

## Der „neue“ Arbeitnehmerbegriff – Anker der Judikative!?

Jetzt wird er kommen: Der neue „Arbeitsvertrag“ in § 611a BGB mit einer kodifizierten Definition des Arbeitnehmers. Der ist nicht mehr als zusammengeschnipselt aus vorhandener Rechtsprechung. Aber er ist gut gemacht und hatte nicht die Fehler, die der erste Referentenentwurf hatte und die noch in der vom Kabinett beschlossenen Fassung zu finden waren (zu Letzterem *Thüsing*, Ausschussdrucksache Arbeit und Soziales 18[11]761 neu).

Unschädlich, aber sinnlos? Vielleicht nicht. Richtig ist, der Gesetzgeber will hiermit keine Änderung der Rechtslage herbeiführen. Aber er hat die Chance genutzt, Irritationen gerade der jüngsten Rechtsprechung zu begegnen. Der allzu vorschnellen Eingemeindung von Selbstständigen in den Arbeitnehmerstatus wird eine Absage erteilt. Zu Recht stellt der Ausschuss für Arbeit und Soziales in seiner Beschlussempfehlung fest: „Das Gesetz ziele nicht darauf ab, die unternehmerische Tätigkeit beispielsweise von Beratungsunternehmen einzuschränken. Die Neuregelung solle dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen, wie sie zum Beispiel in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen seien. Auch für solche Einsätze und für die Tätigkeit von Beratern sollen die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkleistungen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite weiterhin zur Anwendung kommen. Dabei solle zum Beispiel eine für die Tätigkeit eines Beraters typische Bindung hinsichtlich des Arbeitsorts an eine Tätigkeit im Betrieb des beratenen Unternehmens allein regelmäßig keine persönliche Abhängigkeit gegenüber Letzterem begründen (vgl. *BAG*, *NZA-RR* 2016, 288). Vielmehr solle nach dem Verständnis der Ausschussmehrheit entsprechend der bisherigen Praxis eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, ob unter Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers erfolge.“



Es bleibt also dabei: Maßgeblich ist die persönliche Abhängigkeit, die typologisch anhand von Hilfsindizien begründet werden muss. Es gibt keine notwendigen und keine hinreichenden Kriterien. Die Sichtung des Einzelfalls ist erforderlich, so schon im Jahr 1978 *BAG*, *AP BGB* § 611 Abhängigkeit Nr. 26: „Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien.“

Bereits *Alfred Hueck* stellte vor mehr als 80 Jahren zum Kriterium der persönlichen Abhängigkeit fest, es sei zuzugeben, „dass dieses Merkmal nicht ein ganz scharfes ist“ und an ihm festzuhalten sei, lediglich weil „ein besseres Kriterium bisher nicht nachgewiesen ist“ (*Hueck/Nipperdey*, *ArbeitsR* I, 1. Aufl. 1928, 37).

Das gilt auch heute noch. Das neue Recht hat dabei die Chance, hilfreicher Anker für die Fortentwicklung der künftigen Rechtsprechung zu sein.

*Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn*