

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Nachruf

Nachruf auf Peter Mankowski

Dieter Martiny Seite **169**

Abhandlungen

Soziales Recht

Eberhard Eichenhofer Seite **170**

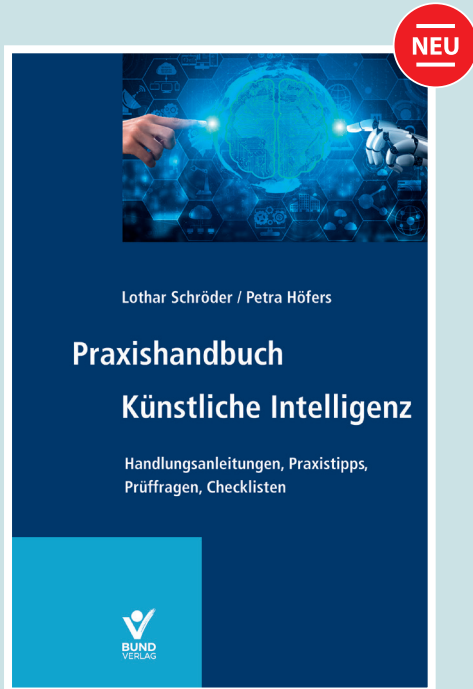
Mitgliedschaft, Statusklärung, Beitragsrecht – aktuelle
Rechtsprechung des Beitragssenats und die Neuregelung
des Anfrageverfahrens (§ 7a SGB IV)

Ursula Waßer Seite **193**

Weiterbildungspolitik in Japan: Die Aufgabe lebenslanger
Weiterbildung in Zeiten von Digitalisierung und Covid-19-Krise

Yoko Hashimoto Seite **204**

KI in Betrieben und Verwaltungen



Schröder / Höfers

Praxishandbuch Künstliche Intelligenz

Handlungsanleitungen, Praxistipps,
Prüffragen, Checklisten

2022. 452 Seiten, gebunden

€ 48,-

ISBN 978-3-7663-7264-2

bund-shop.de/7264

Das Praxishandbuch bietet umfangreiche Checklisten und Prüffragen zur Gestaltung von Systemen künstlicher Intelligenz in Betrieben und Verwaltungen. Es vermittelt Qualitätsfaktoren, Gestaltungsbeispiele und Rechtsgrundlagen. Das Buch richtet sich an Betriebs- und Personalräte sowie Fachverantwortliche, Gewerkschafter, aber auch an interessierte Beschäftigte.

Das Wesen von Anwendungen künstlicher Intelligenz wird anschaulich erläutert. Technische, ethische und soziale Zusammenhänge werden verständlich gemacht. Ein »KI-Lagom-Ansatz« wird vorgestellt, der auf Balance zwischen menschlichen Werten und technischen Möglichkeiten zielt.

Im Fokus stehen Beschäftigte: Es geht um deren Persönlichkeitsrechte, um Würde, Ethik, Diskriminierungsfreiheit und um das Primat menschlicher Entscheidungen. Kontrolle der Systeme, Transparenz, Schutz, Beschäftigung und Qualifizierung sind weitere Themen.

Das Buch hilft dabei, sich über diese Aspekte des komplexen Themas künstliche Intelligenz zu informieren, Gestaltungsaspekte kennen zu lernen und Systeme künstlicher Intelligenz zu unterscheiden. Es soll dazu anregen Gestaltungskonzepte zu entwickeln. Dazu beleuchtet es den »Maßstab Mensch« und fasst wesentliche Expertenempfehlungen zusammen.

Soziales Recht

5/2022

ISSN 2193-5157

Oktober 2022, 12. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH,

Saulgau Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,

Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die

Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des

Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der

vorherigen Zustimmung des Verlages.

Nachruf auf Peter Mankowski

Am 10. Februar 2022 verstarb mit nur 55 Jahren der Hamburger Hochschullehrer Prof. Dr. Peter Mankowski. Er hatte den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung, Internationales Privat- und Prozessrecht an der Universität Hamburg inne. Das Hauptgebiet von Peter Mankowski war das Internationale Privatrecht, aber auch Grundfragen der Rechtsvergleichung beschäftigten ihn. Ein erheblicher Teil seines vielfältigen und umfangreichen Werks war dem Internationalen Arbeitsrecht gewidmet. Dieses hat er nicht nur zusammenhängend im Lehrbuch und in Kommentierungen dargestellt. Zahlreiche Beiträge und Entscheidungsanmerkungen haben Einzelheiten untersucht. Hierbei standen Entwicklung und Einfluss des Europäischen Kollisionsrechts, vor allem der Rom I-Verordnung über vertragliche Schuldverhältnisse von 2008, im Vordergrund. Dabei war die Struktur der Anknüpfung, die zwar Rechtswahlvereinbarungen zulässt, aber doch durch Günstigkeitsvergleich und die Beachtung zwingender Vorschriften beschränkt, zu bewältigen.

Peter Mankowski begann seine wissenschaftliche Arbeit mit seiner Hamburger Dissertation über »Seerechtliche Vertragsverhältnisse im internationalen Privatrecht« (1995).¹ Dem maritimen Bezug ist er stets treu geblieben, sichtbar etwa in seinem Aufsatz »Das Internationale Arbeitsrecht und die See« (2005)².

Im Internationalen Arbeitsrecht ist neben die traditionelle Anknüpfung an den Arbeitsort zunehmend die Anknüpfung an den Ort »von dem aus« der Arbeitnehmer tätig geworden ist und die Anknüpfung nach der »base rule« getreten. Dies ist freilich im Einzelnen auszuloten. Stellvertretend für die Auswirkungen auf Transportpersonen sei der Beitrag »On the Road Again, oder: Wo arbeitet ein Fernfahrer?« genannt, den er zusammen mit seinem Schüler Oliver Knöfel verfasst hatte (2011)³. Für das europäische Kollisionsrecht war zudem die Reichweite der einzelnen Schutzbestimmungen zu untersuchen.

Neue Formen der Arbeit müssen bei der Angleichung des Sachrechts und der Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts bewältigt werden. Aber auch das Kollisionsrecht steht vor Herausforderungen. So befasste sich Peter Mankowski bei der Klärung des Arbeitnehmerbegriffs mit den Abgrenzungen in Bezug auf Selbständige und Scheinselbständige.

Beispielhaft für das Spannungsverhältnis zwischen dem Internationalen Privatrecht und den Grundfreiheiten des Unionsrechts, insbesondere zur Dienstleistungsfreiheit, sei die Debatte um den Mindestlohn im Straßentransport genannt, an der auch Peter Mankowski teilnahm. Verfahrensrechtlich behandelte er auch die Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsprozessrechts etwa für Gerichtsstandsvereinbarungen.

Kennzeichnend für Peter Mankowskis Arbeiten waren neben seiner großen Sachkunde und Argumentationsstärke die Verbindung mehrerer Aspekte. Außer den Grundfragen beschäftigten ihn stets auch die Einzelheiten und ein wirksamer Schutz des Arbeitnehmers. Neben dem rechtspolitischen Sinn der Regelungen wurden stets auch wirtschaftliche Gesichtspunkte und die Praktikabilität der Lösung gewürdigt.

Der plötzliche und frühe Tod von Peter Mankowski reißt für Wissenschaft und Lehre eine kaum zu füllende Lücke. Wir werden seine wichtigen und anregenden Beiträge in der Zukunft vermissen.

Prof. em. Dr. Dieter Martiny,
Europa-Universität Frankfurt (Oder)/Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

¹ Mankowski, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im internationalen Privatrecht, Tübingen 1995 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 1993–1994).

² Mankowski, Das Internationale Arbeitsrecht und die See, IPRax 2005, 58 ff.

³ Mankowski/Knöfel, On the Road Again, oder: Wo arbeitet ein Fernfahrer?, EuZA 2011, 521 ff.

Soziales Recht

Prof. Dr. Dr. hc. Eberhard Eichenhofer, Friedrich-Schiller-Universität Jena

I. Einleitung

»Soziales Recht« ist ein rechtswissenschaftlicher und -philosophischer Systembegriff und kein Rechtsbegriff, es kennzeichnet ein die sozialen Beziehungen bestimmendes und umgekehrt von diesen bestimmtes Recht. Der Begriff entstand im 19. Jh. mit der einsetzenden wohlfahrtsstaatlichen Transformation des Rechts und prägte die Diskussion um dessen Deutung bis zum Ende des 2. Weltkrieges. Danach verschwanden Begriff und Thema, als ob das Bedürfnis für die Selbstvergewisserung entfallen wäre. Das geltende Recht kennt »soziales Recht« als Begriff nicht.

Die Rechtswissenschaft und -philosophie wollten mit seiner Hilfe einst das Recht besser verstehen und das gewonnene Verständnis in Begriffe fassen. »Soziales Recht« soll Recht systematisch fassen und menschliche Praxis und Wirklichkeit im gesetzten Recht ausweisen. Aus der Kritik am Recht seiner Zeit hervorgegangen, umreißt soziales Recht die gesetzgeberischen Antworten auf die in und von der Kritik aufgewiesenen Unzulänglichkeiten in vielen nationalen Rechtsordnungen, die seit Mitte des 19. Jh. auf die in der Frühphase des Kapitalismus aufgekommenen »unsozialen Zustände« durch Gesetze, Politik und gesellschaftliche Veränderungen reagierten. Der Begriff ist also eng mit der seit dem 19. Jh. weltweiten Sozialgesetzgebung verbunden, die als Gegenreaktion auf den Frühkapitalismus diesen grundlegend durch neue rechtliche Gestaltungen: Arbeitsschutz, Mitbestimmung, Tarifrecht, Sozialversicherung und soziale Förderung – veränderte.

Die sozialrechtliche Neuausrichtung war nicht auf das Arbeits- und Sozialrecht beschränkt, sondern erfasste das gesamte Recht und veränderte es damit grundlegend. Soziales Recht ist auch für das Verständnis des Rechts der Gegenwart zentral. Der zum Ende des 18. Jh. entstandene »Kapitalismus« wurde durch das Arbeits- und Sozialrecht zwar so wenig »abgeschafft« wie das Privateigentum an Produktionsmitteln oder der Staat; Sozialgesetze ordneten

den »Kapitalismus« jedoch neu und zogen ihm die »Giftzähne«.

Er wurde damit zu einem anderen, als er zu seiner Entstehungszeit war, dem die Arbeiterrechte allesamt gänzlich fehlten. Hat soziales Recht dessen Schwächen überwunden, ist das Recht dann immer noch so kritikwürdig wie einst? Ein »Staat«, in dem die parlamentarische Demokratie als Regierungsform besteht und das allgemeine Wahlrecht gilt, ist ein anderer als das preußische Königreich, in dem noch der Monarch die Regierung einsetzte und Parlamente nach dem Drei-Klassen-Wahlrecht gewählt wurden, wodurch das Stimmgewicht der Reichen ungleich höher ausfiel als das der Armen. Weder die heutige Gesellschaft noch deren Recht wären also angemessen verstanden, blieben die Wandlungsprozesse des Rechts seit dem 19. Jh. unberücksichtigt. Die Deutung dieses Vorgangs verlangt nach anderen Grundannahmen als denjenigen, welche den Frühkapitalismus hervorgebracht hatten. Diese Botschaft sendet das soziale Recht aus; es geht den Gründen für Entstehung und Entfaltung dieser Institutionen nach und zeigt den Wandel seiner Strukturen und Denkformen für sämtliche Gebiete des Rechts.

Im Kern ist das soziale Recht die Antwort auf die Kapitalismus-Kritik sowie die Auseinandersetzung mit den praktischen Folgen einer Sozialreform. Es wurde klar und profiliert von reformsozialistischen Theoretikern formuliert. Dieser Befund behagt politisch wie wissenschaftlich nur wenigen, womöglich erklärt dies das verbreitete Desinteresse am sozialen Recht, ohne dass freilich die zeitgenössische Wissenschaft vom Arbeits- und Sozialrecht andere »Theorien« zu bieten hätte. Sie gefällt und erschöpft sich in der Interpretation der Gesetze des Gesetzten in zumeist wohl gesetzten Worten, versagt sich aber den Blick auf die sozialen und normativen Grundlagen. Sie weiß deshalb wenig darum und davon. Sie gibt sich nüchtern, abgeklärt und ideologiefrei, cacht damit aber nur mühselig ihr Desinteresse an den Grundlagen des eigenen Faches. Sie gibt damit den Anspruch auf Selbsterkenntnis preis, die am Anfang jeder wissenschaftlichen Erkenntnis steht.

Die nachfolgende Abhandlung bemüht sich zunächst um die Geschichte von Begriff und Theorie des sozialen Rechts (II.). Welche Bedeutung hat das soziale Recht zur Deutung der zentralen Gebiete sozialstaatlicher Intervention: Arbeits- und Sozialrecht (III.), und welche Erneuerung erfährt das gesamte Rechtsdenken im sozialen Recht (IV.)?

II. Begriffs- und Theoriegeschichte sozialen Rechts

Zwischen Freiheitssicherung, politischer Teilhabe und sozialen Rechten besteht ein Zusammenhang, der in Deutschland von *Immanuel Kant*, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* und *Ferdinand Lassalle* entdeckt und entfaltet wurde. Alle sehen den Staat als den die gleiche Teilhabe aller sichernden Garanten der Freiheit. Im 20. Jh. folgten *Gustav Radbruch* und *Hugo Sinzheimer* nach. Auch in Österreich entstand im Austromarxismus eine geistige Strömung, die das soziale Recht entfaltete. In Frankreich wurde das soziale Recht (*le droit social*) durch die dort entwickelte Soziologie angeregt und in England war die Fabian Society eine wichtige intellektuelle Stimme zu Sozialreform und Arbeiterrechten.

1. Immanuel Kant

a) Neubestimmung der Freiheit als Freiheit aller

Den Ausgangspunkt setzte *Immanuel Kant* in seiner, über das gesamte Werk verstreuten Rechtsphilosophie. *Kant* entwickelte seine Ethik (Sittenlehre) aus der Grundannahme, dass die in einer Gesellschaft zusammenlebenden, vernunftbegabten Menschen ihr Handeln an der gemeinen Menschenvernunft ausrichten. Er überwand damit die ins 17. Jh. auf *Thomas Hobbes* und *John Locke* zurückreichende Naturrechtslehre, die Freiheit lag in der individuellen Eigentüermacht und den daraus folgenden Befugnissen des Einzelnen sowie der daraus abgeleiteten Stellung des Staates begründet. Deren Theorien wurden als »Besitzindividualismus«¹ bezeichnet.

Das Individuum wurde als selbstsüchtig und in weitgehender Abstraktion von der Gesellschaft verstanden. *Hobbes* leitete dies aus einem primär als Nicht-Gesellschaft zu umschreibenden Naturzustand her.² Rechte und wirtschaftliche Werte werden durch die per-

sönliche Aneignung von Gütern und damit individuelle Macht erworben und Recht schützt Erwerb wie Erworbenes.³ Der Staat sollte einzig die Rechte Einzelner schützen, was umfassende Befugnisse für den Staat fordert und auf der Einsicht des der Staatsgewalt unterworfenen Rechtsinhabers aufbaut, »dass die von der souveränen Gewalt garantierte, auf Vertrag beruhende Ordnung am Ende von Nutzen auch für ihn selbst ist.«⁴ Die Sicherung der an Eigentum und Besitz geknüpften Freiheit weniger Menschen verlangt nach dem starken Staat, der die gierigen, auf Expansion ihrer Rechtssphäre erpichten Individuen in die Schranken weist.

John Locke anerkennt ebenfalls die Erhaltung des Eigentums als obersten Staatszweck; er fordert aber im Gegensatz zu *Hobbes* die Bindung der Regierungsgewalt an die Zustimmung der Gewaltunterworfenen, welche die staatliche Herrschaft nicht beseitigt, aber besser legitimiert. Der Staat erscheint als Aktionärsdemokratie.⁵

Immanuel Kants Antwort auf die Frage nach dem das Handeln freier Menschen prinzipiell leitende Motiv war der kategorische Imperativ: »Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals als Mittel brauchst.«⁶ Jeder Kooperationspartner ist danach als Mitmensch und nicht Mittel zum eigensüchtigen Zweck des Handelns zu betrachten; die Rechtsbeziehungen erscheinen als Absprachen unter Gleichen und Freien.

Recht ist »Inbegriff aller Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach dem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. Das allgemeine Prinzip des Rechts lautet so: Eine jede Handlung ist Recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann.«⁷ Das individuelle Recht wird durch Rücksicht auf die Rechte anderer bestimmt. Freiheit geht nun über die selbstsüchtige Selbstbestimmung der Einzelnen hinaus. Sie wird durch die Selbstbestimmung anderer

1 C.B. MacPherson, Die politische Theorie des Besitzindividualismus, Frankfurt aM. 1973.

2 MacPherson (Fn. 1), S. 14 ff., 32 ff., 61, 118.

3 MacPherson (Fn. 1), S. 49, 103.

4 MacPherson (Fn. 1), S. 115.

5 MacPherson (Fn. 1), S. 219 ff.

6 Kant, Metaphysik der Sitten, Riga 1785, BA 52.

7 Kant (Fn. 6), Akademie-Ausgabe, S. 230.

einerseits begrenzt und andererseits – nämlich durch Verträge – ermöglicht.

b) Freiheit und soziale Bindung

Die bürgerliche und soziale Freiheit handelt in der Nachfolge *John Stuart Mills* von dem »Wesen und den Grenzen der Macht, welche die Gesellschaft regelmäßig über das Individuum ausübt.«⁸ Die Freiheit ist nicht primär eine Möglichkeit, sondern hat zur Wirklichkeit zu werden. »Es gibt eine Grenze für die rechtmäßige Einmischung öffentlicher Meinung in die persönliche Unabhängigkeit.«⁹ »Die Menschen gewinnen mehr dadurch, dass sie einander gestatten, so zu leben, wie es ihnen richtig erscheint, als wenn sie jeden zwingen, nach dem Blick der übrigen zu leben.«¹⁰

Dabei bestimmte *Jean-Jacques Rousseau* für das Freiheitsverlangen des Einzelnen mit Blick auf die Wirklichkeit am Vorabend der Französischen Revolution: »Der Mensch ist frei geboren, und überall liegt er in Ketten.«¹¹ Die Stellung des Einzelnen folgt nicht aus seiner Natur, sondern aus gesellschaftlichen Vereinbarungen.¹²

Der Zusammenschluss der Einzelnen bildet die »sittliche Gesamtkörperschaft«¹³. Der Einzelne wird untrennbarer Teil des Ganzen und dadurch der Gesamtwille zur individuellen Richtschnur. Dieses gründet in der Gesellschaft, die zur Einheit geworden von der Gesamtheit aller ihrer Mitglieder und dem Staat selbständig ist. »Die Verfassung des Menschen ist ein Werk der Natur, die des Staates ein Werk der Kunst. Es hängt nicht von dem Menschen ab, ihr Leben zu verlängern, es hängt aber von ihm ab, das des Staates so weit zu verlängern wie möglich, indem sie ihm die denkbar beste Verfassung geben.«¹⁴

Für *Kant* wird menschliches Zusammenleben durch den Gesellschaftsvertrag begründet als das »Verhältnis freier Menschen«, die »doch unter Zwangsgesetzen stehen, weil die Vernunft selbst es so will.«¹⁵ »Solidaritätsnormen sind partikularistischer Natur. Es gibt keine inklusive Verpflichtungssymmetrie zwischen den Menschen, sondern nur Verpflichtungen als Mitglied einer Gemeinschaft.«¹⁶ »Als rechtlicher Zustand betrachtet« gründet dieser »bürgerliche Zustand« auf die Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit aller Menschen. Die Gleichheit hat die Freiheit aller zum Ausdruck zu bringen; sie steht daher mit der politischen Freiheit und der wirtschaftlichen Unabhängigkeit unmittelbar im Zusammenhang.¹⁷ Letztere bezeichnet die ökonomische Seite.

Sie wird bei *Kant* mit der Eigentümerstellung verbunden, vermöge deren der Einzelne nur sein »eigener Herr« sei.¹⁸ In dem Erfordernis wirtschaftlicher Selbständigkeit und Unabhängigkeit liegt die Grundbedingung des Freiheitsverständnisses von *Kant*.¹⁹

Dies entsprach *Kants* Vorstellungswelt seiner Zeit, in der nur selbständige, unternehmerisch tätige Männer »Bürger« des die Freiheiten gewährenden Staates waren. Dementsprechend waren auch ursprünglich die Menschenrechte auf diesen Personenkreis beschränkt. Die Geschichte des sozialen Rechts ist mit der Ausweitung des Kreises der »Bürger« verbunden. Schritt für Schritt wurden auch abhängig Beschäftigte, Frauen und Ausländer in den Kreis der Berechtigten einbezogen. Die Theorie des sozialen Rechts hält die dafür maßgeblichen Beweggründe fest, die geistesgeschichtlich über *Kant* hinausgehen.²⁰

Als einer der ersten anerkannte *Kant* auch – bestätigt durch die Anschauung des Armenwesens seiner Heimatstadt Königsberg – als eine legitime Aufgabe des Staates, Arme durch öffentliche, aus dem Steueraufkommen stammende Zuwendungen zu unterstützen. Die Unterstützung dürfe aber Faule nicht von der Arbeit abhalten, weshalb sie auf das Existenzminimum beschränkt sein müsse.²¹

c) Neukantianismus

Kant beeinflusste im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jh. namentlich in Deutschland im Rahmen der allgemeinen *Kant-Rezeption*²² die stets um ihre philosophische Selbstvergewisserung bemühte deutsche

8 *Mill*, Über die Freiheit, Frankfurt aM. 1859, Einl.

9 Ebd.

10 Ebd.

11 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag oder Grundzüge des Staatsrechts, Amsterdam 1762, Buch I 1. Kap.

12 *Rousseau* (Fn. 12), Buch I 1. Kap.

13 *Rousseau* (Fn. 12), Buch I 6. Kap.

14 *Rousseau* (Fn. 12), Buch IV 11. Kap.

15 *Kant*, Über das Mißlingen aller philosophischen Versuche in der Theodicee, Riga 1791.

16 v. *Beyme*, FS Merkel, 2017, S. 745, 758.

17 *Unruh*, Die Herrschaft der Vernunft, Zur Staatsphilosophie Immanuel Kants, Baden-Baden 2015, S. 232 f.

18 *Kant*, Lose Blätter aus Kants Nachlass, 1923.

19 *Unruh* (Fn. 17), S. 222 ff.

20 *Unruh* (Fn. 17), S. 232 f.

21 *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: *ders.* Werke, Bd. IV, Berlin 1983, S. 124, 144 f.; *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, § 49.

22 *Kolakowski*, Die Hauptströmungen des Marxismus, Bd. 2., 2. Aufl., München 1981, S. 279.

Sozialdemokratie als Teil der internationalen Arbeiterbewegung. Kant wurde durch zwei nicht-marxistische Philosophen – die »Neukantianer« *Hermann Cohen* und *Paul Natorp* – durch eine punktuelle, stark eklektizistische Rezeption seines Gesamtwerks als sozialistischer Denker interpretiert.

Kant wurde geschätzt, galt als rationaler, antimetaphysischer Denker, trennte er in seinem Denken doch zwischen Tatsachen und Werten.²³ Diese Trennung erlaubte den Neukantianern die Versöhnung von *Marx* und *Kant*: *Marx* galt als ökonomischer Analytiker, weil er die ökonomische und gesellschaftliche Wirklichkeit des Kapitalismus veranschaulichte und erklärte.²⁴ *Kant* sollte dagegen den idealistischen Zukunftsgehalt der sozialistischen Bewegung formulieren. Der Sozialismus erschien als ethische Notwendigkeit, der als Gebot der Vernunft²⁵ aus dem Kapitalismus herauswachsen²⁶. Neukantianer wandten sich auch gegen die im 19. Jh. aufkommende biologistische und darwinistische Deutung der Gesellschaft.²⁷

Die *Kant*-Rezeption ging von der Annahme aus, dass jeglicher Mensch als Selbstzweck zu betrachten sei. Diese Bestimmung wurde mit der *Marx*-Analyse der entfremdeten Industriearbeit verknüpft und zum Ausgangspunkt für eine Kritik am Kapitalismus sowie dessen Überwindung durch die ökonomische Demokratie.²⁸ Die Gesellschaft erschien als »Genossenschaft autonomer Wesen«, die sich im Prozess der Selbstverständigung der Menschheit über ihr globales gemeinschaftliches Ziel befindet.²⁹

In eklektischer³⁰ Nachfolge *Kants* leitete sich für *Hermann Cohen* die Freiheit aus der Allheit ab, in welche der Einzelne gestellt ist und sich versteht. *Cohen* formulierte den kategorischen Imperativ als das Gebot, die »Menschheit in unserer Person und in der jedes anderen jederzeit zugleich als Zweck und niemals bloß als Mittel« zu behandeln. Diesen interpretierte *Cohen* als Kritik am Kapitalismus und zugleich als Vision des Sozialismus.³¹ Der Einzelne erscheint nicht primär als Individuum, sondern als Teil einer Ganzheit³² und als sittliche Person, die für niemanden zum Mittel werden dürfe, sondern stets nur als Zweck an und für sich zu begreifen sei.³³ Der Sozialismus wird nicht aus den Interessen der Arbeiterklasse, sondern der allgemeinen menschlichen Vernunft begründet.³⁴ Wird jeder Mensch als End- und Selbstzweck gedacht, dann ist jedes Mitglied der Gesellschaft im Einklang mit seinem Eigenwert mit Respekt zu bedenken und zu

behandeln.³⁵ Darin ist die Forderung angelegt, aus der Menschheit als Vielheit eine vereinigte Allheit in Gestalt einer Genossenschaft zu formen.³⁶

Karl Vorländer bemühte sich um die Synthese von *Marx* und *Kant*. Sie berief sich auf *Kants* liberale und demokratische Forderungen gegen Privilegien, gegen nationale Unterdrückung, für gesetzlich gestaltete Freiheit und eine weltumspannende Gemeinschaft der Staaten und schlug vor, diese als sozialistische Forderungen zu begreifen. Solidarität ist nach *Vorländer* Kern der sozialistischen Idee, welche *Kant* und *Marx* verbindet.³⁷ Der Staat ist zur Reform der Gesellschaft im Sinne der Freiheitssicherung verpflichtet.³⁸ Seine Verfechter wollten einen Beitrag zur Überwindung der sozialen oder Arbeiterfrage leisten.³⁹ Sie wirkten in der deutschen Sozialdemokratie, deren führende Repräsentanten »theoriedistant«⁴⁰ waren.

*Rudolf Stammer*⁴¹ bestimmte den modernen deutschen Sozialismus als Ende der Anarchie der Produktion. Die Arbeiterschaft »setzt die Elemente der neuen Gesellschaft in Freiheit, die sich im Schoße der zusammenbrechenden Bourgeoisgesellschaft entwickelt haben.«⁴² Das gesellschaftliche Leben folgt eigenen gesellschaftlichen und vom Recht gesetzten Regeln.⁴³ Gegenstand dieses Rechts ist die Bedürfnisbefriedigung auf der Basis des arbeitsteilig organisierten menschlichen Zusammenlebens durch eine

23 Kolakowski (Fn. 22), S. 279 f.

24 Kolakowski (Fn. 22), S. 280 ff.

25 Kolakowski (Fn. 22), S. 281 f.

26 Owetschkin/Schmidt, Der Revisionismus und die sozialdemokratische Theorie, Essen 2003, S. 13, 138 ff.; Holzhey, in: ders. (Hrsg.), Ethischer Sozialismus, Zur politischen Philosophie des Neukantianismus, Frankfurt aM. 1994, S. 7 ff.

27 Kolakowski (Fn. 22), S. 288.

28 Holzhey, in: ders. (Fn. 26), S. 27; Kolakowski (Fn. 22), S. 282.

29 Holzhey, in: ders. (Fn. 26), S. 28 f.

30 Holzhey, in: ders. (Fn. 26), S. 10.

31 van der Linden, in: Holzhey (Fn. 26), S. 146 ff.

32 Lüdecke, in: Ottmann (Hrsg.), Kants Lehre von Staat und Frieden, Baden-Baden 2009, S. 113–133, 117 f.; van der Linden, in: Holzhey (Fn. 26), S. 146 ff.

33 van der Linden, in: Holzhey (Fn. 26), S. 118.

34 Kolakowski (Fn. 22), S. 283.

35 Lüdecke (Fn. 32), S. 117 f.; van der Linden, in: Holzhey (Fn. 26), S. 150 f.

36 van der Linden, in: Holzhey (Fn. 26), S. 155 ff.

37 Kolakowski (Fn. 22), S. 285 ff.

38 Lüdecke (Fn. 32), S. 121 ff.

39 Holzhey, in: ders. (Fn. 26), S. 7.

40 Holzhey, in: ders. (Fn. 26), S. 8.

41 Stammer, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig 1896, S. 43 ff., 59, Buch ist *Paul Natorp* zugeeignet.

42 Stammer (Fn. 41), S. 61.

43 Stammer (Fn. 41), S. 63, 126 ff.

in diesem Dienst stehende Sozialwirtschaft.⁴⁴ *Stammeler* erkennt in der »Gemeinschaft frei wollender Menschen« den Zweck allen gesellschaftlichen Daseins.⁴⁵

Ein weiterer Vertreter eines ethischen Sozialismus ist *Leonhard Nelson*.⁴⁶ Er war mit *Willi Eichler* – maßgeblicher Autor des Godesberger Programms der SPD (1959) – im »Internationalen Jugendbund« im Sinne eines rigoros moralisch begründeten Sozialismus tätig, der schließlich 1925 zum Ausschluss beider aus der SPD führte. Während *Nelson* früh starb, wirkte *Eichler* nach dem 2. Weltkrieg maßgeblich in der SPD als Programmatiker. Wie andere kritisierte *Nelson* die materialistische Deutung der Gesellschaft. Interessen, Bedürfnisse und menschliche Arbeit seien nicht nur physisch, sondern auch kulturell bestimmte Begriffe.⁴⁷ Ethisches Handeln beruhe auf dem Abwägen der eigenen Angelegenheiten mit denen der anderen.⁴⁸ Der Sozialismus sei nicht auf Kollektivismus, sondern auf dem Boden der individuellen Freiheit zu errichten. Der Staat habe dafür alle vor Ausbeutung zu bewahren und die Selbstbestimmung aller zu sichern.⁴⁹

2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel

a) Sozialer Staat als Garant der Freiheit

Hegels Tragweite für das soziale Recht folgt aus seinem Freiheitsverständnis, das konkret, real und die anderen Träger der Freiheit und die Rolle des Staates für die Begründung, Entfaltung und Sicherung der Freiheit in den Blick nimmt.

Für *Hegel* gilt: »Die Idee des Rechts ist die Freiheit« (§ 1 von *Hegels* »Grundlinien einer Philosophie des Rechts« [im Folgenden: »Rechtsphilosophie«]). Daraus folgt der Begriff des Rechts. Die Menschen sind nicht primär Pflichten ausgesetzt, sondern werden zu Trägern von Rechten. Sie schaffen Autonomie, welche die Menschen zu einem selbständigen Leben befähigt. Das Recht der Person wird zunächst als »abstraktes Recht« beschrieben, worin das abstrakte, formelle, allgemeine Wollen unmittelbar Ausdruck findet.⁵⁰ Freiheit ist nicht die individuelle Beliebigkeit, sondern der Vernunftgebrauch als »tätiger Prozess der Selbstbestimmung«.⁵¹ Anders als *Kant* und *Rousseau* sieht *Hegel* die Freiheit nicht in der Person, sondern in den Rechtsverhältnissen angelegt und nur darin verwirklicht.⁵² Die Rechte bestehen also stets nur im Hinblick auf einzelne konkrete Personen.

Hegel unterschied »philosophisches Recht« und »gesetztes Recht«, die er zugleich aufeinander bezieht. Freiheit entfaltet sich in Recht, Moralität wie Sittlichkeit (§ 33 Rechtsphilosophie) und steht in der Geschichte.⁵³ Die Positivität des Rechts folgt aus seiner Setzung, in der sich der »besondere Nationalcharakter eines Volkes« äußern soll (§ 3 Rechtsphilosophie). Mittels seiner Positivierung und Nationalisierung hat das Recht somit an der Sittlichkeit des Staates teil, welche als »das Bleibende und die Macht [...], durch welche das Leben der Individuen regiert wird« und den »Völkern als die ewige Gerechtigkeit« erscheint (§ 145 Rechtsphilosophie).

Hegel überwand mit dieser Rückbindung des Rechts auf die staatliche Ordnung und Gemeinschaft die Naturrechtslehre.⁵⁴ Recht wird speziell, national und mit der Sittlichkeit eines Volkes verbunden. Für *Hegel* ist die Freiheit also nicht entscheidend das Recht Einzelner, sondern vielmehr das Recht aller. Freiheit und Gemeinschaft werden eng und unauflösbar verbunden, »in der die Mitglieder sich miteinander so viel Anteilnahme entgegenbringen, dass sie sich um des jeweils anderen willen wechselseitig zur Verminderung ihrer begründeten Bedürfnisse verhelfen«.⁵⁵ Das Volk ist bei *Hegel* im Unterschied zu *Kant* mehr als »eine Menge Menschen«.⁵⁶

Hegels Theorie baut ferner auf die Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Staat.⁵⁷ Jene steht nicht mehr allgemein für die »Societät« als Verbindung durch den »privatrechtlich geregelten Verkehr bürgerlicher Privatleute«.⁵⁸ Schon vor *Hegel* wurde zwischen Gesellschaft und Staat unterschieden⁵⁹, weil die staatliche Souveränität die bürgerliche Gesellschaft ermöglichen und schützen soll. Neuzeit-

44 *Stammeler* (Fn. 41), S. 137 ff.

45 *Holzhey*, in: ders. (Fn. 26), S. 13.

46 *Meyer*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 301 ff.

47 *Meyer*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 303 ff.

48 *Meyer*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 309 ff.

49 *Meyer*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 310 ff.

50 *Vieweg*, *Das Denken der Freiheit*, Paderborn 2012, S. 99.

51 *Vieweg* (Fn. 50), S. 43.

52 *Liebrucks*, in: *Riedel* (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt aM. 1975, S. 13 ff.; *Bobbio*, in: *Riedel* (ebd.), S. 81, 100.

53 *Liebrucks*, in: *Riedel* (Fn. 52), S. 16; *Bobbio*, in: *Riedel* (Fn. 52), S. 90 f.

54 *Bobbio*, in: *Riedel* (Fn. 52), S. 86 ff.

55 *Honneth*, *Die Idee des Sozialismus, Versuch einer Aktualisierung*, Berlin 2015, S. 46 f.

56 *Kant*, *Rechtslehre* (Fn. 21), § 43.

57 *Böckenförde* (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976.

58 *Habermas*, *Theorie und Praxis*, Frankfurt aM. 1971, S. 53.

59 *Angermann*, in: *Böckenförde* (Fn. 57), S. 109 ff.

liches Denken hatte damit die ältere, auf *Aristoteles*⁶⁰ zurückgehende Vorstellung überwunden, dass Gesellschaft und Staat eine Einheit bilden und der Staat das gute Leben der Einzelnen unmittelbar ermöglichen solle.

Hegel sieht den Staat nicht als Produkt des Vertrages seiner Bürger.⁶¹ Er erklärt den Staat auch nicht aus dem »Socialitätstrieb« der Menschen (§ 258 Rechtsphilosophie). »Wenn der Staat vorgestellt wird als eine Einheit verschiedener Personen, als eine Einheit, die nur Gemeinsamkeit ist, so ist damit die bürgerliche Gesellschaft gemeint. Viele der neueren Staatsrechtslehrer haben es zu keiner anderen Ansicht vom Staate bringen können« (§ 182 Rechtsphilosophie Z).

Die bürgerliche Gesellschaft ist zunächst die Eigentümergesellschaft (§§ 33, 182 Rechtsphilosophie). Eigentum beruht auf der Anerkennung des Besitzes durch die anderen (§ 45 Rechtsphilosophie).⁶² Der Markt wird durch Vertragsrecht möglich. Er fordert den Ausgleich der Unterschiede von Interessen. Dieser geschieht durch Gesetzgebung, die den Marktverkehr umfassend rahmt und formt. Der Warenverkehr richtet sich an das »Publikum« (§ 236 Rechtsphilosophie) – die Allgemeinheit. »Diese allgemeinen Geschäfte und gemeinnützigen Veranstaltungen fordern die Aufsicht und Vorsorge der öffentlichen Macht« (§ 235 Rechtsphilosophie). Die Polizei sucht damit, die »ungehinderte Wirksamkeit der Gesellschaft« zu begrenzen.⁶³ Der Markt ist deshalb eine öffentliche Angelegenheit. Marktregulierung geschieht, um das Marktgeschehen mit dem Allgemeinwohl in Einklang zu bringen. Regeln sind nötig. Denn »die Gewerbefreiheit darf nicht von der Art seyn, daß das allgemeine Beste in Gefahr kommt« (§ 236 Rechtsphilosophie Zusatz).

Die bürgerliche Gesellschaft ermöglicht den Menschen, ihre Eigenheiten zu entfalten und ihre Interessen zu verfolgen.⁶⁴ »Die bürgerliche Gesellschaft beinhaltet das Frei-Werden der Besonderheit und erscheint als Kampfplatz der individuellen Privatinteressen Aller gegen Alle (§ 289 Rechtsphilosophie)«. »Die Gleichheit des Rechts aller auf Freiheit und damit auf privates Eigentum führt vielmehr nach seiner Analyse zur Ungleichheit der Fähigkeiten und des Vermögens im Konkurrenzkampf der bürgerlichen Gesellschaft.«⁶⁵ Der Markt ermöglicht die arbeitsteilige Produktion und damit das individuelle Wohlergehen; der Markt birgt aber zugleich die Gefahr sozialer Entzweiung.⁶⁶ Der »selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung, so durch die Allgemeinheit bedingt,

begründet ein System allseitiger Abhängigkeit, daß die Subsistenz, und das Wohl und Recht des Einzelnen und sein rechtliches Daseyn in die Substanz, das Wohl und Recht Aller verflochten, darauf gegründet und nur in diesem Zusammenhange wirksam und gesittet ist.-Man kann dieß System zunächst als den äußeren Staat,- Noth- und Verstandes-Staat ansehen« (§ 183 Rechtsphilosophie).

Dieser Austausch ist aber mit den individuellen Gefahren des Scheiterns und Elends verbunden (§ 185 Rechtsphilosophie). Armut folgt daher nicht nur ungünstiger Veranlagung, sondern ist unmittelbar im Markt angelegt. Darin sind Gefahren expandierender und grassierender Armut angelegt. »Das Herabsinken einer großen Masse unter das Maaß einer gewissen Subsistenzweise, die sich von selbst als die für ein Mitglied der Gesellschaft notwendige regulirt,- und damit zum Verluste des Gefühls des Rechts, der Rechtlichkeit und der Ehre, durch eigene Thätigkeit und Arbeit zu bestehen,- bringt die Erzeugung des Pöbels hervor, die hinwiederum zugleich die größere Leichtigkeit, unverhältnismäßige Reichthümer in wenigen Händen zu konzentrieren, mit sich führt« (§ 244 Rechtsphilosophie).

Der Entzweiung in der bürgerlichen Gesellschaft sollen Polizei und Korporation entgegentreten. Beide tragen zur Regulierung (§ 236 Rechtsphilosophie) und Versittlichung (§ 253 Rechtsphilosophie) bei und vermitteln zwischen Gesellschaft und Staat.⁶⁷ Die Verwaltung hat den gefahrlosen Marktverkehr zu sichern und muss dafür der Armut doppelt entgegenwirken: tätige Hilfe für die Armen leisten und zur Armut führende Lebenslagen überwinden, die *Hegel* als »Unrecht« markiert. Armen zu helfen, ist nicht nur ein moralisches Gebot für den Einzelnen; dieses zu befolgen, reicht aber nicht zu. Deswegen wird das »Zufällige des Almosens, der Stiftungen wie des Lampenbrennens bei Heiligenbildern u.s.f. [...] ergänzt durch öffentliche Armenanstalten, Krankenhäuser, Straßenbeleuchtung u.s.w.« (§ 242 Rechtsphilosophie). Insgesamt hat der Staat eine doppelte Aufgabe: »Die polizeiliche

60 *Aristoteles*, Politik.

61 *Baruzzi*, in: Maier/Rausch/Denzer (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens*, München 1987, S. 159, 167 ff., 172.

62 *Baruzzi*, in: Maier/Rausch/Denzer (Fn. 62), S. 167 ff.

63 *Riedel*, in: ders. (Fn. 52), S. 247, 266.

64 *Vieweg* (Fn. 50), S. 269.

65 *Ilting*, in: *Riedel* (Fn. 52), S. 52, 56.

66 *Vieweg*, FS Eichenhofer, 2015, S. 683, 695.

67 *Riedel*, in: ders. (Fn. 52), S. 266.

Vorsorge verwirklicht und erhält zunächst das Allgemeine, welches in der Besonderheit der bürgerlichen Gesellschaft enthalten ist, als eine äußere Ordnung und Veranstaltung [...] so wie als höhere Leitung Vorsorge für die Interessen, die über diese Gesellschaft hinausführen, trägt« (§ 249 Rechtsphilosophie).

Der Staat ist auf Teilnahme seiner Bürger und auf Fürsorge für und damit Teilhabe durch seine Bürger ausgerichtet.⁶⁸ Der fürsorgende Staat hat deshalb demokratisch zu sein. Eine »organische Selbstbeherrschung verlangt nach Teilhabe an der Staatswillensbildung«⁶⁹. »Die sittliche Idee, als deren Wirklichkeit Hegel den Staat bezeichnet, wird von ihm als die Einheit der aus solcher Selbstbestimmung (und nicht Naturbestimmung) des Menschen hervorgehenden objektiven und subjektiven Momenten aufgefasst« und zwar objektiv in der Sitte und subjektiv im Bewusstsein der Handelnden.⁷⁰

Ein Staat, der die »Individuen zur notwendigen Wirklichkeit zu machen und dann ihr Wohl, dass jeder zunächst für sich besorgt, das schlechthin eine allgemeine Seite hat, zu befördern, die Familie zu schützen und die bürgerliche Gesellschaft zu leiten« hat, ist ein umfassend verstandener Sozialstaat.⁷¹ Dieser begründet vor allem die persönlichen Freiheiten der abhängigen Schichten.⁷² Die Sicherung realer Teilhabe der Bevölkerung wird zum Mittel realer Freiheitssicherung.⁷³ »Das Kernprinzip der so verstandenen Sozialverantwortung ist also die sittliche Maxime, daß jeder Einzelne für Alle, aber auch Alle für jeden Einzelnen in der Gesellschaft verantwortlich sind.«⁷⁴

b) Sozialreform auf Hegels Pfaden

Die Bemühungen um die politische Gestaltung der sozialen Frage in Deutschland waren vielfältig und beschäftigten alle politischen Richtungen.⁷⁵ Die Armut sollte durch Erziehung und Bildung überwunden werden.⁷⁶ Robert Malthus behauptete, Armenhilfe verstärke die Armut, weil sie die Empfänger immobil und untätig mache: die Reform des englischen Armenrechts von 1834 zog daraus die Folgerung, diese auf Arbeitsunfähige und die Leistungshöhe auf den auf dem Arbeitsmarkt niedrigsten Satz zu beschränken.⁷⁷ Friedrich Harkort erhoffte sich im Vormärz von den Konsumvereinen, Sparkassen und Unterstützungsvereinen eine Überwindung der sozialen Lage durch Selbstorganisation und Selbsthilfe.⁷⁸ Karl Rodbertus-Jagetzow (1805–1875) erklärte die soziale Frage aus der Unterkonsumtion der

Arbeiterschaft, welche durch höhere Löhne überwunden werden könne und solle.⁷⁹ Robert von Mohl sah den Rechtsstaat dazu verpflichtet, die wirtschaftlichen Grundlagen des Staates zu sichern.⁸⁰ Lorenz von Stein sprach 1876 von »socialer Demokratie« durch einen »Gesellschaftlichen und socialen Staat« aus.⁸¹ Lassalle wollte Bismarck vom »sozialen Königtum« überzeugen.⁸² Eduard Bernstein hob die gemeinsamen geistigen Wurzeln von Liberalismus und Sozialismus hervor.⁸³

In der Historischen Schule der Nationalökonomie kam damals die Sozialwissenschaft auf; sie wandte sich gegen das Laisser Faire als gesellschaftliches Grundprinzip des wirtschaftlichen und sozialen Lebens. Gustav Schmoller – sein profiliertester Vertreter – sieht Wirtschaften als Teil der Natur- und Kulturgestaltung.⁸⁴ Gegenstand der Nationalökonomie ist auch die Sozialpolitik, denn jene ist mehr als Markt und Tausch von Waren und Diensten. Der Staat ist für die Wohlfahrt zentral berufen. Deshalb muss er auch die unteren sozialen Klassen schützen und sie in Gesellschaft und Staat einfügen.

Anstelle des Armenwesens solle künftig das Versicherungswesen treten. Lujo von Brentano forderte aus liberaler Überzeugung die Anerkennung der Tarifverträge.⁸⁵ Adolph Wagner sprach sich für staatlichen Arbeitsschutz und Sozialversicherung aus.⁸⁶

Otto von Gierke⁸⁷ trat als einer der Kritiker gegen das Bürgerliche Gesetzbuch hervor. In seinem Aufsatz: »Die soziale Aufgabe des Privatrechts« (1889) fordert er vom

68 Huber, in: ders. (Hrsg.), Nationalstaat und Verfassungsstaat, Stuttgart 1965, S. 127, 130.

69 Böckenförde, FS Brunner, 1963, S. 248.

70 Maihofer, FS Husserl, 1969, S. 234–273; ders. in: Riedel (Fn. 52), S. 361, 366.

71 Maihofer (Fn. 70), S. 367.

72 Huber, in: ders. (Fn. 68), S. 142.

73 Böckenförde (Fn. 57), S. 249.

74 Huber, in: ders. (Fn. 68), S. 241, 262.

75 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Hrsg.), Handbuch Sozialpolitik, Weinsberg 1988, S. 12 ff.

76 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 18.

77 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 20 f.

78 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 24.

79 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 24.

80 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 28.

81 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 26.

82 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 28.

83 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 40.

84 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 56.

85 Ebd.

86 Ritter, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 57.

87 v. Gierke, in: Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt aM. 1949, S. 478.

Gesetzgeber neben der Förderung der Rechte des Einzelnen auch das Gemeinwohl zu verfolgen. Gesetzgebung stehe unter dem Gebot der Einheit des Rechts und der Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und Privatrecht: »Wir nehmen in den Zweck des öffentlichen Rechts die Freiheit und in den Zweck des Privatrechts die Gemeinschaft auf.« Damit geht die Veränderung von öffentlichem und Privatrecht einher. »Wir brauchen ein öffentliches Recht, das durch und durch Recht ist, das ein Verhältnis der Gegenseitigkeit zwischen dem ganzen und seinem Gliede, zwischen der höchsten Allgemeinheit und den engeren Verbänden setzt [...]. Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt. Schroff ausgedrückt: In unserem öffentlichen Recht muss ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern«. Mit Blick auf das Privatrecht folgt daraus: »Unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein!«

Entstehung und Entfaltung politischer Menschenrechte waren eng mit den bürgerlichen und sozialen Menschenrechten verbunden.⁸⁸ Als Ausgangspunkt des 18. Jh. die bürgerlichen Menschenrechte entstanden, waren die politischen Rechte deren unselbständiger Teil, die den Besitzenden und deswegen Steuerpflichtigen das Recht gaben, an der staatlichen Abgaben- und Ausgabenpolitik als Bürger mitzubestimmen. Dieses mit dem Besitz eng verbundene Recht auf politische Beteiligung war auf den kleinen Kreis der besitzenden männlichen Staatsbürger beschränkt, die damals einzig Inhaber der Menschenrechte waren; hingegen waren anfangs die weitaus zahlreichen besitzlosen Handwerker, Kleinhändler oder Arbeiter und alle Frauen von sämtlichen »Menschenrechten« zunächst ausgenommen.

Das 19. und 20. Jh. waren vom Kampf um das politische Wahlrecht geprägt. Die Ausweitung der bürgerlichen Menschenrechte auf alle Menschen und die Entdeckung wie Entfaltung der sozialen Menschenrechte gingen parallel. Die auf den kleinen Kreis der Besitzenden beschränkten Menschenrechte waren Privileg für wenige, denen die Rechtlosigkeit vieler gegenüberstand. Die Freiheit der Besitzenden als unbeschränkte Befugnis ging zu Lasten mitteloser Bürger. Es zeigte sich, dass auf eine soziale Minderheit beschränkte Menschenrechte deren universalen Anspruch verleugneten, für den sie stehen und dem sie nur gerecht werden, wenn alle Menschen zu deren Trägerinnen

und Trägern geworden sind. Das allgemeine Wahlrecht wurde in schweren politischen und sozialen Kämpfen durchgesetzt; diese Entwicklung fand ihren Abschluss wie ihre Vollendung in dem im 20. Jh. eingeführten Frauenwahlrecht. Seither gilt die Wahlrechtsgleichheit als grundlegende Voraussetzung jeder Demokratie.⁸⁹

Auf dem Boden des allgemeinen Wahlrechts vermochten die ökonomisch Schwachen ihre sozialen Anliegen erstmals zum Gegenstand staatlicher Politik zu erheben.⁹⁰ Zwischen der Gleichheit als Grundregel in der Ordnung des Politischen, namentlich bei der staatlichen Willensbildung, und der Verminderung der Einkommens- und Vermögensunterschiede im Wirtschaftsleben⁹¹ mag auf den ersten Blick kein Zusammenhang zu erkennen sein. Aber die Wahlrechtsgleichheit richtete alle Staatstätigkeit neu aus. Es kam zur umfassenden Steuerung der Gesellschaft. Die Sicherung der Teilhabe aller Menschen am Gemeinwesen wurde zur neuen und fortan zur zentralen Staatsaufgabe. Die auf der Wahlrechtsgleichheit beruhende Demokratie brachte den Sozialstaat hervor.⁹² In diesem Prozess entstand die soziale Sicherheit als arbeitszentrierte, vom Staat geschaffene kollektive Lebensform. Sie trat den privaten, bürgerlichen Freiheiten einschränkend gegenüber und nahm zugleich elementare Existenzsicherungsaufgaben wahr und schuf damit neue Freiheiten für die Gesicherten.⁹³

Politische und soziale Rechte bedingen und stützen deshalb einander.⁹⁴ In der sozial ausgerichteten Demokratie findet diese ihren zentralen Auftrag in der Ausformung und Entfaltung sozialer Rechte.⁹⁵ Eine ihrer sozialen Bestimmungen innewordenen Demokratie erweitert die Demokratie von der Organisation des Staates auf die der Gesellschaft.⁹⁶ Rechte der Arbeiterschaft auf Teilhabe am Arbeitsleben und in der Sozialversicherung entwickelten sich als Ausprägungen der »industriellen Demokratie«

88 Marshall, *Social Citizenship and Social Class*, 1950.

89 Dahm, *Sozialstaat und Soziale Demokratie*, Bonn 2012, S. 9 ff.; Mahlmann, *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, Baden-Baden 2017, 3. Aufl., Rn. 200.

90 Mahlmann (Fn. 89), Rn. 176; Herzog, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 79, 83.

91 Herzog, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 80 f.

92 Vogel, in: Bsirske/Kocsis/Traub (Hrsg.), *Gegen den schleichenden Abbau des Sozialstaats*, Hamburg 2012, S. 13; Dahm (Fn. 89), S. 9.

93 Offe, *Der Wohlfahrtsstaat und seine Bürger*, Wiesbaden 2019, S. 89 ff.

94 Nullmeier, in: Spieker (Hrsg.), *Der Sozialstaat. Fundamente und Reformdiskurse*, Baden-Baden 2012, S. 65 ff.

95 Offe (Fn. 93), S. 96.

96 Herzog, in: v. Maydell/Kannengießer (Fn. 75), S. 81.

(*Beatrice* und *Sydney Webb*). Sie gingen im deutschen Kaiserreich mit den dort begründeten Arbeiter- und Angestelltenausschüssen, aus denen nach 1920 Betriebsräte wurden, und der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung mit umfassender politischer Teilhabe parallel.⁹⁷ Daraus ging das heutige Recht hervor, das Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht schuf, um im Zusammenwirken ziviles Leben und sozialen Ausgleich hervorzubringen.

Rechtswissenschaft ist nicht Interpretationswissenschaft (*Helmut Coing*), weil sie nicht auf das Wortverständnis von Texten aus ist, sondern sich um die »normative Geltungskraft« der Rechtsnormen heraus- und den »Bezug zu den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebensverhältnissen, zu deren Ordnung sie (die Texte) bestimmt sind,« herstellt.⁹⁸

Die NS-Zeit veränderte das Recht von Grund auf. Die Vorstellung von individuellen Rechten galt dem Nationalsozialismus als Ausdruck von Liberalismus, Kapitalismus, Kommunismus, Individualismus und Materialismus und der Tradition römischen Rechts. Diesem allem sagte das NS-Recht den Kampf an, indem es nach der Devise: »Gemeinnutz vor Eigennutz« die gesamte Rechtsordnung einem Gemeinwohlaufrag und -vorbehalt unterwarf, der selbst um den Preis der vollständigen Zurückdrängung individueller Rechte – nach der Propagandaformel: »Du bist nichts, /Dein Volk ist alles!« – im totalen Staat endete. Der Nationalsozialismus brach mit den seit dem 17. Jh. tradierten Vorstellungen von Recht.⁹⁹ Diese Neuausrichtung der Gesetzgebung bewirkte Veränderungen in sämtlichen Rechtsgebieten: Im Arbeitsrecht stand nun der Gemeinschaftsgedanke im Vordergrund.¹⁰⁰ Konflikt und Kompromiss – die das kollektive Arbeitsrecht zuvor prägten – wurden vom einseitigen staatlichen Oktroi von Geboten und Anordnungen ersetzt und mit einer neuen Arbeitsethik verbunden. Die Eigentumsrechte wurden als staatsgebunden gedeutet¹⁰¹: »Der Staat befiehlt der Wirtschaft!«¹⁰²

3. Ferdinand Lassalle

a) Zusammenhang von politischer und sozialer Freiheit

Ferdinand Lassalle gründete die spätere sozialdemokratische Partei Deutschlands und war zugleich einflussreicher Vordenker des sozialen Rechts. Er verfocht ein empirisch geläutertes Verständnis von Revolution, das dieser ihre Dramatik und ihren Schrecken nahm. »Eine Revolution machen wollen, ist die Torheit unreifer Menschen, die von

den Gesetzen der Geschichte keine Ahnung haben.«¹⁰³ Die Revolution schaffe nichts Neues, sondern bringe die sich vorher in »den Eingeweiden der Gesellschaft vollzogenen« Veränderungen zur Geltung.¹⁰⁴ Nur Reformen auf legalem Wege hätten daher Zukunft. Revolutionen gelingen nur, wenn das revolutionär zu Erreichende bereits zuvor in den gesellschaftlichen Strukturen angelegt war.

Die von der Französischen Revolution adressierte bürgerliche Klasse zerfalle in zwei Unterklassen: die Besitzenden einerseits und die aus ihrer Arbeit den Lebensunterhalt ziehenden Erwerbstätigen andererseits. Das im 19. Jh. vorherrschende Zensus-Wahlrecht bevorzuge die Besitzenden, weil sie wählen dürften, und benachteilige die Nichtbesitzenden, weil sie vom Wahlrecht ausgeschlossen sind.¹⁰⁵ Im preußischen Drei-Klassen-Wahlrecht hätte die kleine Klasse von Besitzenden einen weit höheren Einfluss gegenüber den Nichtbesitzenden. Diese Ungleichheit läuft dem Gebot gleicher Freiheit zuwider. Alle Arbeitenden seien deshalb gleich: »Arbeiter sind wir alle, insofern wir nur den Willen haben, uns in irgendeiner Weise der menschlichen Gesellschaft nützlich zu machen.«¹⁰⁶

Lassalle erkannte, dass sich jede auf dem allgemeinen Wahlrecht begründete Demokratie notwendiger Weise der Arbeiterbelange als der Belange der Mehrheit annehmen müsse. Der Kampf um das allgemeine Wahlrecht galt damit nicht nur dem politischen und sozialen Einfluss der Arbeiterschaft, sondern darüber hinaus auch der Überwindung der Ungleichheit in der Gesellschaft.¹⁰⁷ Die Gleichstellung des vierten Standes und damit der Arbeiterschaft überwinde deren soziale, rechtliche und politische Zurücksetzung und verwirkliche damit erst die umfassende Gleichberechtigung: »Seine Sache ist in Wahrheit die Sache der gesamten Menschheit, seine Freiheit ist die Freiheit der Menschheit selbst, seine Herrschaft

97 *Kott*, Sozialstaat und Gesellschaft. Das deutsche Kaiserreich in Europa, Göttingen 2014, S. 91 ff.

98 *Raiser*, in: ders. (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg Ts. 1977, S. 145, 147.

99 *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, München 1974.

100 *Stolleis* (Fn. 99), S. 96 ff., 128 ff.

101 *Stolleis* (Fn. 99), S. 117.

102 *Stolleis* (Fn. 99).

103 *Lassalle*, Arbeiterprogramm, Stuttgart 1973, S. 17.

104 *Lassalle* (Fn. 103), S. 17 f.

105 *Lassalle* (Fn. 103), S. 23 ff.

106 *Lassalle* (Fn. 103), S. 35.

107 *Lassalle* (Fn. 103), S. 36.

ist die Herrschaft aller.«¹⁰⁸ Der Arbeiter kann deswegen »die Erfüllung seiner legitimen Interessen nur von der politischen Freiheit erwarten.«¹⁰⁹

Aus diesem Grund fielen vornehmlich dem demokratischen Staat soziale Aufgaben zu. Die Arbeiterpartei habe weiter reichende Ziele als die linksliberale Fortschrittspartei, die nur in punktueller Differenz zu den Nationalliberalen stehe.¹¹⁰ Das Anliegen der Arbeiterpartei zielt auf Überwindung des »Elends der Arbeiterindividuen«¹¹¹, was praktisch durch »Kranken-, Invaliden-, Spar- und Hilfskassen« zu geschehen habe, und prinzipiell auf die Überwindung des »ehernen Lohngesetzes«, dass der Lohn der Arbeit stets nur auf das Existenzminimum beschränkt sei.¹¹² Das Ziel sei die »freie individuelle Assoziation der Arbeiter.«¹¹³ Diese werde zur Wirklichkeit, wenn der »Arbeiterstand sein eigener Unternehmer ist«, weil dann »jene Scheidung zwischen Arbeitslohn und Unternehmergeinn« entfällt.¹¹⁴ Der Staat erfüllt nach *Lassalle* für die Schaffung allgemein zuträglicher Lebensbedingungen eine Schlüsselrolle. Er hat die Freiheiten aller Menschen gleich zu verwirklichen und damit das Menschengeschlecht zu entfalten.¹¹⁵ Eine auf dem allgemeinen und gleichen Wahlrecht beruhende Gesellschaft gründete sich für *Lassalle* auf die »Solidarität der Interessen, die Gemeinsamkeit und die Gegenseitigkeit der Entwicklung.«¹¹⁶

Lassalle sah im demokratischen Staat die »Einheit der Individuen im sittlichen Ganzen.«¹¹⁷ Dieses wurde im 20. Jh. in Gestalt des demokratischen Staates das leitende Organisationsprinzip menschlichen Zusammenlebens.¹¹⁸ Einem solchen Staat ist nach *Lassalle* primär die Begründung, Entfaltung, Sicherung und Ausweitung der sozialen Rechte aufgegeben. Deshalb ist jeglicher Sozialabbau als Entsolidarisierung und Entpolitisierung zu verstehen, der sozial Schwache in Apathie oder Anomie führt.¹¹⁹

»Die Geschichte ist ein Kampf der Natur; mit den Elementen, der Unvollkommenheit, der Armut, der Machtlosigkeit und mit der Unfreiheit aller Art, in der wir uns befinden, als das Menschengeschlecht im Anfang der Geschichte auftrat.«¹²⁰ »Der Staat ist es, welcher die Funktion hat, diese Entwicklung der Freiheit, diese Entwicklung des Menschengeschlechts zur Freiheit zu vollbringen. Der Staat ist diese Einheit, welche die Kräfte aller einzelnen, welche in diese Vereinigung eingeschlossen sind, millionenfach vermehrt, die Kräfte, welche ihnen alle als einzelnen zu Gebote stehen würden, millionenfach vervielfältigt.«¹²¹

»Der Zweck des Staates ist also nicht der, dem einzelnen nur die persönliche Freiheit und das Eigentum zu schützen, mit welcher er nach der Idee der Bourgeoisie angeblich schon in den Staat eintritt; der Zweck des Staates ist vielmehr gerade der, durch diese Vereinigung die einzelnen in den Stand zu setzen, solche Zwecke, eine solche Stufe des Daseins zu erreichen, die sie als einzelne nie erreichen könnten, sie zu befähigen, eine Summe von Bildung, Macht und Freiheit zu erlangen, die ihnen sämtlich als einzelne schlechthin unersteiglich wäre.«¹²² »Der Zweck des Staates ist somit der, das menschliche Wesen zur positiven Entfaltung und fortschreitenden Entwicklung zu bringen, mit anderen Worten, die menschliche Bestimmung, d.h. die Kultur, deren das Menschengeschlecht fähig ist, zum wirklichen Dasein zu gestalten; er ist die Erziehung und Entwicklung des Menschengeschlechts zur Freiheit.«¹²³

b) Lassalle-Erbe der deutschen Sozialdemokratie

Die deutsche Sozialdemokratie entstand 1863 und 1875 aus dem Zusammenschluss von zwei Parteien – den *Lassalle-* und *Marx-Anhängern*. *Karl Marx* hatte in den Anfangsjahren für die sozialdemokratische Programmatik daher eine große Bedeutung. Je stärker sich die Sozialdemokratie in Gemeinden, Bundesstaaten und im Reich zur bestimmenden politischen Kraft entwickelte, umso dringlicher stellte sich die Frage, welche Verbindung zwischen dem sozialrevolutionären Programm und der alltäglichen, zunehmend wirkungsvollen politischen Arbeit der Sozialdemokraten in den Parlamenten und Verwaltungen besteht.

108 *Lassalle* (Fn. 103), S. 35.

109 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Hrsg.), Programmatische Dokumente der deutschen Sozialdemokratie, Berlin/Bonn-Bad Godesberg 1973, S. 103, 104.

110 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Fn. 109), S. 105.

111 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Fn. 109), S. 109.

112 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Fn. 109), S. 105, 115 f.

113 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Fn. 109), S. 122.

114 *Lassalle*, in: Dowe/Klotzbach (Fn. 109), S. 105, 122.

115 *Lehnert*, in: Brandt/Lehnert (Hrsg.), Ferdinand Lassalle und das Staatsverständnis der Sozialdemokratie, Baden-Baden 2014, 27 ff.

116 *Lehnert*, in: Brandt/Lehnert (Fn. 115), S. 42.

117 *Brandt*, in: Brandt/Lehnert (Fn. 115), S. 174 ff., 178.

118 *Brandt*, in: Brandt/Lehnert (Fn. 115), S. 175 ff.

119 *Butterwegge*, Die Zerrissene Republik, wirtschaftliche, soziale und politische Ungleichheit in Deutschland, Wiesbaden 2020, S. 372 ff.

120 *Lassalle* (Fn. 103), S. 43.

121 Ebd.

122 *Lassalle* (Fn. 103), S. 43 f.

123 *Lassalle* (Fn. 103), S. 44.

In dem im Jahr 1869 in Eisenach beschlossenen »Programm der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei« heißt es: »Der Kampf für die Befreiung der arbeitenden Klassen ist nicht ein Kampf für Klassenprivilegien und Vorrechte, sondern für gleiche Rechte und gleiche Pflichten und für die Abschaffung der Klassenherrschaft. Die ökonomische Abhängigkeit des Arbeiters von dem Kapitalisten bildet die Grundlage der Knechtschaft in jeder Form, und es erstrebt deshalb die Sozialdemokratische Partei unter Abschaffung der jetzigen Produktionsweise (Lohnsystem) durch genossenschaftliche Arbeit den vollen Arbeitsertrag für jeden Arbeiter. Die politische Freiheit ist die unentbehrliche Vorbedingung zur ökonomischen Befreiung der arbeitenden Klassen. Die soziale Frage ist mithin untrennbar von der politischen, ihre Lösung durch diese bedingt und nur möglich im demokratischen Staat.« Daraus leiteten sich verschiedene politische Forderungen ab, so nach dem allgemeinen, gleichen, direkten, geheimen Wahlrecht aller Männer über 20 Jahren, der Aufhebung sämtlicher Vorrechte des Standes, des Berufs, der Geburt und Konfession, der Errichtung der Volkswehr an Stelle der stehenden Heere und die Trennung von Kirche und Staat sowie der Trennung der Schule von der Kirche.

In der Präambel zu dem auf dem Gothaer Parteitag 1875 beschlossenen Programm der Sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands heißt es: »Die Arbeit ist die Quelle alles Reichtums und der Kultur, und da allgemein nutzbringende Arbeit nur durch die Gesellschaft möglich ist, so gehört der Gesellschaft, das heißt allen ihren Gliedern, das gesamte Arbeitsprodukt, bei allgemeiner Arbeitspflicht, nach gleichem Recht, jedem nach seinen vernunftgemäßen Bedürfnisse [...] Die Befreiung der Arbeit muß das Werk der Arbeiterklasse sein, der gegenüber alle anderen Klassen nur eine reaktionäre Masse sind.«

Im Erfurter Programm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands von 1891 wird die »Naturnotwendigkeit« des Rückgangs des Kleinbetriebs und der Entstehung des Großbetriebs festgestellt. Die dadurch eintretenden Gewinne ziehe das Kapital, wogegen gleichzeitig das Proletariat und die Mittelschicht unsicher und in ihrer Existenz bedroht leben. Die Sozialdemokratie sprach sich für eine wirksame nationale und internationale Arbeiterschutzgesetzgebung ein.

Im Görlitzer Programm von 1921 definierte sich die Sozialdemokratie als »Kampfgemeinschaft für Demokratie und Sozialismus«, die um die »Herrschaft des im freien

Volksstaat organisierten Volkswillens über die Wirtschaft, um die Erneuerung der Gesellschaft im Geist sozialistischen Gemeinsinns« wirkt. Dafür bedürfe es der »Überwindung der herrschenden privatrechtlichen durch eine soziale Rechtsauffassung. Unterordnung des Vermögensrechts unter das Recht der Person und das Recht der sozialen Gemeinschaft. Kampf gegen Klassenjustiz, entscheidende Mitwirkung gewählter Volksrichter in allen Zweigen der Justiz. Erziehung zu allgemeiner Rechtskenntnis, verständliche Gesetzessprache« – lauteten weitere Forderungen.

Im Heidelberger Programm von 1925 formulierte die SPD den Wunsch, dass die »Gesellschaft aus der Unterwerfung unter blinde Wirtschaftsmacht und aus allgemeiner Zerrissenheit zu freier Selbstverwaltung in harmonischer Solidarität emporsteigen« möge. Ferner bekräftigte die SPD, »für eine mit sozialem Geiste erfüllte Rechtsordnung« einzutreten und einzustehen.

Im Godesberger Programm von 1959 artikulierte die SPD die Grundwerte des Sozialismus: »Die Sozialdemokraten erstreben eine Gesellschaft, in der jeder Mensch seine Persönlichkeit in Freiheit entfalten und als dienendes Glied der Gemeinschaft verantwortlich am politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben der Menschheit teilhaben kann. Freiheit und Gerechtigkeit bedingen einander. Denn menschliche Würde liegt im Anspruch auf Selbstverantwortung ebenso wie in der Anerkennung des Rechtes seiner Mitmenschen, ihre Persönlichkeit zu entwickeln und gleichberechtigt an der Gestaltung der Gesellschaft mitzuwirken. Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität und damit die aus der gemeinsamen Verbundenheit folgende gegenseitige Verpflichtung, sind die Grundsätze des sozialistischen Wollens«. »Durch Verschmelzung des demokratischen mit dem sozialen und dem Rechtsgedanken soll der Staat zum Kulturstaat werden, der seine Inhalte von den gesellschaftlichen Kräften empfängt und dem schöpferischen Geist der Menschen dient«.

c) Eduard Bernsteins revisionistischer Ansatz

Um die Wende zum 20. Jh. kam in der deutschen Sozialdemokratie der Revisionismus-Streit auf. Er fand seinen Gegenstand in der Frage, ob *Marxens* zentrale Annahmen über die Entwicklung des Kapitalismus und die daraus folgende Programmatik des Sozialismus zu revidieren sei.¹²⁴

¹²⁴ Kolakowski (Fn. 22), S. 117.

Eduard Bernstein verfocht den Revisionismus in der deutschen Sozialdemokratie,¹²⁵ den er als »evolutionären Sozialismus« begriff. Sein Hauptwerk »Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgabe der Sozialdemokratie«¹²⁶ heißt demgemäß in englischer Übersetzung: »Evolutionary Socialism.« Die Schrift sieht sich der von *Karl Marx* und *Friedrich Engels* begründeten Tradition des wissenschaftlichen Sozialismus verpflichtet,¹²⁷ betont aber den Unterschied zwischen reiner und angewandter Wissenschaft. *Bernstein* widersprach damit der von *Marx* gegebenen Deutung, der Kapitalismus führe zur Konzentration der Produktion und Entzweigung der Gesellschaft in Kapitalisten und Proletarier.¹²⁸ Der Wettbewerb ende nicht im Monopol, sondern ermögliche die Vielfalt von Produktion und Produkten.¹²⁹ *Bernstein* sah in der materialistischen Theorie eine Variation der von dem protestantischen Reformator *Calvin* begründeten Prädestinationslehre, der zufolge dem Menschen seine Zukunft im Jenseits bereits im Diesseits in den Zeugnissen eigenen Wirkens vorherbestimmt sei und erfahrbar werde. »So ist der Materialist ein Calvinist ohne Gott.«¹³⁰

Gegen die Annahme von der Zwangsläufigkeit in der Geschichte spricht, dass der Mensch anpassungsfähig und die Geschichte eigenständig sei und die Wirtschaft politischer und ideologischer Einwirkungen zugänglich sei. Er kritisierte namentlich die Arbeitswertlehre, weil Arbeit und Wertschöpfung und nicht nur eine materielle = gegenständliche, sondern zugleich eine ideelle Seite hätte und menschliche Interessen auch Ausdruck physischer und kultureller Bedürfnisse seien.¹³¹ Er wies auf die Ausdifferenzierung unterschiedlicher Unternehmen unterschiedlicher Größe und die Herausbildung einer Mittelklasse unter dem Kapitalismus hin.¹³² Der Kapitalismus habe sich in den zahlreichen erfahrenen Wirtschaftskrisen als durchaus resilient erwiesen.¹³³ Das Denken in Krisen und Zusammenbrüchen werde durch die wirtschaftlichen Entwicklungen des Kapitalismus nicht bestätigt, erkläre sich vielmehr aus einer sich gegen empirische Wahrnehmungen verschließenden Geschichtsdeutung und den »Fallstricken der hegelianisch-dialektischen Methode«.¹³⁴

Bernstein sagte aller revolutionären Gewalt den Kampf an¹³⁵ und er rief stattdessen die Sozialdemokratie zum Kampf um politische, parlamentarische Mehrheiten auf.¹³⁶ Er sah in der politischen Demokratie auch eine Voraussetzung zur wirtschaftlichen Demokratie.¹³⁷ Der Sozialismus wachse bereits in der kapitalistischen

Gesellschaft heran wie umgekehrt diese sich zur sozialistischen Gesellschaft auswachse.¹³⁸ Zugleich betonte *Bernstein*, dass der Sozialismus primär ein Reformprogramm darstelle, in der die im Kapitalismus erkämpften liberalen Freiheiten erhalten werden müssten. Der Sozialismus werde durch die »fortschreitende Demokratisierung«¹³⁹ der Politik ermöglicht und verwirklicht. Er bestimmt die Demokratie als einen »Gesellschaftszustand, wo keiner Klasse ein politisches Privilegium gegenüber der Gesellschaft zusteht«.¹⁴⁰

Die Volksherrschaft beruht auf der »Gleichberechtigung aller Angehörigen des Gemeinwesens.«¹⁴¹ »Die Demokratie ist Mittel und Zweck zugleich. Sie ist ein Mittel der Erkämpfung des Sozialismus, und sie ist die Form der Verwirklichung des Sozialismus.«¹⁴² »Das Wahlrecht der Demokratie macht seinen Inhaber virtuell zu einem Teilhaber am Gemeinwesen, und diese virtuelle Teilhaberschaft muss auf die Dauer zu tatsächlicher Teilhaberschaft führen.«¹⁴³ »Die genaueste Bezeichnung des Sozialismus wird jedenfalls diejenige sein, die an den Gedanken der Genossenschaftlichkeit anknüpft, weil damit zugleich ein wirtschaftliches und rechtliches Verhältnis ausgebildet wird.«¹⁴⁴ Der Revisionismus »nahm der sozialistischen Doktrin das edle Pathos der »letzten Schlacht« und der totalen Befreiung.«¹⁴⁵

125 *Kleger*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 94 ff.

126 *Bernstein*, *Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgabe der Sozialdemokratie*, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin 1921.

127 *Bernstein* (Fn. 126), S. 33.

128 Ebd.

129 *Bernstein*, *Die Arbeiterfrage*, Berlin 1919.

130 *Bernstein* (Fn. 126), S. 33.

131 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 125.

132 *Kleger*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 99.

133 *Bernstein* (Fn. 126), S. 108.

134 *Bernstein* (Fn. 126), S. 51.

135 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 122.

136 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 127.

137 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 127 f.

138 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 129.

139 *Kleger*, in: *Holzhey* (Fn. 26), S. 118.

140 *Bernstein* (Fn. 126), S. 176.

141 *Bernstein* (Fn. 126), S. 177.

142 *Bernstein* (Fn. 126), S. 178.

143 *Bernstein* (Fn. 126), S. 180.

144 *Bernstein* (Fn. 126), S. 129.

145 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 134.

4. Gustav Radbruch

Eine weitere herausragende Gestalt in der Formulierung sozialen Rechts war *Gustav Radbruch*¹⁴⁶. 1878 in Lübeck geboren, studierte er von 1898–1901 in München, Leipzig und Berlin, absolvierte 1903 die juristische Staatsprüfung, Promotion und Habilitation, wirkte von 1903–1910 als Privatdozent und danach als außerplanmäßiger Professor an der Universität Heidelberg, folgte 1914 einem Ruf an die Universität Königsberg, wechselte 1914 als Freiwilliger in den Krankenpflege-Dienst, diente von 1915 bis 1918 als Soldat bei der Landwehr, 1919 wurde er an die Universität Kiel berufen. Er wirkte während der Weimarer Republik in der Sozialdemokratie als Reichstagsabgeordneter, amtierte 1921, 1922 und 1923 als Reichsminister der Justiz und wurde auch in der SPD politisch aktiv. 1926 kehrte Radbruch an die Universität Heidelberg zurück, wurde 1933 wegen seiner Treue zur Weimarer Republik als Universitätsangehöriger entlassen, musste 1939 und 1942 den Tod seiner beiden Kinder *Renate* und *Anselm* erleiden, wurde 1945 beruflich rehabilitiert und wirkte am Neuaufbau der Heidelberger Juristenfakultät mit. *Radbruch* starb 1949 in Heidelberg.

Er entwickelte eine Theorie des sozialen Rechts aus den Unzulänglichkeiten der aus dem 19. Jh. überkommenen bürgerlichen Rechtsordnung. In deren gesetzgeberischer Überwindung erkannte er ein neues Leitbild von Recht. Darin erscheinen die während der Weimarer Republik ergriffenen Reformen Ausdruck eines neuen Bildes vom Menschen und eines veränderten Verständnisses von Gerechtigkeit. Dieses kennzeichnete er 1930: »Wir erleben von vielen nicht gewusst und nicht bedacht, eine epochale Umwandlung unseres Rechts, eine juristische Zeitenwende von nicht geringerer Bedeutung als Rezeption und Naturrecht. ›Die Zeit ist gekennzeichnet durch den Übergang vom individualistischen zum sozialen Zeitalter‹ [...]. Aber wir begreifen die sozialrechtliche Entwicklung nicht in ihrer Tiefe, wenn wir unter sozialem Recht lediglich ein Recht verstehen, das sich Sicherung und Wohlfahrt der wirtschaftlich Schwachen fürsorglich angelegen sein lässt. Das soziale Recht beruht vielmehr auf einer Strukturwandlung allen Rechtserkennens, auf einem neuen Begriff des Menschen: Soziales Recht ist nicht nur ein Recht, das auf das individualitätslose, seiner Eigenart entkleidete, auf das als vereinzelt gedachte, seine Vergesellschaftung enthobene Individuum zugeschnitten ist, sondern auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen.«¹⁴⁷

Aus dieser Kritik entstand das soziale Recht, das sich den konkreten Lebenslagen des Menschen zuwendet, diese gestaltet und daraus eine Kritik des vorherrschenden Rechts ableitet. Dieses »soziale Recht« stellt sich als »Sieg der Billigkeit über erstarrte Gerechtigkeit«¹⁴⁸ dar. Es trägt ein »sozialer Individualismus«¹⁴⁹, der aus einer Kritik am auf rechtsformaler Gleichheit folgenden Individualismus entsprang: »Die für alle gleiche Eigentümerfreiheit gestaltete sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit für den Eigentümer an Produktionsmitteln aus einer bloßen Herrschaft über Sachen zu einer Herrschaft über Menschen, für die besitzlosen Klassen aber zur Eigentumshörigkeit. Die für alle gleiche Vertragsfreiheit wird für die Besitzenden zur Diktatfreiheit, für die Besitzlosen zu wehrloser Diktatunterworfenheit.«¹⁵⁰

Ein auf konkrete gesellschaftliche Rollen – Arbeiter, Unternehmer, Angestellte¹⁵¹ – zielendes Recht zeige Macht- und Ohnmacht des Einzelnen auf: Nur diese Einsicht erlaube, sie zu überwinden. Dadurch veränderten sich aber nicht nur einzelne Bestimmungen des Rechts, sondern dessen Leitbilder: »Während dem individualistischen Recht der Gedanke der Gleichheit zugrunde liegt, ist das soziale Recht auf den Gedanken der Ausgleichung gegründet. Dort herrscht die kommutative, hier die distributive Gerechtigkeit«¹⁵², auf die das soziale Recht ausgerichtet sei¹⁵³. Ihr steht die konservative überindividualistische Haltung gegenüber, in der jeder einzelne Mensch primär als ein Teil eines Ganzen (Staat, Volk, Klasse) gesehen wird. Das Recht stehe vor der grundlegenden Aufgabe, seinen Regelungen einen der sozialen Wirklichkeit gemäßen juristischen Menschentypus zugrunde zu legen.¹⁵⁴ Vor diesem Hintergrund sei »der sozial gebundene, der kollektive Mensch als Grundlage des sozialen Rechts«¹⁵⁵ zu betrachten.

146 *Radbruch*, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, 2. Aufl., Stuttgart 1961; zu *Radbruch*: Kleinheyer/Jan/Schröder (Hrsg.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3. Aufl., München 1989, S. 228; *Eichenhofer*, SR 2012, 76 ff.; *ders.* ZSR 1983, 393.

147 *Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, 3. Aufl., Göttingen 1957, S. 35, 37.

148 *Radbruch*, *innere Weg* (Fn. 146), S. 163.

149 *Radbruch*, *innere Weg* (Fn. 146), S. 162.

150 *Radbruch*, *innere Weg* (Fn. 146), S. 162 f.

151 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1970, S. 163.

152 *Radbruch*, *Mensch im Recht* (Fn. 147), S. 39.

153 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 151), S. 159.

154 *Radbruch*, *Mensch im Recht* (Fn. 147), S. 3.

155 *Radbruch*, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Göttingen 1959, § 33 V.

»Grundgedanken des sozialen Rechts ist nicht mehr der Gedanke der Gleichheit der Personen, sondern der Gedanke der Ausgleichung zwischen ungleichen Personen«¹⁵⁶. Denn der Gleichheit fehle jeglicher intrinsische ethische Gehalt: »Gleichheit ist immer nur Absehen von vorhandener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte«¹⁵⁷. Das soziale Recht sei demnach durch vier Eigenheiten gekennzeichnet¹⁵⁸: es mache »zunächst hinter der nivellierenden Abstraktion des Personenbegriffs die individuelle Eigenart, die soziale Macht- und Ohnmachtsstellung sichtbar«; dadurch werde »die Stützung sozialer Ohnmacht und die Schrankenziehung gegen soziale Übermacht möglich«. Statt Gleichheit herrsche Ausgleichung, statt kommutativer distributive Gerechtigkeit vor. »Auch die privateste Rechtsbeziehung« erscheint schließlich als »ein gesellschaftliches Verhältnis«. Soziales Recht begründe daher wieder den Einklang zwischen »Rechtsform und Rechtswirklichkeit«.

»Kennzeichen für das soziale Recht ist die Publizierung des Privatrechts, das Eingreifen des öffentlichen Rechts bisher reine Privatrechtsverhältnisse, z.B. in der Mieterschutzgesetzgebung, Wohnraumbewirtschaftung, Preisüberwachung«¹⁵⁹. Es komme auf diese Weise zu einer »Durchwachsung des privaten und öffentlichen Rechts«¹⁶⁰ oder »Publizierung des Privatrechts«¹⁶¹. Sozialrechtliches Denken im Strafrecht bedeute das Verbrechen als soziale Erscheinung, antisoziale Handlung und sozial bedingtes Verhalten zu verstehen. Es sei entsprechend auf die »Besserung der Besserungsfähigen und die Sicherung vor den Unverbesserlichen« auszurichten.¹⁶²

5. Hugo Sinzheimer

Hugo Sinzheimer ist ein weiterer wichtiger Vertreter des sozialen Rechts in Deutschland. 1875 in Worms geboren, absolvierte er das Studium der Rechte und der Volkswirtschaftslehre in München, Berlin, Freiburg/Br., Marburg und Halle und schloss es 1901 mit der Promotion in Heidelberg ab. Seit 1903 wirkte er in Frankfurt a.M. als Rechtsanwalt und seit 1919 als Honorarprofessor an der dortigen Universität: 1919 wurde er Mitglied der Nationalversammlung und Abgeordneter der SPD und dort Berichterstatter über das Kapitel über das Wirtschaftsleben in der Weimarer Reichsverfassung. Danach wirkte er als aktiver Publizist in der Weimarer Republik. 1933 ging er in die Niederlande ins Exil, wo er Professuren in Amsterdam und

Leiden wahrnahm. Hugo Sinzheimer ist Begründer des Tarifrechts und der Rechtssoziologie in Deutschland; er verstarb 1945 in Amsterdam.¹⁶³

Sinzheimer wurde während seines Studiums von *Lujo von Brentano*, *Otto von Gierke* und *Rudolf Stammler* geprägt.¹⁶⁴ Sinzheimer trat zunächst als Analytiker des sich entwickelnden Arbeits- und namentlich des Tarifrechts hervor und beeinflusste danach das kollektive Arbeitsrecht durch politische Arbeit in der Nationalversammlung und als Autor; in der zweiten Phase der Weimarer Republik entwickelte er sich zum genauen Beobachter und Kritiker der Justiz. Nachdem *Philipp Lotmar*¹⁶⁵ aus der kollektiven Verbindung der Arbeitnehmer auch die kollektive Verbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge folgerte, widersprach Sinzheimer dieser damals allseits geteilten Deutung. Dem Tarifvertrag komme diese Wirkung als Akt sozialer Selbstbestimmung nur auf Grund gesetzgeberischer Anordnung zu. Er sprach sich demgemäß für ein Tarifgesetz aus und zwar mit der Überlegung: »Das Zeitalter des Individuums stirbt ab. Nicht mehr die einzelnen sind es, die fähig sind, ihre Verhältnisse frei zu bestimmen. An ihre Stelle treten in wachsendem Maße die Organisationen, die das soziale Dasein des einzelnen regeln. Diesen neuen Kräften müssen Recht und Staat, Sitte und Politik Rechnung tragen«.¹⁶⁶ Für Sinzheimer erklärt sich dieser Wandel aus der »sozialrechtlichen« Veränderung der Rechtsordnung, die er als Ausprägung der Macht der Verbände deutete, welche die individuellen Freiheiten bündelten und kollektiv wahrnahmen.¹⁶⁷

156 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 3.

157 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), S. 126.

158 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 39.

159 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), S. 102.

160 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 40.

161 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 35, 37.

162 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 63, 67, 68, 70.

163 Sinzheimer, Der kollektive Arbeitsnormenvertrag, Bd. 1 u. 2., 1907/8; *Benöhr*, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 615; *Blanke*, in: Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Weichenstellungen im Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Recklinghausen 2013, S. 48.

164 *Kempen*, Hugo Sinzheimer Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker, Frankfurt a.M. 2017, S. 17 ff.

165 *Lotmar*, in: Braun (Hrsg.), Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik XV, Berlin 1900, S. 1–122; vgl. *Rückert/Lotmar*, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Fn. 163), S. 331; im Sinne *Lotmars* entschied 1910 das Reichsgericht, dass Tarifverträge eine kollektive Wirkung unter den Tarifgebunden entfalte (RGZ 73, 92).

166 Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 2. Aufl., Berlin 1977, S. 32.

167 *Kempen* (Fn. 164), S. 36 f.

Als Mitglied der Nationalversammlung und Berichterstatter für die Wirtschaftsverfassung betonte er während der Verfassungsberatungen die »sozioökonomische Grundlage der Grundrechte« und fragte, welche Bedeutung den Grundrechten gegenüber den sozialen Mächten zukommt.¹⁶⁸ Namentlich die in Art. 165 WRV enthaltene Räteverfassung wurde durch ihn maßgeblich bestimmt.¹⁶⁹ Er wurde zu einem der führenden Autoren der von *Gustav Radbruch* angeregten und vom Republikanischen Richterbund herausgegebenen von 1925 bis 1933 erschienenen Zeitschrift »Die Justiz«.¹⁷⁰ Er war auch mit *Gustav Radbruch*, *Paul Natorp* und *Eduard Heimann* als Verfechter eines ethischen Sozialismus im Hofgeismarer Kreis verbunden. Er betreute die sich um die Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung widmende Doktorarbeit von *Carlo Schmid*¹⁷¹, der nach dem 2. Weltkrieg im Parlamentarischen Rat maßgeblich als Vorsitzender von dessen Hauptausschuss das Grundgesetz prägte.

Hugo Sinzheimer setzte im Amsterdamer Exil der von *Carl Schmitt* angeregten und herausgegebenen Schmahrschrift über deutsche jüdische Rechtswissenschaftler die Publikation »Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft«¹⁷² entgegen. Sie zeigte den maßgeblichen Beitrag jüdischer Intellektueller zur Entwicklung der Rechtswissenschaft in Deutschland. Sie wurde erst nach dem 2. Weltkrieg veröffentlicht.

6. Austromarxismus

Den Begriff »Austromarxismus« prägte der US-amerikanische Sozialist *Louis Boudin* 1914 als Sammelbegriff für die von Philosophen, Soziologen und Juristen in der österreichischen Sozialdemokratie entwickelten gesellschaftlichen und politischen Theorieansätze.¹⁷³ Sie gingen zwar von *Marx* und seinen Gesellschaftsanalysen aus, verstanden den Marxismus aber nicht als geschlossenes System, sondern ordneten ihn als Teil der europäischen Kultur ein. Der Austromarxismus betonte den universalistischen Anspruch der marxischen Theorie als den Anspruch, dem Sozialismus einen »allgemein menschlichen Sinn« zu geben¹⁷⁴, und die »freie Selbstverwaltung des arbeitenden Volkes« zu sichern.¹⁷⁵

In seiner Studie »Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag«¹⁷⁶ formulierte *Anton Menger* »die Grundideen des Sozialismus vom juristischen Standpunkt aus.«¹⁷⁷ Dies trug seinen Bemühungen den Spott ein, einen

»Juristensozialismus« zu entwerfen. Darin war das »Recht auf den vollen Arbeitsertrag« formuliert, was er als die Berechtigung zur vollen Honorierung der geleisteten Arbeit verstand. Darin lag die Absage an arbeitsloses Einkommen, was aus der Grundrente und dem Kapitalertrag gezogen wird.¹⁷⁸ Er postulierte des Weiteren ein Recht auf Existenz, das je nach den Lebensumständen individuell verschieden auszugestalten sei, bei den jungen Menschen auf Erziehung und bei Erwachsenen auf Unterhalt und bei Gebrechlichen und Alten auf Versorgung gerichtet sei.¹⁷⁹

Dem nachmaligen Bundeskanzler und Bundespräsidenten der Republik Österreich und gleichzeitigen Autor ihrer Verfassung *Karl Renner* formulierte vor dem 1. Weltkrieg die Einsicht, dass Privatrechtsverhältnisse umfassender sozialpolitischer Gestaltung zugänglich, ja, darauf ausgelegt sind. Daraus erklärt sich das sich ausgangs des 19. Jh. entwickelnde Arbeits- und Sozialrecht, das seither das Privatrecht ergänzt sowie dessen Reformen leitet. Gegen die Naturrechtslehre gerichtet postulierte *Renner*: Eigentum und Schuldverhältnisse bestehen nicht von Natur aus, sondern wurden vom Gesetzgeber geschaffen. *Karl Renner* erkannte schon frühzeitig, dass sich die Welt des Rechts mit der Entfaltung von Wohlfahrtsstaat und Demokratie auf der Grundlage eines für alle gleichen Wahlrechts radikal wandeln würde. Denn beide Veränderungen ließen das Sozial- und Arbeitsrecht reifen und veränderten damit das Privatrecht.

In der von ihm als Beschäftigtem einer staatlichen Bücherei unter dem Pseudonym *Joseph Karner* 1904 publizierten Schrift »Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion«¹⁸⁰ heißt es nach der Feststellung,

168 *Pauly*, Grundrechtslaboratorium Weimar, Tübingen 2014, S. 34.

169 *Benöhr*, in: *Heinrichs/Franzski/Schmalz/Stolleis* (Fn. 163), S. 626.

170 *Sinzheimer/Fraenkel*, Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik, Neuwied/Berlin 1968. Der Band enthält wichtige von *Hugo Sinzheimer* verfasste Artikel aus dieser Zeitschrift. Die Zeitschrift setzt sich für eine »demokratische und republikanische« dh. im Einklang mit der Weimarer Reichsverfassung stehende Justiz ein (ebd., S. 19).

171 *Kempen* (Fn. 164), S. 57 ff.

172 *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt aM. 1953.

173 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 277.

174 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 277.

175 *Kolakowski* (Fn. 22), S. 278.

176 *Menger*, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung, Stuttgart 1886.

177 *Menger* (Fn. 176), Vorrede.

178 *Menger* (Fn. 176), § 1a.

179 *Menger* (Fn. 176), § 1b.

180 *Karner*, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts, zit. nach Stuttgart 1965.

dass Eigentum auch Produktionsprozesse er- und umfasse und darin geleistete Arbeit, zu dem hier interessierenden Zusammenhang: »Das öffentliche Recht hat längst erkannt, daß eine Sache, mit der grundsätzlich eine ganze Gesellschaft befasst ist, nicht länger als eine Privatsache behandelt werden dürfe. Und so hat sie neben das Privatrecht an der Sache das öffentliche Recht der Sache zu setzen begonnen, zunächst vorsichtig tastend, bald entschlossener, endlich mit vollem Bewußtsein«¹⁸¹. [...] »Das Verwaltungsrecht wird eine eigene Rechtsdisziplin, und bald wird die Wirtschaftsverwaltung dessen umfangreichster Zweig. Eigentum und Lohnvertrag auf die Fabrik ausgeweitet, schaffen Mißstände, also hilft das Verwaltungsrecht nach. Der Normalarbeitstag, die Fabrikinspektion, Kinder- und Frauenschutz werden komplementäre Institutionen des öffentlichen Rechts neben jenen privaten Rechtsinstituten. Kranken-, Unfalls-, Altersversicherung folgen nach, öffentliche Arbeitsvermittlungsstellen ersetzen den privaten Arbeitsmarkt usw. Am Ende ist das Arbeitsverhältnis zu neun Zehnteln *publici juris* und nur der Rest ruht auf einer privatrechtlichen Basis.«¹⁸² Er schloss mit den Sätzen: »Offene Fragen der Wissenschaft vom Rechte! Es ist Zeit, auch sie in Angriff zu nehmen!«¹⁸³

7. Droit social bei Léon Duguit und Georges Gurvitch

In Frankreich veränderte die Soziologie im 19. Jh. mit *Auguste Comte* und *Emile Durkheim* das Denken über Gesellschaft und Staat radikal. Diese Impulse nahm auch die Rechtswissenschaft auf. Zwei Autoren wurden in diesem Zusammenhang bedeutend. Sie trugen zur Theorie des »sozialen Rechts«, fr. »*droit social*« grundlegend bei. An der Wende vom 19. zum 20. Jh. an der Universität Bordeaux wirkte *Léon Duguit* maßgeblich an der Neuausrichtung des Rechtsdenkens. Im 20. Jh. habe das Recht nicht nur neue Inhalte aufgenommen, sondern auch seine Strukturen und Denkformen radikal verändert.

Duguit legte dar, dass der Begriff des subjektiven Rechts im Privatrecht seine Erklärkraft verloren habe: »Der Mensch hat keine Rechte [...], aber jeder einzelne hat in der Gesellschaft eine gewisse Funktion zu erfüllen, eine große Aufgabe zu erledigen. Und dies ist genau die Grundlage des Rechts, das sich an alle wendet, Große und Kleine, Regierte und Regierende.«¹⁸⁴ Die zentrale Kategorie von Privatrecht sei nicht mehr das subjektive Recht,

sondern die soziale Funktion der Einzelnen, deren Erfüllung die individuelle Freiheit der Menschen fordert. Mit der sozialen Funktion sind Pflichten verknüpft; Rechte und Pflichten stünden im Dienst der sozialen Funktion. Für die Erhaltung wie Entfaltung der Arbeitskraft seien Schulpflicht und Arbeitsschutz elementar wichtig geworden.

Der Auflösung der privatrechtlichen Autonomie korrespondiere die Auflösung des staatlichen Gewaltmonopols. Die öffentliche Gewalt folge nicht aus dem Recht, sondern sei eine soziale Tatsache.¹⁸⁵ An die Stelle der vormaligen metaphysischen und individualistischen Ordnung sei eine realistische und sozialistische Ordnung getreten.¹⁸⁶ Die Souveränität des Staates werde durch den Staat als öffentlicher Dienstleister (*service public*) abgelöst; dieser hörte damit auf zu kommandieren und werde stattdessen zu umfassender Dienstleistung verpflichtet.¹⁸⁷

Im ausgehenden Jahrhundert entstand der Begriff der staatlichen Souveränität als eine ungeteilte, unveräußerliche und unverfügbare Befugnis und als subjektives Recht des Staates, welches dieser für das Volk und gegenüber diesem wahrnimmt, woraus er dessen umfassende Kommandogewalt ableitet.¹⁸⁸ Die gesellschaftliche Transformation löste die Souveränität ab. Der Staat wurde seither mit zahlreichen Dienstleistungspflichten auf den Sektoren Transport, Wirtschaft, Post und Telegrafie verpflichtend betraut.¹⁸⁹ Gesetze fänden ihren Gegenstand in der Organisation öffentlicher Dienste,¹⁹⁰ Verwaltungsakte würden von der Offenbarung öffentlicher und staatlicher Autorität zu öffentlichen Dienstleistungsaufträgen¹⁹¹; in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei Verwaltungshandeln zum Gegenstand umfassender gerichtlicher Kontrolle und Disposition geworden.¹⁹² *Duguit* kam zum Ergebnis: »Das öffentliche Recht ist nicht mehr die Gesamtheit der Regeln, welche die Beziehung der Staatsgewalt gegenüber seinen Gewaltunterworfenen regelt, sondern die

181 *Karner* (Fn. 180), S. 203.

182 *Karner* (Fn. 180), S. 204.

183 *Karner* (Fn. 180), S. 206.

184 *Duguit*, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912, S. 19 (Übersetzung aus dem Französischen E.E.).

185 *Duguit*, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 3. Ed., Paris 1922, S. 44.

186 *Duguit*, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, XI.

187 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), XXX.

188 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), S. 12 f.

189 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), S. 33, 49 ff.

190 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), S. 80 ff.

191 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), S. 145 ff.

192 *Duguit*, *transformations* (Fn. 186), S. 222 ff.

Gesamtheit aller Regeln, die im Hinblick auf Organisation und Leistung öffentlicher Dienstleistung von der Gesellschaft erwartet werden.«¹⁹³

Duguit argumentiert vom Boden des Solidarismus. Danach folgen aus der gesellschaftlichen Arbeitsteilung für Individuum und Staat für beide eigene Funktionen, welche das Recht bestimmt und im Einzelnen ausformt.¹⁹⁴ »Der Solidarismus organisiert die formlose Masse der Einzelnen und überführt sie in die Gesellschaft des Staates und in sich geschlossenen Gruppen in rechtlich genauer Form. Sie ist zusammengesetzt aus Menschen, die durch gemeinschaftliche Sorge und berufliches Interesse verbunden sind.«¹⁹⁵ Recht erwächst aus sozialer Interdependenz und verbindet die Einzelnen mit dem Staat zu einem System.¹⁹⁶ In kollektivem Arbeitsrecht und der Sozialversicherung wird die Autonomie der Gruppen rechtlich anerkannt.¹⁹⁷ Das soziale Recht entsteht. Es ist gekennzeichnet als Recht jenseits von Individualismus und Etatismus.¹⁹⁸

Der Soziologe *Georges Gurvitch*¹⁹⁹ sieht den Verkehr und die soziale Kooperation als den zentralen Regelungsgegenstand von Recht an. Das Recht findet im kollektiven Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung als soziales Teilhaberecht Ausprägung.²⁰⁰

Recht ist eine vom Gesetzgeber geschaffene Ordnung mit dem Versuch, in einem gegebenen gesellschaftlichen Umfeld die Gerechtigkeit zu befördern.²⁰¹

8. Der englische Reformsozialismus und die Fabian Society

Auch in England rückte in dem Maße wie sich die Industriegesellschaft entfaltete auch die Sozialreform in den Mittelpunkt der politischen Theorie und der Betrachtungen über deren Fortgang. Im Mittelpunkt stand dabei die Fabian Society, die sich als bewegliche Schule sozialistischen Denkens auszeichnete.²⁰² Ihre aktiven Mitglieder entstammen der Mittelklasse und englischen Bildungsschicht und verstanden sich als Teil der Lebensreformbewegung (New Life).²⁰³

Sie einte die Überzeugung, dass der Kapitalismus notwendig und schrittweise in den Sozialismus übergehen werde. Dieser Prozess könne durch Stärkung des sozialen Gewissens der Einzelnen und der Vertiefung des Bewusstseins für das sozialistische Ideal befördert werden.²⁰⁴ Im demokratischen, dem Allgemeinwohl verpflichteten Staat bestehe für die Revolution weder Grund, noch Notwendigkeit.²⁰⁵

Die 1886 gegründete Fabian Society wollte die Wirksamkeit moralischer und sozialer Reformen darlegen durch Kritik sozialer Missstände und wissenschaftlich begründete Vorschläge zur Sozialreform in einer ausdrucksvollen und allgemeinverständlichen Sprache unterbreiten.²⁰⁶ Ihre wichtigsten und bekanntesten Repräsentanten waren der Autor *George Bernard Shaw* und die Sozialforscher *Sidney* und *Beatrice Webb*. Für *Sidney Webb* war es Ende des 19. Jh. ausgemacht, »dass die heutige sozialistische Theorie [...] die bewusste und ausdrückliche Bestätigung der Prinzipien sozialer Organisation ist, die bereits in großen Teilen unbewusst angenommen worden sind. Die Wirtschaftsgeschichte des Jahrhunderts bedeutet eine fast ununterbrochene Darstellung des fortschreitenden Sozialismus.«²⁰⁷

Sei aber der Sozialismus im Kapitalismus bereits angelegt, könne er auch auf der Grundlage der alten Gesellschaft mit Hilfe der Demokratie und durch demokratische Prinzipien friedlich und schrittweise verwirklicht werden.²⁰⁸ Er zeige sich in der Zunahme öffentlicher Dienstleistungen bei Bahn, Wohnungsbau, Wasser- und Abwasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung und sonstigen öffentlichen Einrichtungen.²⁰⁹

Das Vereinigte Königreich hat vor dem 1. Weltkrieg aus dieser Haltung heraus bedeutsame sozialpolitische Neuerungen hervorgebracht. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die 1908 als erstes Land der Welt geschaffene Arbeitslosenversicherung und der gesetzliche Mindestlohn (living wage) zu nennen.

193 *Duguit*, transformations (Fn. 186), S. 279 (Übersetzung aus dem Französischen E.E.).

194 *Grimm*, Solidarität als Rechtsprinzip, Frankfurt aM. 1973.

195 *Duguit*, droit social (Fn. 185), S. 51.

196 *Duguit*, droit social (Fn. 185), S. 57 ff.

197 *Duguit*, droit social (Fn. 185), S. 82.

198 *Duguit*, droit social (Fn. 185), S. 69 ff.

199 *Gurvitch*, L'idée du droit social, Paris 1932, S. 33.

200 *Gurvitch* (Fn. 199), S. 33, 91.

201 *Gurvitch* (Fn. 199), S. 111.

202 *Laidler*, History of Socialism. A comparative Survey of Socialism, Communism, Trade Unionism, Corporatism, Utopianism, and other Systems of Reform and Reconstruction, London 1968, p. 184.

203 *Cole*, The Second International 1889–1914, London/New York 1960, pp. 104–105.

204 *Laidler* (Fn. 202), p. 84; *Cole* (Fn. 203), p. 112.

205 *Cole* (Fn. 203), p. 111.

206 *Laidler* (Fn. 202), p. 188 ff.; *Cole* (Fn. 203), p. 111.

207 *Webb*, in: Shaw and Others (eds.), Fabian Essay, Boston 1908, pp. 26–27.

208 *Laidler* (Fn. 202), p. 193, 203; *Cole* (Fn. 203), p. 114.

209 *Cole* (Fn. 203), p. 121.

III. Philosophische Grundlagen von Arbeits- und Sozialrecht

Arbeits- und Sozialrecht werden wie alles Recht der Gegenwart durch Gesetzgebungsakte – in demokratischen Staaten durch die gewählte Volksvertretung – geschaffen! Die so formulierten Normen gelten wie und weil sie gesetzt sind und sie berechtigen und verpflichten dadurch die Menschen. Kommen Zweifelsfragen nach dem Inhalt des Gesetzes als dem Gesetzten auf, werden die Interpretationen auf die Motive des Normgebers gestützt und, soweit solche fehlen, wird gefragt, was der Gesetzgeber bezweckte. Der Zweck des Gesetzes bestimmt also seine Auslegung – von der teleologischen Auslegung – also der Auslegung mit dem Motiv der Suche des Gesetzeszwecks ist die Rede.

In dieser Haltung äußert sich zunächst die demokratische Tugend, die Gesetze im Einklang mit dem Willen der Volksvertretung zu verstehen. Aber die Befolgung von Recht und die Anwendung von Gesetzen sind mehr als der Nachvollzug ausgegebener Befehle! Für das Verständnis der Normen ist mehr erforderlich als die Wahrnehmung der Sprache des Gesetzes und dessen Interpretation.

Rechtswissenschaft ist nicht nur Interpretationswissenschaft (*Helmut Coing*), denn sie ist nicht zentral auf das Wortverständnis von Texten ausgerichtet, sondern widmet sich der »normativen Geltungskraft« der Rechtsnormen mit dem »Bezug zu den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebensverhältnissen, zu deren Ordnung sie [die Texte, E.E.] bestimmt sind«. ²¹⁰ Es geht der Rechtsanwendung um die Verwirklichung der mit der Normsetzung intendierten Gestaltung der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse.

Politische Absichten, wirtschaftliche Gründe oder ethische Zwecke bestimmen die Deutung von Arbeits- und Sozialrecht. Selten werden aber philosophische Fragen von Arbeits- und Sozialrecht gestellt. Dies überrascht, denn das Gebiet ist aus einer philosophisch begründeten Kritik des Rechts hervorgegangen. Es beruht auf einer Korrektur des Rechts und steht daher zu dessen anderen Teilen in Distanz.

Das Arbeits- und Sozialrecht tragen maßgebend zur sozialen und rechtlichen Ordnung der Lebensverhältnisse bei. Arbeits- und Sozialrecht überwinden die traditionelle Entgegensetzung von Privatrecht und öffentlichem Recht (1), eröffneten jenseits staatlicher Rechtssetzung

autonomen gesellschaftlichen Gruppen die Rechtssetzung (2) und rückten die Sicherung der menschlichen Existenz in Würde in den Mittelpunkt der rechtlichen Regelungen, was das gesamte Recht veränderte (3).

1. Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und Privatrecht

Auf die Frage, was Privatrecht und öffentliches Recht vereint und trennt, ist eine facettenreiche Antwort zu geben. Schon die Frage zu stellen, verrückte die Fächerhorizonte. Wer beide Gebiete aufeinander bezieht, relativiert sie – ja, bricht mit dem Selbstverständnis von Privatrecht als ein in sich ruhendes System von darin ihre Letztbegründung findenden Regeln, die insgesamt die Selbstbestimmung des Menschen sichern. Auch das öffentliche Recht wird hergebracht als der obrigkeitliche Schutz des Einzelnen gedacht, dem Rechte einseitig öffentlich gewährt werden.

In solchem Denken äußert sich das Naturrecht. Die Menschen treten danach mit ihren von Natur aus unterschiedlichen Begabungen und Befähigungen als Freie und Gleiche einander gegenüber und begründen einvernehmlich und aus freien Stücken den Staat.

Dessen erste und wichtigste Aufgabe ist die Sicherung und Entfaltung aller privaten Rechte aller Einzelnen. Das Naturrecht betont die Rechte und fragt nicht nach deren Grenzen oder nach Pflichten.

Für das Naturrecht sind Rechtsinhaber tüchtig, fleißig und begabt; durchschnittlich oder gar eingeschränkt befähigte Menschen kommen darin kaum vor. Der sozialstaatliche Schutzauftrag umschließt arme, kranke, behinderte, erwerbsgeminderte, alte Menschen, damit Rechtsfriede herrsche. Sozialrecht erscheint herkömmlich als einseitige staatliche Gewährung und nicht als individuelles Recht der Bedürftigen.

Die traditionellen Selbstdeutungen beider Fächer scheinen daher auf einen Gegensatz zwischen individueller Selbstbestimmung und obrigkeitlich gewährtem sozialem Schutz hinauslaufen und erstere wäre vom Privatrecht und letzterer durch das Sozialrecht zu sichern. Der vermeintliche Gegensatz von Privatrecht und Sozialrecht folgt aus dem 18. und 19. Jh. überkommenen Denkmustern, die das Verständnis beider Gebiete jedoch verfehlen.

²¹⁰ *Raiser*, in: ders. (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg Ts. 1977, S. 145, 147.

Das Privatrecht bestand nie losgelöst vom öffentlichen Recht. Dessen auf Privatautonomie und Rechtsgleichheit beruhende Ausrichtung verdankt es den Verfassungen der bürgerlichen Gesellschaft als den zentralen Akten öffentlich-rechtlicher Normsetzung im 19. Jh. Verfassungen prägen seither die Rechtsordnungen. Privatautonomie und Rechtsgleichheit waren damals ganz neue Vorstellungen und galten nicht schon seit jeher oder gar von Natur aus! Auch die Aufgabenbestimmung des Sozialrechts als einseitige obrigkeitliche Hilfe wird diesem nicht annähernd gerecht.

Die vom Sozialrecht geordnete Gesellschaft zerfällt nicht in Starke und Schwache, sondern die Menschen durchlaufen im Lebenszyklus unterschiedliche Phasen von Schwachheit und Stärke und sind demgemäß einmal berechtigt und zum andern verpflichtet. In den Solidargemeinschaften des Sozialrechts wirkt auch nicht der Staat als Zusammenschluss aller Privater, sondern diese bilden die durch ihre berufliche Stellung verbundenen Menschen – und zwar unter der Voraussetzung, dass sie erwerbstätig und falls ja, abhängig oder selbständig beschäftigt sind.

Diese Einordnung der menschlichen Erwerbsarbeit beruht auf der Klassifikation von zivilrechtlichen Verträgen: Sie verweist auf Begriffe des Privatrechts; der Schutz durch die Sozialversicherung hängt damit vom Privatrecht ab.

2. Arbeits- und Sozialrecht als Recht autonomer Selbstbestimmung sozialer Gruppen

Die Entfaltung der Lohnarbeit erst machte offenbar, dass die menschliche Arbeit nur unter Wahrnehmung der gesellschaftlichen Macht verstanden werden kann.²¹¹ Sie steht damit zwischen dem auf Unterordnung beruhenden Staat und der auf Gleichordnung beruhenden Gesellschaft.²¹² Juristen sind gegenüber diesen sozialen Realitäten jedoch oft verschlossen, ja blind.²¹³ Im Hinblick auf die Arbeitsbeziehungen ist aber eine soziologische Sicht auf die Lebensverhältnisse unabdingbar.

»Der Konflikt zwischen Kapital und Arbeit ist der Industriegesellschaft und daher auch den Arbeitsbeziehungen in ihr immanent.«²¹⁴ »Arbeitsrecht ist ein Versuch, in ein Verhältnis von Befehl und Unterordnung das Recht einzubringen.«²¹⁵ Denn durch arbeitsrechtliche Regulierung wird dieses Herrschaftsverhältnis normiert und in Verhandlungsbeziehungen überführt. »Das charakteristische Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht

also darin, daß der einzelne Arbeitnehmer der Gewalt des Managements untergeordnet, diese aber der organisierten Arbeit gleichgeordnet ist.«²¹⁶

Freiheit sei in den Arbeitsbeziehungen deswegen ein unpassender Begriff, geht es doch um verschiedene Freiheiten verschiedener möglicher Träger der Freiheit. Der Arbeitsschutz beschränke die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers und erhöhe die Freiheit des Arbeitnehmers – die auch als Freiheit von der Kommandogewalt des Arbeitgebers gedacht werden kann. »Schutzgesetze, die nicht abdingbar sind, setzen der rechtlichen Vertragsfreiheit der Parteien Grenzen. Im Geltungsbereich eines Gesetzes über Höchstarbeitszeit kann kein Arbeitnehmer gültig versprechen, über das gesetzlich festgelegte Maximum hinaus zu arbeiten. Mit anderen Worten: wenn er auch verspricht, bleibt er frei, sein Versprechen nicht zu halten.«²¹⁷

Im 19. Jh. entstanden durch Rechtssetzung mehrere komplizierte Solidargemeinschaften unterschiedlicher Herkunft und Zusammensetzung, welche filigran in Zuständigkeiten der Träger unterteilt sind. Der soziale Schutz wurde auf solche Weise zum Inhalt zahlreicher Rechte. Seither wird der Schutz dem Einzelnen nicht mehr einseitig vom »Staat« zugeteilt, sondern die Anspruchsberechtigten erwerben ihn sich dadurch, dass sie die Leistungsansprüche anderer Berechtigter über Jahrzehnte hinweg solidarisch auf Grund der öffentlich-rechtlich begründeten Versicherungspflicht als Beitragszahler finanzierten.

In ihr gilt Selbstverwaltung. Darin nehmen die Berufsgruppen an der mittelbaren Staatsverwaltung teil und werden so in den Staatsaufbau integriert. Darin äußert sich der korporatistische Zuschnitt der deutschen Wohlfahrtsstaatlichkeit. Art. 87 Abs. 2 GG legitimiert grundsätzlich die soziale Selbstverwaltung.²¹⁸ Selbstverwaltung folgt aus dem Freiheitseingriff. Die zwangsweise

211 Kahn-Freund, Arbeit und Recht, Hamlyn Lectures Series, 1979 Düsseldorf, S. 3.

212 Kahn-Freund (Fn. 211), S. 4.

213 Ebd.

214 Kahn-Freund (Fn. 211), S. 17.

215 Kahn-Freund (Fn. 211), S. 7.

216 Kahn-Freund (Fn. 211), S. 11.

217 Kahn-Freund (Fn. 211), S. 15.

218 BVerfG, 11.10.1960 – 1 BVL 259 ua. – BVerfGE 1, 310; BVerfG, 9.4.1975 – 2 BvR 879/73 – BVerfGE 39, 302, 314 f.

Vergemeinschaftung verlangt nach Selbstverwaltung als Ausgleich.

In der »gemeinsamen Selbstverwaltung« von Kranken- und Pflegeversicherung bestimmen selbstverwaltete Träger und selbstverwaltete Leistungserbringer den Inhalt von Leistungsansprüchen weithin eigenständig.²¹⁹ Selbstverwaltung in der Sozialversicherung gilt dem Teil, nicht dem Ganzen, widmet sich Wichtigem, aber Partikulärem, denn sie betrifft die versicherten Personen und die Versicherung. Sozialversicherungen dürfen machen, was sie machen müssen, statt am Gängelband staatlicher Kontrolle geführt zu werden, wirken sie an der langen Leine organisatorischer Autonomie. Dafür ist die Selbstverwaltung mehr als ein praktisches Mittel, nämlich für deren Legitimation schlechthin zentral. Die soziale Selbstverwaltung verbürgt dezentrale Entscheidungen und führt Zuständigkeit mit Verantwortung zusammen und steht damit gegen einen Staat, der sich für alles zuständig hält, aber am Ende nichts verantwortet. Die Träger sozialer Selbstverwaltung unterstehen staatlicher Aufsicht.²²⁰

3. Arbeits- und Sozialrecht und das Recht auf Existenz

Soziales Recht fragt danach, wie die menschliche Existenz in der auf Arbeitsteilung und Austausch von Gütern und Diensten beruhenden Ordnung des Wirtschaftens gesichert ist. Diese Frage zielt auf die wirtschaftliche und soziale Funktion der Rechtsinstitute. Seine Antwort verweist auf ein Privatrecht, das nicht wie im Naturrecht abstrakt und losgelöst von seiner wirtschaftlichen und sozialen Funktion als Mittel der Selbstentfaltung gedacht ist, sondern die Frage nach dessen Zweck aufgreift und das Dasein umfassend zu sichern hat.

Das Zivilrecht schafft durch Märkte und Verträge menschlicher Arbeit und Bedarfsdeckung den dafür nötigen Rechtsrahmen auf der Basis von Selbstbestimmung. Erwerbsarbeit hat nicht nur die Bedarfsdeckung der Beschäftigten, sondern auch deren Familienangehörige zu sichern. Letztere erlangen gesetzliche Unterhaltsansprüche gegenüber erwerbstätigen, daher leistungsfähigen Eltern oder Ehegatten. Auch das Zivilrecht schützt daher Schwache.

An privatrechtlichen Verträgen sind nicht nur fleißig, tüchtige und strebsame, sondern auch kranke, unterdurchschnittlich intelligente oder weniger arbeitsame oder unvorsichtige Menschen beteiligt. Das Privatrecht

hat daher Regeln hervorgebracht, welche auch sie in ihrer Selbstbestimmung schützen. Das Privatrecht begründet dadurch ein Geflecht von Rechten und Pflichten, weil der privatrechtliche Anspruch aus Vertrag regelmäßig auf einer Gegenleistung beruht. Ansprüche bestehen nicht einseitig, sondern in aller Regel wechselseitig. Weder im Privat-, noch im Sozialrecht wird primär geschenkt, sondern vor allem getauscht. Für Zivil- wie Sozialrecht gilt deshalb gleichermaßen: keine Leistung ohne Gegenleistung, kein Recht ohne Pflicht, kein Anspruch ohne Schuldverhältnis!

Das Privatrecht ermöglicht eine Wirtschaftsordnung, welche die wechselseitige Abhängigkeit unter den Menschen herbeiführt. In dieser Ordnung wird das Sozialrecht bei der und für die Daseinssicherung zentral. Es ergänzt das Privatrecht immer dort, wo dieses seine Bestimmung verfehlt, das Dasein des Einzelnen zureichend zu sichern. Die Selbstbestimmung aller ist ohne die Schutzbestimmungen für alle nicht zu haben. Umgekehrt wird ein Schutz durch Sozialrecht nur wirksam, wenn auch in seinem Rahmen Selbstbestimmung waltet.

Das Sozialrecht schützt und stützt die bürgerliche Familie und macht sie damit im 21. Jh. möglich. Dieser Zusammenhang von familialer Selbstbestimmung und sozialrechtlichem Schutz wurde in den vergangenen Jahrzehnten in allen Staaten vertieft. Das Sozialrecht wurde gestärkt und ausgebaut, um die Familie zu fördern und ihr damit ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen. Zu den überkommenen Instrumenten der Familienkrankenhilfe und Ausrichtung der Sozialhilfe auf die Bedarfsgemeinschaft – mithin den tatsächlichen Familienverband, einerlei ob familienrechtliche Bindungen zwischen den Beteiligten bestanden oder nicht – sind in Gestalt von Kindergeld für alle Eltern, Unterhaltsvorschuss, Jugendhilfe, Rechte auf Kinderbetreuung, Elternzeit und Elterngeld neue Formen öffentlicher Unterstützung getreten; sie dienen familiärer Entfaltung.

Sozialer Schutz gründet in Versicherungsverhältnissen. Diese sind zwar in Entstehung und Ausgestaltung von

219 Zu den daraus erwachsenden legitimatorischen Fragen: Axer, VSSAR 2020, 129; Breuer, FS Fuchs, 2020, S. 389; Klenk/Nullmeier/Weyrauch/Haarmann, SF 2009, 85; Spieker/Wallrabenstein/Hofmann (Hrsg.), Mehrwert der Selbstverwaltung, Berlin 2020; Welts, FS Bull, 2011, S. 129.

220 Winkler (Hrsg), SGB IV, 3. Aufl., München 2020, Erl. zu § 87 ff.; BSG, 22.3.2005 – B 1 A1/03 R – BSGE 94, 221; BSG, 24.4.2022 – B 7 A 1/01 R – BSGE 89, 235; BSG, 11.8.1992 – 1 RR 7/91 – BSGE 71, 108; BSG, 20.6.1990 – 1 RR 4/89 – BSGE 67, 85.

der Privatversicherung verschieden, weil sie durch das öffentliche Recht durch Pflichtversicherung begründet werden und deshalb zur Fundierung und Ausgestaltung nicht einen Vertrag brauchen. Privat- und Sozialversicherung stimmen aber in den Sicherungszielen und -techniken überein und bilden vor allem gemeinsam Solidargemeinschaften mit eigenen Umverteilungsaufgaben aus. Daraus erwächst eine Ähnlichkeit der Gebiete. Selbstbestimmung und Schutz stehen nicht in einem Gegensatz, sondern laufen parallel und bedingen einander wechselseitig. Wer das heutige Recht verstehen will, muss das Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht kennen und können, vor allem darum wissen, dass sie nur im Zusammenwirken ziviles Leben und sozialen Ausgleich hervorbringen. Dies wurde schon bei Schaffung des BGB deutlich. Als Ende des 19. Jh. Deutschland das BGB schuf, hielt er den unterbreiteten Vorschlägen entgegen, ein »bürgerliches Recht« dürfe an der entfalteten Industriearbeit nicht vorbeigehen. Das BGB solle und wolle ja sichtlich nicht nur für unternehmerisch handelnde »Bürger« gelten, sondern auch für alle abhängig Beschäftigten. Damit war die Frage nach dem Arbeitsrecht aufgeworfen. Anton Menger fragte ferner, ob im Industriezeitalter ein Recht auf Existenz anzuerkennen sei. Mit Bejahung dieser Frage entstand das Sozialrecht.

Auf dem Boden des allgemeinen Wahlrechts konnten die ökonomisch Schwachen erstmals ihre sozialen Anliegen zum Gegenstand staatlicher Politik machen.²²¹ Zwischen der Gleichheit als Grundregel zur Ordnung des Politischen – namentlich der staatlichen Willensbildung – und der Verminderung der Einkommens- und Vermögensunterschiede im Wirtschaftsleben,²²² mag auf den ersten Blick kein Zusammenhang zu erkennen sein. Mit der Neuausrichtung der Staatstätigkeit im Zeichen der Wahlrechtsgleichheit war von nun die umfassende Steuerung der Gesellschaft und Sicherung der Teilhabe aller am Gemeinwesen als neue und zentrale Staatsaufgabe verbunden. Die auf Wahlrechtsgleichheit beruhende Demokratie wurde so zum Sozialstaat.²²³

In diesem Denken ist die soziale Sicherheit nicht eine arbeitszentrierte vom Staat geschaffene kollektive Lebensform, welche die privaten, bürgerlichen Freiheiten einschränkt und gegenübertritt.²²⁴ Politische und soziale Rechte bedingen und stützen deshalb einander.²²⁵ In der sozial ausgerichteten Demokratie findet diese

ihren zentralen Auftrag in der Ausformung und Entfaltung sozialer Rechte.²²⁶ Eine ihrer sozialen Bestimmung innegewordene Demokratie erweitert die Demokratie von der Organisation des Staates auf die der Gesellschaft.²²⁷ Rechte der Arbeiterschaft auf Teilhabe am Arbeitsleben und in der Sozialversicherung entwickelten sich als Ausprägungen der »industriellen Demokratie« (*Beatrice* und *Sydney Webb*). Sie gingen im deutschen Kaiserreich mit den dort begründeten Arbeiter- und Angestelltenausschüssen, aus denen nach 1920 Betriebsräte wurden, und der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung mit der umfassenden politischen Teilhabe parallel.²²⁸

Die Sozialpolitik weitete sich zur Gesellschaftspolitik.²²⁹ Sie überwand ihre traditionelle Ausrichtung auf die Arbeiterfrage, in der sie im 19. Jh. entstand, und wurde zum Rückgrat einer auf Stabilisierung der Massenkauflkraft und -loyalität zielenden Politik und damit zum Mittel gesellschaftlicher Transformation.²³⁰ Zentrale Materien sind die sozialen Dienste²³¹, Arbeits- und Berufsförderung²³²; kleine Selbständige werden in die soziale Sicherheit einbezogen²³³, Armut als Massenphänomen verschwindet²³⁴ – absolute wird zur relativen Armut und die Sozialpolitik konzentriert sich auf die unmittelbare Gestaltung individueller Lebensverhältnisse.²³⁵ Auch das Sozialrecht regelt heute nicht mehr die staatliche Betreuung Hilfebedürftiger durch einen fürsorglichen Staat, der sich darin als Menschenfreund auszeichnete oder der Schwächsten annäherung aus Furcht vor andernfalls aufkommenden Unruhen.

221 *Mahlmann* (Fn. 89), Rn. 176; *Herzog*, in: v. Maydell/Kannengießner (Fn. 75), S. 83.

222 *Herzog*, in: v. Maydell/Kannengießner (Fn. 75), S. 80 f.

223 *Vogel*, in: Bsirske/Kocsis/Traub (Fn. 92), S. 13.

224 *Offe* (Fn. 93), S. 89 ff.

225 *Nullmeier*, in: Spieker (Fn. 94), S. 65 ff.

226 *Offe* (Fn. 93), S. 96.

227 *Herzog*, in: v. Maydell/Kannengießner (Fn. 75), S. 81.

228 *Kott* (Fn. 97), S. 91 ff.

229 *Achinger*, Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Von der Arbeiterfrage zum Wohlfahrtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt aM. 1979.

230 *Achinger*, (Fn. 229), S. 59.

231 *Achinger*, (Fn. 229), S. 64 ff.

232 *Achinger*, (Fn. 229), S. 69.

233 *Achinger*, (Fn. 229), S. 71.

234 *Achinger*, (Fn. 229), S. 73.

235 *Achinger*, (Fn. 229), S. 77 ff.

IV. Theorie Sozialen Rechts und Grundfragen des Rechts

1. Das Recht muss der Wirklichkeit genügen

Immanuel Kant überwand in seiner »Kritik der reinen Vernunft« die Metaphysik. Darin zeigte er, dass synthetische Urteile a priori nicht möglich seien. Begriffliches Denken sei aber die grundlegende Voraussetzung jeglicher Erfahrung. Diese enthalte nicht die Erklärung ihrer selbst, sondern erschließe sich aus dem Wahrnehmungshorizont des beobachtenden Subjekts.²³⁶ Eine weitere Hinterlassenschaft kantischen Denkens ist die Trennung von Sein und Sollen.²³⁷ Der Dualismus steht für den Gegensatz von Mannigfaltigkeit und Einheit.²³⁸

Er steht auch für den Unterschied von Faktizität und Grundlosigkeit einerseits, und abstrakten allgemeinen Geboten andererseits, die sich nicht aus der Situation, sondern aus normativen Vorstellungen ableiten.²³⁹ Der Dualismus markiert generell die Differenz zwischen Beobachten und Handeln und damit den Unterschied von Theorie und Praxis. Aus dieser Trennung folgt, dass menschliches Handeln nicht als bloße Zwangsläufigkeit aus Beobachtetem verstanden werden darf. In der Welt des Seins bestimmt die Kausalität und damit das Gesetz von Ursache und Wirkung das Geschehen, während beim Handeln die Gebote des Sollens walten, die sich nicht aus Tatsachen ableiten lassen, sondern die Frage nach dem Grund für die Freiheit des Handelnden aufkommen lassen.

Radbruchs Sicht auf das Recht: »Recht ist Menschenwerk und kann wie jedes Menschenwerk nur aus einer Idee begriffen werden [...] Recht ist Kulturerrscheinung, d.h. wertbezogene Tatsache«²⁴⁰. In dieser vom Neukantianismus beeinflussten Sichtweise sind die »letzten Sollenssätze nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig«²⁴¹. »Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen«²⁴². Die Differenz von Sein und Sollen wird produktiv, insoweit Norm und Wirklichkeit einander gegenübergestellt werden und Normen im Einklang mit der Wirklichkeit bestehen müssen.

2. Kritik am Individualismus

Das soziale Recht war zunächst eine Kritik an den Unzulänglichkeiten der individualistischen Rechtsordnung.

»Die Sozialisierung der Rechtsordnung bedeutet, dass das Recht immer mehr aus der Herrschaft der ausgleichenden unter die Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit tritt. Sie bedeutet keineswegs, dass, was man bisher Recht nannte, aus dem Bereiche der Gerechtigkeit, d.h. der Gleichheit überhaupt heraustrete, sondern dass an die Stelle der abstrakten Gleichheit von Leistung und Gegenleistung der sie austauschenden Menschen immer mehr die verhältnismäßige Gleichheit tritt, die je nach seiner Eigenart und Lage, seiner Leistung und seiner Bedürftigkeit jeden verschieden, aber doch alle nach einem und demselben Maßstab behandelt«²⁴³. Ein solches Freiheitsverständnis ist nicht auf den »aus der Gemeinschaft losgelösten Übermenschen, sondern die Persönlichkeit in Gemeinschaft«²⁴⁴ ausgerichtet; es folgt einem »Individualismus, der die Tatsache der Masse in sich aufgenommen und verarbeitet hat«²⁴⁵. »Der Gedanke des sozialen Rechts bedeutet nicht nur ein Sonderrecht für Minderbemittelte sondern eine andere Stilform des Rechts überhaupt«²⁴⁶. »Das soziale Recht ist das Ergebnis einer neuen Auffassung vom Menschen im Recht«²⁴⁷.

In seiner »Rechtsphilosophie«²⁴⁸ entwarf er eine rechtsphilosophische Parteienlehre, in der die unterschiedlichen parteipolitischen Strömungen: Anarchismus, Liberalismus, Konservatismus oder Marxismus – durch die sie prägenden unterschiedlichen Leitvorstellungen vom Menschen²⁴⁹ beschrieben werden. Anarchismus und Liberalismus werden danach vom »isolierten Individuum« geleitet, das von konkreten gesellschaftlichen Bindungen des Menschen absieht und daher auf das »individualitätslose Individuum« zielt. Soziales Recht sieht den

236 Agar, Rethinking Marxism. From Kant and Hegel to Marx and Engels, London/New York 2006, S. 14, 71 ff.

237 Ellscheid, Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants, Köln 1968; große Deters, in: Fisahn/Scholle/Ciftci (Hrsg.), Marxismus als Sozialwissenschaft, Rechts- und Staatsverständnisse im Austromarxismus, Baden-Baden 2018, S. 63, 64 ff.

238 Ellscheid (Fn. 237), S. 55.

239 Ellscheid (Fn. 237), S. 57 ff.

240 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), S. 95.

241 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), S. 100.

242 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), S. 123.

243 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), S. 13, 17.

244 Radbruch, Kulturlehre des Sozialismus, Berlin 1949.

245 Radbruch, Neue Blätter für den Sozialismus 1932, S. 8, 13.

246 Radbruch, Mensch im Recht (Fn. 147), § 33 I.

247 Ebd.

248 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 151), § 8.

249 Radbruch, Vorschule (Fn. 155), S. 3.

Menschen als Teil der Gesellschaft, die umgekehrt den Inhalt des Rechts bestimmt.

3. Freiheitlicher Sozialismus

Der Übergang zum sozialen Recht vollzog sich vom Boden des individualistischen Rechts, das im sozialen Sinn umgestaltet wurde. *Karl Renner* betonte, dass zwischen Kapitalismus und Sozialismus Zwischenstufen bestehen²⁵⁰ und der Staat »das geeignete Mittel ist, wirksam Sozialismus zu machen.«²⁵¹ »Sozialismus nennen wir die Gesamtheit der Bestrebungen, die das wirtschaftliche Leben in der Hauptsache zu einer gemeinsam geregelten Tätigkeit des gesellschaftlichen Körpers machen will.«²⁵² »Das sozialistische Gemeinwesen wird ein Gemeinwesen von Freien und Gleichen sein. Die sozialistische Demokratie soll die Gleichberechtigung im Gemeinwesen und die wirtschaftliche Gleichheit schützen. Die sozialistische Demokratie ist die Organisationsform einer Gesellschaftsordnung, in der es keine sozialen Klassen und daher keinen Klassenstaat mehr gibt.«²⁵³ Ziel der sozialistischen Bestrebungen ist eine demokratische Republik, »eine Klassenherrschaft des Proletariats, die aus dem Willen der Mehrheit des Volkes hervorgeht und unter der Kontrolle des allgemeinen Wahlrechts eines alle Freiheitsrechte genießenden Volkes bleibt.«²⁵⁴ »Das sozialistische Gemeinwesen wird ein Gemeinwesen der Freien und Gleichen sein, ein ›Verein freier Menschen‹ (Marx) = eine sozialistische Demokratie.«²⁵⁵

Die »organisierte Gesellschaft, das ist nicht die anarchistische Summierung von Individuen, sondern ihre Verschmelzung in einem Gesamtwillen.«²⁵⁶ Auf dem Boden des Kapitalismus vollzog sich ein Wandel von der »staatlosen zur durchstaatlichten Ökonomie«.²⁵⁷ Schon die Endphase des Kapitalismus werde daher geprägt von einer »Durchstaatlichung der Wirtschaft«.²⁵⁸ In dem Maße wie sich der Staat gestaltend auf die Wirtschaft ausgreift, entwickelt sich dieser zum »Hebel des Sozialismus«.²⁵⁹ Die kapitalistische Ökonomie erfahre durch die Sozialgesetzgebung die »Umformung des Individualkapitals zur gesellschaftlichen Anstalt«.²⁶⁰ Das Eigentum werde durch

»sorgfältige Gesetzgebung« geformt, »im Geist einer Ökonomie, die nicht auf Profitakkumulation durch Einzelne, sondern auf Bedarfsdeckung im Dienst der Massen ausgerichtet ist. Diese Umkehr aller Dinge in ihr Gegenteil ist wahrhaftig eine vollkommene Revolution [...] Im Sinne der Verwirklichung des Menschenrechts im Wege des Gesetzes«.²⁶¹ Die Sozialisierung erfasse in Gestalt der Konsumvereine auch die Zirkulationssphäre.²⁶² Der sozialdemokratischen Partei falle zu, durch den in Wahlen sich vollziehenden demokratischen Prozess im Interesse der Arbeiterschaft Einfluss auf den Staat zu nehmen.²⁶³

V. Fazit

Das soziale Recht ist die Theorie, welche Entstehung und Entfaltung von Arbeits- und Sozialrecht erklärt. Mit der Inkorporation dieser Gebiete in das Recht wurde dieses insgesamt neu ausgerichtet. Je mehr das Arbeits- und Sozialrecht vom Skandalon zur Gewissheit wurde, erlahmte das wissenschaftliche Interesse an seiner normativen und philosophischen Begründung. Die Theorie wurde dadurch jedoch nicht hinfällig, sondern bleibt aktuell – solange Arbeits- und Sozialrecht bestehen.

250 *Saage*, in: *Fisahn/Scholle/Ciftci* (Fn. 237), S. 77, 79 ff.

251 *Renner*, *Die neue Welt des Sozialismus*, Salzburg 1946, S. 13.

252 *Haushofer*, *Der moderne Sozialismus*, Leipzig 1896, S. 3.

253 *Bauer*, *Demokratie und Sozialismus*, in: *ders.*, *Werkausgabe*, Bd. 9, Wien 1980, S. 377, 391.

254 *Bauer*, in: *Sandkühler/de la Vega* (Hrsg.), *Austromarxismus*, Frankfurt aM. 1970, S. 98, 107.

255 *Bauer* (Fn. 254), S. 113.

256 *Renner*, in: *Sandkühler/de la Vega* (Fn. 254), S. 263, 278.

257 *Renner*, *Marxismus, Krieg und Internationale. Kritische Studien über offene Probleme des wirtschaftlichen und des praktischen Sozialismus nach dem Weltkrieg*, Stuttgart 1917, S. 6.

258 *Renner*, in: *Sandkühler/de la Vega* (Fn. 254), S. 279.

259 *Renner*, in: *Sandkühler/de la Vega* (Fn. 254), S. 28.

260 *Renner*, *Arbeit und Kapital*, Wien 1953, S. 78.

261 *Renner* (Fn. 260), S. 79 f.

262 *Saage*, in: *Fisahn/Scholle/Ciftci* (Fn. 237), S. 81.

263 *Saage*, in: *Fisahn/Scholle/Ciftci* (Fn. 237), S. 82.

Mitgliedschaft, Statusklärung, Beitragsrecht – aktuelle Rechtsprechung des Beitragsenats und die Neuregelung des Anfrageverfahrens (§ 7a SGB IV)

Prof. Dr. Ursula Waßer, Richterin am Bundessozialgericht, Kassel

I. Grundsätze der Statusklärung

Gegenstand der Statusfeststellung war bislang die Versicherungspflicht der Betroffenen in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Seit 1. April 2022 erlaubt § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV neue Fassung (nF.)¹ die isolierte Feststellung einer selbständigen Tätigkeit oder einer abhängigen Beschäftigung. Auch die Versicherungspflicht knüpft aber regelmäßig an das Vorliegen abhängiger Beschäftigung an. Denn der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung (GKV, GRV), der sozialen Pflegeversicherung (SPV) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegen grundsätzlich Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI; § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI; § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III).

Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV die nicht-selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG² setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der/die Arbeitnehmer*in von der/dem Arbeitgeber*in persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn die/der Beschäftigte in den Betrieb eingliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht der/des Arbeitgebers*in unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur »funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess« verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmensrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im

Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

1. Der am Gesamtbild orientierte Typusbegriff

Ob jemand beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.³

Maßgebend sind stets die konkreten Umstände des individuellen Sachverhalts. Das BSG lehnt ausdrücklich abstrakte, einzelfallüberschreitende Aussagen im Hinblick auf bestimmte Berufs- oder Tätigkeitsbilder ab, auch solche im Sinne einer »Regel-Ausnahme-Aussage«. Allenfalls wenn zwingende normative Vorgaben einen hohen Organisationsgrad per se erforderlich machen – wie die Qualitätsanforderungen im Bereich ambulanter und stationärer Pflege⁴ und die Rahmenbedingungen der

1 Zu den Änderungen aufgrund der Neuregelung des § 7a SGB IV durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und Änderung anderer Gesetze vom 22.7.2021 (BGBl. 2021 I, S. 2970) mit Wirkung ab 1.4.2022 s.u. III.

2 Vgl. zB. BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – juris, Rn. 12, für BSGE und SozR 4 vorgesehen.

3 Vgl. zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59 (vorgehen) – juris, Rn. 21 mwN. – zur Notärztin im Rettungsdienst; BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 17 – zur Altenpflegerin.

4 Vgl. BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 29 f. – zu ambulanten Pflegekräften unter Hinweis auf BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44 Rn. 26 – zu stationärer Pflege; s. hierzu auch II.1.a).

Honorar⁵ und Notärzt*innen⁶ – kann dies für den Regelfall eine Eingliederung der Pflegekräfte bzw. der Ärzt*innen in die Organisations- und Weisungsstruktur des Pflegedienstes oder Krankenhauses nahelegen. Grundsätzlich ist es aber möglich, dass ein und derselbe Beruf – je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis – entweder in Form der Beschäftigung oder als selbständige Tätigkeit ausgeübt wird.⁷

2. Vertragliche Vereinbarungen und der Wille der Vertragsparteien

Bei der Statusbeurteilung ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen, den die Verwaltung und die Gerichte konkret festzustellen haben. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit vorzunehmen.⁸

Diese wertende Zuordnung kann nicht mit bindender Wirkung für die Sozialversicherung durch die Vertragsparteien vorgegeben werden. Der Bezeichnung einer Tätigkeit als selbständige oder »freiberufliche« oder dem in der Vereinbarung sonst zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien zu einer bestimmten Einordnung der Tätigkeit kommt daher allenfalls dann indizielle Bedeutung zu, wenn dies durch weitere Aspekte gestützt wird oder die übrigen Umstände mindestens gleichermaßen für Selbständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen.⁹ Ein darüber hinaus gehendes Gewicht ist der erkennbaren Intention der Vertragsparteien bei der wertenden Gesamtbetrachtung nicht beizumessen, denn der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung schließt es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Person – als selbständig oder beschäftigt – die Vertragsschließenden entscheiden. Über zwingende Normen kann nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden. Vielmehr kommt es entscheidend auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung der Vertragsverhältnisse an.¹⁰

3. In der »Natur der Sache« liegende Umstände

In einer Entscheidung vom 27. April 2021 zur Versicherungspflicht eines Service- und Sicherheitsmitarbeiters im öffentlichen Personennahverkehr (Fahrkartenkontrolleur)¹¹ hatte der 12. Senat Gelegenheit zu der Klarstellung, dass bei der gebotenen Gesamtabwägung sämtliche, auch solche Umstände zu berücksichtigen sind, die einer Tätigkeit ihrer Eigenart nach immanent, durch gesetzliche Vorschriften oder eine öffentliche-rechtliche Aufgabenwahrnehmung bedingt sind oder auf sonstige Weise in der »Natur der Sache« liegen. Ihnen ist zwar nicht zwingend eine entscheidende Indizwirkung für eine abhängige Beschäftigung beizumessen;¹² umgekehrt ist eine abhängige Beschäftigung aber auch nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil sich bestimmte Weisungsrechte oder Vorgaben aus der Eigenart der Tätigkeit ergeben oder ihr innewohnen. Indizwirkung gegen eine Beschäftigung und für eine selbständige Tätigkeit besteht vielmehr dann, wenn bei Verrichtung der Tätigkeit eine Weisungsfreiheit verbleibt, die sie insgesamt als eine unternehmerische kennzeichnet.¹³

5 Vgl. hierzu zB. BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R, juris; so auch für einen Bereitschaftsarzt: BSG, 4.6.2019 – B 12 R 2/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 40; und den ärztlichen Bereitschaftsdienst einer Privatnervenklinik: BSG, 4.6.2019 – B 12 R 10/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 41; siehe hierzu auch II.1.a).

6 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – juris, Rn. 3, für SozR 4 vorgesehen – zur Notärztin im Rettungsdienst; BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 25, für BSGE und SozR 4 vorgesehen.

7 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58 (vorgesehen) – juris, Rn. 15 – zum Service- und Sicherheitspersonal im Öffentlichen Personennahverkehr, unter Hinweis auf BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44 Rn. 16 mwN.

8 StRSpr; vgl. zum Ganzen zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 13, für BSGE und SozR 4 vorgesehen – zum Notarzt; BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44 Rn. 13, 14 mwN.

9 BSG, 14.3.2018 – B 12 R 3/17 R – BSGE 125, 177 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 36 Rn. 13 – zum Musikschullehrer.

10 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 13, für BSGE und SozR 4 vorgesehen – zum Notarzt; BSG, 19.10.2021 – B 12 R 1/21 R, juris, Rn. 14, für BSGE und SozR 4 vorgesehen, jeweils unter Hinweis auf BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rn. 24; BSG, 29.1.1981 – 12 RK 63/79 – BSGE 51, 164 = SozR 2400 § 2 Nr. 16 = juris, Rn. 24.

11 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58 (vorgesehen) – juris, Rn. 15 f.

12 Vgl. BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 3/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 33 Rn. 15.

13 So jetzt BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58 (vorgesehen) – juris, Rn. 16 – zum Service- und Sicherheitspersonal im Öffentlichen Personennahverkehr, unter Hinweis auf BSG, 26.6.1980 – 8a RU 48/79 – SozR 2200 § 539 Nr. 68 S. 193 f.; BSG, 19.8.2003 – B 2 U 38/02 R – SozR 4-2700 § 2 Nr. 1 Rn. 20; BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – BSGE 120, 99 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 Rn. 30.

Beteiligte berufen sich häufig darauf, dass sie keinen Einfluss darauf hätten, dass bestimmte Umstände vorgegeben seien. Es ist aber nicht Aufgabe der Rechtsprechung zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Tätigkeit als selbständige ausgeübt werden könnte. Vielmehr hängt es wesentlich mit der zu beurteilenden Tätigkeit und ihrer konkreten Ausgestaltung zusammen, ob und inwieweit einzelne Umstände einer Tätigkeit »ihrer Natur nach« immanent sind. Je enger der übertragene Tätigkeitsbereich abgesteckt ist, weil der/die Auftrag- oder Arbeitgeber*in nicht auf eigene Gestaltungsmöglichkeiten verzichtet, desto weniger Spielraum kann der übertragenen Tätigkeit noch immanent sein. So ist in der Regel auch die strikte Weisungsunterworfenheit klassischer »Fabrikarbeiter*innen« der Eigenart ihrer Tätigkeit geschuldet. Gerade dies begründet ihre Sozialversicherungspflicht und stellt sie nicht infrage. Aus welchen Gründen eine Tätigkeit nach Weisungen und unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation statt weisungsfrei ausgeübt wird, spielt grundsätzlich keine Rolle. Unerheblich ist auch, ob die Ausübung der Tätigkeit mit einer größeren Gestaltungsfreiheit (rechtlich oder tatsächlich) überhaupt möglich wäre.¹⁴

II. Aktuelle Entscheidungen des BSG

1. Notärzt*innen und Pfleger*innen

a) Eingliederung in die Arbeitsorganisation und die Arbeitsabläufe

Die Entscheidungen des BSG vom 19. Oktober 2021 zu Notärzt*innen¹⁵ und ambulanten Pflegekräften¹⁶ folgen dem schon durch die Entscheidungen vom 4. Juni 2019 und 7. Juni 2019 zu Honorarärzt*innen¹⁷ und zu stationärer Pflege¹⁸ eingeschlagenen Weg. Wesentlich für die Statusbeurteilung ist danach der Grundsatz, dass insbesondere bei Hochqualifizierten oder Spezialisten (so genannten Diensten höherer Art) das Weisungsrecht aufs Stärkste eingeschränkt und die Dienstleistung dennoch fremdbestimmt sein kann, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird. Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers verfeinert sich in solchen Fällen »zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess«.¹⁹

Die Notärzt*innen waren in die Arbeitsabläufe des Rettungsdienstes sogar »engmaschig« eingegliedert, denn die fremdbestimmte Eingliederung in die vorgegebene Ordnung des Rettungsdienstbetriebs, in den die Notärzt*innen lediglich ihre eigene Arbeitskraft einbrachten, waren die prägenden Elemente der Tätigkeit. Sie hatten keine ins Gewicht fallenden Freiheiten hinsichtlich Gestaltung und Umfang der Arbeitsleistung innerhalb der einzelnen Dienste, kein Unternehmerrisiko und keine unternehmerischen Chancen, und sie hatten umfassende Vorgaben zur Durchführung von Einsätzen und zum Verhalten im Einsatz zu beachten und die Einsätze nach einheitlichen Vorgaben zu dokumentieren. Sie waren lediglich hinsichtlich der medizinischen Behandlungsmaßnahmen eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig.²⁰

Bei den ambulanten Pflegekräften war das Weisungsrecht auch inhaltlich nicht völlig entfallen, weil eine fachgerechte Pflege nach Maßgabe der Pflegeplanung und im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit dem übrigen Personal geschuldet war. Über den Dienstplan erfolgte eine Eingliederung in die Arbeitsabläufe des Pflegedienstes, wodurch die Pflegekräfte »Teil einer Kette« von Pflegepersonen wurden. Die bei der verantwortlichen Pflegedienstleitung liegende fachliche Verantwortung umfasst auch ein Weisungsrecht, und der gesamte organisatorische Rahmen lag allein beim Pflegedienst.²¹

14 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58 (vorgesehen) – juris, Rn. 16 – zum Service- und Sicherheitspersonal im Öffentlichen Personennahverkehr.

15 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen; BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59 (vorgesehen), juris und Parallellentscheidung – BSG, 19.10.2021 – B 12 R 9/20 R – juris.

16 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris; sowie BSG, 19.10.2021 – B 12 R 17/19 R – juris, für SozR 4 vorgesehen.

17 Vgl. hierzu zB. BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R – juris; vgl. für einen Bereitschaftsarzt auch: BSG, 4.6.2019 – B 12 R 2/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 40; und für den ärztlichen Bereitschaftsdienst einer Privatnervenklinik: BSG, 4.6.2019 – B 12 R 10/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 41.

18 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 29 f. – zu ambulanten Pflegekräften unter Hinweis auf BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44 Rn. 26 – zu stationärer Pflege.

19 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – juris, Rn. 21, 29; BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 20 unter Hinweis auf BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rn. 29 mwN.

20 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 22, für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen; zu den unternehmerischen Chancen und Risiken vgl. Rn. 26.

21 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 26 f.

Wie bereits unter I.3. ausgeführt, ist es für die Beurteilung der Versicherungspflicht unerheblich, dass die Umstände typisch für eine »Rettungskette« sind, »in der Natur der Sache« des Notarzteinsetzes liegen und den regulatorischen Vorgaben entsprechen.²² In den Entscheidungen zu den ambulanten Pflegekräften hat das BSG der Einhaltung der regulatorischen Rahmenbedingungen bei der Gesamtabwägung sogar ein besonderes Gewicht beigemessen, weil die Pflege unter ständiger Verantwortung einer Pflegefachkraft steht, was die ständige Steuerung, Anleitung, Koordination und Kontrolle der Pflegeleistungen umfasst. Diese hohen Qualitätsanforderungen bedingten einen hohen Organisationsgrad, der für den Regelfall die Eingliederung von Pflegekräften in die Organisations- und Weisungsstruktur sowohl von ambulanten als auch von stationären Pflegediensten nahelege.²³

Unerheblich ist auch, wer die Einrichtungen, die Mittel und/oder das Personal bereitstellt und wie diese Betriebsmittel beschafft werden; entscheidend ist vielmehr, wer mit den Betriebsmitteln fremdbestimmte Arbeit leisten lässt.²⁴ Der klagende Rettungsdienstbetrieb hatte sich für die ihm obliegenden notärztlichen Leistungen ua. der dazu notwendigen Einrichtungen und Betriebsmittel sowie weiteren Personals der Stadt bedient, erfüllte aber mit der notärztlichen Versorgung eine eigene Pflicht und die Notärzt*innen hatten ausschließlich gegenüber dem klagenden Rettungsdienstträger einen Vergütungsanspruch.²⁵

b) Vereinbarung nur einzelner Dienste, kein Dauerschuldverhältnis

Zu beachten ist allerdings, dass bei Vertragsgestaltungen, in denen die Übernahme einzelner Dienste individuell vereinbart wird und insbesondere kein Dauerschuldverhältnis mit Leistungen auf Abruf vorliegt, die Versicherungspflicht allein nach den Verhältnissen der jeweiligen Einzelaufträge zu beurteilen ist und außerhalb der Einzelaufträge keine Versicherungspflicht eintritt. Besteht keine Pflicht zur Übernahme von Aufträgen, dann gibt es auch keine latente Verpflichtung zum Tätigwerden und keinen Entgeltanspruch, wenn kein Auftrag zustande kommt.²⁶ Zum Teil wurden die zu vergebenden Aufträge über eine Internetanwendung ausgeschrieben und die sich im Notarztpool des Rettungsdienstträgers befindlichen Notärzt*innen konnten sich hierauf bewerben. Ein

Auftrag, und damit die rechtliche Verpflichtung den zugesagten Dienst zu leisten, kam dann erst durch die Annahme im Einzelfall zustande.²⁷

c) Sonderregelung für die Einnahmen im notärztlichen Dienst nach § 23c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB IV

Nicht die Versicherungspflicht aufgrund von Beschäftigung sondern lediglich die Beitragspflicht regelt die zum 11. April 2017 eingeführte Vorschrift des § 23c Abs. 2 S. 1 SGB IV²⁸, nach der Einnahmen aus Tätigkeiten als Notärztin oder Notarzt im Rettungsdienst nicht beitragspflichtig sind, wenn diese Tätigkeiten neben einer Beschäftigung mit einem Umfang von regelmäßig mindestens 15 Stunden wöchentlich außerhalb des Rettungsdienstes oder einer Tätigkeit als zugelassener Vertragsarzt oder als Arzt in privater Niederlassung ausgeübt werden.²⁹

2. Geschäftsführer*innen einer GmbH

a) Rechtsmacht zur Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung

Geschäftsführer*innen einer GmbH unterliegen grundsätzlich zu jeder Geschäftsführungsangelegenheit der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung der GmbH (§ 6 Abs. 3, § 37 Abs. 1, sowie § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG), die nur durch entsprechende Satzungsregelungen

22 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59 (vorgesehen) – juris, Rn. 31, 33 f.; BSG, 19.10.2021, B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 25, für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen – zu Notärzten; BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 29 – zu ambulanten Pflegekräften.

23 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R – juris, Rn. 29 f. – zu ambulanten Pflegekräften unter Hinweis auf BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44 Rn. 26 – zu stationärer Pflege.

24 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 23, für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen.

25 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 23 f., für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen.

26 BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59 (vorgesehen), juris, Rn. 23, 27; BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 14 – für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen, unter Hinweis auf BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rn. 21 mwN. und BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – BSGE 120, 99 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 Rn. 19 mwN.

27 Vgl. BSG, 9.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 17, für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen.

28 Eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG) vom 4.4.2017, BGBl. 2017 I, S. 778, 787 f.

29 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – juris, Rn. 27 – für BSGE sowie SozR 4 vorgesehen.

eingeschränkt werden kann.³⁰ Deshalb wird diese Tätigkeit nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich in abhängiger Beschäftigung ausgeübt und nur am Gesellschaftskapital Beteiligte können als selbständige Geschäftsführer*innen (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer*innen) tätig werden. Das setzt aber voraus, dass sie die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem/einer Geschäftsführer*in gegeben, der/die mindestens 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält oder bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag über eine umfassende (»echte« oder »qualifizierte«), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität verfügt.³¹

b) »Echte« Sperrminorität

Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass nur bestimmte Beschlüsse einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, alle anderen aber mit einfacher Mehrheit getroffen werden, sind Minderheitsgesellschafter*innen in der Geschäftsführung regelmäßig auch dann abhängig beschäftigt, wenn die qualifizierte Mehrheit nur mit ihrer Stimme erreicht werden kann.³² Eine die Selbständigkeit begründende »echte« oder »qualifizierte« Sperrminorität liegt darin nicht, weil den Geschäftsführer*innen nur bei den näher bestimmten Angelegenheiten ein entscheidendes Mitbestimmungsrecht zukommt.

Die Tätigkeit von Geschäftsführer*innen ist nur unternehmerisch, wenn diese auf alle wesentlichen Grundlageneinscheidungen Einfluss nehmen können. Sie müssen daher Gewinnchancen und Unternehmensrisiken mitbestimmen und damit auf die gesamte Unternehmenstätigkeit einwirken können. Dazu gehört insbesondere die dem Unternehmenszweck Rechnung tragende Bilanz-, Finanz-, Wirtschafts- sowie Personalpolitik. Daher reicht es für die erforderliche Rechtsmacht nicht aus, wenn eine Sperrminorität nur für bestimmte, im Einzelnen im Gesellschaftsvertrag aufgeführte Angelegenheiten besteht, auch wenn diese (fast) die gesamte Unternehmenstätigkeit ausmachen sollten. Dem bei der Statuszuordnung zu beachtenden Grundsatz der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände³³ ist nur Rechnung getragen, wenn klar erkennbar ist, dass dem/der Gesellschafter-Geschäftsführer*in bei allen

Beschlüssen der Gesellschafterversammlung eine Sperrminorität eingeräumt ist.³⁴

c) Sonderrecht zur Geschäftsführung

Auch ein dem/der Minderheitsgesellschafter*in eingeräumtes Sonderrecht zur Geschäftsführung, das seine/ihre jederzeitige Abberufung als Geschäftsführer*in verhindert und möglicherweise Weisungen im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung einschränkt, macht die Tätigkeit nicht zu einer selbständigen. Denn der/die Minderheitsgesellschafter*in erhält dadurch nicht die notwendige Gestaltungsmacht zur Einflussnahme auf alle Gesellschafterentscheidungen und damit auf die gesamte Unternehmenspolitik, sondern allenfalls Freiheiten im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung.³⁵

d) Geschäftsführer*innen einer Komplementär-GmbH

In mehreren Entscheidungen vom 8. Juli 2020³⁶ hat sich das BSG mit der Versicherungspflicht von Geschäftsführer*innen einer Komplementär-GmbH befasst, also einer GmbH, die als Komplementärin einer GmbH & Co. KG fungierte. Auch dabei gilt der Grundsatz, dass nur die Geschäftsführer*innen selbständig tätig werden, die durch ihre Gesellschafterstellung die Rechtsmacht haben, die Geschicke des Unternehmens zu lenken, in dem sie als Geschäftsführer*in tätig sind. Entscheidend ist daher in diesen Fällen, ob die Geschäftsführer*innen Gesellschaftsanteile an der Komplementär-GmbH halten, während es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob und in welchem Verhältnis sie über Kommandit-Anteile der GmbH & Co.

30 Vgl. zum Weisungsrecht BGH, 18.3.2019 – AnwZ (Brfg) 22/17 – juris, Rn. 18 f.; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Hrsg.), GmbHG, 9. Aufl., München 2019, § 37 Rn. 3, 14; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff ua. (Hrsg.), GmbHG, 20. Aufl., Köln 2020, § 37 Rn. 1; *Stephan/Tieves*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl., München 2019, § 37 Rn. 107.

31 StRspr., vgl. zB. zuletzt BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – juris, Rn. 13, für BSGE und SozR 4 vorgesehen; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr 51 Rn. 13 mwN.

32 BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – juris, Rn. 13, 14, für BSGE und SozR 4 vorgesehen.

33 Vgl. hierzu zB. BSG, 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 49 Rn. 24.

34 BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – juris, Rn. 14, für BSGE und SozR 4 vorgesehen.

35 BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – juris, Rn. 15 ff., für BSGE und SozR 4 vorgesehen.

36 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 52; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 1/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 48; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 6/19 R, juris; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 4/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 53.

KG verfügen.³⁷ Dies ist allerdings dann – und auch nur dann – anders, wenn der/die Geschäftsführer*in Geschäftsanteile an einer anderen Gesellschaft besitzt, die ihn/sie in die Lage versetzen, maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen der von ihm/ihr geführten Gesellschaft zu nehmen. Entscheidend bleibt, dass der/die Geschäftsführer*in selbst und unmittelbar eine ausschlaggebende Einflussnahmemöglichkeit auf Gesellschafterbeschlüsse der von ihm/ihr geführten Gesellschaft hat.³⁸ Nur bei gesellschaftlichen Verflechtungen solcher Art darf die Gesellschafterstellung innerhalb einer anderen Gesellschaft nicht unberücksichtigt bleiben. Eine seine/ihre abhängige Beschäftigung ausschließende Rechtsmacht kann deshalb einem/einer GmbH-Geschäftsführer*in auch ohne Kapitalbeteiligung an der GmbH zukommen, wenn er/sie am Stammkapital einer anderen Gesellschaft (Muttergesellschaft) beteiligt ist und diese (Mutter-)Gesellschaft ihrerseits eine Kapitalbeteiligung an der GmbH hält, kraft derer der/die Geschäftsführer*in – gegebenenfalls im Wege einer umfassenden Sperrminorität – maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschafterbeschlüsse der GmbH ausüben kann.³⁹ Das gilt auch im Falle einer sogenannten Einheits-KG. In einer als Einheits-KG bezeichneten GmbH & Co. KG sind die Gesellschafter*innen einerseits die Kommanditisten und andererseits die Komplementär-GmbH, deren Alleingesellschafterin wiederum die GmbH & Co. KG ist. Verfügt der/die Geschäftsführer*in in einer solchen Einheits-KG über eine Kommanditbeteiligung an der GmbH & Co. KG, die ihn/sie in die Lage versetzt, die Geschicke der Komplementär-GmbH als Tochtergesellschaft maßgeblich zu bestimmen, wird er/sie als Selbständiger tätig. Innerhalb einer Einheits-KG ist dies möglich, weil in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH die GmbH & Co. KG als alleinige Gesellschafterin das Weisungsrecht gegenüber dem/der Geschäftsführer*in mit einheitlicher Stimme ausübt.⁴⁰

3. Ehrenämter

a) Geschäftsführendes Vorstandsmitglied einer gemeinnützigen Stiftung

Für geschäftsführende Vorstandsmitglieder einer gemeinnützigen Stiftung gelten die dargestellten Grundsätze in gleicher Weise. Sie sind abhängig beschäftigt, wenn sie

nicht die Rechtsmacht haben, Vorstandsbeschlüsse zu verhindern. Im Stiftungsrecht ist der Stifterwille die oberste Richtschnur, an der sich die Aufgabenerfüllung des Vorstands, einschließlich der geschäftsführenden Vorstandsmitglieder orientiert. Geschäftsführende Vorstandsmitglieder einer Stiftung haben die Beschlüsse des Vorstands umzusetzen. Sie sind daher abhängig beschäftigt, wenn sie die Beschlüsse des Vorstands selbst nicht entscheidend beeinflussen können. Das gilt auch dann, wenn ein anderes weisungsberechtigtes Stiftungsorgan nicht existiert.⁴¹

Die Gemeinnützigkeit der Stiftung steht einer abhängigen Beschäftigung grundsätzlich nicht entgegen. Eine entgeltliche Tätigkeit wird in der Regel zu Erwerbszwecken ausgeübt. Ein die abhängige Beschäftigung ausschließendes unentgeltliches Ehrenamt liegt nicht vor, wenn eine Vergütung auf der Basis eines Stundensatzes gezahlt wird und deren Umfang nicht evident einer Ehrenamtspauschale gleichkommt.⁴²

b) Ehrenamtliche Bürgermeister*innen und Ortsvorsteher*innen

Die ehrenamtliche Tätigkeit von Bürgermeister*innen und Ortsvorsteher*innen in der kommunalen Selbstverwaltung ist keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, wenn nur die mit dem Wahlamt verbundenen Aufgaben als Organ ausgeübt werden und die Tätigkeit durch ideelle Zwecke und Unentgeltlichkeit geprägt ist. Bei den mit dem Wahlamt verbundenen Aufgaben handelt es sich um Repräsentationsaufgaben, einschließlich der damit zwingend verbundenen Verwaltungstätigkeiten, die nur dem/der gewählten Amtsinhaber*in obliegen und mithin nicht frei zugänglich und nicht auf Dritte delegierbar sind. Insoweit ist der/die Amtsinhaber*in nur den

37 Vgl. BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 52 Rn. 15, 19 ff.; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 6/19 R – juris, Rn. 15.

38 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 52 Rn. 20; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51 Rn. 16 ff.

39 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51 Rn. 16 ff.

40 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 6/19 R – juris, Rn. 21; vgl. auch BSG, 8.7.2020 – B 12 R 1/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 48 Rn. 20.

41 BSG, 23.2.2021 – B 12 R 15/19 R – BSGE 131, 266 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 54 Rn. 15 f., 20 ff.

42 BSG, 23.2.2021 – B 12 R 15/19 R – BSGE 131, 266 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 54 Rn. 17, 30 ff.

Wähler*innen verantwortlich. Er/sie unterliegt keinen Weisungen und ist auch nicht in die Kommunalverwaltung eingegliedert.⁴³

Demgegenüber werden darüberhinausgehende Verwaltungsaufgaben, die ihrer Art nach auch durch Dritte ausgeübt oder an diese delegiert werden können, regelmäßig unter Eingliederung in den Verwaltungsapparat der Kommune und weisungsgebunden ausgeübt. Dabei kommt es für die Statusabgrenzung nicht auf die Unterscheidung von Repräsentations- und Verwaltungsaufgaben an. Maßgebend ist vielmehr die Abgrenzung zwischen den zur Ausübung des Wahlamts erforderlichen und den darüberhinausgehenden Aufgaben. Verwaltungsaufgaben führen auch für Wahlamtsinhaber*innen zu Weisungsgebundenheit und Eingliederung, soweit sie unter arbeitsteiliger Inanspruchnahme der Organisationsstrukturen des Dienstgebers übertragen werden und ihrer Art nach nicht notwendig mit dem Wahlamt verbunden sind, sondern auch von Dritten erbracht werden könnten. Für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung ist entscheidend, welcher Aufgabenbereich die Tätigkeit prägt. Dies ist in einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich des Ausmaßes der finanziellen Zuwendungen zu beurteilen.⁴⁴

Zur Beurteilung, ob finanzielle Zuwendungen noch als unentgeltliche Entschädigung ehrenamtlicher Tätigkeit gewertet werden können, bedarf es – mangels einer gesetzlich vorgegebenen Grenze – ebenfalls einer Gesamtwürdigung der im Einzelfall festzustellenden Umstände unter Einbeziehung von Aufwand und Kosten der Tätigkeit sowie eines Vergleichs mit gesetzlich geregelten Pauschalen für ehrenamtliche Tätigkeiten in anderen Bereichen auch außerhalb des Sozialversicherungsrechts. Danach kommt eine Bewertung als unentgeltliche Entschädigung noch in Betracht, wenn eine Erstattung der mit dem Ehrenamt verbundenen Kosten nicht evident überschritten wird und die Entschädigung zum Ausgleich von Aufwand und Beschwerden der Höhe nach mit normativen Pauschalen für ehrenamtliche Tätigkeiten auch außerhalb des Sozialversicherungsrechts vergleichbar ist. Demgegenüber sind finanzielle Zuwendungen als Arbeitsentgelt zu werten, wenn sie sich nicht auf die Anerkennung eines Ehrenamts und den Ausgleich von Beschwerden und Einbußen beschränken. Dies ist der Fall, wenn sie offensichtlich den mit der Tätigkeit verbundenen Aufwand zuzüglich eines Ausgleichs für die

übernommene Verpflichtung und einer gewissen Anerkennung der normativ als ehrenamtlich eingeordneten Tätigkeit überschreiten und nicht mehr mit gesetzlich geregelten Pauschalen für ehrenamtliche Tätigkeiten in anderen Bereichen vergleichbar sind.⁴⁵

III. Überblick zur Neuregelung des Anfrageverfahrens

1. Feststellung des Erwerbsstatus

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG⁴⁶ ermächtigte § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV in der bis zum 31. März 2022 geltenden alten Fassung (aF.)⁴⁷ die zuständige Deutsche Rentenversicherung (DRV) Bund als »Clearingstelle« nicht zu einer isolierten Feststellung einer abhängigen Beschäftigung, sondern nur zur Beurteilung der Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Zwar konnten die Beteiligten im Anfrageverfahren nach dem Wortlaut dieser Vorschrift eine Entscheidung »ob eine Beschäftigung vorliegt« beantragen, die isolierte Feststellung einer Beschäftigung oder einer unselbständigen Tätigkeit war aber danach eine unzulässige Elementenfeststellung, weil es sich lediglich um eine von mehreren – in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung durchaus unterschiedlichen – Voraussetzungen für die Versicherungspflicht handelt.

Seit 1. April 2022 ist nun in § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV neue Fassung (nF.)⁴⁸ ausdrücklich abweichend von dieser Rechtsprechung die Möglichkeit einer solchen (Elementen-)Feststellung einer selbständigen Tätigkeit oder einer

43 BSG, 27.4.2021 – B 12 KR 25/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 55 Rn. 16, 21 ff. – für BSGE vorgesehen.

44 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 8/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 56 Rn. 18, 23 ff.

45 BSG, 27.4.2021 – B 12 KR 8/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 56 Rn. 29 ff.; BSG, 27.4.2021 – B 12 KR 25/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 55 Rn. 27 ff. – für BSGE vorgesehen.

46 Zuletzt BSG, 27.4.2021 – B 12 KR 27/19 R – juris, Rn. 12; BSG, 26.2.2019 – B 12 R 8/18 R – juris, Rn. 21 unter Hinweis auf BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 12/17 R = SozR 4-2400 § 7 Nr. 34 Rn. 15; und grundlegend BSG, 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R – BSGE 103, 17 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 2.

47 In der Fassung des Gesetzes zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriffform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.3.2017, BGBl. 2017 I, S. 626.

48 Die Fassung durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und Änderung anderer Gesetze vom 22.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2970.

abhängigen Beschäftigung gesetzlich verankert. Schon durch die Änderung der Überschrift (bislang: Antragsverfahren, neu: Feststellung des Erwerbsstatus) wird – so die Gesetzesbegründung⁴⁹ – klargestellt, dass in dem Verfahren über den Erwerbsstatus als Element einer möglichen Sozialversicherungspflicht entschieden wird und nicht über die Versicherungspflicht. Insbesondere bei von den Beteiligten als selbständig angelegten Tätigkeiten, die eine enge Einbindung in die Arbeitsorganisation des/der Auftraggebers*in vorsehen, aber auch bei neuen Arbeits- und Erwerbsformen sei die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung vor dem Hintergrund des offen gestalteten Typus der Beschäftigung schwierig. Eine falsche Statureinschätzung der Beteiligten berge das Risiko von Beitragsnachforderungen. Die Weiterentwicklung des Statusfeststellungsverfahrens sei daher erforderlich, um früher, einfacher und schneller als bisher Rechts- und Planungssicherheit für alle Vertragsbeteiligten herzustellen.⁵⁰ Die nach der Rechtsprechung allein mögliche Entscheidung über die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung habe bei der DRV Bund und bei den Beteiligten zu einem erheblichen Aufwand geführt. Bei Feststellung einer Beschäftigung erfolge die Prüfung der Versicherungspflicht aber ohnehin im Rahmen der Arbeitgebermeldung durch die Einzugsstelle. Im Antragsverfahren hätten die Beteiligten vorrangig ein Interesse an der abschließenden Klärung des Erwerbsstatus. Wenn bereits aus anderen Gründen keine Sozialversicherungspflicht eingetreten sei, sei der Erwerbsstatus weiter offen geblieben, so zum Beispiel bei einer nach Vollendung der Regelaltersgrenze neben dem Bezug einer Vollrente ausgeübten Tätigkeit, obwohl die Arbeitgeber trotzdem mit Beiträgen belastet sein könnten (vgl. § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI). Zudem könne auch eine selbständige Tätigkeit sozialversicherungsrechtliche Folgen nach sich ziehen, wie zum Beispiel eine Rentenversicherungspflicht nach § 2 SGB VI. Daher beschränkt die Neuregelung die Feststellung des Erwerbsstatus künftig nicht auf »Beschäftigungen«, sondern bezieht sich auch auf die Feststellung einer »selbständigen Tätigkeit«.⁵¹ Nach § 7a Abs. 2 S. 1 SGB IV nF. entscheidet die DRV Bund auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt.

2. Auftragsverhältnis iSv. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV nF.

Die Bezugnahme auf ein Auftragsverhältnis in § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV nF. soll nach der Gesetzesbegründung allgemeine Feststellungen verhindern und zulässige Anfragen auf solche beschränken, die sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis beziehen. Der Begriff umfasst danach alle vom allgemeinen Sprachgebrauch umfassten Auftragsverhältnisse, unabhängig davon, ob im Ergebnis eine Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit vorliegt und ist insbesondere nicht auf unentgeltliche Geschäftsbesorgungen im Sinne der §§ 662 ff. BGB beschränkt. Gleiches gilt für die im weiteren verwendeten Begriffe Auftraggeber und Auftragnehmer.⁵²

3. Dreiecksverhältnisse iSv. § 7a Abs. 2 S. 2 bis 4 SGB IV nF.

§ 7a Abs. 2 S. 2 SGB IV nF. ermächtigt die DRV Bund zu der Feststellung, dass ein Beschäftigungsverhältnis zu einem/einer Dritten besteht, wenn die vereinbarte Tätigkeit für diese/n erbracht wird und der/die Auftragnehmer*in in dessen/deren Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dessen/deren Weisungen unterliegt. In solchen Dreiecksverhältnissen, in denen ein Dienstleister (Auftraggeber*in) einem Unternehmen (Dritte*r) eine/n Auftragnehmer*in zur Verfügung stellt, sind nach der Rechtsprechung⁵³ nicht nur die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Auftraggeber*in und Auftragnehmer*in zu betrachten, sondern sämtliche Rechtsbeziehungen, die den Einsatz des/der Auftragnehmers*in prägen, also auch die zwischen der/dem Dritten und der/dem Auftraggeber*in. Es kann sich um wirksame Arbeitnehmer*innenüberlassung iSv. § 1 Abs. 1 AÜG handeln, es kann aber auch – mangels wirksamer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung – ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleihern (Dritten) und Leiharbeitnehmern fingiert werden (§ 10 Abs. 1 AÜG). Bisher konnten solche

49 BT-Drs. 19/29893, S. 27.

50 Ebd.

51 BT-Drs. 19/29893, S. 28.

52 Ebd.

53 Vgl. BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 12/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 34, SozR 4-1500 § 163 Nr. 12 Rn. 33 ff.

Dreiecksverhältnisse nicht abschließend geklärt werden. Mit der neuen Fassung wird der/die Dritte bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte Beteiligte*r des Statusfeststellungsverfahrens. Er/Sie kann nach § 7a Abs. 2 S. 3 SGB IV nF. unter diesen Voraussetzungen auch selbst die Statusfeststellung beantragen. Unabhängig davon, wer den Antrag gestellt hat, stellt die DRV Bund bei Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses jetzt grundsätzlich auch fest, zu wem das Beschäftigungsverhältnis besteht und andere Versicherungsträger sind bei der Beurteilung von Versicherungspflicht auf Grund des Auftragsverhältnisses an die Entscheidungen der DRV Bund gebunden (§ 7a Abs. 2 S. 4 SGB IV nF.).

4. Prognoseentscheidung nach § 7a Abs. 4a SGB IV nF.

Neu eingefügt wurde auch die Möglichkeit einer Prognoseentscheidung, um den Beteiligten möglichst schon vor Aufnahme der Tätigkeit Rechtssicherheit über den Erwerbsstatus zu geben (§ 7a Abs. 4a SGB IV nF.). Zwar ist das gelebte Vertragsverhältnis entscheidend dafür, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, und die gelebten Verhältnisse können von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen. Deshalb sind nach § 7a Abs. 4a S. 2 SGB IV nF. neben den schriftlichen Vereinbarungen auch die beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung zu Grunde zu legen. Die Beteiligten haben bei der Antragstellung anzugeben, wie das Vertragsverhältnis konkret ausgefüllt und gelebt werden soll und die Art und Weise der Zusammenarbeit mit der/dem Auftraggeber*in darzulegen. Ermöglichen die antizipierten und angegebenen Umstände keine abschließende Beurteilung, zum Beispiel, weil sie zu ungenau oder nicht ausreichend sind, kann die DRV Bund eine Feststellung ablehnen oder eine Entscheidung erst nach Aufnahme der Tätigkeit treffen. Entscheidet sie über den Erwerbsstatus vor Aufnahme der Tätigkeit, gelten für die Beurteilung uneingeschränkt die zu § 7 SGB IV entwickelten Maßstäbe und Kriterien.⁵⁴

Mit der Prognoseentscheidung wird der Erwerbsstatus »regulär« und endgültig festgestellt. Es bedarf nach Aufnahme der Tätigkeit keiner Bestätigung und keiner weiteren Entscheidung.⁵⁵ Allerdings hebt die DRV Bund die Entscheidung nach § 48 SGB X auf, wenn sich bis zu

einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit die schriftlichen Vereinbarungen oder die Umstände der Vertragsdurchführung wesentlich ändern. Die Beteiligten haben dies der DRV Bund unverzüglich mitzuteilen. Als Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse gilt die Aufnahme der Tätigkeit (§ 7a Abs. 4a S. 3 bis 5 SGB IV). Da nur schwer zu erfassen ist, ob eine Änderung sich genau zum Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit ergeben hat oder erst danach, sind alle Änderungen mitzuteilen, die sich innerhalb eines Monats nach Aufnahme ergeben. Die DRV Bund prüft dann, ob die Prognoseentscheidung aufgrund des tatsächlich gelebten Vertragsverhältnisses einer Korrektur bedarf. Mit Wirkung für die Zukunft ist die Anpassung an das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis nach § 48 Abs. 1 S. 1 des SGB X zwingend, wenn sich daraus eine andere Beurteilung des Erwerbsstatus ergibt. Rückwirkend soll die Entscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X aufgehoben werden, wenn die Beteiligten ihre Mitteilungspflicht nach § 7a Abs. 4a S. 3 SGB IV vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht unverzüglich erfüllen und damit eine zeitnahe Korrektur der Entscheidung über den Erwerbsstatus verhindert haben. Dies wirkt dann nach § 7a Abs. 4a S. 5 SGB IV auf den Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit zurück, unabhängig davon, wann tatsächlich die Änderung eingetreten ist. Die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit nach anderen Tatbeständen des § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X bleibt unberührt. In atypischen Fällen kann im Wege der Ermessensausübung von der rückwirkenden Aufhebung abgesehen werden.⁵⁶ Mitteilungspflicht und Aufhebung nach § 7a Abs. 4a S. 3, 4 SGB IV beziehen sich nur auf Abweichungen, die sich bis zu einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit ergeben. Für später eintretende Änderungen oder eine bereits von Anfang an rechtswidrige Prognoseentscheidung gelten die §§ 44, 45 und 48 SGB X.

Kann die Feststellung des Erwerbsstatus nicht mehr vor Aufnahme der Tätigkeit getroffen werden (zum Beispiel, weil der Antrag erst kurz vor Aufnahme der Tätigkeit gestellt wurde), wird auf den Prognoseantrag hin der Erwerbsstatus »regulär« nach Abs. 2 festgestellt. Einer Ablehnung des Antrags auf Prognoseentscheidung wegen

⁵⁴ BT-Drs. 19/29893, S. 30.

⁵⁵ BT-Drs. 19/29893, S. 30 f.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 19/29893, S. 31.

Zeitablaufs und einer erneuten Antragstellung nach Abs. 1 bedarf es nach der Gesetzesbegründung nicht.⁵⁷

5. Gruppenfeststellung nach § 7a Abs. 4b und 4c SGB IV nF.

Für den Fall, dass der/die Auftraggeber*in mit mehreren Auftragnehmer*innen gleiche Auftragsverhältnisse oder mit einem/r Auftragnehmer*in wiederholt das gleiche Auftragsverhältnis vereinbart (zum Beispiel, wenn hierfür eine Rahmenvereinbarung getroffen wird), war bisher grundsätzlich für jeden Auftrag die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status gesondert zu beantragen und zu prüfen. Die neu eingeführte Gruppenfeststellung nach § 7a Abs. 4b SGB IV ermöglicht auf Antrag des Auftraggebers eine gutachterliche Äußerung der DRV Bund zu »gleichen« Auftragsverhältnissen. Allerdings geht es nicht um die Beurteilung rein abstrakter Rechtsverhältnisse. Vielmehr setzt § 7a Abs. 4b S. 1 SGB IV für eine gutachterliche Äußerung voraus, dass zumindest in einem konkretisierten Einzelfall über den Erwerbsstatus entschieden wird. Nur in konkreten Einzelfällen wird der Erwerbsstatus durch einen (bindenden) Verwaltungsakt festgestellt. Im Hinblick auf andere »gleiche« Auftragsverhältnisse ermöglicht die Vorschrift lediglich eine gutachterliche Äußerung der DRV Bund. Eine Feststellung durch Verwaltungsakt gegenüber bisher unbeteiligten, der DRV Bund wohl möglich nicht bekannten oder zukünftigen Auftragnehmer*innen, erschien dem Gesetzgeber schon wegen der Schwierigkeit der Bekanntgabe nach § 37 Abs. 1 S. 1 SGB X und verfahrensrechtlichen Fragen zum Umfang der Bindungswirkung, zu Aufhebungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten verwaltungspraktisch nicht realisierbar.⁵⁸

Auch wenn die nicht als Verwaltungsakt ergehende gutachterliche Äußerung weder für die DRV Bund noch für andere Versicherungsträger Bindungswirkung entfaltet, soll sie nach der Gesetzesbegründung⁵⁹ den Auftraggeber*innen gleicher Auftragsverhältnisse frühzeitig Gewissheit über den Erwerbsstatus der Auftragnehmer*innen geben und dem Abbau von Bürokratie dienen. Denn es sei davon auszugehen, dass der einmal geprüfte Sachverhalt nicht anlasslos einer erneuten Prüfung unterzogen und anders beurteilt werde. Sollte dies doch ausnahmsweise der Fall sein, sieht § 7a Abs. 4c SGB IV nF. vor, dass eine durch eine abweichende Beurteilung eintretende

Versicherungspflicht unter den dort genannten Voraussetzungen erst mit Bekanntgabe des entsprechenden Bescheides eintritt. Der/die Auftraggeber*in genießt insoweit Vertrauensschutz und erhält hierdurch Sicherheit.

Nach § 7a Abs. 4b S. 2 SGB IV nF. sind Auftragsverhältnisse gleich, wenn die vereinbarten Tätigkeiten ihrer Art und den Umständen der Ausübung nach übereinstimmen und ihnen einheitliche vertragliche Vereinbarungen zu Grunde liegen. Geringfügige Abweichungen, zum Beispiel hinsichtlich der Tätigkeit, der Höhe der Vergütung oder auch der Modalitäten, sind – nach der Gesetzesbegründung⁶⁰ – grundsätzlich unschädlich und stehen einer Übereinstimmung iSd. Vorschrift nicht entgegen. Damit die Reichweite der gutachterlichen Äußerung für den Empfänger klar ersichtlich ist, bestimmt § 7a Abs. 4b S. 3 SGB IV nF., dass die zu Grunde gelegten Vertragsbedingungen und die beabsichtigten Umstände der Ausübung in der gutachterlichen Äußerung anzugeben sind. Der/die Auftraggeber*in hat dem/der Auftragnehmer*in gleicher Auftragsverhältnisse bei Vertragsschluss eine Kopie der gutachterlichen Äußerung auszuhändigen (§ 7a Abs. 4b S. 4 SGB IV nF.), damit diese/r Kenntnis über den Erwerbsstatus erhält. Eine Entscheidung über den Erwerbsstatus nach § 7a Abs. 1 und 2 SGB IV nF. bleibt weiterhin möglich.

Der/die Auftragnehmer*in kann demgegenüber einen entsprechenden Antrag nur stellen, wenn er/sie mit dem/derselben Auftraggeber*in gleiche Auftragsverhältnisse vereinbart (zum Beispiel aufgrund eines Rahmenvertrags wiederholt zu gleichen Bedingungen für dieselbe Auftraggeberin tätig wird – § 7a Abs. 4b S. 5 SGB IV). Hat ein/e Auftragnehmer*in unterschiedliche Auftraggeber*innen, muss gegebenenfalls jedes Auftragsverhältnis gesondert beurteilt werden, weil in der Regel nicht davon ausgegangen werden könne, dass ein/e Auftragnehmer*in gegenüber unterschiedlichen Auftraggeber*innen die Bedingungen der Vertragsdurchführung vorgeben könne.⁶¹

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 19/29893, S. 31.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ BT-Drs. 19/29893, S. 32.

⁶¹ Ebd.

IV. Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt

Der Beitragsbemessung wird in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bei versicherungspflichtig Beschäftigten das Arbeitsentgelt zugrunde gelegt (§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, § 57 Abs. 1 S. 1 SGB XI, § 162 Nr. 1 SGB VI, § 342 SGB III). Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Der Begriff der Einnahmen ist allerdings nicht gesetzlich definiert. Er umfasst jeden geldwerten Vorteil, der dem Versicherten in ursächlichem Zusammenhang mit einer Beschäftigung zufließt. Hierzu gehören die Gegenleistungen des/der Arbeitgebers*in für die erbrachte Arbeitsleistung des/der Beschäftigten, also in erster Linie der tarif- oder einzelvertraglich vereinbarte Bruttoverdienst, aber auch Sachbezüge (Sachgüter in Geldeswert).⁶² Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahme besteht, wie diese bezeichnet und in welcher Form sie geleistet wird und ob sie unmittelbar als Gegenleistung für die Tätigkeit oder lediglich im Zusammenhang mit der Beschäftigung erzielt wird.

Von der Zurechnung zum Arbeitsentgelt ausgenommen sind lediglich solche Einnahmen, die das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Zustimmung des Bundesrates durch die Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) gem. § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IV hierzu bestimmt hat. Diese Ermächtigungsgrundlage setzt voraus, dass es sich um steuerfreie oder einmalige Einnahmen handelt oder um laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden. Nach § 17 Abs. 1 S. 2 SGB IV ist dabei eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts sicherzustellen. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HS. 1 SvEV sind einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die »zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern« gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit sie lohnsteuerfrei sind.

Das BSG hatte am 23. Februar 2021 über die Beitragspflicht von Tankgutscheinen über einen bestimmten Euro-Betrag und Entgelten für die Vermietung von Werbeflächen auf den privaten PKW von Arbeitnehmer*innen zu entscheiden, die diese im Zuge der Vereinbarung eines Lohnverzichts als neue Gehaltsanteile an Stelle des zuvor erzielten Bruttoarbeitslohns erhielten. Die Tankgutscheine und die Werbeeinnahmen sind durch diese Vereinbarung teilweise an die Stelle des ursprünglichen Bruttoloehns getreten, um den (teilweisen) Verzicht hierauf auszugleichen. Sie sind deshalb Arbeitsentgelt iSv. § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV, weil sie als (teilweises) Surrogat für das Arbeitsentgelt geleistet worden sind. Das gilt trotz eines gesondert abgeschlossenen Mietvertrags auch für die Werbeflächenentgelte, denn auch diese wurden »im Zusammenhang« mit der Beschäftigung erzielt. Dabei kommt es weder darauf an, ob hierfür neben dem Arbeitsvertrag noch eine gesonderte vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, noch gegebenenfalls auf deren Rechtsnatur. Der erforderliche Zusammenhang mit der Beschäftigung ergibt sich daraus, dass auch die Werbeflächenentgelte als »neue Gehaltsanteile« im Gegenzug zum Lohnverzicht vereinbart und damit als Surrogat für den Lohnverzicht nicht »zusätzlich« gewährt wurden. Außerdem wurden die Mietverträge nur Arbeitnehmer*innen angeboten.

Weder die Tankgutscheine noch die Werbeflächenentgelte waren nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SvEV von der Zurechnung zum Arbeitsentgelt ausgenommen. Denn sie wurden nicht »zusätzlich« zum Lohn oder Gehalt gewährt, sondern als integraler Bestandteil der vereinbarten neuen Vergütung. Es handelte sich bei diesen Entgelten auch nicht um Sachbezüge, die bei Unterschreitung der steuerlichen Bagatellgrenze beitragsfrei bleiben. Insbesondere waren auch die Tankgutscheine als Geldleistung zu charakterisieren. Denn die Tankgutscheine lauteten auf 40 €, nicht auf Kraftstoff in bestimmter Menge.⁶³

62 BSG, 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R – BSGE 131, 260 = SozR 4-2400 § 14 Nr. 25 Rn. 11.

63 BSG, 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R – BSGE 131, 260 = SozR 4-2400 § 14 Nr. 25.

Weiterbildungspolitik in Japan: Die Aufgabe lebenslanger Weiterbildung in Zeiten von Digitalisierung und Covid-19-Krise*

Prof. Yoko Hashimoto, Gakushuin Universität, Tokyo

Lange Zeit war in Japan die Aus- und Weiterbildung von Arbeitnehmern Aufgabe des Arbeitgebers. Öffentliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen hatten nur periphere Bedeutung. Seit den 90er Jahren sind hier Änderungen zu beobachten. Unterschiedliche Politikansätze wurden erprobt. Die Covid-19-Krise hat das Problem der Weiterbildungspolitik besonders deutlich zutage treten lassen. Die zunehmende Digitalisierung verschärft den Anpassungsbedarf zusätzlich.

Nachstehend wird die Aufgabe der Weiterbildungspolitik vor dem Hintergrund der veränderten Beschäftigungssituation in Japan näher beleuchtet:

I. Gesetz zur Aus- und Weiterbildungspolitik

1. Berufsbildungsgesetz von 1958

Als erstes umfassendes Gesetz zur Aus- und Weiterbildungspolitik wurde im Jahre 1958 das »Berufsbildungsgesetz (*shokugyō kunren hō*)« eingeführt. Zuvor waren die rechtlichen Grundlagen für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen auf das Arbeitsstandardgesetz (*rōdō kijun hō*) und das Berufssicherungsgesetz (*shokugyō antei hō*) verteilt. Das Berufssicherungsgesetz regelte öffentliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, wohingegen das Arbeitsstandardgesetz die Regelungen zu betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen enthielt. In großen Unternehmen wurden Arbeitnehmer durch betriebliche Maßnahmen aus- und weitergebildet. In kleineren Unternehmen waren Facharbeiter knapp.

Mit der Einführung des Berufsbildungsgesetzes wurden die rechtlichen Grundlagen für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einheitlich geregelt. Gleichzeitig wurde ein Zertifizierungssystem zum Nachweis erworbener Fähigkeiten (*ginō kentei*) eingeführt.

Im Jahr 1967 kam es zu einer Novelle des Berufsbildungsgesetzes. Gesetzeszweck war von da an die »systematische und stufenweise« Aus- und Weiterbildung (§ 3 Abs. 1) sowie die »lebenslange Berufsbildung«.

Im Jahr 1972 wurde die Anzahl der »Fähigkeiten«, auf die das Zertifizierungssystem Anwendung fand, auf 118 erweitert. Dabei wurden die »Fähigkeiten« allerdings übermäßig unterteilt, weshalb es bereits im Jahr 1973 zu einer Neuordnung mit einer Einteilung in lediglich 65 »Fähigkeiten« kam.

Seit 1962 nimmt Japan an der sogenannten »Fähigkeiten-Olympiade« (*ginō gorin*) teil und konnte hier viele Erfolge verzeichnen.

2. Änderungen nach der Öl-Krise

Anfang der 1970er Jahre wurde auch Japan von der Öl-Krise getroffen. Diese Krise beendete die großen ökonomischen Entwicklungen in Japan. Die Industrie durchlief einen Wandel. Der Anteil der Angestellten nahm zu. Er lag im Jahr 1969 noch bei 28,2 %, 1980 aber bereits bei 44,4 %.¹ Auch Hausfrauen fingen an, als Teilzeitarbeiterinnen zu arbeiten. Auch mittelbare Beschäftigung über Werkverträge entstand. Diese irreguläre Beschäftigung war

* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 14.1.2022 im Rahmen einer Online-Vortragsreihe an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf in Kooperation mit der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht eV. (DJGA) gehalten hat. Ich danke Rechtsanwalt Karsten Haase, geschäftsführender Vorstand der DJGA, für die Organisation dieses Vortrags und die Unterstützung bei der Veröffentlichung des Manuskripts. Ich danke auch Frau Christina Twick für die sprachliche Korrektur. Zur Geschichte der Weiterbildungspolitik in Japan s. Kurokawa, Entwicklung beruflicher Fähigkeiten als Arbeitsmarktpolitik (1) (2), *Hōgaku kyōkai zasshi*, Vol. 112, S. 750–820; 1212–1242, 1995; Yano, Gesetz zur Förderung der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten (*shokugyō nōryoku kaihatsu sokushin hō*), in: Shimada ua. (Hrsg.), Geschichte der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung nach dem Krieg (*Sengo rōdō rippō shi*), Junpōsha 2018; Kusano, Entstehung und Veränderung des Beschäftigungssystems im Zusammenhang mit der Arbeitsmarktpolitik (*Koyō system no seisei to henbō: seisaku to no kan-rende*), The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo 2021.

1 Kusano (Fn. 1), S. 466.

charakterisiert durch niedrige Löhne, unsichere Beschäftigung und den Ausschluss von der Sozialversicherung.

1974 wurde das neue Arbeitslosenversicherungsgesetz (*koyō hoken hō*) eingeführt. Mit dieser Novelle begann die aktive Arbeitsmarktpolitik. Finanzielle Grundlage hierfür waren Beiträge der Unternehmenseite. Neben der Förderung der Beschäftigungsregulierung, die der deutschen Regelung zur Kurzarbeit entspricht, wurden Weiterbildungsmaßnahmen verstärkt. So wurde zB. die Förderung von bezahltem Bildungsurlaub eingeführt.

Die großen Unternehmen überwandten die Öl-Krise in Zusammenarbeit mit den Unternehmensgewerkschaften. Kündigungen wurden vermieden und bestehende Beschäftigungsverhältnisse bewahrt, indem im Gegenzug Neu-Einstellungen zurückgestellt wurden und man sich auch der Instrumente von Versetzungen und Kurzarbeit bediente. Damit wurde in Japan der »interne Arbeitsmarkt« etabliert.

1978 wurde das Berufsbildungsgesetz geändert. Diese Novelle stärkte und erweiterte die Unternehmer-Förderung. Das verdeutlicht, dass im Hintergrund der »interne Arbeitsmarkt« zur Förderung betrieblicher Weiterbildungsmaßnahmen gestärkt werden sollte. Im Jahr 1982 wurde die »Förderung lebenslanger Berufsbildung« eingeführt. Betriebliche Weiterbildungsmaßnahmen für über 35-jährige Arbeitnehmer wurden finanziell besonders gefördert.

In den 1970er Jahren zeigte sich die Tendenz, dass immer mehr junge Leute ein Universitätsstudium anstreben. In der Folge dieser Aufwertung schulischer bzw. universitärer Bildung kam es zur Vernachlässigung der öffentlichen Berufsbildung.

3. Gesetz zur Förderung der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten (*shokugyō nōryoku kaihatsu sokushin hō*)

Im Jahr 1985 wurde das Berufsbildungsgesetz im Rahmen einer Novelle zum Gesetz zur Förderung der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten (nachfolgend: GFEBF). Dieses Gesetz stärkte erneut die betrieblichen Weiterbildungsmaßnahmen. On-the-job-Trainings (OJT) wurden als wichtige Aus- und Weiterbildungsart eingestuft. Damit einhergehend wurde die Förderung von Weiterbildungskosten für Unternehmen erweitert. Der Umfang dieser Förderung wurde von 1982 bis 1985 verzehnfacht.

Zur öffentlichen Aus- und Weiterbildung sollte ein privat beauftragtes Aus- und Weiterbildungssystem (*itaku*

kunnrenn) Verwendung finden. Damit wurde bezweckt, dass flexible Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen angeboten werden konnten.

Mit der Novelle im Jahre 1997 wurde die »Wahrnehmung der Gelegenheit für Arbeitnehmer, selbst an Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen« als Gesetzeszweck eingeführt (§ 1 GFEBF). Darin kommt zum Ausdruck, dass eigene Bemühungen der Arbeitnehmer bzgl. der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten in einer hoch entwickelten Gesellschaft unerlässlich sind. Dieser Gedanke wurde mit der Zeit immer stärker.

In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre wurde der Unterschied zwischen regulären und irregulären Arbeitnehmern als großes Problem erkannt. In Japan kam es von 1988 bis 1992 zur sogenannten »Blasenhochkonjunktur« (*bubble economy*) des Aktien- und Immobilienmarkts. Nach deren Zerfall erfuhr Japan eine lange volkswirtschaftliche Flaute. Bis zur Mitte der 2000er Jahre hatten Absolventen große Schwierigkeiten, eine Stelle zu finden. Diese Generation wurde als »Schwierige auf Arbeitssuche« (*Shūshōku hyōgaki*) bezeichnet. Viele von ihnen konnten nur irreguläre Arbeitsverhältnisse finden. Zuvor kannte man im japanischen Arbeitsmarkt kaum Probleme für junge Menschen. Im Jahre 2006 wurde ein System eingeführt, welches Praktika in Unternehmen und Lernen in Ausbildungsinstitutionen verband. Dieses System wurde als das »Japanische Duale System« bezeichnet – in Anlehnung an das deutsche Ausbildungssystem. Allerdings hat sich dieses System in Japan nicht durchgesetzt.

Des Weiteren bemühte man sich in dieser Zeit um die Verbreitung einer »Job Karte« (job card). Die »Job Karte« enthält Informationen zu abgeschlossenen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen sowie zur Berufserfahrung. Ziel ist es, dass jeder Arbeitnehmer Inhaber einer eigenen »Job Karte« wird und sie beim Arbeitsplatzwechsel genutzt wird. Allerdings ist auch dieses System noch nicht weit verbreitet, da Unternehmen bei Einstellung von Arbeitnehmern diese Karte nicht berücksichtigen.

Gemäß § 5 GFEBF sollte das Ministerium für Arbeit und Soziales einen Basisplan zur Entwicklung beruflicher Fähigkeiten erstellen. Dieser Basisplan ist alle 5 Jahre anzufertigen. Der gegenwärtige 11. Basisplan (Geltung von 2021 bis 2026) nennt als grundsätzliche Maßnahmen beispielsweise die Förderung der Ausbildung von IT-Spezialisten, den Ausbau von öffentlichen Online-Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen und die Förderung von

Karriere-Beratungen in Unternehmen. Die Hauptaufgabe der gegenwärtigen Weiterbildungspolitik besteht aus Anpassungsmaßnahmen an die Digitalisierung und die Verlängerung des Berufslebens.

Der »Karriere-Berater« wurde 2016 als staatliche Qualifikation im GFEbF festgelegt. Er ist Spezialist für die Beratung zur Fortentwicklung beruflicher Fähigkeiten. Ende Juli 2021 lag die Anzahl der »Karriere-Berater« bei etwa 60.000. Der »Karriere-Berater« war ursprünglich als Angestellter zur Ergänzung der öffentlich organisierten Vermittlung eingeführt worden – in Anlehnung an ähnliche Systeme in England und den USA. Aktuell versucht die Regierung dieses Personal vorrangig firmenintern einzusetzen. Arbeitnehmer, die das 40. Lebensjahr vollenden, sollen die eigene Karriere überdenken (s.u. IV.2.). Dabei soll der Arbeitnehmer von einem »Karriere-Berater« unterstützt werden. Allerdings ist unklar, ob dieser Versuch sich durchsetzen und weite Verbreitung finden wird. »Karriere-Beratung« ist den meisten Arbeitnehmern noch weitgehend fremd.

4. Beschäftigungskategorien »Membership« und »Job«

In letzter Zeit wird in Japan häufig von den Beschäftigungskategorien »Membership« und »Job« gesprochen. Diese Kategorisierung wurde von *Keiichirō Hamaguchi*, Leiter des »Japan Institute for Labor Policy and Training« (JILPT) und früherer Beamter des Ministeriums für Arbeit und Soziales², eingeführt. Demnach unterfällt das japanische Beschäftigungssystem der Kategorie »Membership«, während sowohl das europäische als auch das amerikanische Beschäftigungsmodell der Kategorie »Job« zugeordnet werden.

In der Kategorie »Job« stellt tatsächlich auch der Job bzw. die ausübende Tätigkeit den Kern des Arbeitsvertrages dar. Die »Job«-Beschreibung wird im Vorfeld ausführlich festgelegt und auf dieser Basis wird vom Arbeitgeber ein passender Arbeitnehmer gesucht. Nur entsprechend qualifizierte Bewerber werden eingestellt. In der Kategorie »Membership« hingegen steht die Person bzw. der Arbeitnehmer im Mittelpunkt des Arbeitsvertrages. Unternehmen stellen in diesem Modell Schul- oder Universitäts-Absolventen ein, die noch keine praktische Berufsbildung erfahren haben. Anschließend bildet der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer aus. Daher wird die Aus- und Weiterbildung in Japan hauptsächlich im Wege des

Training-on-the-Job durchgeführt und die öffentlichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen haben nur periphere Bedeutung. Allerdings stockt dieses »Membership«-System seit den 1990er Jahren und ist zu überprüfen. Die Unternehmen können nicht mehr alle ihre Arbeitnehmer bis zum Rentenalter weiterbilden und beschäftigen. Aktuell wird die Notwendigkeit der Weiterbildung durch den Arbeitnehmer selbst übermäßig betont. Darauf wird später noch zurückzukommen sein (s.u. IV.).

Die »Membership«-Beschäftigungskategorie gilt nur für reguläre Arbeitnehmer. Für irreguläre oder atypische Arbeitnehmer gilt die »Job«-Beschäftigungskategorie. Letztere haben keine Chance, die eigene Qualifikation zu erhöhen. Ferner gilt die »Membership«-Beschäftigungskategorie auch nicht für kleine und mittlere Unternehmen. Laut *Hamaguchi* ist bei kleinen und mittleren Unternehmen weder eine Einordnung als »Membership«- noch als »Job«-Beschäftigungskategorie möglich.³

II. Verschiedene Maßnahmen zur Förderung der Weiterbildung

1. Förderung zugunsten der Unternehmer

Unternehmen, die betriebliche Weiterbildungsmaßnahmen durchführen, erhalten Gelder zur Förderung der Entwicklung der Fähigkeiten der Arbeitnehmer (*jinzai kaihatsu joseikin*). Mit diesem Geld werden Kosten und Lohn eines an der Maßnahme teilnehmenden Arbeitnehmers unterstützt. Die Unterstützungsrates beträgt zwischen 30 % und bis zu 60 % der Kosten und liegt zwischen 380 Yen (= ca. 2.7 €) und bis zu 960 Yen (= ca. 6.8 €) pro Arbeitnehmer und Stunde. Die Rate hängt davon ab, ob die Weiterbildungsmaßnahme als On-the-Job-Training oder als Off-the-Job-Training durchgeführt werden soll und welchen Zweck die Maßnahme hat. So werden IT-Weiterbildungen der Arbeitnehmer, Weiterbildungen in der Bau-Branche sowie die Unterstützung junger Arbeitnehmer und irregulärer Arbeitnehmer besonders hoch eingestuft. Auch Unternehmen, deren Produktivität

² *Hamaguchi* hat hierzu zahlreich publiziert, zuletzt: »Was ist eine »Job«-Beschäftigung: Widerspruch und Wendepunkt des Systems von regulären Arbeitnehmern« (Job gata koyōshakai towa nanika: seishain taisei no mujun to tenki), 2021.

³ Ebd., S. 43–44.

sich innerhalb von drei Jahren erhöht, soll eine höhere finanzielle Unterstützung zuteilwerden.

Außerdem profitieren von der Förderung Unternehmer, die Weiterbildungsurlaub eingeführt haben. Die Förderung soll gewährt werden, wenn ein Unternehmer ein System für Weiterbildungsurlaub eingeführt und ein Arbeitnehmer diesen Urlaub genommen und an der Weiterbildungsmaßnahme teilgenommen hat. Die Höhe dieser Förderung liegt bei 300.000 Yen (= ca. 2.140 €) und in bestimmten Fällen bei 360.000 Yen (= ca. 2.570 €)⁴. Bei Einführung eines längeren Weiterbildungsurlaubs sollen den Unternehmen zusätzliche Gelder gezahlt werden – nämlich 200.000 Yen (= ca. 1.420 €) für Kosten und 6.000 Yen (= ca. 42,80 €) pro Arbeitnehmer und Tag⁵. Trotz dieser Förderung ist der Weiterbildungsurlaub in Japan wenig verbreitet. Das Budget der entsprechenden Fördermittel lag im Jahr 2020 bei ca. 30,7 Mrd. Yen (= ca. 264 Mio. €).

2. Förderung zugunsten der Arbeitnehmer

a) Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen: öffentliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen und Weiterbildungsmaßnahmen für Arbeitssuchende

Arbeitslose können kostenlos an staatlichen Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen. Die unterschiedlichen Weiterbildungsmaßnahmen werden als »hallo trainings«⁶ bezeichnet. »Hallo trainings« umfassen als Unterkategorien sowohl den Bereich der »öffentlichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen« (*kōkyō schokugyō kunren*) als auch »Weiterbildungsmaßnahmen für Arbeitssuchende« (*kyūshōkusha sien kunren*). Inhaltlich unterscheiden sich die Weiterbildungsmaßnahmen für diese beiden Kategorien grundsätzlich nicht. Die Unterscheidung erfolgt allein auf Basis der Eigenschaft des jeweiligen Teilnehmers. Nur Arbeitslose, die vorher arbeitslosenversichert waren, können an »öffentlichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen« teilnehmen.

Voraussetzung für den Eintritt in die Arbeitslosenversicherung ist, dass

1. der Arbeitnehmer mehr als 20 Stunden pro Woche arbeiten soll und
2. der Arbeitnehmer mehr als 31 Tage beschäftigt werden soll.

Vor der Ausweitung des berechtigten Personenkreises im Jahre 2010 war eine Mindestbeschäftigungsdauer von mehr als sechs Monaten Voraussetzung für den Eintritt in die

Arbeitslosenversicherung, weshalb viele irreguläre Arbeitnehmer nicht in die Arbeitslosenversicherung eintreten konnten. In der Finanzkrise 2008/2009 wurde dieser unsicheren Lage der irregulären Arbeitnehmer große Aufmerksamkeit zuteil. Weiterbildungsmaßnahmen für Arbeitssuchende wurden nach der Finanzkrise 2008/2009 eingeführt, um diesem Problem zu begegnen. Damals wurde von einem »zweiten Schutznetz« gesprochen – quasi als Schutznetz zwischen Arbeitslosenversicherung und Sozialhilfe. Neben der kostenlosen Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen kann der Teilnehmer 100.000 Yen (= ca. 714 €), Fahrtkosten und Unterkunftskosten erhalten. Voraussetzung hierfür ist, dass

1. seine Einkünfte nicht 80.000 Yen (= ca. 571 €) pro Monat überschreiten,
2. die Einkünfte seines Haushalts 250.000 Yen (= ca. 1.785 €) pro Monat nicht überschreiten,
3. das Geldvermögen seines Haushalts 3 Mio. Yen (= ca. 21.420 €) nicht überschreitet,
4. er keine Immobilien außer der selbstgenutzten Wohnung besitzt,
5. er an allen Tagen der Weiterbildungsmaßnahme anwesend ist,
6. keine Person in seinem Haushalt gleichzeitig dieses Geld erhält und
7. er innerhalb von drei Jahren nicht unbilliger Weise Gelder erhalten hat.

Mit dieser Weiterbildungsmaßnahme für Arbeitssuchende beauftragte der Staat private Träger von Weiterbildungsmaßnahmen. Die Dauer der Weiterbildungsmaßnahme beträgt zwei bis sechs Monate. Es gibt zwei Weiterbildungs-Kurse. Der eine Kurs zielt auf den Erwerb grundsätzlicher Fähigkeiten wie Umgangsformen und einfache PC-Handhabung ab und der andere Kurs auf den Erwerb praktischer IT-Fähigkeiten sowie Fähigkeiten in spezifischen Aufgabenfeldern wie Vertrieb, Pflege usw. Einem privaten Anbieter solcher Weiterbildungsmaßnahmen werden für einen Basis-Kurs 60.000 Yen (= ca. 428 €) pro Teilnehmer und Monat gezahlt und für einen Praxis-Kurs 50.000 Yen (= ca. 357 €) – 70.000 Yen (= ca. 500 €) pro Teilnehmer und Monat. Die Höhe der Förderung des

4 Der höhere Betrag soll bezahlt werden, wenn die Produktivität des Unternehmens steigt.

5 240.000 Yen (= ca. 1.710 €) für Kosten und 7.200 Yen (= ca. 51,4 €) pro Arbeitnehmer und Tag werden den Unternehmen gewährt, wenn die Produktivität des Unternehmens steigt.

6 In Japan wird die öffentliche (staatliche) Arbeitsvermittlung als »hallo work« bezeichnet.

Praxis-Kurses hängt von dessen Erfolg ab. Sie kann 70.000 Yen (= ca. 500 €) betragen, wenn mehr als 60 % der Teilnehmer nach Abschluss der Maßnahme eine von der Arbeitslosenversicherung abgesicherte Beschäftigung finden. Sie kann 60.000 Yen (= ca. 428 €) betragen, wenn 35 % bis 60 % der Teilnehmer nach Abschluss der Maßnahme eine entsprechende Beschäftigung finden. Bei geringerer Erfolgsquote als 35 % liegt die Förderung bei 50.000 Yen (= ca. 357 €).

Im Jahr 2020 nahmen insgesamt 23.734 Personen an der Weiterbildungsmaßnahme für Arbeitssuchende teil. Davon nahmen 5.838 Personen am Basis-Kurs teil und 51,2 % dieser Teilnehmer fanden nach Abschluss der Maßnahme eine von der Arbeitslosenversicherung abgesicherte Beschäftigung. 17.896 Personen nahmen am Praxis-Kurs teil und 58,9 % dieser Teilnehmer fanden nach Abschluss der Maßnahme eine entsprechende Beschäftigung.

Nicht nur Arbeitslose, sondern auch Arbeitnehmer können an den öffentlichen Weiterbildungsmaßnahmen gegen Bezahlung teilnehmen. Der Staat, die Präfekturen und private Anbieter bieten Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen an. In jeder Präfektur existieren »polytechnic colleges«, die Absolventen einer »high school« (Gymnasium oder Realschule) besuchen können. Die Dauer der Ausbildung beträgt ein oder zwei Jahre.

Im Jahr 2020 nahmen 100.773 Arbeitslose und 70.860 Arbeitnehmer an staatlichen Weiterbildungsmaßnahmen teil. Die Zahl der Absolventen, die ein »polytechnic college« besuchten, betrug 15.862. Nach Abschluss der Maßnahme fanden 83,4 % der Teilnehmer, die an Weiterbildungsmaßnahmen der Einrichtungen des Staates oder der Präfekturen teilgenommen hatten, eine von der Arbeitslosenversicherung versicherte Beschäftigung. Die Erfolgsquote der privaten Anbieter lag bei 71,9 % der Teilnehmer. Absolventen der »polytechnic colleges« haben überdurchschnittlichen Erfolg bei der Stellensuche. 95,5 % der Absolventen fanden hier eine entsprechende Beschäftigung.

b) Weiterbildungsgeld (»kyōiku kunren kyūhu«)

In Japan gibt es ein eigentümliches System zur Förderung aktiver Weiterbildung. So wird Arbeitnehmern mit dem »Weiterbildungsgeld« ein Teil der Gebühren zurückgezahlt, die der Arbeitnehmer dem Träger einer Weiterbildungsmaßnahme gezahlt hat, wenn er an einer Weiterbildungsmaßnahme des Staates oder eines anerkannten privaten Anbieters teilgenommen hat. Es gibt drei Arten des Weiterbildungsgeldes: das allgemeine

Weiterbildungsgeld (»*ippan kyōiku kunren kyūhu*«), das qualifizierte Weiterbildungsgeld (»*tokutei ippan kyōiku kunren kyūhu*«) und das professionelle Weiterbildungsgeld (»*senmon jissen kyōiku kunren kyūhu*«). Beim allgemeinen Weiterbildungsgeld werden 20 % der Gebühren (max. 100.000 Yen = ca. 714 €) übernommen, beim qualifizierten Weiterbildungsgeld 40 % der Gebühren (max. 200.000 Yen = ca. 1420 €) und beim professionellen Weiterbildungsgeld 50 % der Gebühren (max. 400.000 Yen = ca. 2.850 € pro Jahr). Beim professionellen Weiterbildungsgeld werden 20 % der Gebühren (max. 160.000 Yen = ca. 1.140 € pro Jahr) zusätzlich zurückgezahlt, wenn nach Abschluss der Weiterbildung eine Qualifikation oder eine Lizenz erworben wurde und eine von der Arbeitslosenversicherung versicherte Beschäftigung gefunden werden konnte.

Das allgemeine Weiterbildungsgeld wurde 1998 eingeführt. Damals wurden 80 % der Gebühren zurückgezahlt. Danach wurde schnell auf »missbräuchliche Fälle« aufmerksam gemacht, in denen viele Arbeitnehmer Kurse besuchten, die mit ihrer Arbeit nichts zu tun hatten. Typischer Fall war der Besuch einer Fremdsprachenschule. Aktuell beträgt die Anzahl der Kurse, die über das allgemeine Weiterbildungsgeld gefördert werden, 11.177. Darunter sind auch Sprachkurse, bei denen allerdings inzwischen die maximale Förderhöhe auf 20 % der Gebühren begrenzt wurde. Die Zahl der mit dem allgemeinen Weiterbildungsgeld geförderten Personen betrug im Jahr 2020 89.011.

Das professionelle Weiterbildungsgeld wurde im Jahr 2014 eingeführt. Eine Förderung hiermit setzt grundsätzlich eine Weiterbildungsmaßnahme in Vollzeit sowie den Erwerb einer schwierigen Qualifikation oder Lizenz wie für Juristen, Krankenpfleger oder höhere Informatiker voraus. Die Anzahl der förderungsfähigen Kurse lag im Jahr 2021 bei 2.584 und die Zahl geförderter Personen bei 23.251 im Jahr 2019. Arbeitslose Teilnehmer dieses Kurses können zudem ein Unterstützungsgeld für Weiterbildung (*kyōiku kunren sien kyūhu kin*) erhalten, sofern der betreffende Teilnehmer nicht älter als 45 Jahre ist und er ungekürzt Arbeitslosengeld bezieht. Die Höhe dieses Unterstützungsgeldes liegt bei 80 % des Arbeitslosengeldes.

Das qualifizierte Weiterbildungsgeld wurde im Jahr 2019 eingeführt. Die diesbezüglich förderungsfähigen Kurse zielen ab auf den Erwerb bestimmter Qualifikationen oder Lizenzen, die monopolisiert bzw. besonders exklusiv verliehen werden. Die Zahl der förderungsfähigen Kurse lag im Jahr 2021 bei 484 und die Zahl der hiermit geförderten Personen bei 1.647 im Jahr 2020.

Voraussetzung für alle Arten von Weiterbildungsgeldern ist grundsätzlich, dass die geförderte Person mindestens drei Jahre in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt hat. Bei erstmaliger Beantragung des Weiterbildungsgeldes kann diese Frist verkürzt werden. Das allgemeine und das qualifizierte Weiterbildungsgeld können bereits Personen erhalten, die ein Jahr lang in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt haben. Das professionelle Weiterbildungsgeld setzt eine mindestens zweijährige Einzahlung in die Arbeitslosenversicherung voraus.

Zweck des Weiterbildungsgeldes ist die Förderung des Bemühens des Arbeitnehmers, die eigene Qualifikation zu verbessern. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dazu auffordert, an einem bestimmten Kurs teilzunehmen, um eine für die Arbeit erforderliche Qualifikation zu erwerben. Weiterbildungskosten werden hier auf den Arbeitnehmer abgewälzt. Ausführlichere Untersuchungen hierzu wurden bisher nicht durchgeführt.

III. Covid-19 und Erweiterung der Förderungsmaßnahmen

Irreguläre Arbeitnehmer und vor allem irreguläre Arbeitnehmerinnen wurden hart von der Covid-19-Pandemie getroffen. Im Vergleich zum Vorjahr ist die Anzahl männlicher irregulärer Arbeitnehmer in 2020 um 260.000 gesunken, die der weiblichen irregulären Arbeitnehmerinnen sogar um 500.000, während die Zahl regulärer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gestiegen ist (s. Tabelle 1).

Tabelle 1
Entwicklung der Arbeitnehmerzahlen von 2019 bis 2020⁷

	2019	2020
Reguläre Arbeitnehmer	23.420.000	23.450.000 (+30.000)
Irreguläre Arbeitnehmer	6.910.000	6.650.000 (-260.000)
Reguläre Arbeitnehmerinnen	11.610.000	11.940.000 (+330.000)
Irreguläre Arbeitnehmerinnen	14.750.000	14.250.000 (-500.000)

Die Zahl regulärer Arbeitnehmerinnen ist hauptsächlich in den Branchen Medizin und Pflege gestiegen.⁸ In diesen Branchen sind Arbeitnehmer stets knapp. In der Covid-19-Krise wurden viele Arbeitnehmerinnen in diesen Branchen angestellt.

Bezüglich der irregulären Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen wird vermutet, dass der Großteil in der Gastronomie tätig gewesen ist, da der Einfluss der Covid-19-Krise auf diese Branche besonders stark war. Gelder zur Förderung der Beschäftigungsregulierung (*koyō chōsei josei kin*), welche dem Kurzarbeitergeld in Deutschland entsprechen, wurden vor allem in dieser Branche gewährt (s. Tabelle 2).

Tabelle 2
Höhe der Gelder zur Förderung der Beschäftigungsregulierung und der Gelder zur dringenden Förderung der Beschäftigungsregulierung nach Branchen bis Ende Juni 2021⁹

	Branche	Gelder zur Förderung der Beschäftigungsregulierung		Gelder zur dringenden Förderung der Beschäftigungsregulierung
		in Mio. Yen	Anteil in %	in Mio. Yen
1	Gastronomie	300.260	8,2 %	96.941
2	Hotel	231.160	6,3 %	17.126
3	Personenverkehr	185.598	5,1 %	2.568
4	Maschinenbau	158.272	4,3 %	625
5	Sonstige Dienstleistungen an Unternehmen	156.503	4,3 %	18.865
6	Professionelle Dienstleistung	118.760	3,2 %	9.074
7	Material und Metall	116.356	3,2 %	3.080
8	Transport-Dienstleistungen	114.634	3,1 %	1.713
9	Vergnügung	112.663	3,1 %	14.921
10	Sonstige	106.324	2,9 %	9.332

7 Ausschuss für Weiterbildungspolitik (Jinzai Kaihatsu Bunkakai), Ministerium für Arbeit und Soziales vom 20.10.2021, Unterlage 2-2, S. 18.

8 Yamada, Toyo Keizai vom 5.7.2021, <https://toyokeizai.net> (29.6.2022).

9 Ausschuss für Weiterbildungspolitik (Jinzai Kaihatsu Bunkakai), Ministerium für Arbeit und Soziales vom 20.10.2021, Unterlage 2-2, S. 19.

Tabelle 2 macht deutlich, dass Gelder zur Förderung der Beschäftigungsregulierung und Gelder zur dringenden Förderung der Beschäftigungsregulierung vor allem in der Gastronomie gewährt wurden. Insgesamt wurden für diese Branche Zahlungen in Höhe von ca. 397,2 Mrd. Yen (= ca. 283 Mrd. €) geleistet. Gelder zur Beschäftigungsregulierung sollen grundsätzlich nur für Arbeitnehmer gewährt werden, für die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet wurden. Gelder für dringende Beschäftigungsregulierung wurden in der Covid-19-Krise für Personen eingeführt, für die vorher keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet wurden.

In der Gastronomie arbeiten viele irreguläre Arbeitnehmer, für die keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet werden.

Die Weiterbildungsmaßnahmen für Arbeitssuchende (s.o. unter II.2.a.) wurden ab März 2021 erweitert, damit auch irreguläre Arbeitnehmer aus der Gastronomie an den Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen und ihre Qualifikation erhöhen können. Jetzt können nicht nur Arbeitssuchende, sondern auch Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit erheblich verkürzt wurde, an den Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen. Weiterbildungsmaßnahmen mit kürzerer Laufzeit (ab zwei Wochen; bisher ab zwei Monaten) wurden eingeführt. Auch Online-Kurse wurden ausgeweitet. Zudem wurden zwei der Voraussetzungen für den Erhalt des hierfür vorgesehenen Fördergeldes in Höhe von 100.000 Yen (= ca. 714 €) gelockert: Die individuelle monatliche Einkunfts-Obergrenze wurde von 80.000 Yen (= ca. 571 €) auf 120.000 Yen (= ca. 857 €) angehoben und die monatliche Einkunfts-Obergrenze des Haushaltes der betreffenden Person von 250.000 Yen (= ca. 1.785 €) auf 400.000 Yen (= ca. 2.857 €). Außerdem wird ein Fernbleiben von der Weiterbildungsmaßnahme bis zu einer Abwesenheitsquote von 20 % der Weiterbildungszeit toleriert. Damit wird bezweckt, dass irreguläre Arbeitnehmer weiterarbeiten, aber auch an Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen können. Die Auswirkungen dieser Novelle bleiben abzuwarten.

Der Einfluss der Covid-19-Krise macht sich ansonsten in der weiteren, zuletzt drastischen Reduzierung der Weiterbildungskosten der Unternehmen bemerkbar. Die Weiterbildungskosten, die Unternehmen pro Arbeitnehmer und Jahr bezahlt haben, lagen im Jahr 2008 noch bei 41.929 Yen (= ca. 299 €), im Jahr 2019 bei 35.628 Yen (= ca. 254 €) und im Jahr 2020 schließlich bei nur noch 24.841 Yen (= ca. 177 €).¹⁰

IV. Digitalisierung und »recurrent education«

1. Mangel an IT-Spezialisten

In Japan liegt man im Bereich der Digitalisierung im Vergleich zu den USA deutlich zurück (s. Figure 1).¹¹ Der Grund hierfür liegt darin, dass IT-Spezialisten in Japan knapp sind. Laut Schätzungen fehlten 2018 bereits ca. 220.000 IT-Spezialisten. Für das Jahr 2030 wird ein Mangel von ca. 450.000 IT-Spezialisten erwartet.¹²

Der 11. Basisplan zur Entwicklung beruflicher Fähigkeiten nennt als Aufgabe der öffentlichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen ua. die verstärkte Aus- und Weiterbildung von IT-Spezialisten sowie die Unterstützung der Unternehmen bei der unternehmensinternen Aus- und Weiterbildung dieser Spezialisten. Allerdings bedarf die Ausbildung von IT-Spezialisten langfristigerer Planung. ZB. muss bei der Schulbildung der STEM-Bereich (Science, Technology, Engineering, Mathematics) ein stärkeres Gewicht bekommen. In Japan wurde gerade damit begonnen, in der Grundschule Programmieren zu unterrichten. Ab 2025 soll im Rahmen einer »allgemeinen Prüfung« (*kyōtsu test*), die als Zugangsprüfung an den Universitäten abzulegen ist, Informatik ebenfalls Prüfungs-Bestandteil werden.

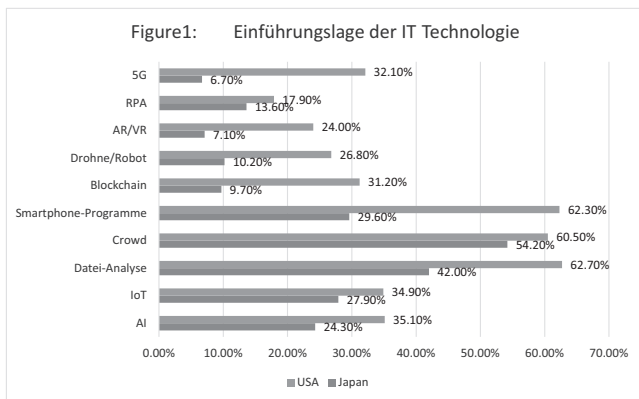
Ansonsten arbeiten die IT-Spezialisten in Japan hauptsächlich in den dortigen IT-Unternehmen. Im Vergleich zu anderen Staaten findet man hingegen weniger IT-Spezialisten in Kundenunternehmen: in Japan 28 %, in Deutschland 61 % und in den USA 65 %¹³. Der Grund könnte darin liegen, dass es in japanischen Unternehmen schwierig ist, nur für IT-Spezialisten besonders günstige Arbeitsbedingungen zu gewähren. Das in japanischen Unternehmen herrschende »Gleichheitsprinzip« verhindert solche besonders attraktiven Arbeitsbedingungen für hochqualifizierte IT-Spezialisten.

10 Ausschuss für Weiterbildungspolitik (Jinzai Kaihatsu Bunkakai), Ministerium für Arbeit und Soziales vom 20.10.2021, Unterlage 2-2, S. 21.

11 Ausschuss für Weiterbildungspolitik (Jinzai Kaihatsu Bunkakai), Ministerium für Arbeit und Soziales vom 20.10.2021, Unterlage 2-2, S. 8.

12 Ausschuss für Weiterbildungspolitik (Jinzai Kaihatsu Bunkakai), Ministerium für Arbeit und Soziales vom 20.10.2021, Unterlage 2-2, S. 8.

13 Ebd.



2. »recurrent education«

In der hoch entwickelten Industriegesellschaft ist lebenslanges Lernen der Arbeitnehmer unerlässlich. Ihre Fähigkeiten müssen mit den sich rasch ändernden Technologien Schritt halten. Das Thema der »recurrent education« wurde international bereits in den 1970er Jahren intensiv diskutiert und das »Schwedische Modell«, welches das Universitätsstudium breiter für Erwachsene öffnet, ist international bekannt geworden. In Japan begann die Diskussion zum lebenslangen Lernen langsam in den 1980er Jahren. Anders als etwa in Schweden sind die Universitäten in Japan weniger praxisnah ausgerichtet, sondern sehen ihren Schwerpunkt in der akademischen bzw. wissenschaftlichen Ausbildung. Hinzu kommt, dass bei dem in Japan verbreiteten »Membership«-Beschäftigungsmodell jedes Unternehmen seine Arbeitnehmer im Wege des On-the-Job-Trainings selbst aus- und weiterbildet. Aus diesem Grunde hat sich die »recurrent education« in Japan nicht wirklich entwickelt.

Seit den 1990er Jahren stockt die Wirtschaft in Japan und das »Membership«-Beschäftigungsmodell ist zu überdenken. Die Regierung hat versucht, die Weiterbildungsmöglichkeiten außerhalb der Unternehmen auszubauen. Das Weiterbildungsgeld (s.o. II.2.b) wurde eingeführt und allmählich erweitert.

Die Regierung hat am 18. Juni 2021 ein umfassendes politisches Programm veröffentlicht. Teil dieses Programms ist die Stärkung der »recurrent education«. Das Programm enthält unter der Überschrift »Stärkung der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten« die Punkte

- recurrent education,
- Überprüfung der eigenen Karriere im Alter von ca. 40 Jahren,

- Unternehmensgründung,
- Wechsel zu einem regionalen Unternehmen,
- arbeiten in einer non profit organization (NPO),
- Unterstützung des Qualifikationserwerbs durch Karriere-Beratung, etc.

Doch was bedeutet die »Überprüfung der eigenen Karriere« (*career no tanaoroshi*)? Dieses Schlagwort wird vor allem von privaten Arbeitsvermittlungen verwendet und bedeutet, dass der Arbeitnehmer vor einem Arbeitsplatzwechsel ausführlich beschreiben muss, welche Erfahrungen er bisher gesammelt hat, um herauszuarbeiten, was für Fähigkeiten er für eine neue Arbeitsstelle mitbringt. Unklar bleibt, ob die Regierung sich dieses Schlagwortes bedient, um einen Arbeitsplatzwechsel im Alter von 40 Jahren zu fördern. Jedenfalls wird hiermit eine Abkehr von der bisherigen lebenslangen Beschäftigungspraxis in Japan suggeriert. Das Ministerium für Arbeit und Soziales arbeitete an einer Richtlinie zum Thema »recurrent education«. Diese Richtlinie wurde im Juni 2022 veröffentlicht¹⁴. In der Richtlinie ist für einen Arbeitnehmer über 40 Jahren als Maßnahme für die »Überprüfung der eigenen Karriere« empfohlen, sich alle fünf Jahre mit dem Karriere-Berater zu besprechen¹⁵.

3. Vorschlag des Unternehmensaustritts des Arbeitnehmers im Alter von 40 oder 45 Jahren

In letzter Zeit wird die Einführung eines Unternehmensaustritts von Arbeitnehmern im Alter von 40 oder 45 Jahren vorgeschlagen, obwohl gemäß dem Beschäftigungssicherungsgesetz für ältere Arbeitnehmer (*kōnen-reisha koyō antei hō*) das Alter des Unternehmensaustritts nicht unter 60 Jahren liegen soll (§ 8 Beschäftigungssicherungsgesetz für ältere Arbeitnehmer). Dieses Gesetz sieht ferner vor, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer bis zum Alter von 65 Jahren beschäftigen muss (§ 9 Beschäftigungssicherungsgesetz für ältere Arbeitnehmer). In vielen Unternehmen tritt der Arbeitnehmer im Alter von 60 Jahren aus dem Unternehmen aus, wird dann gleich wieder von demselben Unternehmen befristet eingestellt, arbeitet dort bis zum Alter von 65 Jahren und geht

¹⁴ Ministerium für Arbeit und Soziales, Richtlinie zur Förderung von Weiterbildung im Betrieb (*shokuba ni okeru manabi-manabinaoshi sokushin guideline*) vom 29.6.2022.

¹⁵ Ebd., S. 11.

anschließend in Rente. Mit der Gesetzesnovelle aus dem Jahre 2018 wurde eine Versuchspflicht zur Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern bis zum Alter von 70 Jahren eingeführt. Der Vorschlag eines Unternehmensaustritts des Arbeitnehmers im Alter von 40 oder 45 Jahren steht in deutlichem Widerspruch zu dieser Gesetzeslage. Dennoch deutet auch die Regierung mit dem oben genannten Programm eine neue Richtung an.

Der Vorschlag eines Unternehmensaustritts des Arbeitnehmers im Alter von 40 Jahren stammt von *Noriyuki Yanagawa*¹⁶, Volkswirt an der Tokyo Universität. Er behauptet, dass ein Arbeitnehmer über eine andere Karriere nachdenken und wieder lernen oder studieren sollte, um neue Fähigkeiten zu erwerben, wenn er 40 Jahre alt wird.¹⁷ Der Grund soll darin liegen, dass das Unternehmen die Fähigkeiten seiner Arbeitnehmer nicht mehr weiterentwickeln oder die Firma selbst in der sich rasch verändernden Zeit nicht mehr fortbestehen kann. Daher müsse der Arbeitnehmer selbst seine Karriere vorantreiben, wobei der Staat ihn fördern solle. *Yanagawas* Vorschlag wurde viel kritisiert. Ein 40-jähriger Arbeitnehmer müsse seine Kinder erziehen und benötige dafür viel Geld, weshalb er nicht einfach das Unternehmen verlassen könne.¹⁸ Professoren können eine lebenslange Beschäftigung genießen. Er solle doch selber im Alter von 40 Jahren aus der Universität ausscheiden und ein anderes Fach komplett neu studieren. Sein Vorschlag stieß bei vielen Lesern auf wenig Verständnis.

Ein ähnlicher Vorschlag wurde jüngst von *Takeshi Niinami*, Präsident des größten Lebensmittelkonzerns »Suntory«, unterbreitet. Er gab in der Sitzung des Ausschusses der Großkonzerne (»*keizai dōyū kai*«) am 9. September 2021 seine Auffassung bekannt, wonach ein Arbeitnehmer im Alter von 45 Jahren aus dem Unternehmen austreten solle. Auch sein Vorschlag wurde viel kritisiert, aber die Worte eines bekannten Unternehmers machen deutlich, dass das japanische »Membership«-Beschäftigungsmodell, in welchem dem Arbeitnehmer

lebenslange Beschäftigung zugesagt wird, überdacht werden sollte.

V. Schluss

Die meisten Arbeitnehmer sind nicht bereit, ihre eigenen Fähigkeiten selbst weiterzuentwickeln. Das ist nicht die Schuld der Arbeitnehmer, sondern liegt in der Natur des Arbeitsvertrages begründet, der den Arbeitnehmer verpflichtet, das zu tun, was vom Arbeitgeber angeordnet wird. Die Überbetonung der »recurrent education« oder der »Überprüfung der eigenen Karriere im Alter von 40 Jahren« ist unrealistisch. Andererseits ist freilich auch die lebenslange Beschäftigung eines Arbeitnehmers in einem Unternehmen nicht mehr selbstverständlich. In Großkonzernen sind ältere Arbeitnehmer wenig gefragt. Die Regierung versucht, mit ihrer Weiterbildungspolitik solche Arbeitnehmer in Branchen unterzubringen, in denen die Arbeitskräfte knapp sind. Die Arbeitsbedingungen in diesen Branchen sollten zudem verbessert werden.¹⁹

16 Prof. *Noriyuki Yanagawa* ist Mitglied eines Ausschusses der gegenwärtigen Regierung, den der Premierminister leitet und der über die Grundlagen der Wirtschaftspolitik diskutiert. Der neue Premierminister *Fumio Kishida* hat das Schlagwort von »einem neuen Kapitalismus« ausgegeben. Der vorgenannte Ausschuss wird als »Ausschuss zur Etablierung eines neuen Kapitalismus« (*atarashii shihonsyugi jitsugen kaigi*) bezeichnet. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass konkrete Inhalte dieses »neuen Kapitalismus« unklar sind.

17 *Yanagawa*, »Japaner brauchen einen Unternehmensaustritt im Alter von 40 Jahren (Nihonjin ni 40sai teinensei no sentakushio)«, *Nikkei Business Online* vom 9.2.2018.

18 Ebd.

19 Premierminister *Fumio Kishida* hat zugesagt, dass der Lohn in der Pflege erhöht werden soll (*Asahi Zeitung* vom 2.11.2021).



Däubler / Wroblewski (Hrsg.)

Das Insolvenzhandbuch für die Praxis

Insolvenzrecht – Arbeitsrecht – Sozialrecht
5., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage
2022. 649 Seiten, gebunden

€ 74,-

ISBN 978-3-7663-7070-9

bund-shop.de/7070

Insolvenzhandbuch für die Praxis

Insolvenz und Arbeitsverhältnis

Unternehmensinsolvenzen lösen einen enormen Beratungsbedarf aus. Die 5. Auflage des Insolvenzhandbuchs konzentriert sich auf das, was für Betriebsräte, Gewerkschaften, betroffene Arbeitnehmer und deren Berater relevant ist. Dabei werden gleichermaßen insolvenzrechtliche, arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Fragen einbezogen. Weite Teile des Insolvenzrechts sind vom Gesetzgeber neu gefasst worden. Das jetzt geltende Recht ist in vollem Umfang verarbeitet, ebenso wie die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung.

Die wichtigsten Neuregelungen, die in das Handbuch eingegangen sind:

- > Änderung des Sanierungsrechts durch das Restrukturierungsgesetz (StaRUG)
- > Konzerninsolvenzrecht
- > Änderungen beim Recht der Insolvenzanfechtung und des Insolvenzantrags
- > Reform des internationalen Insolvenzrechts
- > Änderungen bei der betrieblichen Altersversorgung
- > Coronabedingte Sondervorschriften

Vorteile auf einen Blick:

- > Detaillierte Darstellung auf aktuellem Rechtsstand
- > Mit Fokus auf die Interessen der Beschäftigten
- > Mit Checklisten und Mustertexten für die Praxis
- > Zugang zur Online-Ausgabe mit digitaler Nutzung aller Inhalte

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7070 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7070-9	Däubler / Wroblewski (Hrsg.) Das Insolvenzhandbuch für die Praxis	74,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de
www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

– NEUER KITTTNER 2022

Print + Online



Jetzt
bestellen!

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20



Online-Zugriff auf
alle Inhalte
Alle Gesetze im Volltext
Rechtsprechung im Volltext

