

# Überschreitung des Koalitionsvertrages durch den geplanten § 611a BGB

„Wer den Hafen nicht kennt, in den er Segeln will, für den ist kein Wind der richtige“ – Seneca

Zeitarbeits- und Werkunternehmen sowie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände - alle waren gespannt auf den neuen Gesetzesentwurf des BMAS zur „strengeren Regulierung von Leiharbeit und Werkverträgen“ - nun ist es soweit und die Enttäuschung ist abermals groß. Die mehrfache Ankündigung von Frau Nahles „über den Koalitionsvertrag werde sie nicht hinausgehen“ (Handelsblatt 14.07.2015), wurde zum Bedauern aller durch den Referentenentwurf vom 16.11.2015<sup>1</sup> nicht eingehalten. Insbesondere die Zielsetzung der Regelung der Abgrenzung des Fremdpersonaleinsatzes wurde nicht richtig erfasst, sodass der Entwurf gänzlich am Ziel vorbei steuert. Nicht nur die Regelung des § 611a BGB an sich leidet an massiven Mängeln (Teil eins), sondern auch die fehlerhafte Begründung verursacht Verwirrung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Norm (Teil zwei).

**Teil eins:**

**Die fehlerhafte Regelung eines neuen § 611a BGB**

## 1. Änderung der Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und Arbeitsleistung

Überraschend und am Koalitionsvertrag vorbei, ist die neue rechtliche Gestaltung der Scheinselbstständigkeit, deren Abgrenzungsfrage, nicht Kernthema des Koalitionsvertrages war. Vielmehr ging es um die Abgrenzung Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung bei Werk-

unternehmen in der Dreieckskonstellation. Nunmehr wurde lediglich das Zweipersonenverhältnis reguliert (siehe Teil 2). Mit dem Koalitionsvertrag hat dies nicht mehr viel zu tun. Art. 2 des Gesetzesentwurfs sieht eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 611a vor, der den Arbeitsvertrag als besondere Gestaltungsform des Dienstvertragsrechts regeln soll. Danach wird ein Arbeitsvertrag angenommen, wenn es sich **bei den zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen** handelt. Was als **Arbeitsleistung** gilt, wird in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB dahingehend zum Ausdruck gebracht, dass jemand **Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt**. In einer weiteren Konkretisierung werden Kriterien festgelegt, welche anhand einer Gesamtbetrachtung zur Qualifizierung beitragen sollen.

Im Folgenden sollen die fehlenden Überlegungen in der Neuregelung des § 611a BGB aufgezeigt und mögliche Konsequenzen dargestellt werden, welche bei Übernahme in das Gesetz drohen würden.

## 2. Erstmalige gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffes

§ 611a BGB stellt klar, wann ein Arbeitsvertrag vorliegt und was als Arbeitsleistung zu qualifizieren ist. Dadurch stellt das Gesetz erstmals einen Grundtatbestand des Arbeitnehmerbegriffes auf, der im Individualarbeitsrecht umfassend Geltung erlangen könnte. Eine solche Regelung könnte somit substantiell das Arbeitsrecht modifizieren und nicht nur die Abgrenzungsfrage.

Bislang wurde in der Gesetzgebung darauf verzichtet, die Arbeitsleistung derart gesetzlich zu verankern, da es Schwierigkeiten bereitet, eine ab-

strakte für alle Arbeitnehmer geltende Definition aufzustellen.<sup>2</sup> Es besteht die ganz herrschende Meinung, dass im Arbeitsrecht ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff anzuwenden ist.<sup>3</sup> So bleibt die Frage, inwieweit sich das BMAS Gedanken gemacht hat, welche Reichweite und Relevanz die Regelung der Arbeitsleistung haben wird. Es liegt die Vermutung nahe, dass die Hoffnung bestand, durch die Qualifizierung des „Arbeitsvertrages“ anstatt des „Arbeitsverhältnisses“ dieses Thema zu umgehen, was jedoch misslang. Vielmehr könnte durch den Vorschlag ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Begriffen begründet werden.

Die neu geplante Legaldefinition verlangt nunmehr die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers. Dies soll in § 611a Abs. 2 BGB anhand von verschiedenen Kriterien konkretisiert werden. Allerdings wird nunmehr der Arbeitsvertrag durch die Eingliederung und Weisungsunterworfenheit maßgeblich definiert. Es wird dabei übersehen, dass eine typologische Betrachtung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Als Beispiel kann angeführt werden, dass nicht jede Weisung eine arbeitsrechtliche ist, sondern durchaus auch fachliche Weisungen im Rahmen eines Werkvertrages möglich sind. Dies kommt durch eine Definition gerade nicht heraus. Richtigerweise wurde daher bislang in der Rechtsprechung auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit abgestellt,<sup>4</sup> was in der Neuregelung keine Erwähnung findet. Daher ist es empfehlenswert, sich abermals die Konsequenzen einer einheitlichen Definition vor Augen zu führen und den geplanten § 611a BGB auf dessen Grundlage hin kritisch zu überarbeiten.

### 3. Aufstellung der Kriterien im Rahmen einer wertenden Betrachtung

#### 3.1 Problematik der Auflistung der Abgrenzungskriterien

Die Vorschrift des § 611a BGB soll laut Koalitionsvertrag der Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden dienen,<sup>5</sup> so dass sich in der Praxis die Problematik der konkreten Handhabung der Kriterien stellt. Demnach kann insbesondere die Gewichtung der Kriterien Schwierigkeiten im Einzelfall begründen. Demgemäß sieht das BMAS selbst in der Begründung ein, dass nicht jedes Kriterium zu jedem Vertragstyp passt,<sup>6</sup> vergisst jedoch, welche Konsequenz dies für die praktische Durchführung hat, da das Gesetz selbst nicht aufzeigt, dass nicht jedes Kriterium immer gelten kann. Dadurch stellt sich die Frage, ab welcher Anzahl von vorliegenden Kriterien die Behörden im Sinne einer „Gesamtbetrachtung“ von einem Arbeitsvertrag ausgehen.

Am besten wird die Problematik verdeutlicht durch die Überprüfung der neuen Rechtsprechung zur Abgrenzung von Dienstleistung und Arbeitsvertrag anhand der neu geplanten Kriterien. Im Fall eines ärztlichen Gutachters hat das BAG entschieden, dass keine Arbeitnehmer-eigenschaft begründet wurde.<sup>7</sup> Wird dieser Sachverhalt nun anhand der aufgestellten Definition samt Kriterien überprüft, kommt man mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer anderen Auffassung. Demnach fehlt es schon an einer Unterscheidung nach der Art des Weisungsrechtes, so wurde zwar ein zeitliches Weisungsrecht bejaht, dagegen ein arbeitsrechtliches verneint. Auch war der Selbständige in den Räumen des Auftraggebers tätig und an die Öffnungszeiten gebunden. Gleichfalls wurde eine wirtschaftliche Abhängigkeit bejaht und Mittel vom Auftraggeber verwandt. Damit wären § 611a Abs. 2 lit. a), b), c) und e) erfüllt gewesen, so dass ein hohes Indiz für die spätere Annahme eines Arbeitsvertrages gesprochen hätte. Daran sieht man, wie weit die Anwendung der Kriterien von der heute herrschenden Rechtsprechung entfernt ist und in keinem Fall diese ersetzen kann.

Weiterhin muss aufgezeigt werden, dass bereits damals zum ehemaligen § 7 Abs. 4 SGB IV<sup>8</sup> ein Katalog von Kriterien zu keinem tauglichen Ergebnis geführt hat, auch wenn damals die Regelung durch die Vermutungswirkung verschärft wurde. Die Liste in § 611a Abs. 2 BGB ist insofern auch im Hinblick auf wichtige Indizien unvollständig, wie sie exemplarisch die persönliche Abhängigkeit nicht nennt und ebenso wenig eine nähere Umgrenzung der Weisung durch die Kriterien gibt.

Den wohl wichtigsten Streitpunkt stellt jedoch der Kriterienkatalog selbst hinsichtlich der einzelnen Formulierungen dar, da diese überwiegend unklar und praxisfern sind und in der Mehrheit aller Fälle zu unsachgerechten Lösungen führen würde.

#### 3.2 Unscharfe Kriterien schaffen Rechtsunsicherheit

Bei einem Blick auf den Kriterienkatalog ist man im Nachhinein so schlau wie zuvor. Die nicht freie Gestaltung der Arbeitszeit bzw. des Arbeitsortes, wie in § 611a Abs. 2 lit. a) BGB vorgesehen, finden dort ihre Schranken, wo sich auch ein Selbständiger im Rahmen der üblichen organisatorischen Gegebenheiten des Betriebes, an die Geschäftszeiten zu halten hat.<sup>9</sup> Die Verabredung von Abgabeterminen und die Bindung an Termine der Kunden entspricht auch in der Selbstständigkeit der gängigen Praxis.

Die Erbringung der Leistung in den Räumen eines anderen laut § 611a Abs. 2 lit. b) ist gerade bei Werkverträgen eine typische Art und Weise der Erbringung, so dass dies kein taugliches Kriterium bei der Abgrenzung Werkvertrag versus Arbeitsvertrag darstellt. Folglich spricht das BAG davon, dass die Bindung an einen bestimmten Ort nichts über die persönliche Abhängigkeit aussagt.<sup>10</sup> In ähnlicher Weise sieht dies auch die Begründung des BMAS selbst (S. 30). Wer sichert jedoch dem Freelancer, der Werkleistungen erbringt, zu, dass bei der Prüfung durch den Zoll das Kriterium aufgrund seiner Einschlägigkeit nicht einfach „abgehakt“ wird? Auch wurde die Einschränkung durch das Wort „überwiegend“ bislang derart

noch nicht so in der Rechtsprechung verwandt. Es ist anzuzweifeln, ob durch diese Einschränkung dem Merkmal besser Rechnung getragen werden kann, insbesondere da hierdurch ein neuer unbestimmter Rechtsbegriff mitaufgenommen wurde, welcher wieder durch die Rechtsprechung zu definieren wäre.

Ebenso spielt das in § 611a Abs. 2 lit. c) BGB genannte Kriterium der Mittelverwendung keine große Rolle. Es ist schon unklar, ab wann von dem Freelancer „Mittel“ verwandt werden – geschieht dies schon bei Benutzung von einzeltem Büromaterial, von Tisch und Stuhl oder erst von größeren Arbeitswerkzeugen? Ebenfalls wird durch die Ergänzung des Wortes „regelmäßig“ mehr Unklarheit geschaffen als Rechtsicherheit. Unverständnis schafft auch die Regelung zur **Zusammenarbeit mit Personen**, die von **einem anderen eingesetzt oder beauftragt** worden sind, nach § 611a Abs. 2 lit. d). Warum sollte eine Zusammenarbeit mit anderen externen freien Mitarbeitern ein Indiz für die Arbeitnehmer-eigenschaft sein? Die von dem BMAS selbst zitierte Rechtsprechung spricht von einer Zusammenarbeit **mit Redakteuren und Autoren als auch mit technischen Mitarbeitern der Beklagten**.<sup>11</sup> nie mit anderen freien Mitarbeitern.

Ein Tätigwerden ausschließlich oder überwiegend für einen anderen nach § 611a Abs. 2 lit. e) BGB, kann nicht pauschal für jede Art der Tätigkeit gelten. So hat das BAG durchaus eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber bei einem Freelancer bejaht und diese nicht als persönliche Abhängigkeit qualifiziert.<sup>12</sup> Dies gilt insbesondere für einen arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen (§ 2 Nr. 9 SGB VI), der zwar wirtschaftlich abhängig aber auch ausdrücklich selbstständig ist. Dasselbe gilt auch für eine **eigene betriebliche Organisation** (§ 611a Abs. 2 lit. f)), da gerade im Dienstvertragsbereich nicht jede Tätigkeit einer solchen Bedarf, wie bei einem Dozenten oder Arzt. Auch der Existenzgründer hätte mit diesem Kriterium keine Chance. Ferner erscheint unklar, ob bei einer eigenen betrieblichen Organisation ein Arbeitszimmer mit Computer schon

ausreichend ist.

Ein gänzlich untaugliches Kriterium stellt der § 611a Abs. 2 lit. g) BGB dar, in dem verlangt wird, dass die Leistung auf Erbringung eines Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolgs gerichtet ist. In jedem Arbeitsvertrag, der gerade ein Unterfall des Dienstvertrages darstellt, wird auch ein Arbeitsergebnis erreicht, mag es auch ein unzureichendes Ergebnis sein. Folge dessen ist, dass dieses Kriterium immer erfüllt sein wird. Die Begründung selbst spricht ihren Fehler an – das Kriterium dient der Abgrenzung zum Werkvertrag und gerade nicht zum Arbeitsvertrag. Als letztes wird als Indiz für einen Arbeitsvertrag eine fehlende Gewährleistung angesprochen (§ 611a Abs. 2 lit. h)). Die Gewährleistung passt ihrem Wesen nach schon nur auf den Werkvertrag und nicht auf den Dienstvertrag. Vielmehr geht es beim Dienstvertrag um das eigene unternehmerische Risiko in Abgrenzung zum Arbeitsvertrag, welches nicht in dieser Form angesprochen wird. Dieses Indiz wird beim Werkvertrag immer greifen.

### 3.3 Vermischung der Abgrenzungsproblematik

Grundfehler der gesetzlichen Gestaltung von § 611a Abs. 2 BGB ist die Vermischung der Abgrenzungsprobleme Werkvertrag und Arbeitsvertrag gegenüber Dienstvertrag und Arbeitsvertrag sowie Werkvertrag und Dienstvertrag. Jede der drei Abgrenzungen wurde durch die Rechtsprechung getrennt judiziert und in langwieriger Arbeit auseinander gehalten. Es entspricht aber gerade der einzelnen Natur der unterschiedlichen Vertragstypen, dass die hierzu entwickelten Kriterien nicht auch für eine andere Abgrenzungsthematik angewandt werden können, da jeder Vertrag von allen anderen Formen abzugrenzen ist. So muss der Dienstvertrag nicht nur von Werkvertrag, sondern auch vom Arbeitsvertrag abgegrenzt werden. Genau dies wurde jedoch in § 611a Abs. 2 BGB vermischt. Der Versuch, mit einer Vorschrift alles auf einmal voneinander abzugrenzen, geht in jeder Weise fehl. Das BMAS sieht sogar selbst ein, dass nicht jedes Kriterium auf jeden Ver-

tragstyp passt, obgleich es in einer Vorschrift „zusammengefasst“ wurde. Es mag der einfache Weg sein, jedoch auf keinen Fall der richtige.

### 4. Vermutung bei der Statusfeststellung nach § 7a SGB IV

Eine weitere fehlerhafte und nicht ganz durchdachte Regelung stellt der § 611a Abs. 3 BGB dar. Danach soll ein Arbeitsverhältnis unwiderleglich vermutet werden, wenn die Deutsche Rentenversicherung ein Beschäftigungsverhältnis nach § 7a SGB IV (Statusfeststellungsverfahren) festgestellt hat. Auch diese Vorschrift findet im Koalitionsvertrag keine Grundlage und geht weit über diesen hinaus. Allein beim Lesen der Vorschrift kommen ernsthafte Zweifel an der Neuregelung auf. Warum soll die Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses auch ein Arbeitsverhältnis begründen? Beide Begriffe unterliegen auch hier getrennten Rechtsprechungen. Die Begriffe „Beschäftigung“ und „Arbeitsverhältnis“ laufen gerade nicht parallel, so dass man von einem nicht auf das andere schließen kann. Ferner erscheint es fragwürdig, auf die Beurteilung der deutschen Rentenversicherung abzustellen und nicht auf die Gerichte selbst.

### 5. Ergebnis

Wie aufgezeigt kann die geplante Neuregelung in keiner Weise zu einer praxismgerechten Lösung verhelfen. Vielmehr würde durch eine derartige Auflistung einiger Kriterien Verwirrung und Rechtsunsicherheit geschaffen werden. Daher kann man nur an den parlamentarischen Gesetzgeber appellieren und auf die massiven Schwächen der Neuregelung hinweisen, insbesondere auf die Vermischung der einzelnen Vertragstypen.

---

[1] <http://www.werkvertrag-zeitarbeit.de/entwurf-eines-gesetzes-zur.pdf>.

[2] BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14: Das BAG spricht ausdrücklich davon, dass **abstrak-**

**te, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale** nicht aufzustellen sind.

[3] BAG, Beschluss vom 25. März 1992 – 7 ABR 52/91; BAG, Beschluss vom 17. Oktober 1990 – 7 ABR 66/89.

[4] BAG, Beschluss vom 17. Oktober 1990 – 7 ABR 66/89; BAG, Urteil vom 14. Februar 1974 – 5 AZR 298/73.

[5] Koalitionsvertrag S. 49.

[6] Vgl. Begründung zum Diskussionsentwurf „zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ des BMAS vom 16.11.2015, S. 30, zu § 611a Abs. 2 lit. b) BGB.

[7] BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14.

[8] Fassung des § 7 Abs. 4 SGB IV vom 21.12.2000.

[9] BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14.

[10] BAG, Urteil vom 11. März 1992 – 7 AZR 130/91.

[11] BAG, Urteil vom 17. April 2013 – 10 AZR 272/12.

[12] BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14.

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal  
Rechtsanwalt Christian Andorfer  
Ref. jur. Janine Geißer

### **Anschrift der Verfasser**

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, M 7, 3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim,  
Tel.: 0621 / 39180100,  
E-Mail: [info@werkvertrag-zeitarbeit.de](mailto:info@werkvertrag-zeitarbeit.de)

Anmerkung der Redaktion:  
Die Fortsetzung dieses Beitrags „Teil zwei: Keine Anwendung des § 611a BGB auf Werkunternehmen“ lesen Sie in der Januarausgabe von *Blickpunkt Dienstleistung – ZeitarbeitReport*.