

Brennpunkt



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

Knapp daneben ist auch vorbei: § 611a BGB im geänderten Entwurf

Das BMAS ist offenbar doch lernfähig. Nach der heftigen Kritik am geplanten § 611a BGB im Diskussionsentwurf vom 16.11.2015 zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze hat das Ministerium nun nachgebessert.

■ Verbesserungen, aber auch neue Schwächen

Die Vorschrift ist jetzt deutlich schlanker geworden. Der geänderte Entwurf vom 17.2.2016 (vgl. hierzu u. a. die Beiträge von Hennig/Bödeker, Kramer/Dreyer sowie Trasch/Bissels in AuA 4/16, S. 201 ff.) verzichtet auf den höchst überflüssigen und anfechtbaren Kriterienkatalog und auf die ebenso anfechtbare Beweislastumkehr, wenn der Rentenversicherungsträger „das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7a SGB IV feststellt“ hat. Dafür „glänzt“ er mit einem anderen originellen Einfall. Er definiert nicht den Arbeitsvertrag, sondern den Arbeitnehmer. Das ist genauso, als wenn das BGB statt des Kauf- oder des Mietvertrags den Käufer oder den Mieter definieren würde. Blicke man in der Logik einer solchen Gesetzestechnik, so müsste man wohl auch sagen, wer Arbeitgeber, wer Verkäufer und wer Vermieter ist ...

■ „Arbeitnehmer“ überdefiniert

Die Definition des Arbeitnehmers im geplanten § 611a BGB entspricht in etwa der Rechtsprechung: „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“ Diese Definition, die die Eierschalen ihrer Genese an sich trägt und die schon der Rechtsprechung nicht gerade zu

Zierde gereicht, ist für einen Gesetzestext ungeeignet. Dass der Arbeitnehmer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags tätig wird, dürfte niemand bezweifeln. Im Kontext des BGB ist die Feststellung vollends überflüssig. Dieses regelt nur privatrechtliche Verträge. Es gibt keinen Grund, das beim Arbeitsvertrag ausdrücklich zu betonen. Im Übrigen sagt die Definition dreimal dasselbe: weisungsgebunden, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit. Das Reichsversicherungsamt (RVA), dem wir die Herausarbeitung des Arbeitnehmerbegriffs verdanken, hatte ursprünglich auf persönliche Abhängigkeit abgestellt. Damit grenzte es den Arbeitnehmer vom Beschäftigten ab, den wir heute als Arbeitnehmerähnlichen bezeichnen. Dieser ist nicht persönlich, sondern wirtschaftlich abhängig. Persönliche Abhängigkeit umschrieb das RVA mit weisungsabhängig.

Das HGB beschreibt umgekehrt den Selbstständigen in § 84 Abs. 1 Satz 2: „Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“ Diese Definition kehrt jetzt in negativer Fassung in Satz 3 des geplanten § 611a BGB wieder: „Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann ...“, mit anderen Worten, wer, wie Satz 1 bereits (überflüssigerweise) sagt, fremdbestimmt tätig ist. Viermal also dasselbe, ohne dass damit irgendein Erkenntnisgewinn verbunden wäre. Der arme Richter: Soll er jetzt, wie er es gelernt hat, kumulativ alle vier Tatbestandsmerkmale prüfen? Erfreulich ist, dass das BMAS auf die „Eingliederung in den Betrieb“ verzichtet. Die Eingliederung in den Betrieb zeigt sich, wie der 5. Senat einmal zu Recht sagte, insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Das wäre die fünfte Tautologie gewesen.

■ Warum so kompliziert?

Dass das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann, ergibt sich bereits aus § 106 GewO. Dass der Arbeitgeber jetzt aber auch Weisungen zur Dauer der Tätigkeit soll treffen können, ist neu. Selbstverständlich sollte sein, dass für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen ist. Das gilt für jeden Vertrag. Überflüssig ist auch der Satz: „Zeigt die tatsächliche Durchführung des



Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“ Entweder handelt es sich um eine falsa demonstratio oder um einen Rechtsmissbrauch. Dass mal von Arbeit, mal von Tätigkeit gesprochen wird, fällt schon fast nicht mehr ins Gewicht. Nur durch die politische Diskussion zu erklären ist, dass die Regelung ausweislich ihrer Begründung der Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeitsvertrag dienen soll. Bekanntlich ist der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrags. Zu fragen ist also zunächst, ob ein Tätigwerden an sich (Dienstvertrag) oder ein Erfolg (Werkvertrag) geschuldet wird. Erst wenn man ersteres bejaht, kommt es auf Selbstständigkeit oder Weisungsgebundenheit an.

Trotzdem kann es nicht schaden, wenn der Gesetzgeber, der nicht die Kraft zu einem Arbeitsgesetzbuch oder wenigstens zu einem Arbeitsvertragsgesetz aufbringt, wenigstens den Arbeitsvertrag im BGB definiert. Er sollte sich dann aber an die bewährte Systematik halten und nicht neue Auslegungsprobleme schaffen. Deshalb nochmals die Empfehlung (vgl. AuA 1/16, S. 7): Man füge einfach in § 611 Abs. 2 BGB entsprechend dem Entwurf der Arbeitsgesetzbuch-Kommission 1977 einen Satz 2 ein: „Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, die vereinbarte Arbeit (unter Leitung und) nach Weisung des Arbeitgebers zu leisten.“ Er besagt kurz und prägnant all das, was der Entwurf mit vielen Worten zu umschreiben versucht.