

Warum Freiberufler mit den Vorhaben des Bundesministeriums für Arbeit & Soziales (BMAS) nicht zufrieden sein können und sich dagegen zur Wehr setzen sollten

Beim ersten Lesen des vom BMAS vorgeschlagenen neuen § 611a BGB kann der Eindruck entstehen, dass Freelancer nicht betroffen seien und wenn doch, dass dies salopp gesagt „nicht weiter tragisch“ sei.

§ 611a BGB lautet in der aktuellen Version vom 14.04.2016 wie folgt:

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeiten gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Die Argumentation des BMAS ist, dass in § 611a BGB lediglich das niedergeschrieben wurde, was jahrzehntealte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die Abgrenzung von Arbeitnehmern zu Freiberuflern ist. Daher rührt auch die Meinung vieler Freelancer: „Das betrifft mich nicht“.

Dies ist leider ein Irrtum. Der neue § 611a BGB vom 14.04.2016 (Freigabe des zweiten Entwurfs) kommt im Vergleich zu seinem Vorgängerentwurf vom 16.11.2015 zwar deutlich schlanker daher und enthält auch nicht den zu Recht heftig kritisierten Kriterienkatalog sowie den Verweis auf das praxisfremde Statusfeststellungsverfahren. Gleichwohl: Ein wirklicher „Befreiungsschlag“ für Soloselbstständige ist auch der neue Entwurf beileibe nicht. Er ist besser als der Vorgängerentwurf. Das ist allerdings auch die einzig gute Nachricht. Daher gilt erst Recht: „Es geht noch besser“.

Jetzt haben wir als Branche und als für die deutsche Wirtschaft bedeutsame Berufsgruppe die Möglichkeit, mit Präsenz, Nachdruck und guten Argumenten den aktuellen Entwurf eines § 611a BGB zu verbessern und ihn zugleich praxistauglicher und zukunftsfähiger zu machen. Wir begnügen uns mit keinem Paragraphen, der „höchstwahrscheinlich“ oder „aller Voraussicht nach“ die freiberufliche Projektwirtschaft nur partiell tangiert. Die Schaffung einer spekulativen Rechtsunsicherheit durch die Einführung sogenannter „subsumtionsuntauglicher Paragraphen“ ist etwas für diejenigen, die es entweder nicht besser können, nicht besser wollen oder sich mit einer halbfertigen Lösung begnügen. Einen solchen Anspruch mittelmäßiger Lösungsorientiertheit haben aber weder wir an uns, noch glauben wir, dass Sie als Freelancer mit einem solch halbherzigen Selbstverständnis tagtäglich Ihre Projekte zum Erfolg führen.

Der aktuelle § 611a BGB ist die halbfertige Variante einer Vorschrift, die – wenn man es richtig machen würde – Freelancern umfassende Rechtssicherheit gewähren könnte. Diese Halfertigkeit und damit die nach wie vor bestehende Rechtsunsicherheit für freiberufliche Projekteinsätze äußern sich vor allem in den folgenden Punkten:

- 1) Nach § 611a Satz 1 BGB wird der Arbeitnehmer definiert als eine Person, die „zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“. Daraus leiten sich drei Merkmale ab:
 - a) Weisungsgebundenheit,
 - b) Fremdbestimmtheit und
 - c) persönliche Abhängigkeit.

Das BMAS definiert aber nicht weiter, was unter diesen drei Merkmalen konkret zu verstehen ist. Diese Unbestimmtheit räumt Behörden und Gerichten weitgehenden Interpretationsspielraum ein. So könnte man unter „Weisungsgebundenheit“ auch die fachliche Weisung bzw. Konkretisierung der Projektaufgabe verstehen. Zwar verstehen Behörden und Gerichte darunter heutzutage das arbeitsrechtliche Weisungsrecht. Es gibt aber keine Garantie und keinen Vertrauensschutz darauf, dass Behörden und Gerichte Ihre Rechtsauslegung künftig nicht ändern. Daher wäre es gut, wenn man von Anfang definiert, was konkret gewollt ist. Ein Gesetz verursacht umso mehr Rechtsunsicherheit, je mehr unbestimmte und interpretationsbedürftige Rechtsbegriffe darin enthalten sind. Gleiches gilt für die Merkmale „Fremdbestimmtheit“ und „persönliche Abhängigkeit“.

- 2) Bei dem dritten Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ gibt es neben der Unbestimmtheit noch ein weiteres Auslegungsproblem. In § 611a Satz 3 Halbsatz 2 BGB heißt es: *„der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab“*. Abgesehen davon, dass die „persönliche Abhängigkeit“ in diesem Halbsatz nicht definiert wird, bleibt zusätzlich offen, ab welchem Grad der persönlichen Abhängigkeit von einer Eigenschaft als Arbeitnehmer auszugehen ist. Sprich, zusätzlich zur bestehenden Unbestimmtheit sattet das BMAS eine weitere Unbestimmtheit in Form einer graduellen Bewertung auf. Oder anders formuliert: Die eine Unbestimmtheit (fehlende Definition) wird durch eine weitere Unbestimmtheit (gradueller Bewertung) zusätzlich verwässert. Das eröffnet Behörden und Gerichten Tür und Tor Einzelfälle so einzuordnen, wie sie es gerade für richtig erachten. Oder noch konkreter formuliert: Das BMAS drückt sich vor einer klaren Regelung und wälzt die Frage, ob ein Freelancer im Einzelfall vielleicht ein Arbeitnehmer ist, komplett auf die Behörden und Gerichte ab. Was daran rechtssicher sein soll, erschließt sich zumindest uns nicht.
- 3) Ein weiterer fataler Mangel – der dem BMAS offenbar gar nicht klar zu sein scheint – ist der Widerspruch zu anderen Gesetzen. In § 611a Satz 2 BGB wird das Weisungsrecht näher erläutert, das *„Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann“*. Diese Regelung steht nicht in Einklang mit der bisher gültigen Definition des Weisungsrechts des Arbeitgebers in § 106 Gewerbeordnung (GewO). Dort heißt es: *„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen.“* In § 106 GewO finden sich nur drei Merkmale (Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung); in § 611a Satz 2 BGB finden sich insgesamt fünf. Die Kriterien „Durchführung“ und „Dauer“ hat das BMAS einfach ergänzt. Warum, ist zumindest uns unklar. Zudem verstehen wir nicht, wie sich die „Durchführung“ vom „Inhalt“ und die „Dauer“ von der „Zeit“ der Arbeitsleistung unterscheiden sollen.

Es stehen sich folglich zwei gesetzliche Regelungen gegenüber, die das gleiche Merkmal – das Weisungsrecht – unterschiedlich definieren. Während § 106 GewO mit drei Merkmalen auskommt, bemüht § 611a Satz 2 BGB fünf Merkmale. Je mehr Merkmale für die Definition eines Abgrenzungsmerkmals für den Status „Arbeitnehmer/Freiberufler“ erforderlich sind, desto mehr Spielraum und Unsicherheit entsteht. Unschön ist dabei, dass die beiden zusätzlichen Merkmale in § 611a BGB geregelt sind, der im Dienstvertragsrecht (§§ 611ff. BGB) angesiedelt ist; und Freelancer schließen üblicherweise Dienstleistungsverträge ab. Deren Status wird sich künftig an § 611a BGB und nicht wie bisher an § 106 GewO entscheiden.

- 4) Ein weiterer Schwachpunkt ist, dass in § 611a BGB der Begriff des Arbeitnehmers sowohl in Satz 1 als auch in Satz 3 gleich zwei Mal definiert wird. Satz 3 lautet: *„Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; (...).“* Wir können nicht einschätzen, wie restriktiv Behörden und Gerichte die Frage die Merkmale (1) im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und (2) seine Arbeitszeit bestimmen auslegen. Auch hier besteht ein weiterer Unsicherheit fördernder Interpretationsspielraum. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass beispielsweise projektbedingt notwendige Vorgaben eines Kunden zu Meetings oder Abstimmungsterminen bereits so gedeutet werden, dass dem Freelancer keine Freiheit hinsichtlich der Einteilung seiner Arbeitszeit zukommt.

FAZIT: Im Ergebnis ist § 611a BGB in der aktuellen Form eine missglückte Vorschrift mit groben handwerklichen Mängeln. Sie ist zwar allemal besser, als der lebensfremde Entwurf aus dem Referentenentwurf vom 16.11.2015, wie wir als ADESW im Rahmen unserer Kampagne Experten-Arbeit-retten.de im Februar 2016 deutlich machen konnten. Wenn der Gesetzgeber sich allerdings in der Pflicht sieht, den Arbeitnehmerbegriff zu definieren, sollte sich dieser nicht darauf beschränken, unbestimmte Rechtsbegriffe aneinanderzureihen, die es letztlich ausschließlich Behörden und Gerichten erlaubt, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Denn dazu hätte es keines neuen Gesetzes bedurft.

Wir bedanken uns für Ihr Interesse und freuen uns, wenn Sie – als freier Experte/in, als Auftraggeber/in oder als sonstig Betroffene/r – unsere Kampagne Experten-Arbeiten-stärken (www.experten-arbeit-staerken.de) unterstützen. Bei weiteren Fragen, Anmerkungen oder Anregungen können Sie uns gerne per Email (info@adesw.de) kontaktieren.

Mit freundlichen Grüßen
Ihre Allianz für selbständige Wissensarbeit (ADESW)
Mai 2016