

# ADVOCATA-INFO

---

III / 2010

Inhalt:

- BAG-Entscheidung zur Abgrenzung freier Mitarbeiter / Arbeitnehmer
- Rechtstipps für Eheleute anlässlich der Neuregelung des Zugewinnausgleichs
- BGH verbessert Sicherungsmöglichkeit für Bauträger

## **BAG-Entscheidung zur Abgrenzung freier Mitarbeiter / Arbeitnehmer**

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Joachim Hofmann)

In einer aktuellen Entscheidung hat das BAG über den Status eines Lehrers an einer allgemeinbildenden Schule entschieden und sich dabei mit der Abgrenzung von Arbeitnehmern zu freien Mitarbeitern befasst (BAG-Urteil vom 20.01.2010, 5 AZR 106/09). Diese sind in der Regel Arbeitnehmer, auch wenn sie ihren Beruf nebenberuflich ausüben. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, oder Lehrkräfte, die Zusatzunterricht erteilen, auch als freie Mitarbeiter beschäftigt werden. Der Kläger war an einer Abendrealschule als Lehrkraft tätig, ohne eine Befähigung zum Lehramt zu besitzen. Zwischen ihm und der Abendrealschule wurde ein "Honorarvertrag" abgeschlossen, der ihn als

Auftragnehmer verpflichtete, Unterricht in bestimmten Fächern zu halten. Der Vertrag sah vor, dass die Regelung der Unterrichtszeiten einvernehmlich auf inhaltlicher Grundlage des Bildungsplans für Realschulen erfolgen sollte, im Übrigen aber frei. Der Kläger war zur Teilnahme an Konferenzen verpflichtet und musste den Unterricht in den Räumlichkeiten der Abendrealschule erteilen. Bezahlt wurde er stundenweise für tatsächlich geleisteten Unterricht. Urlaubsansprüche und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sollten ihm nicht zustehen. Nach dem Vertragsinhalt war die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen. Der Kläger hatte Feststellungsklage dahingehend erhoben, dass zwischen ihm und der Abendrealschule ein Arbeitsverhältnis besteht, während die Schule ihn als freien Mitarbeiter einstufte. Während Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen hatten, gab das Bundesarbeitsgericht dem Kläger Recht. Das Gericht hat maßgeblich auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit abgestellt. Arbeitnehmer sei deshalb, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremd bestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann sich dabei auf Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit beziehen. Bei der Abgrenzung sei maßgeblich, ob im wesentlichen eine freie Gestaltung der Tätigkeit möglich ist oder nicht, im letzteren Fall sei die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen. Weiter führt das Gericht aus, dass dies auch nicht durch eine andere Bezeichnung im Vertrag umgangen werden könne, da die praktische Durchführung des Vertrags entscheidend sei. Dies gelte auch für Lehrkräfte, bei denen die Intensität der Einbindung in den Unterrichtsbetrieb, der Umfang der vorgeschriebenen Lehrinhalte, die Arbeitszeit und sonstige Umstände maßgeblich seien. Deshalb sei bei Unterricht an allgemeinbildenden Schulen in der Regel von einer Arbeitnehmereigenschaft auszugehen, bei Volkshochschuldozenten oder Lehrkräften, die nur Zusatzunterricht erteilten, komme dagegen auch eine Beschäftigung als freier Mitarbeiter in Betracht. Die Vermutung für das Bestehen einer Arbeitnehmereigenschaft sei vorliegend auch deshalb nicht widerlegt, weil die Umstände des konkreten Falls für eine Weisungsgebundenheit sprächen, nämlich Einbindung, Inhalt und Arbeitszeit.

Es ist also risikoreich, einen Mitarbeiter als "freien Mitarbeiter" zu bezeichnen, ohne dass eine im wesentlichen weisungsfreie Tätigkeit auch tatsächlich vorliegt und entsprechend belegt wird. Die Risiken für Arbeitgeber sind immens. Nicht nur ist im Falle der Bejahung einer Arbeitnehmerschaft das Kündigungsschutzgesetz ggf. anwendbar, sondern es droht auch noch eine erhebliche Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch die Sozialversicherungsträger.

Für Arbeitgeber empfiehlt sich eine Statusfeststellung und ein Anfrageverfahren gemäß § 7 a Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Diese schafft zumindest sozial- und abgabenrechtlich Rechtssicherheit für den Arbeitgeber, weil die Entscheidung der Clearingstelle insoweit bindend ist.

Keinen Schutz bietet diese Anfrage allerdings gegen die Gefahren auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.

# Rechtstipps für Eheleute anlässlich der Neuregelung des Zugewinnausgleichs

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Joachim Schmidt)

Der Zugewinnausgleich regelt den Vermögensausgleich zwischen Ehepartnern anlässlich der Scheidung. Für jeden Ehepartner wird, das Vermögen zum Zeitpunkt der Eheschließung und zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags getrennt ermittelt. Hat ein Ehepartner während bestehender Ehe mehr hinzugewonnen als der andere, so ist er ausgleichspflichtig. Seit 01.09.2009 ist der Zugewinnausgleich zwischen den Eheleuten neu geregelt.

## Was sollte beachtet werden?

1.

Wie bisher ist es jedem Ehepaar anlässlich der Eheschließung zu empfehlen, eine Aufstellung über sein Vermögen zu fertigen, welches am Tag der Eheschließung vorliegt. Diese Aufstellung sollte von beiden Ehepartnern unterschrieben werden. Sie kann dann als Nachweis für das sogenannte Anfangsvermögen dienen. Im Falle der Scheidung soll dieses Anfangsvermögen demjenigen verbleiben, der es in die Ehe eingebracht hat. Derjenige, der sich auf ein Anfangsvermögen beruft, muss dieses beweisen.

Nach neuem Recht gibt es auch negatives Anfangsvermögen. Hat ein Ehepartner bei Eheschließung mehr Schulden als Vermögen, so wurde bisher das Anfangsvermögen mit null bewertet. Wurden während bestehender Ehe die Schulden des einen Partners abbezahlt, so war dies anlässlich der Scheidung nicht zu berücksichtigen. Nun sind auch diese Schulden in die Ausgleichsberechnung einzubeziehen. Es ist daher dringend zu empfehlen, dass die Ehepartner bei Eheschließung auch den Schuldenstand festhalten.

2.

Ebenso sollten sich die Eheleute auch Schenkungen oder Erbschaften, die ein Ehepartner erhalten hat, gegenseitig schriftlich bestätigen lassen. Dies vermeidet späteren Streit.

3.

Stichtag für das sogenannte Endvermögen ist das Datum der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Beide Eheleute haben im Streitfall zu diesem Datum eine Aufstellung zu fertigen, aus der sich sämtliche Vermögenswerte und Schulden ergeben.

Es kommt immer wieder vor, dass Ehepartner im Zeitraum zwischen Trennung und Scheidungseinreichung Vermögenswerte verschwinden lassen. Das neue Recht will hiergegen einen stärkeren Schutz bieten. So kann jeder Ehegatte ab dem Zeitpunkt des Getrenntlebens bereits Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung verlangen. Es ist anzuraten, sich vom anderen Ehepartner bereits vor der Trennung entsprechende Unterlagen aushändigen zu lassen. Sollte sich der andere Ehepartner weigern, so sollte frühzeitig ein Rechtsanwalt aufgesucht werden.

4.

Das neue Recht verpflichtet die Ehepartner nicht nur zur Auskunft, sondern auch zur Vorlage der entsprechenden Belege. Es besteht nicht nur ein Auskunftsanspruch zum Endvermögen (bisherige Regelung), sondern auch zum Anfangsvermögen.

5.

Wenn eine Vermögensgefährdung zu befürchten ist, so kann ein Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich (schon vor Scheidungseinreichung!) gestellt werden. Dasselbe gilt, wenn der andere Ehegatte längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus den ehelichen Verhältnissen ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat und anzunehmen ist, dass er sie auch in Zukunft nicht erfüllen wird, oder wenn der andere Ehegatte sich ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert, über den Bestand seines Vermögens Auskunft zu erteilen.

## **BGH verbessert Sicherungsmöglichkeit für Bauträger**

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Bau- und Architektenrecht Alexander Krafft)

Der für das Bauvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH hat Ende Mai 2010 eine Entscheidung verkündet, die sich mit einer Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Fertighausanbieters in Verträgen mit privaten Bauherren befasst. Nach dieser Klausel war der Bauherr verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines Kreditinstituts in Höhe der geschuldeten Gesamtvergütung zur Absicherung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherren vorzulegen. Diese Klausel hält der BGH für wirksam.

Bis zu dieser klarstellenden Entscheidung standen die Hersteller von Einfamilienhäusern mit oder ohne Einliegerwohnung vor dem Problem, dass die gesetzliche Regelung des § 648 a BGB, nach der eine Bauhandwerkersicherung verlangt werden kann, für sie nicht anwendbar war. Der BGH erkannte jedoch, dass auch derartige Unternehmen ein sehr hohes Interesse an einer Absicherung ihrer Vorleistungsverpflichtungen haben. Demgegenüber müsse die Belastung des Bauherren mit den Avalprovisionen für die Bürgschaft zurückstehen. Sie falle im Vergleich zur Vorleistungsverpflichtung des Bauunternehmers nicht entscheidend ins Gewicht. Auch sei es so, dass die Vereinbarung einer derartigen Zahlungsbürgschaft nicht vom gesetzlichen Leitbild der oben genannten Vorschrift abweiche. Diese gelte nämlich ausschließlich für das Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Vertragsschluss, für den Vertragsschluss selbst aber gelte sie nicht, weshalb die entsprechende Klausel vereinbart werden könne.

Nach unserem Dafürhalten ist davon auszugehen, dass die lediglich für den Bereich Fertighausbauer zugelassene Klausel auch auf sonstige Bauträger und Generalunternehmer übertragen werden kann. Bauunternehmen sollten eine derartige Klausel auch durchaus in Betracht ziehen. Immerhin werden sie vom Gesetz dazu verpflichtet, die gesamte Leistung als Vorleistung zu erbringen und ihr Lohn wird erst nach Abnahme fällig. Über die Einzelheiten beraten wir gerne. Genauso sind wir gerne bereit, eine entsprechende Klausel zu entwerfen.