

§ 611a BGB: Ende gut, alles gut?

Es war ein langer, beschwerlicher Weg vom ersten Referentenentwurf (vgl. den Brennpunkt in AuA 1/16, S. 7) bis zu dem § 611a BGB, der am 1.4.2017 in Kraft treten wird und dem Thüsing in einem Editorial in der NZA (22/16) die Chance zubilligt, „hilfreicher Anker für die Fortentwicklung der künftigen Rechtsprechung zu sein“. Dies ist richtig, wenn man unter „Fortentwicklung“ die Rückführung auf das Kernkriterium des Arbeitsvertrags versteht, nämlich auf die rechtliche Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers.

Ziel des Gesetzgebers

Man erinnere sich: Ziel des Gesetzgebers war es, den „Scheinwerkverträgen“ zu Leibe zu rücken. Es sollte eine trennscharfe Abgrenzung geschaffen werden zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag, damit Arbeitgeber Arbeitsverträge nicht unter dem Deckmantel von Werkverträgen verstecken konnten. Diese Abgrenzung beschäftigte – darauf weist die Gesetzesbegründung hin – schon den Gesetzgeber des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, wenn auch aus anderen Gründen. Dabei übersah unser Gesetzgeber, dass das eigentliche Problem nicht die Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag ist, sondern die vom (freien) Dienstvertrag (den das preußische Recht noch nicht vom Arbeitsvertrag unterschied). Der Arbeitsvertrag ist bekanntlich ein Unterfall des Dienstvertrags. So verwundert es nicht, dass sieben der acht Kriterien, die der erste Referentenentwurf vorsah, auch auf den Dienstvertrag des Solounternehmers zutrafen. Ein Blick in das Gesetz hätte genügt, um die Sorgen zu zerstreuen. Der Werkunternehmer verspricht und schuldet einen Erfolg und er haftet wirtschaftlich dafür, dass dieser Erfolg auch eintritt (§§ 631, 633 ff. BGB). Der Arbeitnehmer soll weder einen Erfolg schulden noch dafür wirtschaftlich haften. Denn er unterliegt den Weisungen des Arbeitgebers. Nach manchen Irrungen und Wirrungen wurde das offenbar auch den Gesetzesmachern klar, und so schrumpfte die weit ausholend daher kommende Reform auf eine Definition des Arbeitsvertrags. Und hier landete man da, wo man angefangen hat, bei der Rechtsprechung des BAG. In der Begründung heißt es demgemäß, es „werde die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt“ (BT-Drs.18/10064, S. 8). Insofern hat der Gesetzgeber wenigstens teilweise vom BAG gelernt (vgl. den Brennpunkt in AuA 7/16, S. 391).

Das Ergebnis

Man hätte § 611a BGB schlanker fassen können, aber immerhin enthält die Vorschrift nichts Falsches; sie passt jetzt auch in etwa in das BGB. Der Arbeitnehmer wird durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (Satz 1). Der Hinweis auf die Weisungsgebundenheit hätte genügt; weisungsgebunden ist allerdings nicht die Arbeit, sondern der Arbeitnehmer. Dass die Arbeit fremdbestimmt ist, ergibt sich daraus, dass sie im Dienste eines anderen geleistet wird. Die persönliche Abhängigkeit folgt aus der Weisungsgebundenheit. Das Kriterium verdeutlicht, will man ihm einen eigenen Sinn geben, dass der Arbeitnehmer nicht nur an Weisungen zur „richtigen“ Erbringung der geschuldeten konkreten Leistung (Dienste oder Werk, vgl. § 645 BGB), sondern auch zu Art und Weise der Leistungserbringung gebunden ist. Das Weisungsrecht gegenüber dem Dienstnehmer und dem (Werk-)Unternehmer ist rein sachbezogen und ergebnisorientiert, beim Arbeitnehmer (auch) personenbezogen (Arbeitsort und -zeit, Urlaubsteilung!), ablauf- und verfahrensorientiert. Weggefallen ist das Kriterium der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, das der erste Referentenentwurf vorgesehen hatte. Zu Recht, denn die Eingliederung zeigt sich insbesondere darin, dass der Eingegliederte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Kumulativ gebraucht, hätte es die Putzfrau von den Arbeitnehmern ausgeschlossen. Das Abstellen auf das Weisungsrecht entspricht der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 17.11.2016 C-216/15), wonach das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses darin besteht, „dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.

Satz 2 der neuen Norm erläutert, auf welche Aspekte der Tätigkeit sich das Weisungsrecht beziehen kann: Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort. Nachdem die Dauer der Arbeitszeit gestrichen wurde, deckt sich das mit dem Bereich des § 106 GewO. Satz 3 nimmt § 84 HGB in negativer Fassung wieder auf. Ansonsten wird erneut Rechtsprechung wiedergegeben: Der Grad der persönlichen Abhängigkeit – gemeint ist wohl: der erforderliche Umfang der persönlichen Abhängigkeit – hängt nicht von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab, sondern ist automatische Folge der rechtlichen Weisungsgebundenheit und

bedarf deshalb keiner gesonderten Erwähnung. Insofern hat der EuGH eine völlig ausreichende Definition des Arbeitsvertrags auf den Punkt gebracht. Dies genügt für die positive Definition in jedem Fall. Umgekehrt reicht für die negative Definition § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB aus.

Somit hinken einige der zusätzlichen Kriterien hinter der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung und der Entwicklung im praktischen Arbeitsleben hinterher. Das Kriterium des Erfolgs als Abgrenzung zum Werkvertrag ist nur mit Einschränkung geeignet. Wer einem Arbeitgeber erzählen will, dass Mitarbeiter keinen Arbeitserfolg schulden, wird auf Unverständnis stoßen. Der Unterschied zum Werkvertrag besteht darin, dass bei diesem der Erfolg abschließend und vertraglich definiert wird, während im Arbeitsverhältnis der jeweils geschuldete Erfolg durch Weisung des Arbeitgebers in den Grenzen der vertraglichen Vereinbarung wechselnd definiert werden kann. Ein weiteres Kriterium ist, dass der Werkunternehmer für den Eintritt des Erfolgs wirtschaftlich haftet, während den Arbeitnehmer eine wirtschaftliche Haftung nur in sehr engen Grenzen trifft, allerdings gefährdet er bei dauerhafter Erfolglosigkeit den Bestand seines Arbeitsverhältnisses. Letztlich kommt es also nicht darauf an, ob das Weisungsrecht des Arbeitgebers ständig ausgeübt wird, sondern dass der Arbeitgeber die rechtliche Möglichkeit hat, jederzeit durch Weisung in das Tätigkeitsfeld des Mitarbeiters einzugreifen und sowohl Tätigkeit als auch Durchführung und auch Erfolg in den Grenzen des Arbeitsvertrags zu definieren. Insofern bleibt alles beim Alten, wenn man sich auf die Definition des EuGH beschränkt.

UNSER AUTOR



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