

**Entwurf eines Gesetzes über
Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige
ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige)**

des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

2. Auflage

Dezember 2018

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht
Wilhelm-Leuschner-Str. 79
60329 Frankfurt am Main
www.hugo-sinzheimer-institut.de

Vorwort

Die Verbesserung der sozialen Absicherung von Selbstständigen steht bereits seit längerem in der Diskussion. Inzwischen treten die vorhandenen Defizite auch verstärkt in den Fokus der Politik und wurden nun zum Teil auch im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die aktuelle Legislaturperiode aufgegriffen. Für Arbeitnehmer besteht seit dem in Kraft treten des Mindestlohngesetzes 2015 eine gesetzliche Grundlage für einen (weitgehend) flächendeckenden allgemeinen Mindestlohn. Für Solo-Selbstständige, die sich häufig in einer vergleichbar schutzbedürftigen Lage wie Arbeitnehmer befinden, sind Regelungen zur Entgeltabsicherung dagegen nur partiell vorhanden. Rechtsvergleichend existieren in Polen, den Niederlanden und weiteren Mitgliedstaaten der EU bereits einige Regelungsbeispiele, die eine Entgeltabsicherung für Solo-Selbstständige vorsehen.

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage wird nachfolgend ein in zweiter Auflage weiterentwickelter Vorschlag zur Diskussion gestellt, wie eine Entgeltabsicherung von Solo-Selbstständigen im Kontext der deutschen Rechtsordnung ausgestaltet sein könnte. Für die zur ersten Auflage gemachten Anmerkungen, die wir teilweise aufgegriffen haben, möchten wir uns herzlich bedanken.

Wir hoffen, mit diesem Vorschlag einen konstruktiven Beitrag zur weiteren Diskussion leisten zu können.



Dr. Johannes Heuschmid
Stellv. Leitung HSI



Dr. Daniel Hlava
Referent für Sozialrecht

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
A. Einführung	3
I. Allgemeines	3
II. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	5
1. Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.....	5
2. Allgemeine Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG	6
3. Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV	6
B. Gesetzentwurf	8

A. Einführung

I. Allgemeines

In Deutschland erhält circa ein Viertel der Solo-Selbstständigen ein Entgelt, das unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegt.¹ Viele Solo-Selbstständige befinden sich in einer (regulären) Arbeitnehmern vergleichbaren Situation; insbesondere erbringen sie ihre Leistung in Persona und sind von ihrem Auftraggeber häufig wirtschaftlich abhängig. Insgesamt befinden sie sich daher gegenüber ihrem Auftraggeber in einer strukturell schwächeren Position. Es besteht daher die Gefahr, dass die stärkere Vertragspartei ihre Gestaltungsmacht zu Lasten der schwächeren Vertragspartei ausnutzt. Darüber hinaus sind Solo-Selbstständige nicht hinreichend für die Wechselfälle des Lebens versichert.

Vor dieser Ausgangslage wird nachfolgend systemimmanent, im Rahmen der bestehenden Sozialordnung, ein Vorschlag für eine isolierte Mindestentgeltabsicherung dargestellt, der an das Mindestlohngesetz anknüpft und Solo-Selbstständigen eine existentielle Grundsicherung ermöglichen soll. Hierdurch sollen Solo-Selbstständige in die Lage versetzt werden, eine Mindestsicherung für die Wechselfälle des Lebens, wie insbesondere Krankheit und Alter, zu finanzieren und dadurch zugleich die Steuerzahler der Zukunft entlastet werden. Eine darüber hinausgehende Neujustierung des Sozialversicherungssystems, etwa im Rahmen einer „Erwerbstätigenversicherung“, ist nicht Gegenstand dieses Vorschlags, wenngleich einiges für die Notwendigkeit dahingehender Anpassungen spricht. Im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD wird entsprechender Reformbedarf gesehen und u.a. die Einführung einer allgemeinen Altersvorsorgepflicht für alle Selbstständigen angekündigt.² Um ein über die Mindestabsicherung hinausgehendes, branchenspezifisch auskömmliches Einkommen sicherzustellen, sind kollektivvertragliche Regelungen anzustreben, deren rechtliche Rahmenbedingungen ebenfalls nicht Gegenstand dieses Vorschlags sind.

Für eine Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Solo-Selbstständige finden sich bereits Beispiele in der deutschen Rechtsordnung. Das gilt etwa im Bereich der Mindestarbeitsbedingungen für Handelsvertreter nach § 92a HGB. Durch die Neuregelung würde die Spezialregelung des § 92a HGB samt der Begleitregelung in § 5 Abs. 3 ArbGG obsolet und könnten daher aufgehoben werden.

¹ Brenke, DIW-Wochenbericht 7/2013, S. 13; zur Einkommenssituation von Solo-Selbstständigen näher BT-Drs. 18/10762, Tabellenanhang 25 ff.; Conen/Schippers/Schulze Buschoff, Solo-Selbstständigkeit – zwischen Freiheit und Unsicherheit – Ein deutsch-niederländischer Vergleich, WSI-Working-Paper Nr. 206, 2016, S. 15.

² Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 92 Zeile 4293 ff.

Speziellere Vorschriften, die dem Schutz arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger dienen, wie etwa § 12a TVG oder das HAG, bleiben durch die vorgeschlagene Regelung unberührt. Wie beim Mindestlohn handelt es sich auch beim Mindestentgelt um einen zusätzlichen gesetzlichen Anspruch, der neben etwaige andere Ansprüche tritt.³

Die Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Selbstständige stellt auch im internationalen Vergleich keine Ausnahmeerscheinung dar. Rechtsvergleichend finden sich Vorbilder für diesen Ansatz bspw. im polnischen Mindestlohngesetz.⁴ Ebenso werden in den Niederlanden künftig Personen, die im Auftrag einer anderen Person gegen Entgelt Arbeit leisten, – mit Ausnahmen – in den Anwendungsbereich des niederländischen Mindestlohn- und Urlaubsgesetzes einbezogen.⁵

Bei dem Regelungsvorschlag handelt es sich um eine Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 ROM-I-VO.

³ BAG 25.05.2016 – 5 AZR 135/16.

⁴ (Polnisches) Gesetz über das Mindestentgelt, geändert durch das Gesetz vom 22. Juli 2016; dort werden die Vorschriften zum Mindestentgelt über Arbeitnehmer hinaus auf bestimmte Solo-Selbstständige ausgeweitet, die Aufträge oder Dienstleistungen für Unternehmen erbringen.

⁵ Gesetz vom 29. März 2017 zur Änderung des Mindestlohns und der Mindestzulage im Zusammenhang mit der Anwendung dieses Gesetzes auf bestimmte festgelegte Arbeitsverträge, Staatsblad (2017) 290 vom 04.07.2017.

II. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Es bestehen keine verfassungsrechtlichen oder unionsrechtlichen Bedenken gegen die Einführung eines Mindestentgelts für Solo-Selbstständige.

1. Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG

Der Gesetzgeber ist berechtigt, die über Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübung, die auch die Vereinbarung von Entgelten umfasst, gesetzlich zu begrenzen, um damit sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten (gestörte Vertragsparität) entgegenzuwirken und einen Ausgleich der betroffenen Freiheiten zu bewirken.⁶ Hierauf zielt der vorliegende Gesetzesvorschlag ab, der über die gesetzliche Regelung eines Mindestentgelts das faktische Ungleichgewicht zwischen Solo-Selbstständigen und ihren Auftraggebern bei der Festlegung eines existenzsichernden Einkommens ausgleichen soll.

Die kollidierenden Grundrechtspositionen von Auftragnehmern und Auftraggebern sind dabei im Wege der praktischen Konkordanz und unter Berücksichtigung des Sozialstaatsgebots weitest möglich in einen Ausgleich zu bringen.⁷ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Gesetz über Mindestentgelte folgende Aspekte bezweckt:

- Sicherung des Existenzminimums durch ein auskömmliches Einkommen,
- langfristige Entlastung der Steuerzahler,
- Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme, indem die Notwendigkeit aufstockender Sozialleistungen verringert wird,
- Bekämpfung sozialer und wirtschaftlicher Ungleichgewichte, mithin auch dem Schutz vor Sozialdumping sowie Unterbietungswettbewerb und
- sonstige Gründe des Allgemeinwohls.

Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, auf eine gestörte Vertragsparität mit einer gesetzlichen Regulierung der Vertragsfreiheit zu reagieren.⁸ Die Grenzen dieses weiten gesetzgeberischen Spielraums werden durch den vorliegenden Gesetzentwurf nicht überspannt. Solo-Selbstständige befinden sich gegenüber Auftraggebern, für die sie tätig sind, häufig in einer strukturell schwächeren Position und erzielen nicht selten nur ein Einkommen unterhalb des gesetzlichen

⁶ BVerfGE 81, 242; BVerfGE 134, 204.

⁷ BVerfGE 134, 204.

⁸ BVerfGE 81, 242; BVerfGE 134, 204; Näheres in der Gesetzesbegründung.

Mindestlohns.⁹ Die Regelung eines Mindestentgelts ist verhältnismäßig und führt zu keiner übermäßigen Beeinträchtigung der Berufsfreiheit von Auftraggebern.

Die Regelung ist auch hinreichend bestimmt, da für alle Tätigkeiten ein Mindestentgelt auf Basis der tatsächlich geleisteten Zeit zu entrichten ist. Wie die Erfahrungen mit dem gesetzlichen Mindestlohn gezeigt haben, ist dieses Kriterium auch für Tätigkeiten, die normalerweise nicht nach Zeitstunden vergütet werden, in der Praxis handhabbar.

2. Allgemeine Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG

Soweit ein Eingriff in die – gegenüber der Berufsfreiheit nachrangige – allgemeine Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG vorliegt, ist auch dieser verfassungsrechtlich unbedenklich. Art. 2 Abs. 1 GG unterliegt einem Gesetzesvorbehalt und ist aus den vorgenannten Gründen verhältnismäßig.

3. Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV

Weiterhin verstößt ein gesetzliches Mindestentgelt nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Ebenso verstößt sie nicht gegen die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, die Art. 56 AEUV konkretisiert und insofern nicht über deren Regelungsbereich hinausgeht.

Eine Diskriminierung liegt nicht vor, da die Regelung auf Inländer und Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten der EU unterschiedslos angewendet wird.

Das Beschränkungsverbot wird ebenfalls nicht verletzt, da die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die in der Regelung eines Mindestentgelts liegt, gerechtfertigt ist. Mit der Maßnahme werden zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgt, zu denen u.a. der zuvor genannte Schutz vor Sozialdumping¹⁰ und der Schutz der Arbeitnehmer¹¹ zählen. Bei der Solo-Selbstständigkeit handelt es sich oftmals um eine Arbeitnehmern vergleichbare Beschäftigungsform, sodass auch der Schutz von Solo-Selbstständigen folgerichtig ein zwingender Grund des Allgemeininteresses darstellt.¹²

⁹ Vgl. *Brenke*, DIW-Wochenbericht 7/2013, S. 13; *Brenke/Beznoska*, Solo-Selbstständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, BMAS-Forschungsbericht 465, S. 39; s. ferner BT-Drs. 18/10762, Tabellenanhang 25 ff.; *Conen/Schippers/Schulze Buschoff*, Solo-Selbstständigkeit – zwischen Freiheit und Unsicherheit – Ein deutsch-niederländischer Vergleich, WSI-Working-Paper Nr. 206, 2016, S. 15.

¹⁰ EuGH v. 18.12.2007 – C-341/05 – Laval, Rn. 103.

¹¹ EuGH v. 07.10.2010 – C-515/08 – dos Santos Palhota u.a., Rn. 47 m.w.N.

¹² Zur Vergleichbarkeit s. auch EuGH v. 04.12.2014 – C-413/13 – FNV Kunsten Informatie en Media.

Die Einführung eines Mindestentgelts ist geeignet, diese Ziele zu erreichen. Seine Einführung ist auch erforderlich, um die Fehlentwicklungen des Marktes abzumildern, dessen Mechanismen die Festlegung höherer Entgelte nicht selbst erreicht haben. Mildere Mittel sind nicht erkennbar.

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist auch verhältnismäßig i.e.S., da es hier nur um Mindestentgelte geht. Nach der Rechtsprechung des EuGH wären sogar darüber hinausgehende Entgeltbestimmungen zulässig.¹³

¹³ EuGH v. 12.02.2015 – C-396/13 – Sähköalojen ammattiliitto.

B. Gesetzentwurf

Gesetz über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige)

Artikel 1

Änderung des Mindestlohngesetzes

1. Die Bezeichnung des Mindestlohngesetzes wird wie folgt geändert:
„Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns und eines Mindestentgelts für Solo-Selbstständige“
2. Die §§ 1 bis 24¹⁴ bilden Teil 1 des Mindestlohngesetzes; ihnen wird folgender Titel vorangestellt:
„Teil 1 – Regelung eines allgemeinen Mindestlohns für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“
3. § 22 Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt geändert:
„Teil 1 dieses Gesetzes gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.“
4. § 23 erhält folgende Fassung:
„Teil 1 dieses Gesetzes ist im Jahr 2020 zu evaluieren.“
5. Nach § 24 wird folgender Teil 2 des Mindestlohngesetzes eingefügt:

„Teil 2 – Mindestentgelt für Solo-Selbstständige

Abschnitt 1 – Festsetzung eines Mindestentgelts für Solo-Selbstständige

§ 25

Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts

(1) Unternehmer¹⁵, die auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen oder vergleichbaren Vertragstypen für andere Personen tätig sind und die geschulde-

¹⁴ Im Zuge der Erweiterung des MiLoG könnten die Übergangsbestimmungen in § 24 aufgehoben werden.

¹⁵ Der Begriff „Unternehmer“ ist im Sinne des § 14 BGB zu verstehen, womit Verbraucher im Sinne von § 13 BGB nicht vom Regelungsvorschlag erfasst werden (vgl. zum Thema auch *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032).

ten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen, haben unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften gegenüber ihren Vertragspartnern einen Anspruch auf ein Mindestentgelt nach § 26.

(2) Auftraggeber¹⁶ mit Sitz im In- oder Ausland sind verpflichtet, den für sie im Inland tätigen Personen im Sinne des Absatzes 1 mindestens das Mindestentgelt nach § 26 Absatz 1 spätestens zu dem in § 27 genannten Zeitpunkt zu zahlen.

(3) § 3 findet entsprechende Anwendung.

(4) § 612a des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(5) Das Mindestentgelt nach § 26 Absatz 1 ist in Form eines Geldbetrags auf ein vom Auftragnehmer zu benennendes Bankkonto zu zahlen.

§ 26

Höhe des Mindestentgelts

(1) Die Höhe des Mindestentgelts je Zeitstunde entspricht der jeweils geltenden Höhe des allgemeinen Mindestlohns nach § 1 Absatz 2 zuzüglich eines pauschalen Sozialversicherungszuschlags in Höhe von 25 %.

(2) Im Streitfall wird vermutet, dass der von den nach § 25 Anspruchsberechtigten dargelegte und auf objektiv nachvollziehbaren Angaben beruhende zeitliche Umfang der Tätigkeit zutreffend ist, es sei denn der Auftraggeber kann einen abweichenden Umfang darlegen und beweisen. Im Zweifel gilt eine angemessene Dauer als vereinbart.

(3) Erstattungen des Auftraggebers für entstandene Aufwendungen können nicht auf das Mindestentgelt nach Absatz 1 angerechnet werden.¹⁷

§ 27

Fälligkeit des Mindestentgelts

Der Auftraggeber ist verpflichtet, Personen im Sinne von § 25 Absatz 1 das Mindestentgelt nach § 26

1. zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit oder

¹⁶ Der Auftraggeberbegriff ist hier nicht technisch iSv § 662 BGB zu verstehen. Auftraggeber sind insbesondere Unternehmer iSv § 14 BGB.

¹⁷ Mit dieser Regelung wird klargestellt, dass ein etwaiger Aufwendungsersatz (vgl. § 670 BGB) nicht anspruchsmindernd auf das Mindestentgelt angerechnet werden darf, vgl. zur Thematik Bayreuther, HSI-Schriftenreihe Bd. 26, S. 37 f.

2. falls keine Vereinbarung über die Fälligkeit getroffen worden ist, spätestens am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt am Main) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Leistung erbracht wurde, zu zahlen. § 614 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.

Abschnitt 2 – Zivilrechtliche Durchsetzung

§ 28

Auftraggeberhaftung

§ 14 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gilt entsprechend.¹⁸

Abschnitt 3 – Durchsetzung durch staatliche Behörden

§ 29

Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

(1) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um Dienst- oder Werkverträge der in §§ 99 und 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerberinnen oder Bewerber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 30 mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind.

(2) Die für die Verfolgung oder Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 30 zuständigen Behörden dürfen öffentlichen Auftraggebern nach § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und solchen Stellen, die von öffentlichen Auftraggebern zugelassene Unternehmer- und Lieferantenverzeichnisse führen, auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte geben.

(3) Öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 fordern im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 30 an oder verlangen von Bewerberinnen oder Bewerbern eine Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Absatz 1 nicht vorliegen. Im Falle einer Erklärung der Bewerberin oder des Bewerbers können öffentliche Auftraggeber nach Absatz

¹⁸ Näheres ergibt sich aus der Gesetzesbegründung.

2 jederzeit zusätzlich Auskünfte des Gewerbezentralregisters nach § 150a der Gewerbeordnung anfordern.

(4) Bei Aufträgen ab einer Höhe von 30 000 Euro fordert der öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 für die Bewerberin oder den Bewerber, die oder der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a der Gewerbeordnung an.

(5) Vor der Entscheidung über den Ausschluss ist die Bewerberin oder der Bewerber zu hören.

§ 30

Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 25 Absatz 2 das in § 26 Absatz 1 genannte Mindestentgelt nicht oder nicht rechtzeitig zahlt.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er als Auftraggeber einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Erfüllung dieses Auftrags

- 1. entgegen § 25 Absatz 2 das in § 26 Absatz 1 genannte Mindestentgelt nicht oder nicht rechtzeitig zahlt oder*
- 2. einen oder mehrere Nachunternehmer einsetzt oder zulässt, dass ein oder mehrere Nachunternehmer tätig werden, der oder die entgegen § 25 Absatz 2 das in § 26 Absatz 1 genannte Mindestentgelt nicht oder nicht rechtzeitig zahlen.*

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 und des Absatzes 2 von der zuständigen Verwaltungsbehörde mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro geahndet werden.

Abschnitt 4 – Evaluation

§ 31

Evaluation

Teil 2 dieses Gesetzes ist im Jahr 2021 zu evaluieren.“

Artikel 2

Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

§ 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes wird um folgenden Absatz 2 ergänzt:

Absatz 1 gilt entsprechend für Vertragsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Auftraggeber und seinem im Inland ansässigen Auftragnehmer in Bezug auf die Regelungen in § 25 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns und eines Mindestentgelts für Solo-Selbstständige.

Artikel 3

Änderung des Handelsgesetzbuches

§ 92a des Handelsgesetzbuches wird aufgehoben.

Artikel 4

Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

1. § 2 Abs. 1 Arbeitsgerichtsgesetz wird am Ende um folgende Nummer 11 ergänzt:
„11. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Selbstständigen und Auftraggebern über Ansprüche nach Abschnitt 5 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns und Mindestentgelts für Solo-Selbstständige.“
2. § 5 Abs. 3 des Arbeitsgerichtsgesetzes wird aufgehoben.