

Brennpunkt



Dr. iur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Arbeitsrecht,
Partner in der
Anwaltssozietät
Schmitt-Rolfes,
Faltermeyer,
München

Geplanter § 611a: ein Schandfleck für das BGB

Seit mehr als hundert Jahren bemühen sich Reichsversicherungsamt, Reichsarbeitsgericht, BAG und EuGH sowie natürlich auch die Rechtslehre, herauszufinden, wer Arbeitnehmer ist und damit, wann ein Vertrag ein Arbeitsvertrag ist. Jetzt meint das BMAS, den Stein der Weisen gefunden zu haben: „Handelt es sich bei den aufgrund eines Vertrages zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Arbeitsleistung erbringt, wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt.“

Bereits der Begriff der Arbeitsleistung ist für die Abgrenzung ungeeignet, da Arbeitsleistung auch Gegenstand eines Werkvertrags sein kann (§ 631 Abs. 2 BGB). Das Abgrenzungskriterium ist somit nicht die „Arbeitsleistung“, sondern der Arbeitserfolg und auch dies zunächst nicht gegenüber dem Arbeitsvertrag, sondern gegenüber dem Dienstvertrag. Erst beim Dienstvertrag ist zu unterscheiden zwischen selbstständigem Dienstnehmer (freier Mitarbeiter) und dem unselbstständigen Dienstnehmer (Arbeitnehmer).

■ Systemwidrige Definition

Man weiß nicht, ob man über diese Definition lachen oder weinen soll. Sie ist nicht falsch, aber so überflüssig wie ein Kropf, und sie passt nicht in das System des BGB. Die Verfasser wollen damit die bisherige Rechtsprechung wiedergeben. Tatsächlich finden sich hier die vom BAG benutzten Kriterien der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und die Weisungsgebundenheit. Die Eingliederung in eine fremde Organisation bringt aber herzlich wenig. Nimmt man das Merkmal ernst, ist die Zugehfrau oder Haushaltshilfe keine Arbeitnehmerin. Der Topos ist die unzulässig verkürzte Umschreibung des

Arbeitnehmers durch das Reichsversicherungsamt, das von „dienender Einordnung in die Betriebsorganisation“ gesprochen hatte. Der 5. Senat hat einmal – wie schon Jacobi und Hueck/Nipperdey 1926/7 – zu Recht präzisiert, die Eingliederung zeige sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. Hromadka, NJW 2003, S. 1847 f.). Im Übrigen enthält Satz 2 der geplanten Norm, nimmt man ihn wörtlich, nicht, wie sonst im BGB üblich, die Definition einer Vertragspflicht – „wer sich zu Diensten nach Weisungen verpflichtet“, – sondern nur die Beschreibung eines Istzustands: „wer Dienste erbringt und dabei Weisungen unterliegt“. Damit ist Satz 3 überflüssig, der für die Rechtsnatur des Vertrags auf die tatsächliche Durchführung abstellt. Die Notwendigkeit dieser Klarstellung ist ohnedies zweifelhaft. Führen die Parteien einen Vertrag, den sie anders genannt haben, als Arbeitsvertrag durch, dann gelten die Grundsätze der *falsa demonstratio*. Wollen Sie den Konsequenzen eines Arbeitsvertrags entgegen, dann machen sie sich eines Rechtsmissbrauchs schuldig und müssen sich so behandeln lassen, als hätten sie einen Arbeitsvertrag.

■ Ein Kriterienkatalog

Abs. 2 enthält einen Katalog von acht Kriterien, die die Rechtsprechung ihrer „wertenden Gesamtbetrachtung“ zur Bestimmung des Arbeitsvertrags in der einen oder anderen Form zu Grunde gelegt hat. „Die Kriterien werden damit für die Praxis, insbesondere für die Prüftätigkeit der Behörden, transparent in einer summarischen Rechtsnorm wiedergegeben.“ Buchstabe a) enthält die Umkehrung von § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, der „unberührt bleibt“, ergänzt um Weisungen zum Arbeitsort; Letzteres entspricht § 106 GewO. Von b) – Erbringung der Leistungen in den Räumen eines anderen – sagen die Verfasser des Entwurfs selbst, dieses Kriterium sei allein nicht ausschlaggebend für die Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Werkvertrag. Das ist eher untertrieben. Gleiches gilt für c), die Erbringung von Leistungen mit Mitteln eines anderen, was der Entwurf mit einer Empfehlung der IAO begründet, die aus einem ganz anderen Kontext stammt. Wenig aussagekräftig sind auch d) bis f): Zusammenarbeit mit Stammarbeitnehmern, ausschließliche oder überwiegende Tätigkeit für einen Auftraggeber und keine eigene betriebliche Organisation. Völlig verfehlt sind die Kriterien g) und h): Erbringung von

„Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind“ und „keine Gewährleistung“. Mit diesen Kriterien kann man zwar einen Dienstvertrag von einem Werkvertrag abgrenzen. Sie besagen aber nicht das Geringste für die Abgrenzung eines Dienstvertrags mit einem Selbstständigen von einem Arbeitsvertrag. Wie wenig mit dem Katalog insgesamt gewonnen ist, zeigt sich, wenn man a) – Weisungsabhängigkeit – hinwegdenkt: Die Kriterien b) bis h) kennzeichnen nicht nur den Arbeitnehmer, sondern auch den Einmann-Dienstleister. Mit ihnen lässt sich genauso gut Selbstständigkeit wie Unselbstständigkeit begründen. Völlig im Dunkeln bleibt, wer der „Andere“ sein soll. Ist dieser nicht der Auftraggeber, ist es ziemlich unerheblich, in welchen Räumen und mit welchen Mitteln der Auftragnehmer seine Arbeitsleistung erbringt.

■ Beweislastumkehr

Der eigentliche Paukenschlag folgt jedoch in Abs. 3: „Hat die Deutsche Rentenversicherung Bund anhand der genannten Kriterien das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7a SGB IV festgestellt, so wird das Bestehen eines Arbeitsvertrages widerleglich vermutet.“ Das widerspricht nicht nur dem das gesamte Recht durchziehenden Grundsatz, dass der Anspruchssteller die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen hat. Es hat auch ein Gschmäckle: Der Rentenversicherungsträger, der in Fragen der Versicherungspflicht ein Eigeninteresse hat und damit gewissermaßen Partei ist, wird zum Schiedsrichter ernannt.

■ Vestigia terrent

Mit dem Kriterienkatalog knüpft das BMAS an eine Tradition an, mit der es schon einmal Schiffbruch erlitten hat. Wer erinnert sich nicht an die unglückliche Vermutungsregelung durch das „Korrekturgesetz“ aus dem Jahr 1998, die, unter dem Nebelschleier einer Kommission, bereits wenige Jahre später wieder beerdigt wurde. Die ungeliebten „Scheinselbstständigen“ des § 7 Abs. 4 SGB IV mutierten zu Ich-AGs. Immerhin muss man dem damaligen Gesetzgeber bescheinigen, dass er sich praktischen und ökonomischen Notwendigkeiten nicht verschloss. Von unserem Gesetzgeber würde man sich ein Gleiches wünschen, vor allem aber, dass er denselben Fehler nicht noch einmal macht. Wenn er partout den Arbeitsvertrag regeln will, dann kann er, dem Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission von 1977 folgend, in § 611 Abs. 1 BGB einen Satz 2 einfügen: „Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, die vereinbarte Arbeit unter Leitung und nach Weisung des Arbeitgebers zu leisten.“ Ließe er auch noch das „Leitung“ weg, dann läge er sogar auf der Linie des EuGH.