

## Zum Referentenentwurf des BMAS (Teil 1)

## Einführung von § 611a BGB

**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal**

ist Rechtsanwalt und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, Mannheim. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt und war lange Zeit Syndikus eines Verbands der Lebensmittelindustrie.

**Christian Andorfer**

ist als Rechtsanwalt und Experte der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit in Mannheim tätig.

**Der Referentenentwurf des BMAS zum geplanten § 611a BGB ist heftig umstritten (vgl. hierzu bereits Schmitt-Rolfes, AuA 1/16, S. 7). Kann er einen Beitrag zur Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung bei kooperierenden Unternehmen leisten?**

## 1 Änderung im Dienstvertragsrecht des BGB

Art. 2 des Diskussionsentwurfs des BMAS vom 16.11.2015 sieht eine Änderung des BGB vor. Hiernach soll ein neuer § 611a BGB eingefügt werden, der aus dem allgemeinen Dienstvertrag nach § 611 BGB den Arbeitsvertrag als eine typische Sonderform ausgliedert. Danach wird ein Arbeitsvertrag angenommen, wenn es sich bei den zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen handelt. Was Arbeitsleistungen sind, definiert § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend, dass jemand

- Dienste erbringt,
- dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und
- Weisungen unterliegt.

Zur Konkretisierung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und der Weisungsunterworfenheit legt § 611a Abs. 2 BGB nähere Kriterien fest. Anhand dieser Kriterien soll dann eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden.

## 2 Erstmalige gesetzliche Definition eines Arbeitsvertrags

Damit stellt die Gesetzgebung erstmals in § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB eine Definition des Arbeitsvertrags auf. Sie wird zum Grundtatbestand des gesamten Individualarbeitsrechts außerhalb des BGB.

Die Definitionskriterien für die Eingliederung eines Einzelnen in eine fremde Arbeitsorganisation – und somit die Erlangung von Arbeitsleistung durch diesen – in § 611a BGB sind aus der Abgrenzung der Tätigkeit einzelner Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsvertrags und selbstständiger Einzelunternehmer im Rahmen der Abwicklung eines freien Dienstvertrags oder Werkvertrags als Einzelner übernommen worden.

Die Bezugnahme auf die insoweit vorliegende Rechtsprechung verdeutlicht, dass durch § 611a BGB nicht die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit von Unternehmen gegenüber Arbeitnehmerüberlassung durch Unternehmen erfasst wird. Die für die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung beim Einsatz von Unternehmen in anderen Unternehmen ganz grundlegende Brammenflämmer-Entscheidung (BAG, Beschl. v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90) wird in den zur Begründung der Einzelkriterien des § 611a Abs. 2 BGB genannten Entscheidungen (S. 30 ff.) nicht angeführt, ebenso wie die genauso fortgeltende maßgebliche Bremszylinder-Entscheidung (BAG, Beschl. v. 9.7.1991 – 1 ABR 45/90). Diese wichtigen Beschlüsse, die bis heute fortwirken (vgl. BAG, Beschl. v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04), werden von der Regelung des § 611a BGB und seinen Abgrenzungskriterien nicht berührt und gelten in ihrer vollen Ausstrahlung weiter für die Beurteilung des Tätigwerdens von Werkunternehmen in Betrieben auftraggebender Unternehmen.

Die in § 611a Abs. 2 BGB enthaltenen Kriterien behandeln nur die Frage einer Arbeitnehmerschaft von Einzelpersonen oder deren Unternehmereigenschaft, damit der Zoll seinerseits, wenn es um die Überprüfung des Einsatzes von Fremdunternehmen in einem Einsatzunternehmen geht, nicht die Kriterien des § 611a Abs. 2 BGB unzutreffend und unberechtigt heranzieht.

## 3 Ausgliederung aus dem Dienstvertrag des § 611 BGB

Gesetzsystematisch setzt die neue Vorschrift die des § 611 BGB voraus. Damit kann es in § 611a BGB nur um eine Leistung aufgrund eines Dienstvertrags gehen. Erbringt ein Unternehmen Werkleistungen für ein anderes Unternehmen, so ist § 611a BGB als Abgrenzungsvorschrift auf diese Werkleistung nicht anwendbar.

So steht es auch in der Gesetzesbegründung der einzelnen Positionen des § 611a Abs. 2 BGB. Diese bezieht sich ganz überwiegend auf die vom BAG entwickelte Rechtsprechung zur Frage, ob eine Einzelperson

- in einem Arbeitsverhältnis steht oder ob sie
- unternehmerisch auf selbstständiger Basis eines freien Dienstvertrags i. S. d. § 611 BGB oder eines Werkvertrags gem. §§ 631 ff. BGB tätig wird.

Folglich kann § 611a BGB für das Tätigwerden von Werkunternehmen bei anderen Unternehmen keine Rolle spielen.





#### 4 Erste Kritikpunkte

Aus Sicht der Arbeitsrechtler ist die neue Formulierung des § 611a BGB insoweit überraschend, als man hier ohne Abstimmung mit bereits bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Regelungen und besonderen Arbeitsverhältnissen und überhaupt mit dem Individualarbeitsrecht eine Vorschrift neu gefasst hat, die eigentlich einer sehr gründlichen juristischen Vorbereitung bedurft hätte. Insbesondere besteht jetzt ein ungeklärtes Spannungsverhältnis zwischen den Begriffen "Arbeitsvertrag" und "Arbeitsverhältnis". § 611a BGB wird wohl aufgrund des politischen Kontextes – nämlich der Vereinbarung im Koalitionsvertrag – von vornherein nicht eingeschränkt dahingehend gelesen werden, dass er lediglich die Frage der Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit durch einen Einzelnen betrifft, wenn es darum geht, ob dieser ein Arbeitsverhältnis abwickelt und mit seiner Einschätzung nicht richtig liegt. Dazu heißt es bspw. in der FAZ vom 17.11.2015 auf S. 16: Zur Abgrenzung unzulässiger Werkverträge soll künftig ein Katalog von acht gesetzlichen Kriterien in einer „wertenden Gesamtbetrachtung“ herangezogen werden, wie es im Entwurf heißt. Anhaltspunkte wären dann etwa, wenn ein Mitarbeiter der beauftragten Fremdfirma „nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen“; wenn er „die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt“ oder wenn er „überwiegend nur für den eigenen Auftraggeber tätig ist“. Hierbei wird aber übersehen, dass vom Tätigwerden einer beauftragten Fremdfirma mit eigenen Mitarbeitern in § 611a BGB keine Rede ist. In gleicher Weise behandeln die unzutreffende Auslegung des § 611a BGB auch Veröffentlichungen bestimmter Rechtsanwälte (vgl. BB 2016, S. 53 ff.).

#### 5 Erforderlicher Vertrag und zugesagte Leistung

Wie sich bereits aus dem Titel von § 611a BGB – Vertragstypische Pflichten beim Arbeitsvertrag – ergibt, geht es um die Definition des Arbeitsvertrags, bei dem man, wie in § 611 BGB bezüglich des Dienstvertrags oder in § 631 BGB des Werkvertrags in § 611a BGB die vertragstypischen Pflichten darlegt.

Unter diesem Aspekt erfordert das Vorliegen eines Arbeitsvertrags gem. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB

- einen Vertrag zwischen den Betroffenen,
- aufgrund dessen Leistungen zugesagt sein müssen,
- bei denen es sich um Arbeitsleistungen handeln muss.

§ 611a BGB sagt nicht ausdrücklich, um welche Art von Vertrag es zwischen den Parteien geht. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB lässt aber erkennen, dass es sich um einen Arbeitsvertrag handelt, der nach deutschem Recht zwei Vertragspartner erfordert, nämlich einen Arbeitgeber und einen Arbeitnehmer. Als Arbeitgeber kann nach dem gängigen Arbeitgeberbegriff sowohl eine einzelne Person als auch eine juristische Person oder eine Personenmehrheit infrage kommen.

#### Wichtig

Beim Arbeitnehmer hingegen geht es immer um eine Einzelperson, die in einem Arbeitsverhältnis tätig wird. Das deutsche Recht kennt nicht die Arbeitnehmereigenschaft einer juristischen Person, die als solche für einen Anderen tätig wird.

Welcher der infrage kommenden Vertragsparteien erbringt nun die zugesagten Leistungen? Dafür kommen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer in Frage. Ohne in diesem Zusammenhang den Begriff der Arbeitsleistungen bereits näher zu untersuchen, ergibt sich aus § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB, dass die zugesagten Leistungen jedenfalls als Arbeitsleistungen anzusehen sind. Diese erbringt nach dem ganz gängigen Begriff im Arbeitsrecht nur der Arbeitnehmer, da es sich um eine persönliche Leistung handelt. Der Arbeitgeber hat ihm diese Leistungen zu vergüten.

Derjenige, der Leistungen erbringt, kann also nur der einzelne Arbeitnehmer sein, der insoweit als Vertragspartner des § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist.

#### 6 Erbringung von Arbeitsleistungen

Zu dem Begriff der Erbringung von Arbeitsleistungen gibt der Vorschlag des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB eine nähere Definition. Er erklärt, dass der Arbeitnehmer Arbeitsleistungen erbringt,

- indem er einen Dienst leistet und
- dabei mit einer fremden Arbeitsorganisation zu tun hat,
- in die er eingegliedert ist und
- bezüglich derer er Weisungen unterliegt.

Indem § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB von der Erbringung von Diensten spricht, wird die abgeleitete Herkunft der Vorschrift aus § 611 BGB deutlich, denn in § 611 Abs. 1 BGB wird derjenige, der Dienste erbringt oder zusagt, als derjenige gesehen, der zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet ist.

§ 611a BGB lässt es jedoch auf der allgemeinen Form der Dienstleistung nicht beruhen, dass Gegenstand der Dienstleistung Dienste jeder Art sein können. § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB schränkt die allgemeine Dienstleistung des § 611 Abs. 1 Satz 1 BGB dahingehend ein, dass in dem Zusammenhang eine fremde Arbeitsorganisation tangiert sein muss. Es geht hierbei nicht um die eigene Arbeitsorganisation des Dienstleisters, sondern um eine fremde. Als solche sind bspw. die Arbeitsorganisation seines Arbeitgebers oder die eines Dritten denkbar.



Geht man davon aus, dass in § 611a BGB eine Ausgliederung einer bestimmten spezifischen Dienstleistung aus § 611 BGB erfolgt und diese Vorschrift dadurch konkretisiert wird, dass es um jeweils zwei Personen geht, nämlich

- denjenigen, der die Dienste zusagt, der als derjenige bezeichnet wird und
- den andere(n) Teil, also den zweiten in § 611 BGB angesprochenen Vertragspartner, der zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist,

so kann sich der Begriff fremde Arbeitsorganisation nur auf den anderen Vertragspartner des Arbeitsvertrags beziehen und nicht auf eine dritte Person, die in § 611 BGB nicht als Partei angesprochen ist. Die fremde Arbeitsorganisation kann somit nur die Arbeitsorganisation des zweiten Vertragspartners des § 611a BGB neben dem Dienstleistungserbringer sein, also die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers des potenziellen Arbeitnehmers. Irgendwelche dritten Auftraggeber sind insoweit in § 611a Abs. 1 BGB nicht angesprochen und nicht tangiert.

In diese Arbeitsorganisation des Arbeitgebers muss eine Person nun eingegliedert sein und Weisungen unterliegen, um sie als Arbeitnehmer ansprechen zu können. Diese Voraussetzungen für die nähere Konkretisierung des Begriffs Erbringung von Arbeitsleistungen erinnert an die Tatbestandsvoraussetzungen, die auch im Zusammenhang mit der Überprüfung einer Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit von Unternehmen und Arbeitnehmerüberlassung derselben herangezogen werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass die im Folgenden bei § 611a Abs. 2 BGB gegebene Konkretisierung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, angesichts der dort wiedergegebenen Kriterien für eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation ohne Weiteres auf die Abgrenzung hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung durch Unternehmen angewandt werden kann. Das Gleiche gilt hinsichtlich der in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls aus der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung bekannten Formulierung, dass wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen (...) für die rechtliche Einordnung des Vertrags die tatsächliche Durchführung maßgebend ist.

All das darf aber nicht dazu verführen, die Kriterien des § 611a Abs. 2 BGB auf die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung im Zusammenhang mit dem Tätigwerden von Unternehmen als Auftraggeber und Auftragnehmer anzuwenden. Dass das BMAS das ebenso sieht, wird aus der vorgeschlagenen Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG deutlich. Nur diese Bestimmung kann, wenn sie denn der Gesetzgeber niedergelegt, sich für die Abgrenzung zwischen werkvertraglichem Einsatz und Arbeitnehmerüberlassung auswirken, bei der zwei Unternehmen, ein Auftraggeber bzw. Entleiher und ein Auftragnehmer bzw. Verleiher und Leiharbeiter tätig werden.

Zudem soll § 611a Abs. 2 BGB klären, auf welche Weise die Feststellung zu treffen ist, ob jemand als Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation seines Arbeitgebers eingegliedert ist und Weisungen unterliegt.

#### Wichtig

Die Formulierung der Bestimmung ergibt eindeutig, dass derjenige, der das Vorliegen eines Arbeitsvertrags behauptet, hierbei auch die Beweislast zu tragen hat.

Für diese Gesamtbetrachtung soll insbesondere maßgeblich sein, ob eine einzelne Person, um die es im vorliegenden Fall geht – und bezüglich derer Abgrenzungskriterien entwickelt wurden – einen Arbeitsvertrag mit dem in § 611a Abs. 1 BGB angesprochenen Arbeitgeber geschlossen hat, und hierfür die folgenden Kriterien erfüllt sind.

Bemerkenswert hinsichtlich des § 611a Abs. 2 BGB ist, dass die Vorschrift zwar an sich Hinweise geben will und soll, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und hierbei Weisungen unterliegt, wobei für das Vorliegen beider Kriterien eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist. Gleichwohl werden nach den Kriterien, die für diese Gesamtbetrachtung insbesondere maßgeblich sein sollen, nur solche aufgeführt, die für eine angebliche Eingliederung sprechen mögen, aber keinerlei Bezug zu der damit angeblich auch behandelten Weisungserteilung durch den potenziellen Arbeitgeber haben. Keines der angeführten Kriterien betrifft die Frage, unter welchen Umständen von einer Weisungserteilung an den potenziellen Arbeitnehmer auszugehen ist. Es wird lediglich die angeblich indizierte Integration angesprochen.

Namentlich geht es in § 611a Abs. 2 BGB um folgende Kriterien, die indizieren sollen, dass man von der Eingliederung einer einzelnen Person, die sich als selbstständiger Auftragnehmer eines Auftraggebers empfindet, in die Arbeitsorganisation seines Auftraggebers sprechen kann. Hierfür soll insbesondere maßgeblich sein, dass:

- a) dem Betroffenen die Freiheit fehlt, die Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder den Arbeitsort zu bestimmen,
- b) die von ihm geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines Anderen erbracht wird,
- c) zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines Anderen genutzt werden,
- d) die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbracht wird, die von einem Anderen eingesetzt oder beauftragt sind,
- e) der Betroffene ausschließlich oder überwiegend nur für einen Anderen tätig ist,
- f) er keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,
- g) seine Leistungen nicht auf einen Arbeiterfolg wie bei einem Werkvertrag gerichtet sind und
- h) er für das Ergebnis seiner Tätigkeit, anders als beim Werkvertrag, keine Gewähr leistet.

Dass die gegebene Darstellung, wonach es nur um die Abgrenzung von Freelancern und Arbeitnehmern geht, zutrifft, beweist § 611a Abs. 3 BGB. Die hier aufgenommene Regelung, die auf § 7a SGB IV abstellt – nämlich das Statusverfahren im Rahmen der Sozialversicherung – verdeutlicht auch, dass es nur um einzelne Personen geht. Denn gem. § 7a Abs. 1 Satz 4 SGB IV sind die Beteiligten, die schriftlich eine Entscheidung beantragen können, die an einem zu beurteilenden Verhältnis beteiligten Auftraggeber und Auftragnehmer.

Bei dem am Auftragsverhältnis beteiligten Auftragnehmer muss es sich um eine natürliche geschäftsfähige Person handeln, da anderenfalls das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV von vornherein entfällt. Auch diese Vorschrift klärt eindeutig, dass es nur um das Verhältnis eines potenziellen Auftraggebers oder Arbeitgebers bezüglich einer einzelnen Person als Auftragnehmer oder Arbeitnehmer gehen kann. Sie bestärkt also die hier gemachten Angaben.

Es soll an dieser Stelle nicht auf die Begründung der einzelnen dargestellten Kriterien im Referatsentwurf eingegangen werden, wozu bereits von anderer Stelle kritische Anmerkungen gemacht worden sind. Wir wollen stattdessen maßgeblich herausarbeiten, dass der vorgeschlagene § 611a BGB im Gegensatz zu dem vorgeschlagenen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keine Auswirkungen auf werkvertragliche Kooperationen von zwei Unternehmen im Rahmen des Outsourcings von betrieblicher Produktion auf ein beauftragtes Unternehmen hat.



## 7 Erforderliche Klarstellung

Hat man auf die angegebene Art und Weise klargestellt, dass die Vorschrift des § 611a BGB keinerlei direkte Auswirkung auf die Beurteilung der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung hat, bei der immer drei Parteien im Spiel sind, nämlich

- der potenzielle Auftraggeber eines Werkvertrags oder potenzielle Entleiher einer Arbeitnehmerüberlassung,
- der potenzielle Auftragnehmer eines Werkvertrags oder potenzielle Verleiher einer Arbeitnehmerüberlassung und
- der betroffene Arbeitnehmer des Werkunternehmers oder Leiharbeiternehmer des Verleihers,

so ist zu fordern, dass das in der Begründung des Entwurfs – sofern dieser überhaupt umgesetzt wird – klarer zum Ausdruck gebracht wird. So kann man insbesondere auf Seiten des Zolls Fehlschlüsse vermeiden. In der Begründung des Entwurfs heißt es unter A. Allgemeiner Teil I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelung auf S. 12:

„Im Wirtschaftsleben kommt dem Werkvertrag eine zentrale Bedeutung zu (...) Missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes sind abzulehnen. Nicht akzeptabel sind insbesondere Vertragskonstruktionen, die von den Vertragspartnern zwar als ‚Werkvertrag‘ bezeichnet werden, tatsächlich jedoch als Arbeitsverträge – diese Formulierung betrifft die vorgesehene Regelung in § 611a BGB – oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge durchgeführt werden.“

Letztere Formulierung kann zu unzutreffender Einschätzung der Bedeutung des § 611a BGB führen, zumal es dann unmittelbar folgend heißt: „Bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung kann der vermeintliche Werkvertragsunternehmer zudem bislang eine Verleiherlaubnis vorhalten und sich auf diese berufen, wenn die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung offenkundig wird. Solche Konstruktionen sollen verhindert werden, auch im Interesse der Erhöhung der Rechtssicherheit bei der Nutzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung.“

Bedeutsam ist die ganz allgemein vorgesehene Formulierung in der Begründung A. Allgemeiner Teil bei II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs (S. 13), wo es heißt: „Missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes sollen verhindert und die Rechtssicherheit bei Nutzung von Werkverträgen erhöht werden. Deshalb wird die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt (...) Erbringt eine Person tatsächlich Arbeitsleistungen, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Charakteristisch für Arbeitsleistungen sind die Eingliederung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in eine fremde Arbeitsorganisation und das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Das Gesetz kodifiziert dazu die Rechtsprechung, der zufolge die Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.“

Diesem Teil der Gesetzesbegründung kommt entsprechende Bedeutung zu, weil er deutlich macht, dass es nicht um die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit eines Unternehmens für ein anderes im Hinblick auf denkbare Arbeitnehmerüberlassung geht, sondern lediglich die Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit, wozu die Kriterien in nicht abschließender Form gesetzlich niedergelegt werden, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen sind (S. 13 des Entwurfs).

Maßgeblich ist die zutreffende Bezugnahme auf die Nichtveränderung der Rechtslage in Deutschland, weil der Gesetzgeber so herausstellt, dass es nur um die gesetzliche Niederlegung der von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit geht. Es soll also bei dem von der Regelung nicht betroffenen Bereich bei der Anwendung geltenden Rechts bleiben, worauf der Entwurf auf S. 13 ausdrücklich hinweist.

## 8 Kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Um die soeben angesprochene Feststellung abzusichern, sollte die Darstellung auf S. 16 des Referentenentwurfs, bezogen auf dessen Abschnitt VI, Gesetzesfolgen, 4.2.b Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft durch Änderungen im BGB im Hinblick auf ihre Richtigstellung ergänzt werden, dort, wo es heißt: „Durch die gesetzliche Niederlegung der von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz in § 611a BGB entsteht für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand. Denn die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutschland unverändert. Damit werden gegenüber der bisherigen Rechtslage keine neuen Pflichten für die Wirtschaft begründet.“ Diese Formulierung geht zu weit und über die nach dem Titel des § 611a BGB – Vertragstypische Pflichten bei einem Arbeitsvertrag – enthaltene Regelung hinaus. Mit der Entwurfsbegründung vermitteln die Referenten des BMAS den Eindruck, als seien in § 611a BGB generelle Abgrenzungskriterien bezüglich angeblich ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz enthalten. Das trifft jedoch nicht zu. Wie bereits erläutert, ist die mitgeteilte gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung lediglich bezogen auf die Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit, aber nicht, wie der eingangs in der Begründung des Referentenentwurfs auf S. 12 angesprochene Begriff Arbeitnehmerüberlassungsverträge vermuten lässt, bezogen auf Probleme der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung, die beim Einsatz von einem Unternehmen bei einem anderen Unternehmen auftreten. Es sollte somit ausdrücklich im Zusammenhang mit dem auf S. 16 der Begründung Ausgeführten klargestellt werden, dass die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung sich nur auf die Abgrenzung zwischen dem Einsatz von Einzelpersonen im Rahmen eines Arbeitsvertrags oder eines freien Dienstleistungsverhältnisses bezieht und nicht auf die davon unberührte Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung.

### Praxistipp

Betroffene sollten somit richtigerweise von vornherein davon ausgehen, dass die 1:1-Kodifizierung der Rechtsprechung nur den soeben bezeichneten Bereich betrifft. Es wäre ein Missverständnis, würden die Überwachungsbehörden die in § 611a Abs. 2 BGB aufgeführten Kriterien auf die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung anwenden.

## 9 Leiharbeiternehmer: Zustimmung zum Widerspruchsrecht

Wie sich aus unserer Darstellung in Nr. 166 der Schriften der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit ergibt, war die bisherige Regelung der Behörden in den §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG deshalb verfassungswidrig, weil sie unberechtigt in das Recht der Leiharbeiternehmer auf freie Arbeitsplatzwahl eingegriffen hat. Es ist daher vollkommen richtig und verfassungskonform, wenn nunmehr unter Bezugnahme auf das bisher nicht berücksichtigte Recht der Leiharbeiternehmer, ihren Arbeitsplatz nach Art. 12 GG ohne staatliche Eingriffe selbst zu wählen, ein Widerspruchsrecht in diesem Zusammenhang aufgenommen wird.

## 10 Fazit

Die geplante Neuregelung des § 611a BGB regelt lediglich das Zweipersonenverhältnis und nicht den Drittpersonaleinsatz zwischen Werkunternehmen und Auftraggeber. Es verbietet sich ebenso eine entsprechende Anwendung der Kriterien auf die Arbeitnehmerüberlassung, was in einem Folgebeitrag in AuA 3/16 auch anhand der Rechtsprechung verdeutlicht wird.