

Brennpunkt



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

Der Gesetzgeber kann vom BAG lernen

Das BAG (Urt. v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, AuA 6/16, S. 374) hat dem BMAS gezeigt, wie notwendig der geplante § 611a BGB ist: überhaupt nicht. Das Gericht hat dem Ministerium in aller wünschenswerten Klarheit vorgeführt, wie man die zugegebenermaßen mitunter nicht ganz einfache Feststellung trifft, ob jemand Arbeitnehmer oder Selbstständiger ist. Damit gilt, was Montesquieu schon vor fast 300 Jahren gesagt hat: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“ In concreto hat der 9. Senat vier Artisten als freie Dienstnehmer erkannt.

■ Schon im Ansatz falsch

Die Koalitionspartner hatten einander versprochen, den Missbrauch von Werkverträgen zu unterbinden, und so steht es auch in der Begründung des Diskussionsentwurfs vom 17.2.2016. Dieser erkennt an, dass Werkverträge in einer arbeitsteiligen Wirtschaft unverzichtbar sind. Der Vorwurf des Missbrauchs trifft also nicht generell den Abschluss von Werkverträgen, und zwar auch dann nicht, wenn der (Werk-) Unternehmer ein Solounternehmer ist. In der Tat ist der Werkvertrag ein honorierter Vertrag, den schon die alten Römer kannten und der über das gemeine Recht in das BGB kam. Nicht gemeint ist auch, dass die Vertragsparteien in einem Werkvertrag Bedingungen vereinbaren, die sie in einem Arbeitsvertrag nicht vereinbaren dürften. Wer das ändern will, muss das Werkvertragsrecht ändern. Der Gesetzgeber wurde hier schon vor vielen Jahren aktiv, indem er für den kleinen Solounternehmer das Recht der Arbeitnehmerähnlichen geschaffen hat.

Tatsächlich meint er mit dem „Missbrauch von Werkverträgen“ etwas ganz anderes, nämlich dass Vertragspartner den guten Namen des Werkvertrags missbrauchen, um sich den unerwünschten Folgen eines Arbeitsvertrags zu entziehen: „Vertragskonstruktionen, die von den Vertragsparteien bewusst oder in Unkenntnis der Rechtslage als ‚Werkvertrag‘ bezeichnet werden, nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung aber als Arbeitsverträge anzusehen sind, sind missbräuchlich; denn auf diese Weise kann die Anwendung des gesamten Arbeitsrechts umgangen werden.“ Es ist folgerichtig, dass er keine Schutzvorschriften für Werkunternehmer schafft, sondern den Arbeitnehmer definieren will. Geheimnis des Gesetzgebers bleibt, warum er immer nur auf dem Werkvertrag herumhackt. Leistungen, die in einer Tätigkeit bestehen, kann man außer in einem Werkvertrag auch in einem freien Dienstvertrag erbringen, und der ist dem Arbeitsvertrag viel näher: Denn Arbeitsvertrag und freier Dienstvertrag sind Unterfälle des Dienstvertrags. Die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag erfolgt – das lernt der Jurastudent spätestens im zweiten oder dritten Semester – über das Kriterium der Erfolgsbezogenheit. Wer nicht nur eine Tätigkeit verspricht, sondern einen Erfolg, ist (Werk)Unternehmer. Ein Arbeitnehmer kann gar keinen Erfolg versprechen, denn er unterliegt den Weisungen seines Arbeitgebers.

■ Nicht notwendig

Wäre es dem Gesetzgeber wirklich nur um die Abgrenzung des Arbeits- vom Werkvertrag gegangen, dann hätte es keiner Koalitionsvereinbarung bedurft. Ein Hinweis auf § 631 BGB an die Nichtjuristen unter den Koalitionären hätte genügt. Offenbar war aber mehr gewollt, nämlich die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbstständigen. Der erste Versuch im Arbeitsentwurf vom 16.11.2015 endete bekanntlich mit einem Bauchplatscher. Jetzt hat das BMAS wenigstens den Kriterienkatalog mit der verfehlten Vermutungswirkung zurückgezogen. Aber auch den Rest hätte das Ministerium gut und gerne den Gerichten überlassen können. Der 9. Senat hat in seiner Pressemitteilung in geradezu klassischer Kürze gesagt, worauf es ankommt: „Der ‚Vertrag über freie Mitarbeit‘ sieht ein für Arbeitsverhältnisse charakteristisches Weisungsrecht nicht vor.“



Und im Urteil (a. a. O.) heißt es sinngemäß: Kann eine Leistung in einem Arbeitsverhältnis oder selbstständig erbracht werden, dann liegt die Entscheidung für die eine oder andere Lösung bei den Parteien. Was sie gewählt haben, ist aus der Durchführung des Vertrags zu erschließen. Entscheidend ist, ob Anzeichen dafür vorliegen, dass der Dienstnehmer das Weisungsrecht hat. Bei der Abwägung der gesamten Umstände des Einzelfalls ist die Bezeichnung des Vertrags als Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag oder Werkvertrag zu berücksichtigen.

■ Handwerklich mangelhaft

Sollten sich die Verantwortlichen trotz alledem zu einer gesetzlichen Regelung im BGB entschließen – und es sieht alles danach aus –, dann sollten sie wenigstens sauber arbeiten. Das BGB regelt nicht den Käufer und den Verkäufer, den Mieter und den Vermieter, sondern den Kaufvertrag und den Mietvertrag. Es gibt keinen Grund, beim Arbeitsvertrag anders zu verfahren. Konsequenterweise müsste man dann auch den Arbeitgeber definieren. Dass der Arbeitsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag ist, ist für jeden Kundigen eine Binsenweisheit. Zumindest der Jurist weiß, dass das BGB nur privatrechtliche Verträge regelt. Das Weisungsrecht bedarf in § 611a BGB keiner – noch dazu abweichenden – Regelung; es steht bereits in § 106 GewO. Überflüssig ist auch der Satz, dass es auf die Bezeichnung des Vertrags nicht ankommt, wenn sich aus der Durchführung etwas anderes ergibt. Wenigstens unter Juristen sollte sich herumgesprochen haben, dass eine „Leihgebühr“ für einen Strandkorb oder einen Bademantel aus einer privatrechtlichen Miete keine öffentlich-rechtliche Leihe macht ...