

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 08. April 2019,  
um 15:00 Uhr zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zum Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige -  
BT-Drucksache 19/8460

**Dr. Gunnar Beck, London\***

1. Die folgenden Anmerkungen beschränken sich auf zwei Aspekte, die in den anderen Schriftsätzen m.E. keine hinreichende Beachtung gefunden haben. Zweifelsohne wirft die Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige wichtige volkswirtschaftliche Fragen auf. Diese ergeben sich einerseits aus dem erheblichen ökonomischen Gefälle innerhalb der EU – sozialrechtliche Normen, die in Luxemburg, Schweden oder Österreich sinnvoll erscheinen, mögen vielfach der Situation in wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Staaten wie Bulgarien, Rumänien oder Portugal unangemessen sein. Andererseits wirft die empfohlene Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf Selbstständige und atypisch Beschäftigte in der EU erhebliche Schwierigkeiten vor allem aufgrund des Geringverdienstes vieler freiberuflich und atypisch Beschäftigter, der vielfach nur unerheblich über dem Mindestlohn und mitunter auch dem Sozialsatz liegt, gerade für die Betroffenen selbst auf.
2. Ebenso bedeutsam wie die ökonomischen Bedenken gegen eine allgemeingültige Rahmenregelung für die EU sind die verschiedenen sozio-politischen Traditionen in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten. Deutschland, Österreich und die skandinavischen Staaten blicken auf eine lange sozialstaatliche und sozialgesetzgeberische Geschichte zurück. In vielen süd- oder osteuropäischen Staaten bleibt die sozialstaatliche Fürsorge hingegen fragmentarisch und in einigen davon ebenso ohne breiten sozialen Konsens. Eine EU-weite Rahmenregelung erscheint deshalb weder der Vielgestaltigkeit der sozio-politischen Kultur

noch den teils erheblichen ökonomischen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten angemessen.

3. Demgegenüber sprechen andere Gründe durchaus für die möglichst umfassende Einbindung aller Beschäftigten in die Sozialversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten. Vorrangig vor den hier nur angerissenen normativen ökonomischen und soziologischen Argumenten für und gegen eine Einbindungspflicht ist die Zuständigkeit der EU im Bereich der Sozialpolitik sowohl grundsätzlich als auch ggf. nach ihrem Umfang zu klären. Fehlt der EU die vertragliche Kompetenz, hat die Ratsempfehlung und ein nachfolgender Gesetzentwurf keine zureichende rechtliche Grundlage.

### Die Zuständigkeit der EU für die Sozialpolitik

4. Nach deutschem Verfassungsrecht und den EU-Verträgen liegt die allgemeine Sozialgesetzgebungskompetenz nicht bei der EU, sondern bei den Mitgliedstaaten. Verfassungsrechtlich hat das Bundesverfassungsgericht diesen Grundsatz im Lissabonner Urteile von 2009 zweifelsfrei im Zusammenhang mit der Budgethoheit des Bundestages und seiner tragenden Rolle bei der Ausgestaltung der wesentlichen ‚Lebensverhältnisse der deutschen Bevölkerung‘ herausgearbeitet. Das Gericht hat dabei den Status der Sozialpolitik als einen der fünf Kernbestandteile der deutschen Verfassungsidentität hervorgehoben. Eine Übertragung der Sozialpolitik an die EU widerspreche dem Grundgesetz und sei jedenfalls solange nicht verhandlungsfähig, als sich das deutsche Volk nicht per Volksabstimmung für die

---

\*E-Mail vom 08.04.2019

Auflösung des eigenen Staates und dessen Aufgehen in den Vereinigten Staaten von Europa ausgesprochen habe.

5. Allerdings steht die mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnis unter dem Vorbehalt des Geltungsvorranges von EU-Recht gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten.<sup>1</sup> Nach dem leitenden Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 und 5 EUV<sup>2</sup>) darf die EU andererseits allerdings nur dann Recht setzen, wenn sie durch eine spezielle, in den EU-Verträgen niedergelegte Rechtsgrundlage dazu ermächtigt ist. Ohne spezielle Ermächtigung der EU verbleibt die Gesetzgebungskompetenz bei den Mitgliedstaaten. Art. 4 EUV und Art. 153 AEUV stellen klar, dass der EU im Rahmen der Sozialgesetzgebung keine vorrangige oder gestaltende, sondern nur eine nachrangige ‚ergänzende und unterstützende‘ Rolle zukommt.
6. Eine die vorrangige nationalstaatliche Sozialgesetzgebungskompetenz überlagernde Kompetenz kommt hier der EU nach Art. 18 in Verbindung mit Art. 21 AEUV lediglich bei der Sicherung der Personenfreizügigkeit und der Regulierung des EU-Binnenmarktes und der damit verbundenen Sicherung der vier sogenannten Grundfreiheiten zu. Die Harmonisierung der nationalen Regeln bzgl. der Einbeziehung Selbständiger und atypisch Beschäftigter führt jedoch eindeutig über das Diskriminierungsverbot bei grenzüberschreitenden Sachverhalten hinaus.
7. Aus diesem Grund verweist der Rat in seiner Empfehlung auch nicht in erster Linie auf Art. 153 AEUV, sondern auf die residuelle Gesetzgebungskompetenz der EU nach Art. 352 AEUV, wonach der Rat einen Rechtsakt zur Verwirklichung eines der Vertragsziele einstimmig und mit Zustimmung der EU-Parlamentes erlassen kann. Die Harmonisierung der Sozialgesetzgebung ist keines der Ziele der EU-Verträge.
8. Eine Empfehlung des Rates bedarf keiner Rechtsgrundlage in den EU-Verträgen. Der Verweis auf eine solche deutet daher eindeutig auf eine nachfolgende Gesetzgebungsabsicht hin. Art. 352 AEUV ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Art. 308 EGV, der Art. 352 AEUV im durch den Lissabonner Vertrag ersetzten EG-Vertrag als ergänzende Gesetzgebungsermächtigungsnorm voranging, eine dazu unzureichende Rechtsgrundlage.

#### Soft Law

9. Ratsempfehlungen gehören wie Empfehlungen anderer EU-Organe zur Gattung des sog. *soft law*, d.h. von Normen, die keine rechtlich bindende Geltungskraft haben, jedoch deshalb nicht ohne

praktische rechtliche Wirkung bleiben. Sie bilden eine Schatten- oder Grauzone zwischen Politik und Recht. Fragwürdig sind *soft law*-Rechtsnormen insbesondere unter dem Blickpunkt der demokratischen Kontrolle politischer Willensbildung.

10. *Soft law* Normen werden vorzugsweise von supra-nationalen Organisationen erlassen und nationalen Regierungen und Parlamenten mit der Zusicherung zur Annahme und Unterzeichnung empfohlen, dass diese durch *soft law* nicht rechtlich gebunden werden. Gestützt wird diese Sicht durch die herrschende Meinung in der Rechtslehre, nach der *soft law* Normen weder bindende Wirkungen entfalten sollen noch Recht begründen können, auf die sich Einzelne vor nationalen Gerichten berufen können.
11. Dennoch verweisen Gerichte immer wieder auf *soft law* Normen als praktische Verhaltensnormen, *best practice* Regeln oder als Interpretationshilfen oder Hinweise auf die ‚lebendige‘ Entwicklung gesetzgeberischer Intentionen. Das gilt insbesondere und mit besonderem Nachdruck für die Rechtsprechung des EuGH.
12. Auf EU-Ebene reicht das *soft law* von Grün- und Weißbüchern, Schlussfolgerungen des Rates, Verhaltenskodices, Leitlinien, Mitteilungen und Empfehlungen bis zu sog. *Opinions* der Generalanwälte beim EuGH.
13. Viele dieser rechtlich weder bindenden noch unwirksamen Normen hat der EuGH in seiner Rechtsprechung immer wieder berücksichtigt und als Interpretationshilfen zur Deutung anderer Normen oder von Entscheidungen von EU-Organen herangezogen. Zahlreiche Beispiele finden sich in folgenden Sachgebieten:
  - Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission;
  - Bei der Anerkennung rechtlich bindender Wirkungen der bis 2009 rechtlich nicht bindenden EU-Grundrechtecharta in EuGH-Urteilen bereits ab 2004;
  - beim Status von Ratsempfehlungen und –richtlinien im EU-Sanktionsrecht auf der Basis von Art. 215 AEUV;
  - bei richterlichen und gesetzlichen Verweisen auf die deklaratorischen Fernziele in den Präambeln der EU-Verträge.
14. Weitere Bedeutung gewinnt das *Soft law* im EU-Recht dadurch, dass Grün- und Weißbücher der Kommission regelmäßig im Abstand von zwei bis fünf Jahren Kommissionsvorschlägen für Gesetzesentwürfe vorangehen. EU-Kommissionspräsi-

<sup>1</sup> Umstritten dabei ist, ob der Geltungsvorrang des EU-Rechts sich auch auf nationales Verfassungsrecht bezieht. Ein solcher Vorrang wird einerseits vom EuGH beansprucht, andererseits von den meisten nationalen Verfassungsgerichten entweder entschieden oder zumindestens theoretisch bestritten. In der Praxis jedoch beugen sich die Verfassungsgerichte, darunter das deutsche Verfassungsgericht, regelmäßig dem EuGH.

<sup>2</sup> EU-Vertrag.

dent Juncker hat diese indirekte Strategie für immer engere Integration einmal wie folgt zusammengefasst: „Wir beschließen etwas, stellen das dann in den Raum und warten einige Zeit ab, ob was passiert. Wenn es dann kein großes Geschrei gibt und keine Aufstände, weil die meisten gar nicht begreifen, was da beschlossen wurde, dann machen wir weiter – Schritt für Schritt, bis es kein Zurück mehr gibt.“<sup>3</sup>

#### Zusammenfassung

15. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen zum inhärent dynamischen und keineswegs rechtlich wirkungslosen Status von *soft law* Normen in der EU-Rechtsetzung- und –sprechungspraxis und angesichts der unzureichenden rechtlichen

Grundlagen in den EU-Verträgen für eine Empfehlung und einen möglichen nachfolgenden Gesetzesentwurf zur Harmonisierung der Sozialversicherungspflicht für freiberuflich und atypisch Beschäftigte empfehle ich dem zuständigen Fachausschuss des Bundestages mit Nachdruck, sich für die Ablehnung der Ratsempfehlung durch die Bundesregierung auszusprechen ebenso wie gegen jeden folgenden Gesetzesentwurf zur Umsetzung entsprechender Ratsempfehlungen und späteren Gesetzentwürfe zu votieren, denn die primäre sozialgesetzgeberische Kompetenz liegt bei den nationalen Parlamenten und darf nach dem Lissabonner Urteil des Bundesverfassungsgerichtes nicht an die EU abgetreten werden.

---

<sup>3</sup> Der SPIEGEL 52/1999 vom 27. Dezember 1999, S. 136.