

Nichts Neues durch den neuen § 611a BGB?

Mit dem neuen § 611a BGB wollte der Gesetzgeber Gutes tun: den Arbeitsvertrag genauer vom Werkvertrag abgrenzen. Die Rechtswissenschaft dankt es ihm schlecht. *Richardi* erklärt § 611a BGB schlichtweg für überflüssig, weil er fehlerhaft konzipiert sei. Und *Wank* meint, der Gesetzgeber habe nicht, wie gewollt und behauptet, die Rechtsprechung des BAG wiedergegeben, die Definition enthalte Überflüssiges und Unzutreffendes und entspreche nicht dem Erfordernis teleologischer Begriffsbildung. In der Tat hat § 611a BGB keinen Schönheitspreis verdient. Aber nun ist er da, und die Rechtsprechung muss mit ihm fertig werden.

Immerhin kann man der Regelung entnehmen, dass der Gesetzgeber bei der Rechtsprechung des BAG zur Definition des Arbeitsvertrags bleiben wollte. Dem Gesetzesanwender macht er es aber nicht ganz leicht. In Satz 1 reiht er drei Merkmale, die das BAG zur Kennzeichnung des Arbeitsvertrags verwendet hat – sprachlich nicht ganz geglückt: weisungsgebunden und fremdbestimmt ist nicht der Arbeitsvertrag, sondern der Arbeitnehmer –, unverbunden aneinander, ohne zu sagen, wie sich diese Merkmale zueinander verhalten. Handelt es sich um Tautologien, oder müssen die Merkmale kumulativ geprüft werden? Wenn letzteres, worin unterscheiden sie sich? Der Satz beginnt mit Weisungsgebundenheit. Weisungsgebunden ist aber auch, wer fremdbestimmt arbeitet. Und persönliche Abhängigkeit, so schon das Reichsversicherungsamt, zeigt sich insbesondere in Weisungsgebundenheit. Also dreimal Weisungsgebundenheit.

Wank meint deshalb, man müsse fremdbestimmt als eingegliedert in eine fremde Organisation lesen. Das hätte der Gesetzgeber aber sicher gesagt, wenn er es gewollt hätte. So bleibt nur die Vermutung, dass durch die unterschiedliche Konnotation dreier Tatbestandsmerkmale gleichen Inhalts eine Annäherung an den sperrigen Begriff des Arbeitsvertrags gewollt ist. Darauf weisen auch Sätze 2 und 3 hin: Satz 2, indem er klarstellt, dass das arbeitsrechtliche Weisungsrecht über das Recht zu Anweisungen zur vertragsgerechten Ausführung dienst- und werkvertraglicher Leistungen hinausgeht, und Satz 3, indem er § 84 I 2 HGB in umgekehrter Fassung wiedergibt. Dass das Weisungsrecht bei unterschiedlichen Tätigkeiten (Facharzt – ungelernter Arbeiter) unterschiedlich weit geht, hätte ebenso wenig einer Erwähnung bedurft wie der Hinweis, dass bei der Auslegung alle – sc. relevanten – Umstände zu berücksichtigen sind. Nicht vorhalten kann man dem Gesetzgeber, dass er nicht auch noch die Möglichkeit zu eigenen unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung aufgenommen hat – so das *petitum* von *Wank*. Das hätte letztlich ein weiteres Mal die Abhängigkeit des Arbeitnehmers bei seiner Arbeit umschrieben.

Fazit: Alter Wein in neuen Schläuchen, also Nachschauen im *Gesetz* statt in einem Kommentar – solange nicht ein Gericht auf den Gedanken kommt, anstelle historischer Auslegung den einzelnen Tatbestandsmerkmalen neue Aussagen zu entlocken.

