

Stellungnahme

des Bundesverbands Direktvertrieb Deutschland e.V.

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Über den Bundesverband Direktvertrieb Deutschland e.V.

Der Bundesverband Direktvertrieb Deutschland (BDD) vertritt als Branchenverband der deutschen Direktvertriebswirtschaft die Interessen namhafter Direktvertriebsunternehmen mit einem Umsatz von ca. 1,54 Milliarden Euro und 185.000 Beraterinnen und Beratern. Dem BDD gehören zahlreiche Unternehmen aus ganz unterschiedlichen Produktbranchen wie z.B. Haushaltswaren, Reinigungsmittel, Bauelemente, Getränke, Nahrungsergänzungsmittel, Kosmetik- und Schönheitsartikel, Schmuck, Heimtiernahrung sowie Telekommunikations- und Energiedienstleistungen an. Seine Mitgliedsunternehmen verpflichten sich zur Einhaltung von Verhaltensstandards, die für ein faires Miteinander im Direktvertrieb sorgen.

Laut des Koalitionsvertrags 2013 sollen rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen verhindert werden. Konkret sollen u.a.

- die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit konzentriert, organisatorisch effektiver gestaltet, erleichtert und im ausreichenden Umfang personalisiert und
- „zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden [...] die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt“ werden.

Geplant ist nach dem am 16. November 2015 bekanntgewordenen Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales die Einführung eines neuen § 611a BGB des Untertitels 1 zum Dienstvertrag. Die Vorschrift soll die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragsgestaltungen, insbesondere Werkvertrag oder selbständigem Dienstvertrag, regeln.¹

Dies soll geschehen durch die Benennung der Voraussetzungen des Arbeitsvertrages. Ziel der Regelung ist es nach eigenen Angaben die wesentlichen von der Rechtsprechung für die Feststellung eines

¹ S. 2, 29 Ref-E.

Arbeitsverhältnisses entwickelten Kriterien gesetzlich niederzulegen² und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und gleichzeitig die Prüftätigkeit von Behörden zu erleichtern. Die Regelungen sollen damit der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei der Anwendung des geltenden Rechts dienen.³

§ 611a BGB-E geht an vielen Stellen über das im Koalitionsvertrag Vereinbarte hinaus und verfehlt das eigentliche Ziel, die bisherige Rechtsprechung gesetzlich zu kodifizieren deutlich. Mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei der Anwendung des geltenden Rechts wird hierdurch nicht erzielt. Der Referentenentwurf bildet die bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werk- und Dienstverträgen zu Arbeitsverträgen nur unzureichend ab. Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist vielschichtig. Gewürdigt wird jeweils der einzelne, konkrete Lebenssachverhalt in einer Gesamtschau vieler Abgrenzungskriterien mit unterschiedlicher Gewichtung im Einzelfall. Wollte man aus diesen Einzelentscheidungen dagegen vermeintlich allgemeingültige Kriterien zur Abgrenzung über alle Branchen hinweg entnehmen, würde dies unweigerlich zu unzulässigen Pauschalisierungen führen. Bezeichnend ist, dass es weder der Rechtsprechung noch der rechtswissenschaftlichen Literatur bis heute gelungen ist, einfach zu handhabende Kriterien zu entwickeln, die für jeden Einzelfall Gültigkeit beanspruchen. Bereits dieser Umstand legt die Vermutung nahe, dass eine einfache Lösung in Form allgemeingültiger Abgrenzungskriterien der Bandbreite und Vielfalt aller in der Wirtschaft vorhandenen, selbständigen Tätigkeitsformen nicht gerecht werden kann.

Der BDD spricht sich daher dafür aus, dass Missbräuchen bei „Werkvertragsgestaltungen“ durch eine stärkere Prüftätigkeit staatlicher Ermittlungsbehörden begegnet werden sollte. Hier könnte man beispielsweise durch Schwerpunktbildung die besonders problematischen Branchen bevorzugt überprüfen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Zoll derzeit 1.600 zusätzliche Beamte einstellt. Gerade wegen der Aufstockung der personellen Ressourcen beim Zoll sollte zumindest abgewartet werden, wie sich diese begrüßenswerte Maßnahme zur Verringerung des Vollzugsdefizits auch auf bestehende Missstände bei Werkvertragsgestaltungen auswirkt.

Dagegen sehen wir in diesem Bereich keinen gesetzlichen Handlungsbedarf. Die immer wieder genannten Problemfälle (Regaleinräumer, LKW-Fahrer, Fleischzerleger in Schlachthöfen) lassen sich mit Hilfe der ausdifferenzierten Rechtsprechung auch jetzt schon eindeutig fassen und sachgerecht lösen. Es fehlt also nach unserer Einschätzung lediglich an der Umsetzung bestehender gesetzlicher Vorschriften und nicht an gesetzlichen Regelungen selbst. Weder darf der Werkvertrag generell unter Missbrauchsverdacht gestellt werden noch darf jeder Missbrauchsfall bei Werkvertragsgestaltungen mit neuen gesetzlichen Regelungen beantwortet werden. Außerdem ist zu beachten, dass keinerlei verlässliche Informationen über den Missbrauch von Werkverträgen vorliegen. Das Bundesministerium hat zudem das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung beauftragt diese Frage bis Ende 2016 zu untersuchen. Die Ergebnisse dieser Studie sollten vor einer gesetzlichen Regelung unbedingt abgewartet werden.

Gegen eine Regulierung spricht des Weiteren die Erfahrungen mit der sozialrechtlichen Definition eines Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen des sog. Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aus dem Jahre 1998: Der darin enthaltende Vermutungskatalog wurde kurz nach Verabschiedung des Gesetzes wieder aus dem Sozialgesetzbuch gestrichen. Auch die Diskussion um das Grünbuch Arbeitsrecht im Jahr 2006 führte letzten Endes dazu, dass sich die Europäische Kommission von einer entsprechenden gesetzlichen Definition distanziert hat. Aktuell machen österreichische Unternehmen negative Erfahrungen mit einer entsprechenden gesetzlichen Definition.

² S. 3, 29 Ref-E.

³ S. 3, 13, 14, 17 Ref-E.

Sollte sich eine, aus unserer Sicht entbehrliche, gesetzliche Regulierung des Arbeitnehmerbegriffs nicht verhindern lassen, nimmt der BDD wie folgt Stellung:

1) Definition des selbständigen Handelsvertreters muss unberührt bleiben

In dem Referentenentwurf wird in der Gesetzesbegründung⁴ richtigerweise darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, in der die Definition des selbständigen Handelsvertreters enthalten ist, unberührt bleiben soll. Diese Klarstellung sollte im Falle einer Regulierung des § 611a BGB-E in den Gesetzestext aufgenommen werden, wie dies seinerzeit selbst in dem sogenannten Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aus dem Jahre 1998⁵ der Fall war. Nur auf diese Weise können die ansonsten in der gerichtlichen Praxis notwendigerweise entstehenden Missverständnisse vermieden und der Schaden, der durch eine gesetzliche Normierung des Arbeitnehmerbegriffs entsteht, verringert werden.

2) Regelung muss sich auf eine Kodifizierung der Rechtsprechung beschränken

Der vorliegende Referentenentwurf verfehlt das in der Koalitionsvereinbarung gesetzte Ziel, die bisherige Rechtsprechung gesetzlich zu kodifizieren.

a. Die Definition des Arbeitsvertrages ist unzureichend

Ein Arbeitsvertrag soll nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB-E vorliegen, wenn es sich bei den aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen handelt. Nach der Gesetzesbegründung sind unter Arbeitsleistungen „Dienste in persönlicher Abhängigkeit“ zu verstehen.⁶ Arbeitsleistungen sollen anzunehmen sein, wenn jemand Dienste erbringt, dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, § 611a Abs. 1 S. 2 BGB-E. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt es entscheidend auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit an, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet.⁷ Mit einer Vielzahl von Einzelkriterien, darunter die Weisungsgebundenheit und arbeitsorganisatorische Abhängigkeit, stellt das BAG die persönliche Abhängigkeit im Einzelfall fest. Eine feste Definition in dem Sinne, dass eine persönliche Abhängigkeit dann anzunehmen ist, wenn jemand „Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt“, hat das BAG nicht aufgestellt. Eine solche Definition würde auch zu dem absurden Ergebnis führen, dass Führungskräfte wie Chefärzte, die keinen Weisungen unterliegen, keine Arbeitnehmer wären. Nach der Rechtsprechung des BAG sind zudem gelegentliche Einzelweisungen, die in keinem Fortsetzungszusammenhang stehen, unbeachtlich. So kann der Auftraggeber selbstverständlich die Anweisung erteilen beim Einbau eines Fensters einen handwerklichen Mangel zu beheben oder auf bestimmte Dinge zu achten, ohne dass der Handwerker hierdurch zu einem Angestellten wird. Wenn man also eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs in das Gesetz aufnehmen möchte, sollte dies anhand der von der Rechtsprechung etablierten Kriterien erfolgen. Demnach sind bei der Beurteilung eines Arbeitsverhältnisses die folgenden drei Punkte zu beachten:⁸

- 1) Es ist eine Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.
- 2) Entscheidend ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages; die vertraglichen Absprachen bieten nur Anhaltspunkte.

⁴ S. 30 Ref-E.

⁵ Art. 3 Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl I 1998, 3843, 3846. Die Klarstellung in § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV lautete: „Satz 1 gilt nicht für Handelsvertreter, die im wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können.“

⁶ S. 29 Ref-E.

⁷ BAG Urteil v. 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10; 14. März 2007 - 5 AZR 499/06.

⁸ So Prof. Dr. Martin Hennsler, Universität Köln, anlässlich eines Vortrags im Rahmen einer Diskussionsveranstaltung am 03. Dezember 2015 an der Humboldt Universität Berlin zum Thema „Rechtsmissbrauch bei Werkverträgen? Was braucht es an Gesetzgebung?“

- 3) Es muss eine persönliche Abhängigkeit vorliegen, die in einer arbeitsrechtlichen Weisungsgebundenheit zum Ausdruck kommt.

b. Kriterienkatalog sollte ersatzlos gestrichen werden

In § 611a Abs. 2 BGB-E sollen acht Kriterien festgelegt werden, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung insbesondere maßgeblich sein sollen für die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt. Bei den vorgenannten acht Kriterien soll es sich um die wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Abgrenzung von Werk- und Dienstverträgen zu Arbeitsverträgen handeln.⁹

Es stellt sich zuerst die Frage, woraus sich die besondere Relevanz der in dem Katalog aufgegriffenen acht Kriterien gegenüber den im Übrigen von der Rechtsprechung regelmäßig zur Feststellung eines Arbeitsverhältnisses herangezogenen Kriterien ergibt. Nach der Rechtsprechung sind über 30 unterschiedliche Kriterien in jedem einzelnen Vertragsverhältnis gesondert zu prüfen. Das Bundesarbeitsgericht stellt in seinen Entscheidungen auch immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, welches aus der Vielzahl möglicher Elemente unverzichtbar vorliegen muss. Zu berücksichtigen ist, dass jedes Merkmal nach Vertrag, beteiligten Personen und Umständen ein stärkeres oder schwächeres Indiz in die eine oder andere Richtung sein kann. In der Gesetzesbegründung selbst wird mehrfach darauf hingewiesen, dass einzelne Merkmale in zahlreichen Fällen nicht einschlägig sind.

So sei z.B. das Kriterium der ausschließlichen oder überwiegenden Tätigkeit für einen Auftraggeber, vgl. § 611a Abs. 2 lit. e BGB-E, in zahlreichen Fällen nicht einschlägig. Es sei für bestimmte Berufe auch bei selbständiger Tätigkeit typisch, die Leistung für einen Auftraggeber zu erbringen (z.B. selbständige Handels- oder Versicherungsvertreter).¹⁰ Wie in der Gesetzesbegründung weiterhin zutreffend festgestellt wird, ist es angesichts der zunehmenden Verbreitung von Teilzeitarbeitsverhältnissen üblich geworden, dass ein Arbeitnehmer gleichzeitig auch in verschiedenen Teilzeitarbeitsverhältnissen stehen kann. Deshalb sei auch der Umkehrschluss nicht zulässig, dass die Arbeitnehmereigenschaft immer zu verneinen sei, wenn jemand für Mehrere tätig ist.¹¹ Es ist ferner möglich, dass ein (Teilzeit-) Arbeitnehmer daneben auch als selbständiger Unternehmer in einem anderen Bereich tätig ist. Auch hier arbeitet er nicht für einen Auftraggeber, was aber für die Qualifizierung des jeweiligen Vertragsverhältnisses wenig aussagt. Es kann auch nicht ausschlaggebend für den Arbeitnehmerbegriff sein, ob ein Selbständiger eine größere Anzahl von Kunden hat oder ob es ihm gelingt, einen Großkunden zu finden. Anderenfalls würden Selbständige mit Stammkunden diskriminiert.

Die im Referentenentwurf enthaltenen Kriterien würden dagegen faktisch wie Regelbeispiele für ein Arbeitsverhältnis wirken. Von der Rechtsprechung und dem Koalitionsvertrag ist dies nicht gedeckt. So würde z.B. ein Einzelanwalt, der serviceorientiert ein Unternehmen in dessen Räumen berät, sich dabei mit dem Leiter der Rechtsabteilung abstimmt und auch einen dort zur Verfügung gestellten PC mit einer juristischen Datenbank verwendet, die Kriterien a), b), c), d), e), f) und g) erfüllen. Gleiches gilt für einen Softwareberater, der über einen längeren Zeitraum ein Unternehmen im Rahmen der Installation einer komplexen Software begleitet und sich regelmäßig mit dem IT-Abteilungsleiter abstimmt. Wenn also im Rahmen der Prüfung sechs von acht Kriterien erfüllt sind, ist zu erwarten, dass ein Prüfer zu dem Schluss kommt, dass es sich jeweils um einen Arbeitnehmer handelt. Richtigerweise müsste man aber schlussfolgern, dass dies nicht der Fall ist. Hier zeigt sich besonders anschaulich die Untauglichkeit des Versuchs, den Arbeitnehmerbegriff anhand von wenigen Einzelkriterien zu definieren. Im Folgenden wird zudem aufgezeigt, dass die gewählten Kriterien so nicht im Einklang mit der Rechtsprechung stehen:

⁹ S. 2 Ref-E.

¹⁰ S. 31 Ref-E.

¹¹ S. 31 Ref-E.

Jemand ist nicht frei darin, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen, § 611a Abs. 2 lit. a BGB-E

Der Rechtsprechung zufolge ist nach dem in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB enthaltenen, typischen Merkmal für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag selbständig, wer **im Wesentlichen frei** seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wird die Freiheit des Leistenden also „nur unwesentlich“ bzw. „nicht übermäßig eingeschränkt“, oder man räumt dem Leistenden einen „erhebliche[n] Spielraum“ in Bezug auf die Gestaltung seiner Tätigkeit und die Bestimmung der Arbeitszeit ein, spricht dies für seine Selbständigkeit.¹² Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist nach der Rechtsprechung derjenige, der **nicht im Wesentlichen frei** seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.¹³ Das ist dann der Fall, wenn dem Leistenden hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit oder der Bestimmung seiner Arbeitszeit kein bzw. kein wesentlicher Spielraum verbleibt.¹⁴

Nach § 611a Abs. 2 lit. a BGB-E soll dagegen maßgeblich sein, ob jemand **nicht frei** darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen. Dies würde bedeuten, dass jede noch so unwesentliche Beschränkung des Gestaltungsspielraums des Leistenden hinsichtlich seiner Tätigkeit oder Arbeitszeit ein Indiz für das Vorliegen einer unselbständigen Tätigkeit ist. Dies ist aber nach der Rechtsprechung gerade nicht der Fall.¹⁵ Werk- und Dienstleistungen müssen beispielsweise oftmals aufgrund der Gegebenheiten des Auftrags an vom Leistungsempfänger vorgegebenen Orten und in bestimmten zeitlichen Abfolgen erbracht werden.

Jemand erbringt die geschuldete Leistung überwiegend in den Räumen eines anderen, § 611a Abs. 2 lit. b BGB-E

In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass es für viele Werkverträge typisch ist, dass der Auftragnehmer in den Räumen eines anderen tätig wird.¹⁶ Dies gilt im Übrigen nicht nur für Werk-, sondern auch für viele Dienstverträge (z.B. Handelsvertreter, Unternehmensberater, Pflegepersonal, mobiler Friseur). Bei Tätigkeiten, die ganz überwiegend außerhalb des Betriebs ausgeübt werden, kann es dagegen von vornherein nicht darauf ankommen, ob die geschuldete Leistung überwiegend in den Räumen eines anderen erbracht wird.¹⁷

Jemand benutzt zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen, § 611a Abs. 2 lit. c BGB-E

Gem. § 611a Abs. 2 lit. c BGB-E soll dem Umstand, dass der Leistende zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt, grundsätzlich¹⁸ eine Indizwirkung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zukommen. Zwar zieht die Rechtsprechung die Nutzung von Arbeitsmaterialien des Leistungsempfängers als Anhaltspunkt für die Arbeitnehmereigenschaft des Leistenden in Betracht. Allerdings dürfte dieses Kriterium nach der Rechtsprechung nur dann von Bedeutung sein, wenn wesentliche, für die Leistungsausübung unerlässliche oder die gesamten Arbeitsmaterialien vom Leistungsempfänger gestellt werden.¹⁹ Nach der Entwurfsfassung würde dagegen jede Nutzung von

¹² Vgl. BAG, Urteil v. 26.05.1999, Az. 5 AZR 469/98.

¹³ Vgl. z.B. BAG, Urteil v. 31.01.1983, Az. 5 AZR 149/82; 09.06.1993, Az. 5 AZR 123/92; 25.05.2005, Az. 5 AZR 347/04; 29.08.2012, Az. 10 AZR 499/11, 25.09.2013, Az. 10 AZR 282/12.

¹⁴ Vgl. z.B. BAG, Urt. v. 19.11.1997, Az. 5 AZR 653/96.

¹⁵ Vgl. z.B. BAG, Urteil v. 26.05.1999, Az. 5 AZR 469/98.

¹⁶ S. 30 Ref-E.

¹⁷ Vgl. BAG, 17.05.1978, 5 AZR 580/77; Rz. 39; BAG, 26.05.1999, 5 AZR 469/98 Rz. 37.

¹⁸ Etwas anderes kann aber beispielsweise gelten bei hochspezialisierten Service- und Wartungstechnikern, die stets nur ein bestimmtes, von dem Entleiher hergestelltes Gerät zu betreuen haben, vgl. BAG, Urteil v. 7 AZR 284/91; Urt. v. 22.06.1994, Az.: 7 AZR 506/93.

¹⁹ Vgl. bereits die in der Gesetzesbegründung zitierten Entscheidungen LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. Dezember 2013 - 10 Sa 239/13 (es wurden sämtliche Betriebsmittel gestellt); LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 01. August 2013 - 2 Sa 6/13 (es wurden die gesamten Mittel für die Bearbeitung der Aufträge gestellt); LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. April 2011 - 7 Ta 519/11 (es wurde das wesentliche Arbeitsmittel

Arbeitsmitteln des Leistungsempfängers, egal ob diese wesentlich oder unwesentlich sind, unter Buchstabe c fallen. So ist z.B. beim Handelsvertreter das auftraggebende Unternehmen gesetzlich verpflichtet, diesem die für seine Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, wie z.B. einen Produktkatalog, zur Verfügung zu stellen. Nach der Entwurfsfassung würde diese aber ebenfalls einen Anwendungsfall des Buchstaben c darstellen. Darüber hinaus würde Buchstabe c auch Fälle umfassen, in denen ein Arbeitsmittel zwar regelmäßig, aber nicht ständig zur Verfügung steht und daher zwar regelmäßig aber nicht ständig genutzt werden kann. Dies schränkt die Indizwirkung folglich stark ein.²⁰

Auch Selbständige, die sich ihre Arbeitsmittel mieten oder leasen, benutzen regelmäßig Mittel eines anderen und fielen demnach zumindest unter den Wortlaut des § 611a Abs. 2 lit. c BGB-E.

Jemand erbringt die Leistung in Zusammenhang mit Personen, die von einem anderen eingesetzt und beauftragt sind, § 611a Abs. 2 lit. d BGB-E

Auch dieses Kriterium ist missglückt. Das BAG hat allenfalls in besonderen Einzelfällen das Zusammenwirken mit **Arbeitnehmern** des Auftraggebers als Indiz für eine Arbeitnehmerstellung herangezogen. Das in § 611a Abs. 2 lit. d BGB-E enthaltene Kriterium, das auf das Zusammenwirken mit Mitarbeitern anderer Fremdfirmen abstellt, ist hingegen nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Gerade in einer hochindustriellen Wirtschaft mit komplizierteren Fertigungsprozessen ist ein Auftraggeber darauf angewiesen, Spezialisten unterschiedlicher Firmen zu beauftragen und diese in einem Projektteam zusammenarbeiten zu lassen. Das BAG hat in einer Vielzahl von Urteilen darauf hingewiesen, dass die Erbringung einer Leistung in Zusammenhang mit anderen nicht als Indiz für ein Arbeitsverhältnis taugt. Auch in der BAG-Entscheidung vom 17. April 2013 · Az. 10 AZR 668/12 war es entscheidend für die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses, dass die Klägerin einer strikten Weisungsgebundenheit unterlag.

Jemand ist ausschließlich oder überwiegend für einen Auftraggeber tätig, vgl. § 611a Abs. 2 lit. e BGB-E

Nach § 611a Abs. 2 lit. e BGB-E soll es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses entscheidungsrelevant sein, ob jemand ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist. Dieses Kriterium ist nicht von der Rechtsprechung gedeckt. Nach der Rechtsprechung zeichnet sich selbständige Tätigkeit unter anderem durch die **rechtliche und tatsächliche Möglichkeit** aus, für eine Vielzahl von potentiellen Auftraggebern tätig werden zu können. Wenn der Leistende also berechtigt und tatsächlich in der Lage ist für weitere Auftraggeber tätig zu werden, kann dies nach der Rechtsprechung ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sein. Nach der Gesetzesbegründung soll dies im Umkehrschluss bedeuten, dass die Tätigkeit nur oder überwiegend für einen Auftraggeber (vgl. § 611a Abs. 2 lit. e BGB-E) ein Indiz dafür ist, dass sich der Leistende an diesen gebunden hat und daher von diesem abhängig ist.²¹ Diese Schlussfolgerung ist jedoch unzutreffend. Aus der tatsächlichen Tätigkeit („**ausschließliche oder überwiegende Tätigkeit für einen anderen**“) kann nicht geschlossen werden, dass der Betreffende nur für einen Auftraggeber tätig sein **kann (faktischer Zwang) oder darf (vertragliche Vereinbarung)**. Dies kann sich allenfalls aus entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen und/oder faktischen, im konkreten Einzelfall aber jeweils festzustellenden Zwängen ergeben. Das ausschließliche oder überwiegende Tätigwerden für einen anderen kennzeichnet die wirtschaftliche Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person. Das BAG sieht das ausschlaggebende Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft aber in der persönlichen Abhängigkeit. Wirtschaftliche Abhängigkeit ist weder erforderlich noch ausreichend.²² Auch der in der Gesetzesbegründung zitierte Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 21. Oktober 1998 - VIII ZB 54/97 prüft das Merkmal des

bereitgestellt); LAG München, Urteil vom 11. Juni 2010 - 5 Sa 582/09 (es wurden wesentliche Betriebsmittel (kostspieligen und hochspezialisierten technischen Einrichtungen) zugänglich gemacht).

²⁰ Vgl. BAG, Urteil v. 31.05.1989, Az. 5 AZR 173/88.

²¹ S. 31 Ref-E.

²² BAG, Urteil v. 15.02.2012, Az. 10 AZR 111/11; 16.07.1997, Az. 5 AZB 29/96.

Tätigwerdens für einen Auftraggeber nur im Rahmen der Frage nach der „wirtschaftlichen“ Abhängigkeit des klagenden Frachtführers.

Zudem ist das Kriterium in keiner Weise abgrenzungsrelevant. Jeder Selbständige ist in dem jeweiligen Moment ausschließlich für einen anderen tätig: der Anwalt für seine Mandanten, der Maler für seine Kunden, der Physiotherapeut für seine Patienten, der Freelance-Journalist für Zeitungsverlage. Dass hier das ausschließliche oder überwiegende Tätigwerden für nur einen Auftraggeber gemeint ist,²³ kommt im Wortlaut der Vorschrift nicht zum Ausdruck.

Jemand unterhält keine eigene betriebliche Organisation, um die geschuldete Leistung zu erbringen, § 611a Abs. 2 lit. f BGB-E

Nach der Rechtsprechung spricht es für eine abhängige Tätigkeit, wenn ein Leistender zur Erbringung der geschuldeten Leistung in eine fremde betriebliche Arbeitsorganisation eingebunden ist. Nach der Gesetzesbegründung soll es demgemäß für die Arbeitnehmereigenschaft des Leistenden sprechen, wenn er zur Erbringung der geschuldeten Leistung keine eigene betriebliche Organisation unterhält (vgl. § 611a Abs. 2 lit. f BGB-E).²⁴ Diese Schlussfolgerung ist unzutreffend. Eine nicht vorhandene Betriebsorganisation spricht nicht schon gegen die Selbständigkeit.²⁵ So benötigen Handelsvertreter oftmals keine eigene Unternehmensstruktur und sind trotzdem selbständig.²⁶ Grundsätzlich wird im Dienstleistungsbereich wesentlich weniger Kapital erforderlich und der technische und organisatorische Aufwand wesentlich geringer sein als im Produktionsbereich.

Auf das Merkmal des Warenbezugs²⁷ dürfte es hier grundsätzlich nicht ankommen. Die Einstellung und Einsatz von Personal²⁸ ist zwar ein maßgebliches Indiz für die Selbständigkeit des Leistenden. Aber aus der Tatsache, dass kein Personal beschäftigt wird, kann demgegenüber nicht auf ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden. Selbständigkeit setzt weder rechtlich noch tatsächlich voraus, dass die Tätigkeit expansiv stets auf die Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer gerichtet sein muss. So kann beispielsweise in der Gründungsphase ganz bewusst - etwa wegen der damit verbundenen Kosten und/oder der erheblichen Schwankungen im Arbeitsanfall - von der Beschäftigung von Arbeitnehmern abgesehen werden. Auch ist nicht einzusehen, warum ein Selbständiger gezwungen sein soll, Arbeitnehmer zu beschäftigen, für die er keinen Bedarf hat, nur um unternehmerisches Handeln zu demonstrieren. Maßgeblich kann allein die Verpflichtung zur Leistungserbringung in Persona, d.h. die Höchstpersönlichkeit sein.²⁹

Jemand erbringt Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind, § 611a Abs. 2 lit. g BGB-E

Jemand leistet für das Ergebnis einer Tätigkeit keine Gewähr, § 611a Abs. 2 lit. h BGB-E

Nach den Buchstaben g und h soll ein Indiz für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sein, dass Leistungen erbracht werden, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind (g) bzw. für das Ergebnis einer Tätigkeit keine Gewährleistungspflicht übernommen werden (h). Im Ergebnis würden damit nur die Erbringer von Werkleistung selbständig sein, da der Dienstverpflichtete auch im Rahmen eines freien Dienstvertrages grundsätzlich nur eine bestimmte Dienstleistung als solche schuldet bzw. beim Dienstvertrag grundsätzlich keine Gewährleistungspflicht besteht. Aus der Gesetzesbegründung geht

²³ Vgl. S. 31 Ref-E.

²⁴ S. 31 Ref-E.

²⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 15.12.1999, Az.: 5 AZR 566/98; 27.03.1991, 5 AZR 194/90.

²⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 15.12.1999, Az.: 5 AZR 566/98.

²⁷ Vgl. S. 31 f. Ref-E.

²⁸ Vgl. S. 32 Ref-E.

²⁹ Doch selbst dies gilt nicht ausnahmslos, vgl. z.B. BAG, Urt. v. 19.11.1997, Az. 5 AZR 653/96; 26.05.1999, Az. 5 AZR 469/98.

hervor, dass dieses Ergebnis nicht gewollt ist. Hiernach soll ein Arbeitsvertrag nur dann vorliegen, wenn über die beiden genannten Kriterien hinaus, die Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird.³⁰ Daraus ergibt sich aber, dass die unter § 611a Abs. 2 lit. g und h BGB-E genannten Kriterien im vorliegenden Zusammenhang bereits nicht abgrenzungsrelevant sind. Abgegrenzt werden sollen Werk- und Dienstverträge von **Arbeitsverträgen**. Die Buchstaben g und h beziehen sich allerdings nur auf die Abgrenzung des Werkvertrages vom **Dienstvertrag**. Liegen die Voraussetzungen des § 611a Abs. 2 lit. g bzw. h BGB-E vor, spricht dies nur gegen das Vorliegen eines Werkvertrages und für das Vorliegen eines Dienstvertrages im Allgemeinen. Ein Rückschluss auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses als Unterfall des Dienstvertrages kann hieraus dagegen nicht gezogen werden. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur dann vor, wenn die geschuldete Dienstleistung **in persönlicher Abhängigkeit** erbracht wird. Weder die Erbringung einer Leistung, „die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet“ ist, noch das Fehlen einer Gewährleistungspflicht ist ein Indiz für eine persönliche Abhängigkeit des Leistenden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der in der Gesetzesbegründung zitierten Rechtsprechung.

c. Vermutungsregelung nach Abs. 3

§ 611 Abs. 3 BGB-E legt fest, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses widerleglich vermutet wird, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a SGB IV das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Arbeitsrechtlich kommt es jedoch nicht auf die jeweilige **sozialrechtliche Einordnung** an, denn versicherungspflichtige Beschäftigung und Arbeitsverhältnis sind nicht deckungsgleich. Vielmehr ist der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses weiter gestaltet als der des Arbeitsverhältnisses. Es kann daher nicht ohne weiteres von einem Beschäftigungsverhältnis auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden.³¹ Dass möglicherweise bestimmte Erfahrungswerte vorliegen, nach denen bei Bestehen eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses häufig auch ein Arbeitsverhältnis vorliegt, führt nicht zu einem Rechtssatz in dem Sinne, dass bei einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis zugleich auch immer der Arbeitnehmerstatus feststeht und es damit entbehrlich wäre, die Arbeitnehmereigenschaft anhand der vom BAG aufgestellten Kriterien zu prüfen.

Außerdem ist es inkonsequent, im umgekehrten Fall der Feststellung, dass kein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, nicht auch zu vermuten, dass kein Arbeitsverhältnis besteht. Nach der Gesetzesbegründung³² sollen Doppelprüfungen vermieden werden. Dies müsste aber konsequenter Weise für beide Fälle gelten. Gegen eine solche Vermutungsregelung spricht zudem, dass diese nach der Gesetzesbegründung greift, bevor diese rechtskräftig ist. Unternehmen wären durch die Beweislastumkehr gezwungen, im Fall der Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens durch die Rentenversicherung Bund Arbeitsentgelt zu zahlen. Sollte die Entscheidung der Behörde durch ein Gericht wieder aufgehoben werden, wäre eine aufwändige und bürokratische Rückabwicklung erforderlich. Problematisch ist die Regelung darüber hinaus vor dem Hintergrund des § 266a StGB, der das

³⁰ Vgl. S. 32 Ref-E.: „Während durch Werkvertrag der Unternehmer die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges schuldet, schuldet der Dienstverpflichtete eine bestimmte Dienstleistung als solche. Wird diese in persönlicher Abhängigkeit erbracht, handelt es sich um Arbeitsleistung. Daraus folgt: Werden Leistungen erbracht, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines abgrenzbaren Arbeitsergebnisses gerichtet sind, spricht dies gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.“ bzw. „Es ist typisch für einen Werkvertrag, dass der Auftragnehmer tatsächlich Gewährleistungspflichten übernimmt. Hingegen besteht bei einem Dienstvertrag, dessen Unterfall der Arbeitsvertrag ist, keine Gewährleistungspflicht. Demgemäß spricht es für das Vorliegen eines Dienstvertrages **bzw. bei persönlicher Abhängigkeit** für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, wenn Gewährleistungspflichten nicht übernommen oder in der Praxis nicht in Anspruch genommen werden.“

³¹ BSG 27.07.2011 SozR 4–2400 § 28e Nr. 4; BSG 10.8.2000 NJW 2001, 1965; BAG 26.05.1999 NZA 1999, 987; BAG, 26.05.1999 NZA 1999, 983; BAG, 26.05.1999, 5 AZR 469/98.

³² Vgl. S. 3 Ref-E.

Vorenthalten von Arbeitsentgelt unter Strafe stellt. Die ermittelnden Strafbehörden müssten dann im Verfahren gar nicht mehr beweisen, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Vielmehr müsste dies das Unternehmen tun, wenn von der Rentenversicherung Bund bereits ein Arbeitsverhältnis bejaht wurde. Dies würde dem Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafgesetzbuch widersprechen. Im Koalitionsvertrag ist die Neueinführung einer Vermutungsregelung nicht vorgesehen, so dass diese ersatzlos gestrichen werden sollte.

Ansprechpartner:

Jochen Clausnitzer und Dr. Silke Bittner, Katharina Luise Kuhl. Tel.: 030/23638680