 d SGB II, Nürnberg Juli 2009.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt, Mai 2018 (abrufbar unter: https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/Arbeitsmarktbericht0518_ba017974.pdf).

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Statistik/ Arbeitsmarktberichterstattung, Grundsicherung für Arbeitsuchende in Zahlen, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Nürnberg September 2017.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Bilanz 10 Jahre Elterngeld, Dezember 2016 (abrufbar unter: https://www.bmfsfj.de/

blob/113300/8802e54b6f0d78e160ddc3b0fd6fbc1e/10-jahre-elterngeld-bilanz-data.pdf).
Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Biografiemuster und Alterseinkommensperspektive von Frauen, Juli 2011 (abrufbar unter https://www.bmfsfj.de/blob/93308/67cbe29ce221086ae3e43ca812601755/avid-studie-biografiemuster-data.pdf).
Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugendliche (Hrsg.), Frauen im Minjob. Motive und (Fehl-) Anreize für die Aufnahme geringfügiger Beschäftigung im Lebenslauf, Berlin Oktober 2012 (zit. Bundesministerium, Frauen im Minijob).
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (Hrsg.), Hartz IV – Menschen in Arbeit bringen, Bonn 2005.
Buntenbach, Annelie, Ehrlicher erster Arbeitsmarkt ist notwendig, SozSich 2006, 335.
Buschmann, Rudolf, Beschäftigungssicherung durch Arbeitsplatzteilung, Geteiltes Leid – doppelte Freude?, AiB 2002, 507.
Buschmann, Rudolf/Fraunhoffer, Bettina/Schierle, Karlheinz/Vorbau, Reinhard-Ulrich, Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2014.
Butterwegge, Christoph, Das bedingungslose Grundeinkommen: Segen oder Sackgasse für den Sozialstaat? SozSich 2017, 446.
Butterwegge, Christoph, Humanistische Union (Hrsg.), Das bedingungslose Grundeinkommen – sozialpolitische Sackgasse oder Königsweg zur Demokratie? Vorgänge Nr. 219: Soziale Menschenrechte 3/2017, 67.
Butterwegge, Christoph/Lösch, Bettina/Ptak, Ralf, Kritik des Neoliberalismus, 3. Aufl., Wiesbaden 2016.
Butzer, Hermann, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Habil., Univ. Bochum 2000), Tübingen 2001.
Caliendo, Marco/Kritikos, Alexander/Steiner, Viktor/Wießner, Frank, Existenzgründungen: Unterm Strich ein Erfolg, IAB-Kurzbericht Nürnberg 10/2007, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Caliendo, Marco/Künn, Steffen/Wießner, Frank, Die Nachhaltigkeit von geförderten Existenzgründungen aus Arbeitslosigkeit: Eine Bilanz nach fünf Jahren, ZAF 2010, 269, 274.
Caliendo, Marco/Künn, Steffen/Wießner, Frank, Ich-AG und Überbrückungsgeld – Erfolgsgeschichte mit zu frühem Ende, IAB-Kurzbericht 3/2009, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983.
Cisch, Theodor B./Ulrbich, Mathias, Flexi-Gesetz II: Licht und Schatten, BB 2009, 550.
Czaplicki, Christin/Espeter, Lara M./Keck, Wolfgang, Pflegezeiten in der Rentenversicherung, RVaktuell 3/2018, 39.
Danne, Harald, Rechtliche Aspekte von Arbeitsverträgen mit flexibler Arbeitszeit nach Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985, BlStSozArbR 1985, 353.

Däubler, Wolfgang, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? In: *Benner, Christiane (Hrsg.)*, Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, S. 243.

Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, 12. Aufl., Reinbek 2009.

Däubler, Wolfgang, Die Zukunft des Arbeitsrechts, AuR 2005, 1.

Däubler, Wolfgang, Digitalisierung und Arbeitsrecht, SR-Sonderausgabe 2016, 2.

Däubler, Wolfgang, Digitalisierung und Arbeitsrecht: Internet, Arbeit 4.0 und Crowdworking, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2018.

Däubler, Wolfgang, Für wen gilt das Arbeitsrecht?, in: *Hensler, Martin u.a. (Hrsg.)*, Moderne Arbeitswelt. Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 81.

Däubler, Wolfgang, Privatautonomie oder demokratische Tarifautonomie?, KJ 2014, 372.

Däubler, Wolfgang, Tarifausstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225.

Däubler, Wolfgang, Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016.

Däubler, Wolfgang, Tarifvertragsrecht – ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993.

Däubler, Wolfgang/Bonin, Birger/Deinert, Olaf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 4. Aufl., München 2014.

Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf/Zwanziger, Bertram (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2017 (zit.: DDZ-*Bearbeiter*).

Däubler, Wolfgang/Heuschmid, Johannes, Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, 1.

Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht mit kollektiven Bezügen, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.

Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.), BetrVG, Frankfurt/Main 2018 (zit.: DKKW-Bearbeiter).

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht, NZA 2015, 1032.

Deinert, Olaf, Abweichung vom Tarifvertrag durch verdrängte Vertragsabrede oder Vorratsvereinbarung, in: *Dietrich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Katsutoshi, Kezuka/Pfarr, Heide (Hrsg.)*, individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Zachert, 1. Aufl., Baden-Baden 2010, 521.

Deinert, Olaf, Die arbeitsrechtlichen Folgen befristeter Erwerbsminderungsrenten, VSSR 2018, 367.

Deinert, Olaf, Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes, RdA 2018, 359.

Deinert, Olaf, Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR-Sonderausgabe 2017, 24.

Deinert, Olaf, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, Diskussionsbeitrag, S. K11, 36.

Deinert, Olaf, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften. Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbelegschaften, RdA 2014, 65.
Deinert, Olaf, Negative Koalitionsfreiheit, Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, 129.
Deinert, Olaf, Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, RdA 2017, 65.
Deinert, Olaf, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht – Begrenzungen des Akzeptanz- und Vermögenswertprinzips durch sozialrechtliche Regelungen, Baden-Baden 2007.
Deinert, Olaf, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 2015.
Deinert, Olaf, Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, AiB 2012, 255.
Deinert, Olaf, Zeitwertkonten, AiB 2013, 252.
Deinert, Olaf, Zur Haftung organschaftlicher Vertreter für unzureichende Insolvenzsicherung von Altersteilzeitkonten, RdA 2014, 327.
Deinert, Olaf/Walser, Manfred, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber: Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, Baden-Baden 2015.
Deinert, Olaf/Walser, Manfred, Zur Förderung der Mitgliedschaft von Arbeitgebern in Verbänden, AuR 2015, 386.
Depenheuer, Otto, „Bürgerversicherung" und Grundgesetz, NZS 2014, 201.
Deutsche Rentenversicherung Bund (Hrsg.), Versichertenbericht 2016, Berlin 2016.
Deutsche Rentenversicherung Bund (Hrsg.), Versichertenbericht 2014, Berlin 2014.
DGB Bundesvorstand (Hrsg.), Abteilung Arbeitsmarktpolitik, Hartz IV – Bedürftigkeit von Erwerbstätigen, Januar 2012, Heft Nr. 1.
DGB Bundesvorstand (Hrsg.), Abteilung Arbeitsmarktpolitik, Minijobs: Sackgasse für qualifizierte Arbeitskräfte, November 2015, Heft Nr. 9.
DGB Bundesvorstand (Hrsg.), Arm trotz Arbeit: Aufstocker sind wesentlicher Teil des Hartz IV-Systems. Arbeitsmarkt auf den Punkt gebracht, November 2012, Heft Nr. 3.
DGB-Thesen für den 71. DJT, Abt. Arbeits- und Sozialrecht: „Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf", AuR 2016, 344.
Dieke, Saskia/Lesch, Hagen, Gewerkschaftliche Mitgliederstrukturen im europäischen Vergleich, IW-Trends 3/2017, 25.
Dieterich, Thomas, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: *Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.),* Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, 117.
Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Henssler, Martin/Oetker, Hartmut/Wank, Rolf/Wiedemann, Herbert, Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts, RdA 2004, 65.
Dietrich, Hans/Patzina, Alexander, Scheinselbständigkeit in Deutschland – Vor allem Geringqualifizierte und Berufseinsteiger gehören zu den Risiko-

gruppen, IAB-Kurzbericht 1/2017, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Dietz, Martin/Müller, Gerrit/Trappmann, Mark, Warum Aufstocker trotz Arbeit bedürftig bleiben, IAB-Kurzbericht 2/2009, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Dietz, Martin/Walwei, Ulrich, Arbeitsmarktwirkungen: Grundsicherung und äquivalente Marktlöhne, IAB-Forum 1/2007, 32.
Dietz, Martin/Walwei, Ulrich, Hartz IV: Reform der Reform? Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft 51/52 2007, 31.
Dietz, Martin/Walwei, Ulrich, Mehr Existenz sichernde Beschäftigung im Niedriglohnbereich, ifo Schnelldienst 4/2007, 28.
Diller, Martin, Das neue Gesetz zur Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-Gesetz"), NZA 1998, 792.
Dingeldey, Irene/Sopp, Peter/Wagner, Alexandra, Governance des Einkommensmix: Geringfügige Beschäftigung im ALG II-Bezug, WSI-Mitteilungen 1/2012, 32.
Dörner, Hans-Jürgen, Der befristete Arbeitsvertrag – Eine systematische Darstellung des Befristungsrechts, 2. Aufl., München 2011.
Dörre, Klaus, Die Wiederkehr der Prekarität. Subjektive Verbreitung, soziale Folgen und politische Konsequenzen unsicherer Beschäftigungsverhältnisse, in: *Lorenz, Frank/Schneider, Günter (Hrsg.)*, Ende der Normalarbeit?, Hamburg 2007, S. 15.
Dörre, Klaus, Prekarität – Eine arbeitspolitische Herausforderung, WSI-Mitteilungen 2005, 250.
Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 2018.
Dünn, Sylvia, Das Betriebsrentenstärkungsgesetz, RVaktuell 5+6/2017, 144.
Dünn, Sylvia/Steckmann, Alexander, Das RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz, DRV 2018, 281.
Dünn, Sylvia/Steckmann, Alexander, Was ändert sich durch das RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz?, RVaktuell 9/2018, 22.
Dünn, Sylvia/Stosberg, Rainer, Das „Rentenpaket" – Rückblick und Vorausschau, RVaktuell 2013, 119.
Dünn, Sylvia/Stosberg, Rainer, Das RV-Leistungsverbesserungsgesetz, DRV 2014, 74.
Dünn, Sylvia/Stosberg, Rainer, Was ändert sich durch das RV-Leistungsverbesserungsgesetz?, RVaktuell 2014, 156.
Ebbinghaus, Bernhard, Privatisierung und Vermarktlichung der Alters-vorsorge: Eingetrübte Aussichten des deutschen Mehrsäulenmodells, WSI-Mitteilungen 2018, 468.
Ebeling, Franziska/Kamanabrou, Sudabeh, Länderbericht Italien, in: *Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.)*, Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, Berlin 2016.
Ebsen, Ingwer, Stand und Entwicklung des Arbeitsförderungsrechts im Übergang vom AFG zum SGB III, Frankfurt/Main 1997.

Eichenhofer, Eberhard, Öffentlich-rechtliche Erstattung bei unstatthafter Beschäftigung gegen Mehraufwendungen, SGb 2012, 66.
Eichenhofer, Eberhard, Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte, SR 2012, 76.
Eichenhofer, Eberhard, Sozialrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017.
Eichenhofer, Eberhard/von Koppenfels-Spies, Katharina/Wenner, Ulrich (Hrsg.), SGB I Allgemeiner Teil – Kommentar, 2. Aufl., 2018.
Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich (Hrsg.), SGB IV, Gemeinsame Vorschriften zur Sozialversicherung – Kommentar, 2 Aufl., München 2017.
Eicher, Wolfgang/Luik, Steffen, SGB II: Grundsicherung für Arbeitssuchende, 4. Aufl., München 2017.
Eicher, Wolfgang/Schlegel Rainer, SGB III Arbeitsförderungsrecht, Kommentar, 164. Ergl. München 2018.
Eichhorst, Werner/Schneider, Hilmer, Umsetzung des Workfare-Ansatzes im BMWi-Modell für eine existenzsichernde Beschäftigung, IZA Research Report No. 18, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Bonn 2008.
Ellguth, Peter/Gerner, Hans-Dieter/Zapf, Ines, Arbeitszeitkonten in Betrieben und Verwaltungen: Flexible Arbeitszeitgestaltung wird immer wichtiger, IAB-Kurzbericht 15/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Ellguth, Peter/Kohaut, Susanne, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus IAB-Betriebspanel 2015, WSI-Mitteilungen 4/2015, 290.
Enste, Dominik, Arbeitsplatz Privathaushalt, IW-Kurzbericht 45, Institut der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), Köln 2016.
Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Begr.), Strafrechtliche Nebengesetze, 188. Aufl., München 2012.
Ettwig, Volker, Keine Änderung im Kündigungsschutz das neue SGB III, NZA 1997, 1152.
Etzel, Gerhard u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften (KR), 11. Aufl., Köln 2016.
Eufinger Alexander, Zum Gestaltungsmissbrauch bei Kettenbefristungen, EWiR 2015, 585.
Eufinger, Alexander, Missbrauchskontrolle bei „Kettenbefristungen" de lege lata und de lege ferenda, AuR, 2016, 224.
Europa: Deutschland weiterhin nur im Mittelfeld, BWP 1/2008, 9.
Evers, Katalin/Schleinkofer, Michael, Der Gründungszuschuss vor und nach der Reform – Same same, but different: Ein Vergleich der Teilnehmerstrukturen, IAB-Forschungsbericht 5/2015, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Evers, Katalin/Schleinkofer, Michael/Wießner, Frank, (2013): Freiwillige Arbeitslosenversicherung für Existenzgründer: Etwas mehr Sicherheit, IAB-Kurzbericht 12/2013, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Eylert, Mario/Sänger, Niki, Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert, RdA 2010, 24.

Fachdienst Arbeitsrecht in Zusammenarbeit mit Gleiss Lutz Aufstocker profitieren nur eingeschränkt vom Mindestlohn, 15/2014, 357252 (zit.: FD-ARbR 2014).

Fachinger, Uwe/Frankus, Anna, Sozialpolitische Probleme bei der Eingliederung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, Expertise im Auftrag der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011.

Fahrenholtz, Benedikt/Linckh, Carolin, Persönliches Erwerbstätigenkonto – Internationale Erfahrungen, BMAS-Forschungsbericht Nr. 493, 2017.

Fasshauer, Stephan/Petersen, Imke/Rieckhoff, Christian, Bedarf die staatliche Förderung der Riester-Rente der Veränderung? – Ausgewählte Reformüberlegungen in der Diskussion, DRV 2018, 119.

Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/Stevens-Bartol, Eckart (Hrsg.), SGB IX, Sozialgesetzbuch, Neuntes Buch, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2015 (zit.: FKS-Bearbeiter).

Fertig, Michael/Kluve, Jochen/Scheuer, Markus, Was hat die Reform der Minijobs bewirkt?, RWI: Schriften, Heft 77, Berlin 2005.

Fietze, Simon/Matiaske, Wenzel/Schult, Mandy/Tobsch, Verena, Flexibilität durch Verfügbarkeit – Abrufarbeit in Deutschland, Berichte der Werkstatt für Organisations- und Personalforschung e.V., Berlin 2014.

Fisahn, Andreas, Eine Bürgerversicherung ist rechtens – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, HSI-Working Paper Nr. 02, 2013.

Fischer-Lescano, Andreas/Preis, Ulrich/Ulber, Daniel, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, Baden-Baden 2015.

Fischer, Gabriele/Gundert, Stefanie/Kawalec, Sandra/Sowa, Frank/Stegmaier, Jens/Tesching, Karin/Theuer, Stefan, Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten – Quantitative und qualitative Erhebung sowie begleitende Forschung, IAB-Forschungsprojekt, Endbericht Juli 2015.

Fitting, Karl (Begr.), BetrVG, 29. Aufl., München 2018 (zit.: Fitting-*Bearbeiter*).

Flecken, Hans Ludwig, Rentenreform im Überblick, SozSich 2001, 81.

Fornasier, Matteo, Wege zur Stärkung der Tarifbindung – ein rechtsvergleichender Streifzug zur Untersuchung funktionaler Äquivalente der Allgmeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, SR 2017, 239.

Forst, Gerrit, Neue Rechte für Leiharbeitnehmer, AuR 2012, 97.

Forst, Gerrit, Null-Stunden-Verträge, NZA 18/2014, 998.

Forst, Gerrit, Wer ist „Beschäftigter" i.S.d. § 3 Abs. 11 BDSG?, RDV 2014, 128.

Fourage, Didier/Muffels, Ruud, Working Part-Time in the British, German and Dutch Labour Market: Scarring for the Wage Career?, Journal of Contextual Economics – Schmollers Jahrbuch 2009, 217.

Fracke, Susanne, Die betriebliche Weiterbildung, Verantwortung des Arbeitgebers im intakten und bestandsgefährdeten Arbeitsverhältnis, Berlin 2003 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2002).

Frank, Thomas, Mobilitätsrichtlinie und Betriebsrente – Reform des Betriebsrentenrechts und Handlungsbedarf für Unternehmen, BB 2015, 1973.
Franke, Thomas, Arbeits- und sozialrechtliche Fragen von Zweitarbeitsverhältnissen, Frankfurt/Main 2003.
Frantzioch, Petra, Abhängige Selbständige im Arbeitsrecht: Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, Berlin 2000.
Franzen, Martin, Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung nach § 97 II BetrVG, NZA 2001, 865.
Franzen, Martin, Die Veränderung des Arbeitszeitvolumens im Spannungsverhältnis zwischen persönlichen und betrieblichen Arbeitszeitinteressen, SR 2019, 12 ff.
Franzen, Martin, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, Frankfurt/Main 2018.
Freudenberg, Ulrich, Ein richterlicher Blick auf Arbeitsmarktrente bei verschlossenem Teilzeitarbeitsmarkt, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2018, 70.
Friedhofen, Peter/Weber, Ulrich, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages nach Art. BESCHFG 1985 Artikel 1 § BESCHFG 1985 Artikel 1 § 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 198, NZA 1985, 337.
Fritsch, Michael/Kritikos, Alexander S./Sorgner, Alina, Verdienen Selbständige tatsächlich weniger als Angestellte?, DIW Wochenbericht 7/2015, 134.
Fröhler, Norbert, Betriebliche Regulierung des Übergangs von der Erwerbsphase in den Ruhestand, WSI-Mitteilungen 2/2015, 96.
Fröhler, Norbert/Fehmel, Thilo/Klammer, Ute, Flexibel in die Rente: gesetzliche, tarifliche und betriebliche Perspektiven, Berlin 2013.
Frommert, Dina, Werden Lebensläufe prekärer?, Auswirkungen auf die Alterssicherung, DRV 2018, 353.
Frommert, Dina/Heien, Thorsten/Loose, Brigitte L., Auswirkungen von Kindererziehung auf Erwerbsbiografien und Alterseinkommen von Frauen, WSI-Mitteilungen 5/2013, 338.
Frommert, Dina/Himmelreicher, Ralf K., Alterseinkünfte im Wandel, DRV 2018, 22.
Frommert, Dina/Lizon, Marcel (2017). Teilzeitarbeit neben Kindererziehung – Auswirkungen auf die gesetzliche Rente. DRV 2017, 273.
Fuchs, Maximilian, Tarifverträge Selbstständiger und europäisches Wettbewerbsrecht, ZESAR 2016, 297.
Fuchs, Maximilian/Preis, Ulrich, Sozialversicherungsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl., Köln 2009.
Gagel, Alexander (Begr.), Knickrehm, Sabine/Deinert, Olaf (Hrsg.), SGB II/SGB III – Grundsicherung und Arbeitsförderung, 71. Ergänzungslieferung, September 2018, München.
Gamillscheg, Franz, Kollektives Arbeitsrecht Band I, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997.
Ganßmann, Heiner/Haas, Michael, Lohn und Beschäftigung. Zum Zusammenhang von Lohn, Lohnabstandsgebot und Arbeitslosigkeit. Marburg 1996.

Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens M., Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden?, NZS 2013, 561.

Gehring, Steffen, Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, Baden-Baden 2006.

Gehrken, Jan, Die Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung gem. § 16 d S. 2 SGB II („1-Euro-Jobs“), Berlin 2010 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2009).

Gehrken, Jan, Finanzieller Ausgleich bei rechtswidrigen „Ein-Euro-Jobs“, SozSich 2010, 433.

Geiger, Udo, Die Neuregelungen zur Einkommens- und Vermögensanrechnung im SGB II, info also 2011, 106.

Gensicke, Miriam/Herzog-Stein, Alexander/Seifert, Hartmut/Tschersich, Nikolai, Einmal atypisch, immer atypisch beschäftigt? Mobilitätsprozesse atypischer und normaler Arbeitsverhältnisse im Vergleich, WSI-Mitteilung 4/2010, 182.

Gensicke, Miriam/Tschersich, Nikolai/Pfarr, Heide/Ullmann, Karen/Zeibig, Nadine, Neue Erkenntnisse über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Praxis, AuR 12/2008, 431.

Geyer, Johannes/Haan, Peter/Spieß, C. Katharina/Wrohlich, Katharina, Das Elterngeld und seine Wirkungen auf das Haushaltseinkommen junger Familien und die Erwerbstätigkeit von Müttern, ZfF 25/2013, 193.

Giesen, Richard, Die „alternde Arbeitswelt” vor arbeits- und sozialrechtlichen Herausforderungen, NZA 2008, 905.

Giesen, Richard, Rechtspolitik des Mindestlohns, in: *Schubert, Jens M. (Hrsg.)*, Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht: Festschrift für Otto Ernst Kempen Baden Baden 2013, S. 213.

Giesen, Richard, Reform des Befristungsrechts – rechtliche und rechtspolitische Aspekte, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, erstellt im Auftrag des Gesamtverbandes der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V., Oktober 2018 (abrufbar unter: https://www.gesamtmetall.de/sites/default/files/downloads/gutachten_prof._giesen.pdf).

Giesen, Richard in: *DJT (Hrsg.),* Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, Diskussionsbeitrag, S. K61, 90.

Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochem, Sozialrecht, 5. Aufl. München 2001.

Glauben, Paul, Bürgerversicherung – ein verfassungs- und europarechtliches Risiko, Driz 2005, 229.

Glombik, Manfred, Beschäftigung von „Altersrentnern“, WzS 2015, 274.

Goldmann, Julius, Tarifverträge für selbständige Dienstleistungsanbieter als Verstoß gegen EU-Kartellrecht?, EuZA 2015, 509.

Gotthardt, Michael, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., München 2003.

Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 65. Aufl. 2018.

Graue, Bettina, Neues im Bundeselterngeld- und Elternzeitrecht, SGb 2016, 421.

Graue, Bettina/Deinert, Olaf, Mittelbare Diskriminierung von Frauen durch den Ausschluss aus der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bei geringfügiger Beschäftigung im Falle des § 8 I Nr. 1 SGB IV, EWS 1996, 418.

Greiner, Stefan, Stärkung der Tarifbindung durch Betriebsnormen?, ZfA 2017, 309.

Greiner, Stefan, Tarifdispositives Gesetzesrecht – Fluch oder Segen für die Tarifautonomie, NZA 2018, 563.

Greiner, Stefan, Tarifdispositives Recht – ein Mittel zur Stärkung der Tarifbindung, ZTR 2018, 628.

Griese, Thomas/Preis, Ulrich/Kruchen, David, Neuordnung der geringfügigen Beschäftigung, Das sozialversicherungspflichtige Nettoarbeitsverhältnis als arbeitsmarkt- und sozialpolitische Alternative, NZA 2013, 113.

Grimm, Detlef/Bock, Martin, Sachgrundlose Befristung der Arbeitsverhältnisse älterer Menschen in § 14 Abs. 3 TzBfG, ArbRB 2007, 156.

Groeben von der, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg./Begr.), Europäisches Unionsrecht (AEUV), 7. Aufl., Baden-Baden 2015.

Groll, Dominik, Mindestlohn: Hinweise auf Jobverluste erhärten sich, Wirtschaftsdienst 2016, 96. Jahrgang Heft 2, 151.

Gün, Isaf/Voigt, Peter, Geringfügig entlohnte Beschäftigung – Fluch oder Segen? In: *Buschmann, Rudolf/Fraunhoffer, Bettina/Schierle, Karlheinz/Vorbau, Reinhard-Ulrich (Hrsg.)*, Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2014, 145.

Gundert, Stefanie, Arbeitsqualität und Jobsuche von erwerbstätigen Grundsicherungsbeziehern, IAB-Forschungsbericht 10/2017, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Günther, Jens/Böglmüller, Matthias, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025.

Hanau, Peter, Der Kampf um die Verknüpfung von Tarifgeltung und Verbandsmitgliedschaft, NZA 2012, 825.

Hanau, Peter, Einzelfragen und -antworten zu den beiden ersten Gesetzen für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, ZIP 2003, 1573.

Hanau, Peter, Mini- und Midijobs – neue Regelung und altes Rätsel, ZIP 2013, 1752.

Hanau, Peter, Offene Fragen zum Teilzeitgesetz, NZA 2001, 1168.

Hanau, Peter, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, Gutachten C für den 63. Deutschen Juristentag, München 2000.

Hanau, Peter/Rolfs, Christian, Insolvenzschutz von Wertguthaben, HBD-Arbeitspapier 70, Düsseldorf 2003.

Hanau, Peter/Veit, Annekatrin, Neues Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze, NJW 4/2009, 182.

Hanau, Peter/Veit, Annekatrin/Hoff, Andreas, Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten: Wertguthaben, Altersteilzeit, Flexikonten (Aktuelles Recht für die Praxis), 2. Aufl., München 2015.

Hank, Eva/Stegmaier, Jens, Wenn die Arbeit ruft – Arbeit auf Abruf, Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst, IAB-Kurzbericht 14/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hartmann, Felix, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014.

Hartmann, Thomas/Lobinger, Felix, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung und konsistenter Systembildung, RdA 2010, 235.

Hartz-Kommission, Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Bericht, BMAS 2002.

Hase, Friedhelm, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich: Eine Studie zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Tübingen 2000.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang, Sozialgesetzbuch (SGB) V: Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2018.

Haun, Dietmar/Jacobs, Klaus, Die Krankenversicherung von Selbstständigen: Reformbedarf unübersehbar, GGW 2016, 22.

Heide, Sven, Lebensarbeitszeitkonten aus arbeitsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2008.

Heien, Thorsten, Die Bedeutung der zusätzlichen Altersversorgung für die Angemessenheit eines Altersrentensystems – Betriebliche und private Vorsorge in Deutschland, in: DRV (Hrsg.), Die Angemessenheit der Altersrentensysteme, DRV-Schriften Bd. 114, Berlin 2018.

Heien, Thorsten/Krämer, Marvin, Lebensverläufe und Altersvorsorge der Personen der Geburtsjahrgänge 1957 bis 1976 und ihrer Partner, Forschungsprojekt im Auftrag der Deutschen Rentenversicherung Bund und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, DRV-Schriften Bd. 115, BMAS-Forschungsbericht Bd. 519, Berlin 2018.

Helfen, Markus, Tarifpolitische Parallelwelten, Mitb. 7+8/2011, 20.

Hellermann, Johannes, Die sogenannte Negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993.

Henneberger, Fred/Sudjana, Sarah, Zur Regelung von Arbeit auf Abruf Beschäftigungsverhältnissen in Deutschland und in der Schweiz: Eine vergleichende Perspektive, ZIAS 2005, 117.

Hensel, Isabelle, Soziale Sicherheit für Crowdworker_innen? Zu Regulierungsproblemen am Beispiel der Alterssicherung für Selbstständige, SozF 2017, 897.

Henssler, Martin, Nachbindung und Nachwirkung – Praxisfragen und rechtspolitische Forderungen, in: *Lobinger, Thomas (Hrsg.)*, Festschrift für Eduard Picker, zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 987.

Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4, *Hergenröder, Curt Wolfgang (Bearb.)*, KSchG, 7. Aufl., München 2016.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht, Kommentar, 8. Aufl., Köln 2018 (zit.: HWK-Bearbeiter).

Heuschmid, Johannes, Von der negativen Koalitionsfreiheit zur negativen Tarifvertragsfreiheit und zurück, Eine Betrachtung im europäischen Mehrebenensystem, KJ 2014, 384.

Heuschmid, Johannes/Hlava, Daniel, Anm. zu EuGH 4.12.2014 – C-413/13 – AuR 2015, 193.

Heuschmid, Johannes/Hlava, Daniel, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbestimmungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige) des Hugo-Sitzheimer-Instituts für Arbeitsrecht, HSI-Working Paper Nr. 12/2018.

Hildebrandt, Eckart, Teil l: „Neue Lebenslaufpolitik" – Aufgaben und Strategien, in: *Hildebrandt, Eckart (Hrsg.)*, Lebenslaufpolitik im Betrieb: Optionen zur Gestaltung der Lebensarbeitszeit durch Langzeitkonten, Berlin 2007.

Hipp, Lena/Stuth, Stefan, Management und Teilzeitarbeit – Wunsch und Wirklichkeit, WZBrief Arbeit 15/2013.

Hobler, Dietmar/Klenner, Christina/Pfahl, Svenja/Sopp, Peter/Wagner, Alexandra, Wer leistet unbezahlte Arbeit?, WSI-Report 35/2017.

Hochrather, Uwe J., Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, 561.

Hoehl, Stefan, Neuregelungen bei Existenzgründungszuschuss („Ich-AG") und Überbrückungsgeld, NZS 2003, 635.

Hoenig, Ragnar/Kerschbaumer, Judith/Schmidt, Severin, Grundrente & Co. – Konzepte für eine bessere Alterssicherung bei Niedriglohn im Vergleich, WISOdirekt 8/2018.

Hohendanner, Christian, Befristete Arbeitsverhältnisse begrenzen – welche Folgen hat die Abschaffung sachgrundloser Befristungen, IAB-Stellungnahme 6/2010, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hohendanner, Christian, Befristete Arbeitsverträge zwischen Auf- und Abschwung: Unsichere Zeiten, unsichere Verträge? IAB-Kurzbericht 14/2010, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hohendanner, Christian, Befristete Beschäftigung – Aktuelle Zahlen aus dem IAB-Betriebspanel 2012, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung Stand 2013.

Hohendanner, Christian, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag, Reichweite, Risiken und Alternativen, IAB-Kurzbericht 16/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hohendanner, Christian/Gerner, Hand-Dieter, Die Übernahme befristet Beschäftigter im Kontext betrieblicher Personalpolitik, in Soziale Welt 1/2010, 27.

Hohendanner, Christian/Klemm, Matthias/Promberger, Markus/Sowa, Frank, Vom Ein-Euro-Jobber zum „regulären" Mitarbeiter? Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, IAB-Discussion Paper 22/2011, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hohenleitner, Ingrid/Straubhaar, Thomas, Bedingungsloses Grundeinkommen und Solidarisches Bürgergeld – mehr als sozialutopische Konzepte. Hamburgisches WeltWirtschafts Institut, Hamburg 2008, 4.

Hohmeyer, Katrin/Moczall, Andreas, Wirkung von Maßnahmen auf die Arbeitsmarktchancen von Langzeitarbeitslosen, IAB-Forum 1/2016, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Hohmeyer, Katrin/Wolff, Joachim, Macht die Dosierung einen Unterschied?, IAB-Kurzbericht, 4/2010, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Holst, Elke/Wieber, Anna, Bei der Erwerbstätigkeit der Frauen liegt Ostdeutschland vorn, DIW Wochenbericht 40/2014, 967.

Höpfner, Clemens, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015.

Hromadka Wolfgang, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit", NZA 1997, 569.

Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, 838.

Hromadka, Wolfgang, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, 621.

Huebener, Mathias/Müller, Kai-Uwe/Spieß, Katharina/Wrohlich, Katharina, Zehn Jahre Elterngeld: Eine wichtige familienpolitische Maßnahme, DIW Wochenbericht Nr. 49/2016, 1159.

Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, 7. Aufl., München 1963.

Husmann, Manfred, Teilzeitarbeit in Deutschland aus sozialrechtlicher Sicht, SGb 2002, 22.

Hüther, Michael/Scharnagel, Benjamin, APuZ 32-33/2005, 23.

Hütter, Gisela, Möglichkeiten und Grenzen kollektivautonomer Regelungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen Selbstständiger, ZFA 2018, 552.

Igl, Gerhard/Welti, Felix, Sozialrecht, 8. Aufl., Neuwied 2007.

Informationen zur Soziapolitik, Das geht noch besser statt billiger! IG Metall, SOPOINFO Arbeitsmarkt Nr. 46/ September 2018.

Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Verdrehte Debatte, iwd Nr. 8, Köln 2010 (zit.: iwd 2010).

Internationale Arbeitsorganisation, Resolution concerning statistics of work, employment and labour underutilization, 2013 (abrufbar unter: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_230304.pdf).

Isensee, Josef, "Bürgerversicherung" im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393.

Isensee, Josef, Sozialversicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung: Sozialpolitischer Sinn und verfassungsrechtliche Bedeutung, ZRP 1982, 137.

Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013.

Jahn, Elke J., Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes: Volatilität der Arbeitsnachfrage und duale Arbeitsmärkte, Berlin 2002.

Jahn, Elke/Stephan, Gesine, Leistungsansprüche bei kurzen Beschäftigungszeiten: Arbeitslosengeld – wie lange man dafür arbeiten muss, IAB-Kurzbericht 19/2012, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Janda, Constanze, Armutsbekämpfung im Recht: Welche systematische Verankerung gibt es und welche Änderungsvorschläge bieten sich an?, DRV 2018, 386.

Jaspers, Teun/Pennings, Frans, Occupational Health and Safety in the Netherlands: A Shift of Responsibilities, in: *Ales, Edoardo (Hrsg.)*, Health and Safety at Work, Alphen aan den Rijn 2013.

Jaworek, Aleksandra/Kruse, Edgar/Scherbarth, Antje, Förderung der Riester-Rente durch Zulagen und Sonderausgabenabzug: Aktuell 11,1 Millionen geförderte Personen im Beitragsjahr 2014, RVaktuell 2018, 87.

Jenak, Andreas, Arbeit gegen Mehraufwandsentschädigung, Hamburg 2009.

Joussen, Jacob, Die Entscheidung Rosenbladt des EuGH – Ein Überblick zur europäischen Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, ZESAR 2011, 201.

Joussen, Jacob, Die Rente wegen voller und teilweiser Erwerbsminderung nach neuem Recht, NZS 2002, 294.

Kamanabrou Sudabeh, Länderbericht Spanien, in: *Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.)*, Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, 1. Aufl., Berlin 2016.

Kamanabrou, Sudabeh, Anmerkung zu BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, JZ 2018, 879.

Kamanabrou, Sudabeh, Das Recht der Kettenbefristung in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, NZA 2016, 385.

Kamanabrou, Sudabeh, Die Kettenbefristung zur Vertretung – nationale, europarechtliche und rechtsvergleichende Aspekte, EuZA 2012, 442.

Karasch, Jürgen R., Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II („Ein-Euro-Jobs"), ZfSH/SGB 2004, 718.

Kasseler, Kommentar, *Leitherer, Stephan/Körner, Anne/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.)*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, München Stand der 101. Ergänzungslieferung: 1. September 2018 (zit.: KassKomm-Bearbeiter).

Käufer, Katja, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2002.

Kay, Rosemarie/Schneck, Stefan/Suprinovic, Olga, Erwerbshybridisierung – Verbreitung und Entwicklung in Deutschland, in: *Bührmann Andrea D./ Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.)*, Hybride Erwerbsformen: Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Berlin 2018.

Keck, Wolfgang/Krickl, Tino, „Rente mit 63" – wer profitiert?, RVaktuell 2018, 76.

Keller, Berndt/Seifert, Hartmut (Hrsg.), Atypische Beschäftigung – Flexibilisierung und soziale Risiken, Hans-Böckler-Stiftung, 2. Aufl., Berlin 2009.

Keller, Berndt/Seifert, Hartmut, Atypische Beschäftigung zwischen Prekarität und Normalität, Düsseldorf 2013.

Keller, Berndt/Seifert, Hartmut, Atypische Beschäftigungsverhältnisse: Flexibilität, soziale Sicherheit und Prekarität, WSI-Mitteilungen 5/2006, 235.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.), TVG-Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Köln 2014.

Kerschbaumer, Judith, Das BRsG aus Sicht der Sozial- und Tarifpolitik, BetrAV 2018, 276.
Kerschbaumer, Judith/Reuter, Norbert, Das neue Betriebsrentenstärkungsgesetz aus sozial- und tarifpolitischer Sicht, SozSich 2017, 389.
Kiel, Heinrich, Einstellung auf Zeit, NZA Beilage 2/2016, 72.
Kiel, Heinrich, Vertretungsbefristung und Rechtsmissbrauch: Die Konzeption des Bundesarbeitsgerichts zur Befristungskontrolle bei Befristungsketten, JBArbR 2013, 25.
Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2018 (zit.: MünchArbR-*Bearbeiter*).
Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl., München 2018 (zit.: MünchArbR-*Bearbeiter*).
Kiesche, Eberhard/Wilke, Matthias, Konjunktur der Langzeitkonten – Zur Zukunft von Langzeit- und Lebensarbeitszeitkonten, AiB 2007, 407.
Kiesel, Markus/Wolff, Joachim, Langfristige Teilnahmewirkungen von 1-Euro-Jobs. Das Einsatzfeld hat Einfluss auf die Integrationschancen, IAB-Kurzbericht 8/2018, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Kingreen, Thorsten/Kühling, Jürgen, Monistische Einwohnerversicherung: Konzeptionelle und rechtliche Fragen der Transformation der dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung, Baden-Baden 2013.
Kirchhof, Ferdinand, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1.
Kirchhof, Ferdinand, Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung", NZS 2004, 1.
Kittner, Michael, „Flucht aus dem Tarifvertrag" durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband, AuR 1998, 469.
Kittner, Michael (Begr.)/Deinert, Olaf (fortgef.), Arbeits- und Sozialordnung, 43. Aufl., Frankfurt/Main 2018, (zit.: ASO).
Kittner, Michael/Zwanziger, Bertram/Deinert, Olaf/Heuschmid, Johannes (Hrsg.), Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2017.
Klammer, Ute/Leiber, Simone, Atypische Beschäftigung und soziale Sicherung, WSI-Mitteilungen 5/2006, 289.
Klammer, Ute/Motz, Markus (Hrsg.), Neue Wege – Gleiche Chancen: Expertisen zum Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Wiesbaden 2011.
Klammer, Ute/Weber, Helmut, Flexibel in den Ruhestand? Ergebnisse und Überlegungen zur Altersteilzeit, WSI-Mitteilungen 2/2001, 102.
Klebe, Thomas, Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?, AuR 2016, 277.
Klebe, Thomas/Neugebauer, Julia, Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, AuR 2014, 4.
Klein, Martina, Gewerkschaften und Teilzeitarbeit in Deutschland. Eine vergleichende Untersuchung des Einzelhandels und der Gebäudeinnenreinigung. Baden-Baden 1995.
Klein, Roland, Renaissance der Heimarbeit? – Neue Erwerbsformen der digitalen Arbeitswelt in der arbeitsrechtlichen Reformdiskussion, SPA 2017, 93.

Kleinebrink, Wolfgang, Digitalisierung der Arbeitswelt: Das Anforderungsprofil und dessen arbeitsrechtliche Bedeutung, DB 2017, 1713.
Kleinebrink, Wolfgang, Geplante TzBfG-Reformen: Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, DB 2018, 1147.
Kleinebrink, Wolfgang, Initiativrecht des Betriebsrats auf digitale Weiterbildung der Arbeitnehmer – Mögliche Rechtsgrundlagen, Inhalte und Grenzen, DB 2018, 254.
Klenner, Christina/Lillemeier, Sarah, Gender News: Große Unterschiede in den Arbeitszeiten von Frauen und Männern, WSI Report 22/2015.
Klenner, Christina/Schmidt, Tanja, Minijobs – Eine riskante Beschäftigungsform beim normativen Übergang zum „Adult-Worker-Model", WSI-Mitteilungen 2012, 22.
Klinger, Sabine/Weber, Enzo, Immer mehr Menschen haben einen Nebenjob, IAB-Kurzbericht 22/2017, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Knickrehm, Sabine, „Moderne" Instrumente zur Krisenbewältigung – aus rechtlicher Sicht, in: *Knickrehm, Sabine/Rust, Ursula (Hrsg.)*, Arbeitsmarktpolitik in der Krise, Festgabe für Karl-Jürgen Bieback, Baden-Baden 2010, 27.
Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf / Waltermann, Raimund, Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017 (zit.: KKW-*Bearbeiter*).
Knospe, Armin, Die Attraktivität der geringfügigen Beschäftigung im zeitlichen Wandel politisch motivierter Reformen, SGb 2007, 8.
Knospe, Armin, Europäische Dimension der geringfügigen Beschäftigung – Die geringfügige Beschäftigung im europäischen Vergleich und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZESAR 2008, 323.
Knospe, Armin, Gesetzgeberische Aspekte im Beschäftigungsbegriff der §§ 7 und 8 SGB IV, NZS 2004, 638.
Knospe, Armin, Neue Rahmenbedingungen für Wertguthaben und Arbeitszeitkonten im Sozialgesetzbuch IV, NZS 2009, 600.
Knospe, Armin, Zum Spannungsverhältnis zwischen Sozialrecht und Sozialpolitik am Beispiel der geringfügigen Beschäftigung, VSSR 2011, 233.
Knospe, Armin/Ewert, Marion/Marx, Stefan, Die Flexibilisierung der Arbeitszeit in der Sozialversicherung, NZS 2001, 459.
Knuth, Matthias, Arbeitsförderung für Langzeitarbeitslose, SozSich 2018, 275.
Knuth, Matthias, Gesundung des Arbeitsmarktes durch die Hartz-Reformen? SozSich 2014, 435.
Knuth, Matthias/Kaps,Petra, Arbeitsmarktreformen und „Beschäftigungswunder" in Deutschland, WSI-Mitteilungen 3/2014, 173.
Koberski, Wolfgang, Befristete Arbeitsverträge älterer Arbeitnehmer im Einklang mit Gemeinschaftsrecht, NZA 2005, 79.
Koberski, Wolfgang, Geplante Reformen der EU-Kommission und deren mögliche Auswirkungen auf Betriebsrenten, SR 2014, 108.
Koch, Andreas/Nielen, Sebasian, Ökonomische Effekte der Liberalisierung der Handwerksordnung von 2004, WISO Diskurs 05/2016.
Koch, Andreas/Rosemann, Martin/Späth, Jochen, Soloselbstständige in Deutschland, Strukturen, Entwicklungen und soziale Sicherung bei Arbeitslosigkeit, WISO Diskurs 2011.

Koch, Susanne/Wießner, Frank, Ich-AG oder Überbrückungsgeld? Wer die Wahl hat, hat die Qual, IAB-Kurzbericht 2/2003, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Kocher, Eva, Die Grenzen des Arbeitsrechts. Der rechtliche Schutz in der Erwerbsarbeit außerhalb von Arbeitsverhältnissen, KJ 2013, 145.

Kocher, Eva, Differenzierungsklauseln: Neue Orientierungen, NZA 2009, 119.

Kocher, Eva/Groskreutz, Henning/Nassibi, Ghazaleh/Paschke, Christian/Schulz, Susanne/Welti, Felix/Wenckebach, Johanna/Zimmer, Barbara, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf: Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit, Baden-Baden 2013.

Kocher, Eva/Welti, Felix, Autonomie und soziale Sicherheit – Anforderungen an arbeits- und sozialrechtliche Regulierung, WSI-Mitteilungen 6/2010, 299.

Kohte, Wolfhard, Der Fortsetzungsanspruch, in: *Hensler u.a. (Hrsg.)*, Moderne Arbeitswelt. Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 245.

Kohte, Wolfhard, Tarifdispositives Arbeitszeitrecht – zwischen respektierter Tarifautonomie und eingeschränktem Gestaltungsspielraum, in: *Creutzfeldt, Malte (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012.

Koller, Lena/Neder, Nadja/Rudolph, Helmut/Trappmann, Mark, Viel Arbeit für wenig Geld, IAB-Kurzbericht 22/2012, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Koppenfels-Spies, Katharina von, Ein-Euro-Jobs – Sinnvolle Eingliederungsmaßnahme oder billiges Allzweckmittel in der Arbeitsmarktpolitik?, NZS 2010, 2.

Koppenfels-Spies, Katharina von, Sozialrecht, Tübingen 2018.

Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 101. Aufl., München 2018.

Korth, Anja/Kamanabrou, Sudabeh, Länderbericht Belgien, in: *Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.)*, Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU, Berlin 2016.

Krahmer, Utz, Absenkung des Arbeitslosengeld II – Verweigerung der Aufnahme eines zumutbaren 1-Euro-Jobs – zulässige Arbeitszeit – Anforderungen an das Angebot der Arbeitsgelegenheit und die Rechtsfolgenbelehrung – Begriff der zusätzlichen Arbeit, SGb 2009, 748.

Krahmer, Utz, Rechtsmängel bei der praktischen Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten, SGb 2006, 581.

Kranig, Andreas, Zum Nebeneinander mehrerer Ewerbstätigkeiten, SGb 2017, 610.

Kratzer, Nick/Sauer, Dieter, Andere Umstände – Neue Verhältnisse: Ein Orientierungsversuch für Arbeitsforschung und Arbeitspolitik, WSI-Mitteilungen 10/2003, 578.

Krause, Rüdiger, Abwälzung des Pauschalbeitrags zur Sozialversicherung auf geringfügig Beschäftigte?, AuR 1999, 390.

Krause, Rüdiger, Digitalisierung der Arbeitswelt, Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristen Tag 2016.

Krauskopf, Dieter (Begr.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, SGB V, 100. EL, München 2018.
Kreikebohm, Ralf, Kommt die Erwerbstätigenversicherung?, NZS 2010, 184.
Kreikebohm, Ralf, Rente im Koalitionsvertrag, NZS Editorial 16/2018.
Kreikebohm, Ralf (Hrsg.), SGB IV – Kommentar, 3. Aufl., München 2018.
Kreikebohm, Ralf (Hrsg.), SGB VI – Kommentar, 5. Aufl., München 2017.
Kreikebohm, Ralf/Mestwerdt, Wilhelm, Arbeit und Rente: Reicht der arbeits- und sozialrechtliche Rahmen für flexible Übergänge von der Arbeit in den Ruhestand?, RdA 2018, 71.
Kritikos, Alexander/Wießner, Frank, Existenzgründungen: Die richtigen Typen sind gefragt, IAB-Kurzbericht 3/2004, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Kromphardt, Jürgen, Plädoyer gegen die Reduzierung von Beschäftigungspolitik auf Arbeitsmarktpolitik, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, 25. Jahrgang 1992, 221.
Kröner, Thomas/Puch, Katharina/Frank, Thomas/Meinken, Holger, Geringfügige Beschäftigung in Mikrozensus und Beschäftigungsstatistik, Statistisches Bundesamt Wirtschaft und Statistik (Hrsg.), Arbeitsmarkt November 2011, 1065.
Künkler, Martin, Langzeitarbeitslosigkeit als Kernproblem des Arbeitsmarkts. Zahlen und Fakten zur lang anhaltenden Arbeitslosigkeit, SozSich 2018, 261.
Künkler, Martin, Sozialer Arbeitsmarkt für Langzeitarbeitslose, Das geplante Teilhabechancengesetz auf dem Prüfstand, SozSich 2018, 268.
Küttner, Wolfdieter (Begr.)/Röller, Jürgen (Hrsg.), Personalbuch 2018. Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 25. Aufl., München 2018, (zit.: Küttner Personalbuch 2018-*Bearbeiter*).
Kuwan, Helmut/Seidel, Sabine, Weiterbildungsbarrieren und Teilnahmemotive, in: *Bilger, Frauke/Gnahs, Dieter/Hartmann, Josef/Kuper, Harm (Hrsg.)*, Weiterbildungsverhalten in Deutschland: Resultate des Adult Education Survey 2012, Bielefeld 2012, 232.
Lakies, Thomas, „Kettenbefristungen" sind (nicht immer) zulässig, ArbRAktuell 2014, 94.
Lakies, Thomas, Das Bundesverfassungsgericht und die sachgrundlose Befristung – Kritik und Konsequenzen, AuR 2018, 500.
Lambertin, Knut, Viele haben Beitragsschulden – Was kann getan werden?, SozSich 2016, 315.
Lambertin, Knut/Spiller Robert, Projekt Bürgerversicherung Gesundheit – Stand und Perspektiven, SozSich 2018, 221.
Langmaack, Sabine, Teilzeitarbeit und Arbeitszeitflexibilisierung, 2. Aufl., Berlin 2001.
Langohr-Plato, Uwe, Besondere Beschäftigungsverhältnisse und ihre Besonderheiten in der betrieblichen Altersversorgung, NZA 2016, 1051.
Langohr-Plato, Uwe, Betriebsrentenstärkungsgesetz: Änderungen ab 2018, ZAP 2017, 1007.

Langohr-Plato, Uwe/Sopora, Yvonne, Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für Zeitwertkonten, NZA 2008, 1377.
Latzel, Clemens/Serr, Stephan, Kartellkontrollprivileg für Tarifverträge als formeller Rahmen eines Unionstarifrechts, EuZW 2014, 410.
Laux, Helga/Schlachter, Monika, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl., München 2011.
Leist, Dominik/Hießl, Christina/Schlachter, Monika, Plattformökonomie – eine Literaturauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017.
Lembke, Mark, Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen in der Praxis, NJW 2006, 325.
Leopold, Anders, Leistungen zur Förderung einer selbstständigen Beschäftigung im EU-Recht, ZESAR 2008, 22.
Leydecker, Philipp, Der Tarifvertrag als exklusives Gut: Die rechtliche Zulässigkeit und Erstreikbarkeit von Differenzierungsklauseln, Berlin 2005 (zugl. Hannover, Univ., Diss. 2004).
Link, Christian, Der neue Gründungszuschuss gemäß § 57 SGB III, SGb 2007, 17.
Lippke, Sonia/Zschucke, Elisabeth/Hessel, Aike, Zur Realität des Rückkehrwunsches: Ergebnisse einer Befragung von Versicherten mit befristeter Erwerbsminderungsrente, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2018, 38.
Litschen, Kai/Günnewig, Julia, Betriebsrentenstärkungsgesetz und Bekämpfung der Altersarmut – An den Ursachen vorbei geregelt, NZS 2018, 921.
Lobinger, Thomas, Stärkung oder Verstaatlichung der Tarifautonomie?, JZ 2014, 810.
Löhr, Dirk, Prinzip Rentenökonomie: Wenn Eigentum zu Diebstahl wird, Marburg 2013.
Lokiec, Pascal, Chapter 4 Fixed-Term Contracts in France, in: *Blanpain et al (Hrsg.)*, Regulation of Fixed-term Employment Contracts, A comparative overview, 2010.
Lorenz, Mathias, Die Verringerung der Arbeitszeit auf Wunsch des Arbeitnehmers, Hamburg 2005.
Lorenz-Schmidt, Sabine, Das Flexirentengesetz in der Personalpraxis, ZTR 2017, 199.
Lösekrug-Möller, Gabriele/Schiewerling, Karl, Die Rentenkommission „Verlässlicher Generationenvertrag" hat ihre Arbeit aufgenommen, BetrAV 2018, 427.
Lott, Yvonne, Flexible Arbeitszeiten: Eine Gerechtigkeitsfrage?, Forschungsförderung Report 1/2017.
Löwisch, Manfred, Neues Teilzeitrecht, BB 2018, 3061.
Löwisch, Manfred, Zur Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse durch das Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1985, 478.
Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2017.
Mai, Christoph-Martin/Marder-Puch, Katharina, Arbeitsmarkt – Selbstständigkeit in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 2013, 482.

Maier, Christine/Wolfgarten, Stefani/Wölfle, Ilka, Zugang zum Sozialschutz für alle Erwerbstätigen – ein weiterer „Meilenstein" bei der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, ZESAR 2018, 259.
Malzahn, Marion, Das Beschäftigungsförderungsgesetz und kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit, AuR 1985, 386.
Manske, Alexandra/Scheffelmeier, Tine, Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit: Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 71.
Marburger, Horst, Neuregelungen des Rechts der geringfügig Beschäftigten, WzS 2013, 46.
Martin, Andreas/Schömann, Klaus/Schrader, Josef/Kuper, Harm (Hrsg.), Deutscher Weiterbildungsatlas. Theorie und Praxis der Erwachsenenbildung, Bielefeld 2015.
Maschmann, Frank, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, Sonderbeilage zu Heft 24/2001, S. 21.
Maties, Martin, Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, in: *Hensler, Martin u.a. (Hrsg.)*, Moderne Arbeitswelt. Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 323.
Matlok, Dana/Fecher, Katharina, Das Flexirentengesetz und seine Regelungen, DRV 2017, 1.
Matlok, Dana/Iovanivic, Nicola, Die Grundrente der Großen Koalition – quo vadis, RVaktuell 2018, 183.
Matthießen, Volker, Rechtsprechungsübersicht: Die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung im Jahre 2013, NZA 2014, 1058.
Maul-Sartori, Mathias, Richtlinienvorschlag transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen – mehr als eine Überarbeitung der Nachweisrichtlinie, ZESAR 2018, 369.
Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz – Loseblatt-Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, München 2018.
Maydell, Bernd von/Ruland, Franz (Begr.), Sozialrechtshandbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit: SRH).
Mecke, Christian, Arbeit 4.0 – Schöne neue sozialversicherungsfreie Arbeitswelt?, SGb 2016, 481.
Mediger-Watermeier, Vera-Eva, Das Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Kompass 1–2/2001, 23.
Meine, Hartmut/Wagner, Hilde (Hrsg.), Handbuch Arbeitszeit, Frankfurt/Main 2016.
Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5. Aufl., München 2015.
Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.
Meyer-Michaelis, Isabel/Falter, Kira/Schäfer, Amelie, Rechtliche Rahmenbedingungen von Crowdworking, DB 2016, 2543.
Minijob-Zentrale Deutsche Rentenversicherung, Knappschaft-Bahn-See, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung, IV. Quartal 2015; II. Quartal 2016; III. Quartal 2016, Essen.

Moczall, Andreas/Rebien, Martina, Auf den Zweck kommt es an, IAB-Kurzbericht 23/2015, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Mohr, Jochen, Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht am Beispiel solo-selbständiger Unternehmer, EuZA 2018, 436.
Möller, Joachim/Walwei, Ulrich/Koch, Susanne/Kupka, Peter/Steinke, Joß, Der Arbeitsmarkt hat profitiert, IAB-Kurzbericht 29/2009, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Mostert, Michael, Demographie und Altersübergang: Tarifpolitische Lösungsansätze in der chemischen Industrie, SozSich 2012, 97.
Mostert, Michael, Flexibilisierung durch Tarifverträge in der Chemie-Industrie aus Sicht der Arbeitnehmer, in: Das Sozialrecht für ein längeres Leben, SDSRV 63, Berlin 2013, S. 47.
Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (zit.: ErfK-*Bearbeiter*).
Müller-Wenner, Dorothee, Annahmeverzug – Arbeit auf Abruf, AuR 2015, 413.
Münder, Johannes (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar. Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende, 6. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: LPK-SGB-*Bearbeiter*).
Mutschler, Bernd/Schmidt-DeCaluwe, Reimund/Coseriu, Pablo, Sozialgesetzgebung III. Arbeitsförderung, 6. Aufl., Baden-Baden 2017.
Nakielski, Hans, Qualifizierungschancengesetz in Kraft: Mehr Weiterbildungsförderung für Beschäftigte, SozSich 2019, 14.
Nassibi, Ghazaleh, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, Eine Untersuchung des Arbeitsrechts, Arbeitsstrafrechts und Arbeitsvölkerrechts, Baden-Baden 2012 (zugl. Bremen, Univ., Diss., 2011).
Neubauer, Günter/Kyra, Adam/Thienel, Petra, Wege zur Überwindung von Einstiegshürden für Teilzeit-Selbständige und Gründer: Belastungen durch Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, IFG Schlussbericht, München 2017.
Neumann, Dirk, Absicherung und Vermeidung von Invalidität, Reformbaustelle Erwerbsminderungsrente, SozSich 2018, 144.
Neumann, Volker, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NZS 1998, 401.
Neuvians, Nicole, Die arbeitnehmerähnliche Person, Berlin 2002.
Niemeier, Ernst, Hat der Arbeitsmarkt wirklich von Hartz IV profitiert?, WSI-Mitteilungen 6/2010, 320.
Noll, Susanne/Wießner, Frank, Existenzgründung aus Arbeitslosigkeit: Ein Platz an der Sonne oder vom Regen in die Traufe?, WSI-Mitteilungen 5/2006, 270.
O´Sullivan, Daniel, Verfassungsrechtliche Fragen des Leistungsrechts der Grundsicherung für Arbeitsuchende, SGb 2005, 369.
Oberfichtner, Michael, Arbeitslosenversicherung für Existenzgründer: Unterschiedliche Leistungen trotz gleicher Beiträge, IAB-Kurzbericht 1/2019, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Ockenga, Edzard, SGB II und Arbeitsverhältnis, SozSich 2009, 217.

Oertzen, Christine v., Teilzeitarbeit und die Lust am Zuverdienen: Geschlechterpolitik und gesellschaftlicher Wandel in Westdeutschland 1948–1969, Göttingen 1999.

Opielka, Michael/Strengmann-Kuhn, Wolfgang, Das Solidarische Bürgergeld – Finanz- und sozialpolitische Analyse eines Reformkonzepts, in: *Borchard Michael (Hrsg.)*, Das Solidarische Bürgergeld – Analysen einer Reformidee, Stuttgart 2007, 13.

Otten, August Wilhelm, Heimarbeitsrecht – Kommentar, 6. Aufl. 2017.

Papier, Hans-Jürgen/Schröder, Meinhard, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, VersR 2013, 1201.

Pattar, Andreas, Erstattungsansprüche bei rechtswidrigen Ein-Euro-Jobs (Teil I), SGb 2012, 631; (Teil II), SGb 2012, 699.

Perreng, Martina, Insolvenzsicherung von Arbeitszeitkonten, AiB 2008, 342.

Persch, Sven, Kernfragen des Befristungsrechts, die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz, Hamburg 2010.

Pfarr, Heide, Die arbeitnehmerähnliche Person, *Engelen-Kefer, Ursula et. al (Hrsg.)*, Arbeitsrecht in der Bewährung: Festschrift für Karl Kehrmann, Köln 1997, S. 75.

Pfarr, Heide/Ullmann, Karen/Bradtke, Marcus/Schneider, Julia/Kimmich, Martin/Bothfeld, Silke, Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit: Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Augsburg 2005.

Pfeil, Walter J., Österreichisches Sozialrecht, 12. Aufl., Salzburg 2018.

Picker, Christian, Niedriglohn und Mindestlohn, RdA 2014, 25.

Plagemann, Hermann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Aufl. München 2018.

Pletke, Matthias/Schrader, Peter/Siebert, Jens/Thoms, Tina/Klagges, Rhea-Christina, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, München 2017.

Pongratz, Hans J., Interessenvertretung dringend erwünscht: Was Selbstständige von ihrer Gewerkschaft erwarten, WSI-Mitteilungen 8/2017, 605.

Pongratz, Hans J./Abbenhardt, Lisa, Interessenvertretung von Solo-Selbstständigen, WSI-Mitteilungen 4/2018, 270.

Pongratz Hans J./Bührmann, Andreas D., Diskontinuität und Diversität beruflicher Selbstständigkeit, in: *Bührmann, Andrea/Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa Eva M. (Hrsg.)*, Hybride Erwerbsformen, Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Berlin 2018, S. 56.

Preis, Ulrich, § 611a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817.

Preis, Ulrich, Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahmen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer? in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, München 2008, Bd. I, S. B1.

Preis, Ulrich, Ein modernisiertes Arbeits- und Sozialrecht für eine alternde Gesellschaft, NZA 2008, 922.
Preis, Ulrich, Flexicurity und Abrufarbeit, RdA 2015, 244.
Preis, Ulrich, Heimarbeit, Home-Office, Global-Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt?, SR 2017, 173.
Preis, Ulrich, Innovative Arbeitsformen: Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Köln 2005.
Preis, Ulrich/Brose, Wiebke, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, BMAS-Forschungsbericht Nr. 490, 2017.
Preis, Ulrich/Schwarz, Katharina, Reform des Teilzeitarbeitsrechts, NJW 2018, 3673.
Preis, Ulrich/Temming, Felipe, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 185.
Preis, Ulrich/Temming, Felipe, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV); Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (FB487), Köln 2017.
Preis, Ulrich/Ulber, Daniel, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: *Schubert, Jens M. (Hrsg.),* Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht: Festschrift für Otto Ernst Kempen, Baden Baden 2013, S. 15.
Preis, Ulrich/Wieg, Florian, Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt, AuR 2016, 313.
Promberger, Markus/Wübbeke, Christina/Zylowski, Anika, Private Altersvorsorge fehlt, wo sie am nötigsten ist, IAB-Kurzbericht 15/2012, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Pusch, Toralf/Seifert, Hartmut, Mindestlohngesetz. Für viele Minijobber weiterhin nur Minilöhne – Policy Brief, Düsseldorf 01/2017.
Rancke, Friedbert, Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit, Betreuungsgeld: Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018.
Range-Dietz, Daniela, Geltung des Heimarbeitsgesetzes auch für qualifizierte Angestelltentätigkeiten, ArbRB 2017, 7.
Rasche, Jennifer, Arbeitnehmerweiterbildung, Gesetzlicher Rahmen und kollektive Gestaltungsmöglichkeiten, Frankfurt/Main 2014 (zugl. Hannover, Univ., Diss. 2013).
Reichold, Hermann, Stärkung in Tiefe und Breite – wie viel Staat verkraftet die Tarifautonomie?, NJW 2014, 2534.
Reinecke, Gerhard, Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – ein großer Wurf?, AuR 2017, 432.
Reinhard, Barbara, Die Renaissance des Heimarbeitsvertrags, ArbRB 2017, 161.
Rengers, Martina, Unterbeschäftigung, Überbeschäftigung und Wunscharbeitszeiten in Deutschland, WISTA 2015, 22.
Richardi, Reinhard (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., München 2018 (zit.: Richardi-Bearbeiter).
Richardi, Reinhard, Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611 a BGB, NZA 2017, 36.

Richter, Ronald, Rechengrößen der Sozialversicherung für 2019, DStR 2018, 2712.
Ricken, Oliver, Arbeitslosengeldansprüche Teilzeitbeschäftigter nach dem SGB III, NZA 1997, 558.
Rieble, Volker, EuGH: Kartellkontrolle von Tarifverträgen, ZWeR 2016, 165.
Riedmann, Arnold/Kümmerling, Angelika/Seifert, Hartmut, Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi II"-Gesetz), BMAS-Forschungsbericht Nr. 418, 2011.
Risak, Martin, Abgrenzungsfragen zwischen unterschiedlichen Formen der Erwerbstätigkeit: Crowdwork, ZAS 2015, 11.
Rische, Herbert, Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung – Ansätze zur Begründung und konkreten Ausgestaltung, RVaktuell 2008, 2.
Rixen, Stephan, Rechtliche Grenzen bei „Ein-Euro-Job". Unbegrenzte Möglichkeiten im Hartz-IV-Land? SozSich 2005, 152.
Rixen, Stephan/Pananis, Panos, Hartz IV: Welcher ein-Euro-Jobs ist „zusätzlich"? Sozial- und strafrechtliche Grenzen, NJW 2005, 2177.
Rochlitz, Susann, Arbeitszeitkonten in der (Alters-)Vorsorge: Rechtliche Perspektiven nach der Flexi II-Reform, Frankfurt/Main u.a. 2011.
Rohr, Teresa, Teilzeitarbeit und Kündigungsrecht, Baden-Baden 2003.
Rojo, Caamano/Andres, Eduardo, Die Teilzeitarbeit im europäischen und deutschen Arbeitsrecht (Diss., Universität zu Köln, 2002), Frankfurt/Main 2002.
Rolfs, Christian, Das neue Recht der Teilzeitarbeit, RdA 2001, 129.
Rolfs, Christian, Die neue Flexirente, NZS 2017, 164.
Rolfs, Christian, Die Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung, ZIP 2003, 141.
Rolfs, Christian, Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung und „Gleitzone" nach dem zweiten Hartz-Gesetz, NZA 2003, 65.
Rolfs, Christian, Stärkung der Betriebsrenten, NZA 2017, 1225.
Rolfs, Christian/Witschen, Stefan, Neue Regeln für Wertguthaben, NZS 2009, 295.
Rosenfelder, Ulrich, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs unter besonderer Berücksichtigung der freien Mitarbeiter bei Hörfunk und Fernsehen, Berlin 1982.
Roßbach, Gundula, Obligatorische Alterssicherung für Selbstständige: Jetzt den entscheidenden Schritt gehen, RVaktuell 2018, 238.
Rößler, Nicolas, Arbeitsrechtliche Aspekte der Umsetzung der Mobilitäts-Richtlinie, BetrAV 2015, 625.
Rost, Friedhelm, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1999, 113.
Ruland, Franz, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, ZRP 2009, 165.
Ruland, Franz, Beitragsfreie Zeiten und Mindestsicherung – Elemente des sozialen Ausgleichs in der Rentenversicherung, in: SDSRV 63: Das Sozialrecht für ein längeres Leben, Berlin 2013, 93.
Ruland, Franz, Das Flexirentengesetz, SGb 2017, 121.

Ruland, Franz, Die Rentenpolitik vor schwierigen Entscheidungen – der Koalitionsvertrag und die rentenpolitischen Notwendigkeiten, DRV 2018, 1.
Ruland, Franz, Die Rentenreform unter besonderer Berücksichtigung der staatlich geförderten zusätzlichen Altersvorsorge, NZS 2001, 505.
Ruland, Franz, Plädoyer für eine nachhaltige Rentenpolitik auch über 2030 hinaus, NZS 2016, 721.
Ruland, Franz, Rentenversicherung nach der Reform – vor der Reform, NZS 2001, 393.
Ruland, Franz/Becker, Ulrich/Axer, Peter, Sozialrechtshandbuch (SRH), 6. Aufl., Baden-Baden 2018.
Rüthers, Bernd, Reform der Reform des Kündigungsschutzes? NJW 1998, 283.
RWI Essen/ISG, Evaluation der Umsetzung der Vorschläge der Hartz Kommission, Arbeitspaket 1, Endbericht, 2006.
Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Statistisches Bundesamt, Die Finanzkrise meistern- Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/2009, Wiesbaden (zit.: Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008/2009).
Sarter, Eva Katharina, Teilzeit als Armutsrisiko?, Femina Politica 2011, 119.
Schäfer, Andrea/Vogel, Claudia, Teilzeitbeschäftigung als Arbeitsmarktchance, DIW Wochenbericht 2005, 131.
Schäfer, Ingo, Zwischen Beschäftigung, Arbeitslosigkeit und Rente: Defizite in der sozialen Absicherung von gesundheitlich Beeinträchtigten, SozSich 2018, 133.
Schäfer, Ingo, Was das RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz bringt, SozSich 2018, 327.
Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017.
Schiefer, Bernd/Köster, Hans-Wilhelm/Korte, Walter, Befristung von Arbeitsverträgen – Die neue Altersbefristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG, DB 2007, 1081.
Schiek, Dagmar, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), München 2007.
Schlegel, Rainer, Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen für die Bewältigung des demographischen Wandels in Deutschland, NZS 2017, 241.
Schlegel, Rainer, Hybridisierung der Erwerbsformen – Arbeits- und sozialrechtliche Antworten, in: *Bührmann Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.)*, Hybride Erwerbsformen: Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Berlin 2018, S. 294.
Schlegel, Rainer, Wen soll das Sozialrecht schützen? – Zur Zukunft des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs im Sozialrecht, NZS 2000, 421.
Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas, Juris Praxiskommentar. SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende, 4. Aufl., Saarbrücken 2015, Stand: 18.12.2018.
Schlewing, Anja, Hinausgeschobenes Entgelt: Mitarbeiterbindung durch betriebliche Altersversorgung? NZA Beilage 2014, 127.
Schliemann, Harald, Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst- und Werkvertragsunternehmer – Ein Zwischenruf, in: *Hensler, Martin u.a. (Hrsg.)*, Moderne Arbeitswelt. Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 532.
Schmid, Günther, Übergänge am Arbeitsmarkt, Berlin 2011.

Schmidt, Klaus/Koberski, Wolfgang/Tiemann, Barbara/Wascher, Angelika, Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl., München 1998.
Schmitt, Laura, Soziale Sicherung Selbstständiger, SGb 2018, 541.
Schmitt, Laura, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbständiger, Sozialversicherugn zwischen Freiheitsgrundrechten und allgemeinem Gleichheitssatz, VSSR 2018, 197.
Schmitz, Jutta/Zink, Lina, Abhängige Erwerbstätigkeit im Rentenalter: erste Erkenntnisse auf betrieblicher Ebene, WSI-Mitteilungen 2/2017, 108.
Schräder, Jutta, Bürgerversicherung und Grundgesetz: verfassungsrechtliche Grenzen der Ausweitung von Versicherungspflicht und Beitragsbemessungsgrundlage in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2008.
Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich (Begr.), Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017.
Schubert, Claudia, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, München 2004.
Schubert, Claudia, Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt?, RdA 2001, 199.
Schubert, Jens M., Das Normalarbeitsverhältnis in der arbeits- und sozialrechtlichen Wirklichkeit, NJW 2010, 2613.
Schubert, Jens M., Recht auf Rückkehr in Vollzeit?, ZRP 2018, 26.
Schubert, Jens, Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln, ZTR 2011, 579.
Schulin, Bertram (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 3, Rentenversicherungsrecht, München 1999 (zit.: HS-RV-Bearbeiter).
Schult, Mandy/Tobsch, Verena, Freizeitstress – wenn die Arbeit ständig ruft, The German Socio-Economic Panel Study (SOEP) at DIW Berlin 485-2012.
Schulte, Bernd, Rechtsfragen einer solidarischen Bürgerversicherung – unter besonderer Berücksichtigung rechtsvergleichender und europarechtlicher Aspekte, Gesprächskreis Arbeit und Soziales der Friedrich Ebert Stiftung, Bonn 2005.
Schulten, Thorsten, Stellenwert der Allgemeinverbindlicherklärung für die Tarifvertragssysteme in Europa, WSI-Mitteilungen 7/2012, 485.
Schulze Buschoff, Karin, Alterssicherung für Selbstständige, Policy Brief WSI 05/2016.
Schulze Buschoff, Karin, Atypische Beschäftigung und der staatliche Schutz vor Altersarmut – ein europäischer Vergleich, G+S 1/2012, 58.
Schulze Buschoff, Karin, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, WZB Discussion Paper 2006-107, Berlin 2006.
Schulze Buschoff, Karin, Neue Selbständigkeit im europäischen Vergleich: Struktur, Dynamik und soziale Sicherheit, Düsseldorf 2007.
Schulze Buschoff, Karin, Selbstständigkeit und hybride Erwerbsformen, Policy Brief WSI 03/2018.
Schulze Buschoff, Karin, Von der Scheinselbstständigkeit zur Ich-AG – neue sozialpolitische Weichenstellungen?, ZSR 2005, 64.

Schulze Buschoff, Karin/Conen, Wieteke/Schippers, Joop, Solo-Selbstständigkeit – eine prekäre Beschäftigungsform?, WSI-Mitteilungen 1/ 2017, 54.
Schulze Buschoff, Karin/Protsch, Paula, Die soziale Sicherung von (a-)typischen Beschäftigten im europäischen Vergleich, WZB Discussion Paper 2007-105, Berlin 2007.
Schüren, Peter, Job Sharing, Heidelberg 1983.
Schüren, Peter, Neue rechtliche Rahmenbedingungen der Arbeitszeitflexibilisierung, RdA 1985, 22.
Schüren, Peter, Tarifgeltung für Außenseiter? – „No Taxation without Representation", RdA 1988, 138.
Schüssler, Reinhard/Becker, Irene, Wie ein gesetzlicher Mindestlohn den Regelbedarf erhöht, SozSich 2014, 102.
Schwarze, Roland, Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie, ZfA 2005, 81.
Schwarze, Roland, Der Missbrauchstatbestand bei der befristungsrechtlichen Missbrauchskontrolle, RdA 2017, 302.
Schwerdtner, Peter, Beschäftigungsförderungsgesetz, Tarifautonomie und Betriebsvereinbarung, NZA 1985, 577.
Seifert, Achim, „Von der Person zum Menschen im Recht" – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer, SR 2011, 62.
Seifert, Hartmut, Alternsgerechte Arbeitszeiten, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 18-19/2008, 23.
Seifert, Hartmut, Vom Gleitzeit- zum Langzeitkonto, WSI-Mitteilungen 6/2005, 308.
Seifert, Hartmut, Wie lassen sich Entwicklung und Strukturen atypischer Beschäftigungsverhältnisse erklären?, WSI-Mitteilungen 1/2017, 5.
Seifert, Hartmut/Kümmerling, Angelika/Riedmann, Arnold, Langzeitkonten – überschätzte Erwartungen einer biografieorientierten Zeitpolitik, WSI-Mitteilungen 2/2013, 133.
Seiwerth, Stephan, Das "Genter System" als Mittel zur Stärkung der Tarifautonomie?, NZA 2014, 708.
Seiwerth, Stephan, Schwäche und Stärkung der Tarifautonomie aus rechtsökonomischem Blickwinkel: vitale Mitgliedschaft und Anreize oder Perspektive Staat vor Privat?, RdA 2014, 358.
Sievers, Jochen, Befristungsrecht, RdA 2004, 291.
Sinn, Hans-Werner/Holzner, Christian/Meister, Wolfgang/Ochel, Wolfgang/Werding, Martin, Aktivierende Sozialhilfe 2006: Das Kombilohn-Modell des ifo Institus, ifo Schnelldienst 2/2006, 6.
Sinn, Hans-Werner/Meister, Wolfgang/Ochel, Wolfgang/Werding, Martin, Reformkonzepte zur Erhöhung der Beschäftigung im Niedriglohnbereich: Ein Überblick, ifo Schnelldienst Sonderausgabe 4/2007, 3.
Sodan, Helge, Die „Bürgerversicherung" als Bürgerzwangsversicherung, ZRP 2004, 217.
Sodan, Helge, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl., München 2018.
Sodan, Helge/Adam, Jörg, Die Rente für „besonders langjährig Versicherte", Zur Verfassungsmäßigkeit des § 38 SGB VI n.F., NZS 2008, 1.

Spangenberg, Ulrike, Ehengattensplitting – gesellschaftlich und rechtlich überholt, ZRP 2018, 23.

Spannagel, Dorothee, Das bedingungslose Grundeinkommen: Chancen und Risiken einer Entkopplung von Einkommen und Arbeit, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Düsseldorf 2015.

Spellbrink, Wolfgang, Gelingt durch die neuen Instrumente des SGB II die Integration der Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt? SGb 2008, 445.

Spellbrink, Wolfgang, Rettung des Normalarbeitsverhältnisses durch Abschied von der geringfügigen Beschäftigung?, NZS 2010, 353.

Spindler, Helga, Arbeiten für die Grundsicherung – schleichende Einführung von Workfare in Deutschland, SozSich 2008, 365.

Staber, Janine/Arnold, Robert/Oelschläger, Angelika, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von Selbständigen und Arbeitnehmern im Vergleich: Bestandsaufnahme und Reformpläne, Frankfurt/Main u.a. 2013.

Stahlmann, Günther, 1-Euro-Jobs zwischen Arbeitsvermittlung und Abstellgleis. ZfSH/SGB 2006, 131.

Stahlmann, Günther, Das Beschäftigungsverhältnis bei 1-Euro-Jobs – Rechtsfragen und Regelungsbedarf, info also 2005, 243.

Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Erwerbsbeteiligung der Bevölkerung – Ergebnisse des Mikrozensus zum Arbeitsmarkt, 2017 (abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetige/ErwerbsbeteiligungBevoelkung2010410167004.pdf?__blob=publicationFile).

Statistisches Bundesamt, Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik, Datenreport, Bonn 2016 (abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Downloads/Datenreport2016.pdf?__blob=publicationFile).

Statistisches Bundesamt, Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, Begleitmaterial zum Pressegespräche am 19. August 2009 (abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/VerteilungNiedriglohn/PressbroschNiedriglohn.html).

Statistisches Bundesamt, Verdienstunterschied Mann und Frau, Wiesbaden 2016, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VerdiensteArbeitskosten/VerdiensteVerdienstunterschiede/Tabellen/GPG_Arbeitsplatz.html

Steffen, Johannes, Die öffentlich geförderte bzw. erzwungene Beschäftigung in der Weimarer Republik – 1918/19 bis 1932/33, Bremen 1994.

Steiner, Udo, Beschäftigung und Beschäftigungsförderung aus grundgesetzlicher Sicht, NZA 2005, 657.

Stoffels, Markus, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der im Koalitionsvertrag vom 7. Februar 2018 vorgesehenen – an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfenden – quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung, Heidelberg 2018.

Stolleis, Michael (Hrsg.), Einführung in die Geschichte des Sozialrechts, Quellen zur Geschichte des Sozialrechts, Göttingen 1976.

Straubhaar, Thomas, Radikal gerecht. Wie das bedingungslose Grundeinkommen den Sozialstaat revolutioniert, Hamburg 2017.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, München 2018.
Strube, Sebastian, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing, Wie Amazons Mechanical Turk funktioniert, in: *Benner, Christiane (Hrsg.)*, Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015.
Stüben, Christine/v. Schwanenflügel, Matthias, Die rechtliche Stärkung der Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, NJW 2015, 577.
Suprinovic, Olga/Schneck, Stefan/Kay, Rosemarie, Einmal Unternehmer, immer Unternehmer? Selbstständigkeit im Erwerbsverlauf, IfM-Materialien, Bonn 2016.
Tennstedt, *Florian,* Private Vorsorge und sozialstaatliche Intervention – Ein Rückblick auf die historischen Diskussionen zur Begründung des deutschen Sozialstaats, WSI-Mitteilungen 8/2001, 478.
Thode, Eric, Die Anreizwirkungen der Reform von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im Spiegel internationaler Erfahrung, Sozialer Fortschritt 2003, 284.
Thüsing, Georg, Ungleichbehandlung geringfügig Beschäftigter in Tarifverträgen, ZTR 2005, 118.
Trappe, Heike, Väterzeit – das Elterngeld als Beschleuniger der Gleichstellung?, ZfF 2013, 238.
Trischler, Falko, Auswirkungen diskontinuierlicher Erwerbsbiografien auf die Rentenanwartschaften, WSI-Mitteilungen 4/2012, 253.
Trischler, Falko, Erwerbsverlauf, Altersübergang, Alterssicherung, Zunehmende soziale Ungleichheit im Alter, Wiesbaden 2014 (zugl. Duisburg-Essen, Univ., Diss. 2013).
Trischler, Falko/Kistler, Ernst, Gute Erwerbsbiographien, Arbeitspapier 1: Erwerbsverläufe im Wandel, Stadtbergen 2010 (http://www.boeckler.de/pdf_fof/91966.pdf, zuletzt abgerufen am 22.8.2018)
Trischler, Falko/Kistler, Ernst, Gute Erwerbsbiographien, Arbeitspapier 2: Arbeitsbedingungen und Erwerbsverlauf, Stadtbergen 2010 (http://www.boeckler.de/pdf_fof/91969.pdf, zuletzt abgerufen am 22.8.2018)
Trischler, Falko/Kistler, Ernst, Gute Erwerbsbiographien, Arbeitspapier 4: Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch, Stadtbergen 2011 (http://www.boeckler.de/pdf_fof/91970.pdf, zuletzt abgerufen am 22.8.2018)
Trischler, Falko/Kistler, Ernst, Gute Erwerbsbiographien, Arbeitspapier 5: Erwerbsverläufe und Alterseinkünfte im Paar- und Haushalskontext, Stadtbergen 2011 (http://www.boeckler.de/pdf_fof/91967.pdf, zuletzt abgerufen am 23.8.2018)
Trischler, Falko/Kistler, Ernst, Gute Erwerbsbiographien, Arbeitspapier 6: Was sind gute Erwerbsbiographien? Risikofaktoren und -gruppen für geringe Renten und Alterseinkünfte, Stadtbergen 2012 (http://www.boeckler.de/pdf_fof/91968.pdf, zuletzt abgerufen am 23.8.2018)
Trube, Achim/Weiß, Carsten, Zur Arbeitsmarkt- und Sozialintegration von Langzeitarbeitslosen in der ökologischen Landwirtschaft, Berlin, Münster, Wien, Zürich, London 2007.
Uhl, Maria/Rebien, Martina/Abraham, Martin, Welche Ein-Euro-Jobber werden qualifiziert?, IAB-Discussion Paper 33/2016, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.

Ulber, Daniel, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auf dem Prüfstand des BAG, NZA Beilage 1/2018, 3.
Ulber, Daniel, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010).
Ulber, Daniel, Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifbindung?, SR 2018, 85.
Ulber, Jürgen (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2017.
Urban, Hans-Jürgen/Ehlscheid, Christoph/Gerntke, Axel (Hrsg.), Der neue Generationenvertrag, sozialstaatliche Erneuerung in der Krise, Hamburg 2010.
Valgolio, Leandro, Teilarbeitslosengeldanspruch – Teilarbeitslosigkeit – Verlust einer von zwei Teilzeitbeschäftigungen bei demselben Arbeitgeber – Abgrenzung – einheitliches Beschäftigungsverhältnis – Arbeitszeitreduzierung, SGb 2003, 482.
Veith, Annekatrin/Scherbarth, Antje, Die Riester-Förderung in der betrieblichen Altersversorgung nach dem BRSG, BetrAV 2018, 356.
Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Hannover 2014.
Vießmann, Thomas, Zum subjektiven Schutzzweck der „Zusätzlichkeit" von „Ein-Euro-Jobs" aus der Sicht des erwerbsfähigen Hilfeempfängers, NZS 2011, 128.
Voelzke, Thomas, Fördern und Fordern: Die Instrumente und ihre Umsetzung/Gewährleistung von Sozialleistungen und Wirkungsweise von Sanktionstatbeständen, in: *Hohmann-Dennhardt, Christine/Masuch, Peter/Villiger, Mark (Hrsg.)*, Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, Kehl 2011, 347.
Voelzke, Thomas, Zehn Jahre Grundsicherung für Arbeitssuchende – eine Zwischenbilanz, SGb 2015, 1.
Vogel, Claudia, Teilzeitbeschäftigung – Ausmaß und Bestimmungsgründe der Erwerbsübergänge von Frauen, ZAF 2009, 170.
vom Stein, Jürgen, Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen, NJW 2015, 369.
vom Stein, Jürgen, Reformimpulse für die betriebliche Altersversorgung, RdA 2015, 272.
Voss, Dorothea/Weinkopf, Claudia, Niedriglohnfalle Minijob, WSI-Mitteilungen 1/2012, 5.
Voss-Dahm, Dorothea, Verdrängen Minijobs „normale Beschäftigung"? Institut Arbeit und Technik im Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Jahrbuch 2005.
Wagner, Alexandra, Atypische Beschäftigung. Eine wissenschaftliche Bilanzierung, Abschlussbericht Hans-Böckler-Stiftung, Berlin 2010.
Wagner, Alexandra/Klenner, Christina/Sopp, Peter, Alterseinkommen von Frauen und Männern, WSI-Report 38/2017.
Wahlers, Ulrich, Heimarbeitsverhältnis eines Programmierers im Home-Office, jurisPR-ITR 5/2017, Anm. 4.

Walser, Manfred, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt/Main 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014).
Walser, Manfred, Grundrechtskonformität der Sozialkassenverfahren, NZA 2016, 1510 .
Walser, Manfred, Stärkung der Tarifautonomie? Aber wie? – Eine Betrachtung mit besonderer Berücksichtigung gemeinsamer Einrichtungen, SR-Sonderausgabe 2017, 2.
Waltermann, Raimund, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche Arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, NJW Beilage 22/2010, 81.
Waltermann, Raimund, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010 (zit.: Waltermann, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag).
Waltermann, Raimund, Aktuelle Tendenzen im Niedriglohnsektor und in atypischer Beschäftigung – Konzeptionelle Fragen mit Blick auf den Koalitionsvertrag, AuR 2018, 346.
Waltermann, Raimund, Altersgrenzen und Altersrenten, SR 2014, 66.
Waltermann, Raimund, Armutsfeste Altersvorsorge durch Versicherung?, Konzeptionelle Überlegungen im Angesicht von Niedriglohn und demographischer Entwicklung, SGb 2013, 433.
Waltermann, Raimund, Das Alter, die Demographie und das Arbeitsrecht im Europäischen Kontext, RdA 2015, 343.
Waltermann, Raimund, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Köln 2015.
Waltermann, Raimund, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbstständiger durch das Sozialversicherungsrecht, SGb 2017, 425.
Waltermann, Raimund, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, RdA 2014, 86.
Waltermann, Raimund, Gesetzliche und tarifvertragliche Gestaltung im Niedriglohnsektor, NZA 2013, 1041.
Waltermann, Raimund, Ist die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgversprechend reformiert?, RdA 2018, 137.
Waltermann, Raimund, Koalitionsvertrag: Flächendeckende Tarifgeltung in der Pflegebranche, NZA 2018, 686.
Waltermann, Raimund, Mindestlohn oder Mindesteinkommen? NJW 2010, 801.
Waltermann, Raimund, Mindestlohn, Mindesteinkommen, Mindestsicherung – eine Bewertung aus der Sicht des deutschen Arbeits- und Sozialrechts, NZA Beilage 2009, 110.
Waltermann, Raimund, Mini-Jobs – ausweiten oder abschaffen? NJW 2013, 118.
Waltermann, Raimund, Niedriglohnsektor und Mindestlohn – Nachhaltigkeit im Arbeitsrecht und Sozialrecht, NZS 2017, 247.
Waltermann, Raimund, Sozialrecht, 13. Aufl., Heidelberg u.a. 2018.

Waltermann, Raimund, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, NZA 2014, 874.
Waltermann, Raimund, Weiterbeschäftigung nach der Altersgrenze, Sozialrechtlicher Hintergrund und arbeitsrechtliche Folgen, NJW 2018, 193.
Waltermann, Raimund, Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme kleiner Selbstständigkeit, RdA 2010, 162.
Waltermann, Raimund, Zuschussrente und Reformlinie im Niedriglohnsektor, JZ 2012, 553.
Walwei, Ulrich, Konsequenzen unstetiger Erwerbsbiografien und Lohndisparitäten für die Alterssicherung, in: DRV (Hrsg.), Die Angemessenheit der Altersrentensysteme, DRV-Schriften Bd. 114, Berlin 2018.
Walwei, Ulrich, Von der Deregulierung zur Re-Regulierung Trendwende im Arbeitsrecht und ihre Konsequenzen für den Arbeitsmarkt?, Industrielle Beziehung 2015, 13.
Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014.
Wanger, Susanne, Beliebt, aber nicht zukunftsgerecht, IAB-Kurzbericht 8/2009, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Wanger, Susanne, Die Altersteilzeit im Zusammenspiel individueller und betrieblicher Einflussfaktoren, WSI-Mitteilungen 8/2010, 395.
Wanger, Susanne, Teilzeitarbeit fördert Flexibilität und Produktivität, IAB-Kurzbericht 7/2006, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Wanger, Susanne, Traditionelle Erwerbs- und Arbeitszeitmuster sind mehr wie vor verbreitet, IAB-Kurzbericht 4/2015, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Wanger, Susanne, Viele Frauen würden gerne länger arbeiten, IAB-Kurzbericht 9/2011, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung.
Wank, Rolf, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, RdA 2010, 193.
Wank, Rolf, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988.
Wank, Rolf, Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, 140.
Wank, Rolf, Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 2016, 143.
Wank, Rolf, Empirische Befunde zur Scheinselbständigkeit – Juristischer Teil des IAB-Projektes 4-448V. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung. Forschungsbericht Sozialforschung 262a, 1997.
Wank, Rolf, Telearbeit, NZA 1999, 225.
Weinkopf, Claudia, Minijobs – politisch-strategische Handlungsoptionen, Gesellschaft für Arbeit, Chancengleichheit und Innovation, Berlin 2011.
Weinkopf, Claudia/Hiemig, Bettina/Mesaros, Leila, Prekäre Beschäftigung, Expertise für die SPD-Landtagsfraktion NRW, Institut für Arbeit und Qualifikation (IAQ), Duisburg 2009, 51.
Welti, Felix, Sozialrecht und selbstbestimmte Erwerbsbiographien, SR 2013, 92.

Welti, Felix/Groskreutz, Henning, Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, Düsseldorf 2013
Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, München 2008.
Werner, Götz/Eichhorn, Wolfgang/Friedrich, Lothar (Hrsg.), Das Grundeinkommen, Karlsruhe 2012.
Wiedemann, Herbert, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.
Wiedemann, Herbert, Sachgrundlos befristete Arbeitsverträge – Eine Rechtsfigur zum Abbau des Arbeitnehmerschutzes?, in: *Krause, Rüdiger/Schwarze, Roland (Hrsg.)*, Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, 609.
Wiedemann, Herbert, Tarifautonomie heute, BB 2013, 1397.
Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz: mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 7. Aufl., München 2007.
Wiese, Günther u.a., BetrVG, Gemeinschaftskommentar, 2. Bd., 10. Aufl., Köln 2014 (zit.: GK-BetrVG-*Bearbeiter*).
Wießner, Frank, Das Überbrückungsgeld als Instrument der Arbeitsmarktpolitik – eine Zwischenbilanz, MittAB 1/98, 123.
Wilke, Florian, Riester-Vorsorge zwischen Theorie und empirischer Evidenz: Wie hilfreich ist das Lebenszyklusmodell?, WSI-Mitteilungen 3/2012, 189.
Willemsen, Heinz Josef/Müntefering, Michael, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, 193.
Winkel, Rolf, Erwerbsminderungsrente erneut verbessert, EM-Rente für Ältere mit Handicaps jetzt besser als vorgezogene Altersrente, SozSich 2019, 25.
Winkel, Rolf, Freiwillige Einzahlungen in die Rentenversicherung können sich lohnen, SozSich 2013, 97.
Winkel, Rolf/Nakielski, Hans, Änderungen durch das Flexi-Rentengesetz, Neue Möglichkeiten für (Früh-)Rentner/innen, SozSich 2017, 51.
Winkler, Ute, Der neue Gründungszuschuss, info also 2006, 195.
Wippermann, Carsten, Frauen im Minijob. Motive und (Fehl-)Anreize für die Aufnahme geringfügiger Beschäftigung im Lebenslauf, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Paderborn 2012.
Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verfassungsmäßigkeit einer Bürgerversicherung, WD 3 – 3000 – 486/10.
Wissenschaftlicher Dienste des Deutschen Bundestages, Realisierung längerer Freistellungszeiten durch Arbeitszeitkonten, WD 6 – 3000 – 001/2017.
Wissing, Gerhard, Geringfügige Beschäftigungen, SGb 2003, 554.
Wisskirchen, Gerlind/Schwindling, Jan, Crowdworking im Lichte des Arbeitsrechts, ZESAR 2017, 318.
Wöhrmann, Anne Marit/Gerstenberg, Susanne/Hünefeld, Lena/Pundt, Franziska/Behrens-Reeske, Anna/Brenscheidt, Frank/Beermann, Beate, Arbeitszeitreport Deutschland, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) 2016.
Wolf, Michael, Hartz-IV-Sofortangebote als Workfare-Elemente, SozSich 2008, 372.

Wolf, Roland, Der neue Mindestlohn – Tarifstärkung geht anders!, BB 2014, 1216.
Wotschack, Philip, Optionszeiten auf Basis von Langzeitkonten – eine kritische Bilanz, Working Paper Hans-Böckler-Stiftung Nr. 57/2018.
Wotschack, Philip/Hildebrandt, Eckhard/Scheier, Franziska, Langzeitkonten – Neue Chancen für die Gestaltung von Arbeitszeiten und Lebensläufen, WSI-Mitteilungen 11+12/2008, 619.
Wrohlich, Katharina/Berger, Eva/Geyer, Johannes/Haan, Peter/Sengül, Denise/Spieß, Katharina C./Thiemann, Andreas, Elterngeld-Monitor. DIW Berlin – Politikberatung kompakt 2012.
Wuttke, Jürgen, Eine Gegenleistung für die Gemeinschaft, Arbeitgeber 1-2/ 2005, 12.
Zachert, Ulrich, Grenzen für eine gesetzliche Absenkung tariflichen Schutzstandards, NZA 1994, 529.
Zimmer, Reingard, Entgeltgleichheit und Begrenzung der Flexibilisierung geringfügiger Beschäftigung durch kollektivrechtliche Regelungen, WSI-Mitteilungen 1/2012, 50.
Zwanziger, Bertram, Arbeitszeitsouveränität im Erwerbsverlauf, AuR 2014, 216.
Zwanziger, Bertram, Rechtliche Rahmenbedingungen für „Ein-Euro-Jobs", AuR 2005, 8.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

Band 29 Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2

Band 28 Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4

Band 27 Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3

Band 26 Frank Bayreuther
Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten
ISBN 978-3-7663-6850-8

Band 25 Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4

Band 24 Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7

Band 23 Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6

Band 22 Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka
Crowdwork – A Comparative Law Perspective
ISBN 978-3-7663-6697-9

Band 21 Holger Brecht-Heitzmann / Judith Reuter
Perspektiven zur rechtlichen Stärkung des Ehrenamts in der sozialen Selbstverwaltung
ISBN 978-3-7663-6658-0

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de