

# Steine statt Brot

von Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Rechtsanwalt  
und Dr. Timo Trasch, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Arbeitsrecht

Es inzwischen bekannt, dass das BMAS am 16.11.2015 im Hinblick auf die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbstständigen (neudeutsch: Freelancer) einen ersten Entwurf eines neuen § 611a BGB vorgelegt hat. Dieser Entwurf wurde – nicht zuletzt wegen seines gänzlich praxisfremden Kriterienkatalogs – von Seiten der Wirtschaft, der Fachwelt und der Gewerkschaften zurückgewiesen. Es ist verständlich, dass das BMAS daraufhin diesen überflüssigen und auch verfehlten Vorschlag zurückgezogen hat.

Nummehr hat das BMAS am 17.02.2016 einen neuen Entwurf eines § 611a BGB wie folgt vorgelegt:

## § 611a Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Es ist nicht zu leugnen, dass dieser Entwurf eine deutliche Verbesserung gegenüber der Fassung vom 16.11.2015 mit sich bringt. Gleichwohl ist auch dieser Entwurf vollkommen überflüssig. Denn es gibt eine ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die die angesprochenen Fragen klärt. Solange es eine solche Rechtsprechung gibt, die Rechtssicherheit gewährt, bedarf es keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung. Jedenfalls bedarf es aber keines neuen Gesetzes, das lediglich wörtlich die Erwägungen des BAG wiedergibt.

Das Ministerium beruft sich auf die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerbegriff, lässt dabei aber völlig au-

ßer Acht, dass das BAG die Eingliederung insbesondere, nicht generell, anhand des Weisungsrechts bestimmt. Diese ganz wesentliche Ausgangsüberlegung fehlt in dem angesprochenen neuen § 611a BGB, der die Angelegenheit so darstellt, als ob die dort wiedergegebenen Kriterien ausschließliche Kriterien seien.

§ 611a BGB des neuen Entwurfs gibt drei Tatbestandsmerkmale vor, nämlich

- ▶ Weisungsgebundenheit,
- ▶ fremdbestimmte Arbeit,
- ▶ und persönliche Abhängigkeit.

Definiert wird im Folgesatz aber nur das Weisungsrecht. Die beiden anderen Kriterien, der

- ▶ fremdbestimmten Arbeit
- ▶ und der persönliche Abhängigkeit,

die erwähnt worden sind, werden im weiteren Gesetzestext nicht mehr definiert.

Das in § 611a Abs. 1 BGB enthaltene Weisungsrecht hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort umfasst insgesamt fünf Merkmale und geht damit über die in § 106 GewO genannten drei Merkmale hinaus. Es stellt sich die Frage, ob das BMAS zwei zusätzliche Kriterien zu der altvertrauten Regelung in § 106 GewO einführen und damit zwei unterschiedliche Begriffe des Weisungsrechts etablieren will. Selbst wenn sich § 611a Abs. 1 BGB auf die Rechtsprechung des BAG bezieht, sollte man doch, wenn man eine neue gesetzliche Vorschrift schafft, die angesprochene Problematik im Auge haben und mit anderen gesetzlichen Vorschriften abstimmen.

Mit dem Merkmal „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ im neuen § 611a Satz 3 Hs. 2 BGB wird ein unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der nicht mehr an Rechtssicherheit herstellt als sie gegenwärtig bereits besteht. Dies wäre bei einem neuen Gesetz aber wünschenswert. Das BMAS lässt mit seinem Vorschlag gänzlich offen, ab welchem „Grad“ von einer Arbeitnehmereigenschaft auszugehen ist.

Der vorgelegte Entwurf lässt außer Betracht, dass die Rechtsprechung selbst die von ihr entwickelten Kriterien jeweils abschließend unter dem Aspekt beurteilt, in dem sie ausführt:

Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen. Letztlich kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles an.

Auch der neue Entwurf eines § 611a BGB lässt im Gegensatz zu der jeweiligen Rechtsprechung unberücksichtigt, dass es in den zu entscheidenden Fällen immer um einen Einzelfall geht, an den die Gerichte dann die angesprochenen Kriterien anlegt. Im vorgelegten Entwurf des § 611a BGB ist von einer Einzelfallbetrachtung keine Rede mehr. Die Anwendung des § 611a BGB würde folglich zu einer unangemessenen Generalisierung und damit zwangsläufig zu praxisfremden Ergebnissen führen.

Durch die jetzt vorgesehene Fassung des § 611a BGB ist der angesprochene Spielraum der Rechtsprechung, mit dem sie zu ihrem im Einzelfall sachgerechten Urteil kommt, vollkommen eingeschränkt. Die Vorschrift gibt also im Grunde nicht die gegenwärtige Rechtsprechung wieder, sondern zwingt die Rechtsprechung in ein Korsett.

Auch der letzte Satz des § 611a BGB, der davon spricht, dass es auf die Bezeichnung des Vertrages nicht ankommt, entspricht nicht der Rechtsprechung, sondern verleitet zu fehlerhaften Ergebnissen. Das BAG geht davon aus, dass zunächst der jeweilige Vertrag als solcher überprüft und zugrunde gelegt wird. Nur wenn der Vertrag in der Form, wie er gestaltet ist, nicht umgesetzt wird, kommt es zu einem Widerspruch zwischen der vertraglichen Regelung und der tatsächlichen Abwicklung. Und nur bei diesem Widerspruch kommt es dann auf die tatsächliche Abwicklung an. Das BAG formuliert wie folgt:

Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Wird der Vertrag abweichend von den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen vollzogen, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend.

§ 611a BGB ist auch insofern schlecht gefasst, als zweimal die Definition des Arbeitnehmerbegriffs aufgenommen ist; sowohl in Satz 1 als auch in Satz 3. Schon diese Problematik zeigt, dass es eigentlich unnütz ist, mühsam zu versuchen, eine Rechtsprechung als allgemein gültiges Gesetz zu formulieren, die bisher jeweils im Einzelfall sachgerecht gelöst wurde.

Sehr zutreffend hat in diesem Zusammenhang Prof. Dr. Martin Franzen (LMU München) bei der letzten Tagung

der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit im Februar in Frankfurt wie folgt sinngemäß kritisch ausgeführt:

Ein Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien wie im Gesetzesentwurf intendiert, bedeutet nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Im Übrigen belastet der Entwurf in § 611a Satz 5 BGB das Gesetz überraschenderweise mit dem Begriff des Arbeitsverhältnisses, der insoweit mit den gesetzlichen Vorschriften der verschiedenen Rechtsgebiete nicht abgestimmt und bislang noch nicht im Arbeitsrecht kodifiziert ist.

Zusammenfassend ist zu sagen, es ist aller Ehren wert, dass das BMAS den total verunglückten vorhergehenden Entwurf beseitigt hat. Ein neuer Fehler korrigiert aber nicht einen früheren. ■

## Quellennachweis

- 1 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 16.11.2015, S. 9.
- 2 Tuengerthal/Andorfer, „Einführung von § 611a BGB“ in: AuA, Teil 1 in Heft 2/2016, S. 94ff; Teil 2 (in Veröffentlichung).
- 3 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 17.02.2016, S. 10.
- 4 BAG vom 14.03.2007 – 5 AZR 499/06; BAG vom 20.05.2009 – 5 AZR 31/08; BAG vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14.
- 5 vgl. statt aller BAG vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, Rn. 16.
- 6 vgl. BAG Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04, Rn. 15.
- 7 BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14 –, Rn. 20.
- 8 vgl. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94, Rn. 25.
- 9 hierzu auch schon das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 09.06.2010 – 5 AZR 323/09, Rn. 19.