Arbeit und Recht
ISSN 0003-7648
12/2013
Dezember 2013, 61. Jahrgang

Herausgeber
Deutscher Gewerkschaftsbund

Geschäftsführender Herausgeber
RA Wolfgang Apitzsch

Redaktion
Rudolf Buschmann (verantwortlich)
Andrea Baczyk (Assistenz)
Barbara Albers (arbeitundrecht.eu)

Anschrift der Redaktion
Mertonstraße 30, 60325 Frankfurt/Main
Tel. 0 69/24 70 57 20, Fax 0 69/24 70 57 24
E-Mail: arbeitundrecht@bund-verlag.de

Verleger
Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer
Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften
Bettina Frowein

Anschrift des Verlages
Bund-Verlag GmbH
Heddernheimer Landstraße 144, 60439 Frankfurt
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 0 69/79 50 10-0, Fax: 0 69/79 50 10-18

Leser- und Aboservice, Helpdesk AuR-Online
Bund-Verlag GmbH; 60424 Frankfurt/Main
Tel. 0 69/79 50 10-96, Fax 0 69/79 50 10-12
E-Mail: abodienste@bund-verlag.de

Anzeigen
Peter Beuther (verantwortlich)
Christine Mühl
Tel. 0 69/79 50 10-602
Fax 0 69/79 50 10-12
E-Mail: christine.muehl@bund-verlag.de
Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 14, gültig ab 1.1.2013

Arbeit und Recht erscheint monatlich
einschließlich Online-Version, Online-Archiv
und 4x jährlich Zeitschrift für Soziales Recht
Jahresbezug einschließlich 7 % Mehrwertsteuer 159,– €.
Einzelheft 16 €
Ausland 163,20 € zzgl. Versandkosten;
Vorzugspreis für Studenten und Referendare 96,– €
Institutionspreis (inkl. IP-Adresse für Online-Nutzung) 198,60 €
zzgl. Versandkosten
Abbestellungen mit einer Frist von 6 Wochen
zum Jahresende.
Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten
werden nach den Bestimmungen des BDSG verwaltet.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht
unbedingt die Meinung der Herausgeber, des Verlegers
oder der Redaktion wieder.

Urheber- und Verlagsrechte
Alle in dieser Fachzeitschrift veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Umschlag und Layout
Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe
Druckerei C. H. Beck oHG, Nördlingen

Druck
Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt

Arbeit und Recht ist deutsches Mitglied der
International Association of Labour Law Journals
Publications Around the World
www.labourlawjournals.com

Der Kommentar

Statt Schwarz-Weiß: Verfahren zum Umgang mit Grautönen

Prof. Dr. Eva Kocher, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

Der Werkvertrag hat es bis in die Koalitionsverhandlungen geschafft – und das zu Recht. Werkverträge mit Soloselbstständigen verschleiern häufig »Scheinselbstständigkeit«; Werkverträge mit Drittunternehmen verschleiern zunehmend Leiharbeit und dienen der Verschiebung von Arbeitgeberverantwortung. Ist es angesichts dieser Situationen notwendig, »echte« Werkverträge genauer von »Scheinwerkverträgen« abzugrenzen? Ja! Kann man dadurch das Problem in den Griff bekommen? Wohl kaum.

Natürlich ist die Unbestimmtheit des Rechts ein Ärgernis. Sie macht jede Rechtsanwendung zum Professionellenspiel. Deshalb schlägt auch die ILO-Empfehlung 198 »betreffend das Arbeitsverhältnis« in Nr. 11-13 (z. B.) vor, »um die Bestimmung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zu erleichtern«, »eine Rechtsvermutung […] zu begründen, wenn ein oder mehrere einschlägige Indikatoren gegeben sind«.

Allerdings hat rechtliche Unschärfe bei der Abgrenzung von Werkvertrag zu Scheinselbstständigkeit oder Leiharbeit unbestreitbare Vorteile: Sie ermöglicht ein Abstellen auf den »Geschäftsinhalt« (*BAG*) statt auf den Vertragsinhalt, sie ermöglicht den »Vorrang der Tatsachen« (siehe rechtsvergleichender ILO-Bericht »Das Arbeitsverhältnis«, 2005). Denn die Abgrenzung zwischen »echten« Werkverträgen und »Scheinwerkverträgen« ist in erster Linie nicht ein Auslegungs-, sondern ein Subsumtionsproblem. Die rechtlich scharfe Abgrenzung der Arbeitgeber-Verantwortung begegnet in der Praxis fließenden Übergängen und immer neuen Organisationsformen. Nur wenn man genau auf die Tatsachen im konkreten Einzelfall schaut, findet man die jeweils passende Grenzziehung zwischen »Drinnen« (Arbeitgeberverantwortung, Eingliederung, Weisungsgebundenheit) und »Draußen« (Selbstständigkeit, Fremdunternehmen). Es ist »gerade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus […] zu verdanken, dass die Vorschriften […] über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung […] zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen […] verhindern konnten« (*BVerfG* 20.5.96 – 1 BvR 21/96, AuR 1996, 372, 404 zum Sozialrecht).

Das spricht nicht dagegen, per Gesetz widerlegbare Vermutungen einzuführen; auch die ILO hat hierfür mögliche Indikatoren vorgeschlagen. Viel wichtiger wäre es aber, festzulegen, wer in welchem Verfahren über die Zuordnung von Vertragsverhältnissen entscheidet, an wen sich die Vermutungen also richten. Neben den einschlägigen behördlichen Verfahren kommen hier vor allem die betrieblichen Interessenvertretungen in Betracht. Das geltende Recht geht zurzeit noch davon aus, dass Mitbestimmung erst eingreift, wenn die Einordnungsfrage zugunsten der Arbeitnehmerstellung geklärt ist. Der Mitwirkung bedarf es aber gerade in den Grenzsituationen, sie muss also die Einordnung als solche zum Gegenstand haben und deshalb bei jedem Drittpersonaleinsatz zur Anwendung kommen. Klarheit in der Abgrenzung gibt es eben nur für den Einzelfall, und hier ist Mitbestimmung zwar nicht alles – aber ohne Mitbestimmung ist alles nichts.