



Stellungnahme

Bundesverband mittelständische Wirtschaft e.V. (BVMW)

Bundesverband Digitale Wirtschaft e.V. (BVDW)

Dachgesellschaft Deutsches Interim Management e.V. (DDIM)

zum

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze
vom 14. April 2016**

Berlin, 22. April 2016

Der BVMW. Die Stimme des Mittelstands.

Vorbemerkung

In Diskussionen um Industrie 4.0 und die Zukunft der Arbeit ist der Begriff der Flexibilität zentral. Werkverträge und Zeitarbeit sind bewährte Instrumente für flexible und intelligente Arbeitsteilung in Unternehmen: Mit Werkverträgen werden Spezialisten eingesetzt, bei Auftragsspitzen kommt Zeitarbeit zum Einsatz. Beide Instrumente haben besonders in klein- und mittelständischen Unternehmen große Bedeutung für eine hohe Produktivität, den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit und damit sichere Arbeitsplätze. Eltern-, Urlaubs- oder Krankenzeiten können so überbrückt und Auftragsschwankungen ausgeglichen werden. Geringqualifizierten und Langzeitarbeitslosen bietet sich ein Sprungbrett in den Arbeitsmarkt. Wegen der fortschreitenden Digitalisierung werden Aufgabenteilung und Spezialisierung in einer sich immer stärker vernetzenden Wirtschaft und komplexen Arbeitsbeziehungen weiter zunehmen. Überflüssige Einschränkungen von Werkverträgen und Zeitarbeit sind nicht im Interesse des Standortes Deutschland und müssen daher unterbleiben, erst Recht in Zeiten der digitalisierten Arbeitswelt.

Zusammenfassung der Hauptkritikpunkte

Werkverträge

Die Unternehmen haben ebenso wie die Beschäftigten und auch die Sozialversicherungsträger ein Interesse daran, klar und eindeutig festzustellen, wann eine abhängige Beschäftigung und ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Grundsätzlich ist das Anliegen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS), dies durch eine gesetzliche Regelung klarstellen zu wollen, daher sinnvoll. Der erste Referentenentwurf enthielt jedoch Kriterien, die dazu völlig ungeeignet waren. Sie hätten existenzbedrohende Risiken für selbständige Fach- und Führungskräfte sowie massive Rechtsunsicherheiten für Unternehmen, die diese beauftragen, geschaffen. Dass im zweiten Entwurf darauf verzichtet wurde, ist daher einerseits als sinnvoll zu bewerten. Andererseits jedoch leistet die nun vorgesehene Regelung keine positive Klarstellung, was vor dem Hintergrund der erheblichen Risiken für die Unternehmen problematisch ist. **Es sollte daher insbesondere eine Differenzierung auf Rechtsfolgenseite geschaffen werden, um den unterschiedlichen Praxissachverhalten gerecht zu werden.**

Zeitarbeit

Die geplanten Änderungen für den Bereich der Zeitarbeit sind offensichtlich von der Vorstellung geprägt, Zeitarbeit sei grundsätzlich etwas Negatives. Der Referentenentwurf ist daher durch das Bestreben gekennzeichnet, die Zeitarbeit einzuschränken und die Rahmenbedingungen für die hier tätigen Unternehmen zu verschlechtern. Aus dieser unbegründet negativen Sicht auf Zeitarbeit entstehen Regelungen, die in zahlreichen Aspekten **den realen Bedürfnissen nicht gerecht werden** – und zwar denen der Unternehmen ebenso wenig wie denen der Zeitarbeitnehmer, die vermeintlich geschützt werden sollen. **Darüber hinaus bevorzugen die geplanten Regelungen in nicht akzeptabler Weise große, tarifgebundene Unternehmen und benachteiligen den Mittelstand.**

Bewertung des politischen Prozesses

Unternehmergeist wird reguliert statt unterstützt

In Teilen der politischen Landschaft wurde in der Debatte über die Regulierung von Werkverträgen und Zeitarbeit der Eindruck erweckt, die Proteste der Wirtschaft wären überzogen und die geplanten Änderungen würden sich auf „rechtschaffende“ Unternehmer nicht negativ auswirken. Dies ist eine Fehleinschätzung, denn **schon jetzt – vor dem Beschluss über eine neue Regelung – hat die Debatte spürbare negative Auswirkungen auf einige Branchen.** So stellt die Dachgesellschaft Deutsches Interim Management e.V. (DDIM) fest:

„Das Jahr 2015 war geprägt von der aktuellen Diskussion rund um das Thema Scheinselbständigkeit. Die DDIM stellt hier eine Verunsicherung – insbesondere auf Unternehmensseite – fest. Wichtige Projekte wurden aufgeschoben oder abgesagt. Bedingt dadurch hat sich der Markt im zurückliegenden Jahr weniger gut entwickelt als erwartet.“¹

Dies kann seitens des BVMW vollauf bestätigt werden. Zu kaum einem Thema erreichten uns so viele Anfragen von Unternehmen, die die große Unsicherheit widerspiegeln. Die Diskussion rund um das Thema Scheinselbständigkeit und das Gesetzgebungsverfahren des BMAS führen bereits zu wirtschaftlichen Verlusten bei Selbständigen und der Nichtumsetzung wichtiger Projekte, insbesondere hinsichtlich Digitalisierungsbestrebungen. Das liegt auch daran, dass nicht **zwischen evtl. schutzbedürftigen Einkommensgruppen einerseits und hochqualifizierten selbständigen Fach- und Führungskräften sowie den sie beauftragenden Unternehmen andererseits differenziert** wird. Das hat in dieser Debatte ebenso gefehlt wie eine realistische Wahrnehmung der massiven wirtschaftlichen Auswirkungen, die sie schon jetzt hat.

Kleine Unternehmen werden politisch nicht beachtet

Rund 66 Prozent der westdeutschen und 79 Prozent der ostdeutschen Betriebe sind nicht tarifgebunden, wobei die Tarifbindung umso niedriger ist, je kleiner der Betrieb ist. Auch bei einer Betrachtung aus Perspektive der Arbeitnehmer ist das Bild nicht anders. Nur eine Minderheit der in der Privatwirtschaft beschäftigten Arbeitnehmer (29 Prozent im Westen, 15 Prozent im Osten) ist in Betrieben tätig, die tarifgebunden sind und über einen Betriebsrat verfügen.² Kleine und mittlere Unternehmen sowie die bei ihnen Beschäftigten Arbeitnehmer werden folglich kaum angesprochen, wenn man über arbeitsrechtliche Probleme nur mit den Sozialpartnern diskutiert und mit Instrumenten des Tarifrechts agiert. Wenngleich der Referentenentwurf selbst darauf abzielen scheint, die Tarifbindung zu erhöhen, müsste doch für die Gegenwart zur Kenntnis genommen werden, dass ein Trilog zwischen BDA, DGB und BMAS nicht repräsentativ für große Teile der Wirtschaft und somit nicht demokratisch ist. **Bei Gesetzen, die den Mittelstand betreffen, müssen auch die kleinen Unternehmen und ihre Beschäftigten eine Stimme haben. Gleiches gilt für die große Gruppe der Selbständigen, deren Bedeutung stetig gewachsen ist und die im derzeit praktizierten Abstimmungsverfahren keine Berücksichtigung findet.**

¹ Dachgesellschaft Deutsches Interim Management, Pressemitteilung, 2. Februar 2016, online unter: https://www.ddim.de/de/medien/bindata/2016_02_02_DDIM_PM_Prognose2016_-_final.pdf. Die DDIM ist Partner des BVMW im Rahmen der Mittelstandsallianz.

² Wallau et al. (2014): Machbarkeitsstudie für eine empirische Analyse von Hemmnissen für die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung in kleinen und mittleren Unternehmen (Machbarkeitsstudie BAV in KMU).

Stellungnahme zu einzelnen Regelungen

Definition der Arbeitnehmerüberlassung

Die für § 1 Abs. 1 S. 1 und nach S. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vorgesehene Neuregelung stellt den Versuch dar, Arbeitnehmerüberlassung zu definieren. Durch das Kriterium der „Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers“ ist der Konflikt vorprogrammiert, ob Arbeitnehmerüberlassung auch dann vorliegt, wenn der Leiharbeitnehmer nicht in die Arbeitsorganisation eingegliedert wird, z. B. wenn er vom Home-Office aus tätig wird.

Konzernleihe

Der Referentenentwurf befasst sich nicht mit der aktuellen Regelung in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, wonach die Überlassung zwischen Konzernunternehmen privilegiert, also erlaubnisfrei, ist. Es stellt sich die Frage, wie sich die Höchstüberlassungsdauer auf die verbreitete Konzernleihe auswirkt. Einige Kommentatoren gehen davon aus, dass diese Regelung europarechtswidrig ist.

Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung auf 18 Monate

Sinn einer Höchstüberlassungsdauer

Die maximale Überlassungsdauer für Zeitarbeitnehmer wird auf 18 Monate beschränkt. Zwar erschließt sich bei unbefangener Betrachtung nicht, warum die Überlassungsdauer überhaupt begrenzt werden muss, wenn der Leiharbeitnehmer dem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers gleichgestellt wird. Auch die Unterbrechungsfrist von sechs Monaten ist willkürlich gesetzt. Der Sinn der Zeitarbeit liegt gerade im flexiblen Einsatz von Personal, sodass drei Monate ausreichend wären. Die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten ist allerdings wohl durch den Koalitionsvertrag als „gesetzt“ anzusehen und eine Konkretisierung des bisher unbestimmten Rechtsbegriffs „vorübergehend“ als rechtstechnisch sinnvoll.

Keine Klarheit über Verstöße

Es bleibt allerdings unklar, ob ein Verstoß gegen diese Regelung erst dann vorliegt, wenn der Leiharbeitnehmer länger als 18 Monate überlassen bleibt oder wenn von vornherein keine zeitliche Beschränkung vereinbart wird, der Vertrag also auf eine unbestimmte Dauer ausgelegt ist. Bisher geht die Rechtsprechung davon aus, dass die fehlende zeitliche Beschränkung der Überlassung grundsätzlich als nicht vorübergehend anzusehen ist.

Ausnahmeregelungen benachteiligen kleine Unternehmen zu Gunsten großer und Gewerkschaften

Vorgesehen ist, dass eine Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifverträge möglich ist. Außerdem gibt es weitere Ausnahmeregelungen, die auch nicht tarifgebundenen Entleihern die Möglichkeit einräumen, von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln Gebrauch zu machen. Diese sind allerdings sehr kompliziert – wie sie im Unternehmensalltag kleiner Betriebe umgesetzt werden sollen, bleibt fraglich. Auch wenn zu begrüßen ist, dass gegenüber dem ersten Entwurf die Möglichkeit, die maximale Überlassungsdauer ausdehnen zu können, für nicht tarifgebundene Unternehmen verbessert wurde, so ist weiterhin festzustellen, dass tarifgebundene Unternehmen gegenüber den nicht tarifgebundenen Unternehmen begünstigt werden. Bezweckt wird damit wohl die Steigerung der Attraktivität von Tarifverträgen. Diese lässt sich aber nicht durch gesetzgeberischen Zwang erreichen. Ein solcher Ansatz, der Gewerkschaften dient und den ganz überwiegend nicht tarifgebundenen Mittelstand benachteiligt, ist nicht akzeptabel.

Betroffene beteiligen

Abweichungen von der Höchstüberlassungsdauer müssen auch durch Tarifverträge zwischen den Zeitarbeitsfirmen und den Gewerkschaften verhandelt werden können, und nicht nur durch die Sozialpartner der Entleihunternehmen. Die Zeitarbeitsfirmen sind die Arbeitgeber der Zeitarbeitnehmer, nicht die Entleihunternehmen.

Höchstüberlassungsdauer schadet Geringqualifizierten

Die Regelung soll politisch gesehen dazu dienen, dass Leiharbeiter nicht auf Dauer als vermeintlich günstigerer Ersatz für Stammbeschäftigte im Betrieb eingesetzt werden. Die tatsächlichen praktischen Auswirkungen dieser Regelung werden sich jedoch anders darstellen und nicht zu Verbesserungen für Zeitarbeitnehmer insbesondere mit geringer Qualifikation führen.

Durch Zeitarbeit können Personen in Beschäftigung gebracht werden, die für Unternehmen auf den ersten Blick unattraktiv sind und keine Chance haben, auch nur befristet unmittelbar eingestellt zu werden. Zu denken ist an Arbeitnehmer ohne marktgerechte Ausbildung oder auch an Personen, die aufgrund ihres Migrationshintergrundes schlechte deutsche Sprachkenntnisse haben. In diesen Fällen wird die maximale Einsatzdauer einen Entleiher nicht dazu bewegen, den Arbeitnehmer unmittelbar einzustellen. Der Arbeitnehmer kann vielmehr ausgetauscht werden, was dann eben spätestens mit Ablauf der maximalen Überlassungszeit erfolgt. Die für die Personaldienstleister denkbaren Strategien zur Reaktion auf die geplanten gesetzlichen Änderungen könnten sogar dazu führen, dass solche Arbeitnehmer nicht bis zur maximal zulässigen Einsatzzeit beim jeweiligen Entleiher beschäftigt werden, sondern nur jeweils für neun Monate mit der Folge, dass die Vergütung dieser Arbeitnehmer ohne Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt. Für den Zeitarbeitnehmer ist eine Höchstüberlassungsdauer kontraproduktiv, wenn er Equal Pay oder ein vergleichbares Entgelt über einen vereinbarten Branchenzuschlagstarifvertrag bekommt. **Die Normierung einer maximal zulässigen Entleihdauer wird daher faktisch nicht dazu führen, dass geringqualifizierte Arbeitnehmer in die Stammbesellschaft genommen werden. Darüber hinaus wird es für die großen Unternehmen der Branche leichter sein, wechselnde Einsatzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, als für kleinere Marktteilnehmer. Auch hier werden kleine Unternehmen benachteiligt.**

Nachteile für Hochqualifizierte

Anders sind die Wirkungen für den Personenkreis der Hochqualifizierten. Hinsichtlich dieser hat die Zeitarbeit für Betriebe die Funktion, schnell auf Personal zugreifen zu können, das sie selbst auf dem Arbeitsmarkt nicht (so schnell) rekrutieren können. Dies gilt vor allem für hochqualifizierte und gefragte Kräfte, für die zum Teil durch die Entleiher weit höhere Vergütungen aufgewandt werden, als für Stammpersonal bezahlt werden müsste. Diese hoch bezahlten Qualifikationsträger wären typischerweise nicht bereit, zu den Konditionen zu arbeiten, welche die Arbeitnehmer der Stammbesellschaft erhalten. Die Einsatzdauer hängt hier von den praktischen Gegebenheiten ab, beispielsweise von einem bestimmten Projekt. Für solche Fälle ist die Grenze von 18 Monaten zufällig und willkürlich. Sie stört nicht, wenn das Projekt in weniger als 18 Monaten erledigt ist, **führt für die Unternehmen aber zu erheblichen Nachteilen, wenn aus sachlichen Gründen ein längerer Einsatz erforderlich wäre und wegen der gesetzlichen Regelung abgebrochen werden muss.**

Wenn in solchen Konstellationen andere geplante Gesetzgebungen insbesondere zur Entgelttransparenz wirksam werden sollten, stellen sich ganz neue Probleme im Hinblick auf das nachfolgend zu betrachtende Equal Treatment.

Equal Pay/Equal Treatment

Keine Grundlage für Equal Treatment im Koalitionsvertrag

Der Koalitionsvertrag sieht lediglich das Equal Pay nach spätestens neun Monaten vor, also die Zahlung des gleichen Brutto-Stundenentgelts, das ein vergleichbarer Stammbeschäftigter erhält, an den Zeitarbeitnehmer. Der Referentenentwurf will aber ein darüber hinausgehendes Equal Treatment einführen, verbunden mit der Möglichkeit, Sachleistungen durch einen pauschalen Geldbetrag abzugelten. Das ist aus verschiedenen Gründen problematisch: Zum einen erhalten die Zeitarbeitnehmer Zulagen oder Sonderleistungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld nach dem entsprechenden Tarifvertrag der Zeitarbeit. Zum anderen hat der Entwurf die mit dem Equal Treatment verbundenen Praxisprobleme nicht gelöst. Die Neuregelung gibt keine Antwort auf die Frage, wie mit Regelungen zur betrieblichen Altersvorsorge umzugehen ist, mit der Inanspruchnahme von Sozialeinrichtungen des Arbeitgebers wie einem Betriebskindergarten oder einem Anspruch auf Werkmietwohnungen. Wie verhält es sich mit Urlaubsregelungen im Entleiherbetrieb? Die Liste der nicht gelösten Fragen lässt sich beliebig verlängern.

Entwurf drückt grundsätzliche Ablehnung der Zeitarbeit aus

Darüber hinaus ist vorgesehen, dass neun Monate lang von dem Grundsatz des Equal Pay abgewichen werden kann, wenn der Verleiher tarifgebunden ist. Wenn es Branchenzuschlagstarifverträge gibt, die eine stufenweise Anhebung des Zeitarbeitsentgelts vorsehen, kann für bis zu 15 Monate abgewichen werden. Dies wird voraussichtlich dazu führen, dass sämtliche Branchenzuschlagstarifverträge auf die neue Regelung hin überprüft werden müssen, ob sie rechtlich mit dem neuen Gesetz in Einklang zu bringen sind und zusätzlich, ob sie noch wirtschaftlich sind. Das Ziel der Regelung ist auf jeden Fall klar: Grundsätzlich soll ab neun Monaten Überlassungsdauer Zeitarbeit unwirtschaftlich werden. Dahinter steckt letztlich eine normative Ablehnung der Zeitarbeit.

Stichtagsregelung Equal Pay

Bei der Höchstüberlassungsdauer ist eine Stichtagsregelung vorgesehen, damit sich Unternehmen auf die neue Rechtslage einstellen können. Auch für die Neuerung des Equal Pay wird eine solche Regelung benötigt, sodass Arbeitnehmerüberlassungsverträge ausgenommen werden, die vor dem 1. Januar 2017 begonnen haben.

Abschaffung von Vorrats-/Fallschirmgenehmigungen

Das weit verbreitete Instrument, mit dem sich Unternehmen um eine Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung bemühen, um Dienst- oder Werkverträge oder sonstige Formen des Personaleinsatzes abzusichern, soll abgeschafft werden. Die Frage der Wirksamkeit solcher Vorrats-/Fallschirmgenehmigungen liegt ohnehin dem Bundesarbeitsgericht zur Überprüfung vor. Die eindeutige Abschaffung der Möglichkeit, auf diese Weise eine Absicherung zu schaffen, führt dazu, dass alle Formen des Personaleinsatzes sorgfältig kontrolliert werden müssen. Sollten sich insoweit falsch bezeichnete Formen als Arbeitnehmerüberlassung darstellen, entstehen Arbeitsverhältnisse mit dem Beschäftigungsbetrieb. Als Konsequenz wäre dann auch eine der im Beschäftigungsbetrieb entsprechende Vergütung geschuldet. Vor allem aber wären auf diese Vergütung die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Damit entsteht immer die Gefahr bei der Beschäftigung von Menschen über Werkverträge oder Dienstverträge, dass der Einsatzbetrieb sich des Sozialversicherungsbetruges nach § 266a Strafgesetzbuch (StGB) strafbar macht.

Dieses Risiko ist gerade für Mittelständler, die in der Regel nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügen, erheblich. Es kann nur zugemutet werden, wenn die Bedingungen, unter denen Dienst-

oder Werkverträge genutzt werden können, verständlich und klar sind. Eine solche Rechtssicherheit wird mit der nun geplanten Regelung nicht geschaffen (wenngleich diese gegenüber dem ersten Entwurf einen Fortschritt darstellt). **Es ist daher dringend erforderlich, auf der Rechtsfolgenseite zu differenzieren**, wie später ausgeführt wird.

Informationspflicht

Der neue § 11 Abs. 2 AÜG trägt ausschließlich zu einem gesteigerten Verwaltungsaufwand bei, hat aber keine rechtliche Konsequenz.

Zeitarbeitnehmer und Streik

Vorgesehen ist eine Regelung, der zufolge der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen darf, sofern sein Betrieb unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist. Dies stellt eindeutig eine Regelung zu Gunsten der Gewerkschaftsinteressen dar, die nicht akzeptabel ist. Es ist Teil der originären Unternehmerfreiheit, Leiharbeit auch dazu nutzen zu können, Betriebe funktionsfähig zu halten, wenn die Stammebelegschaft streikt. Warum soll Leiharbeit untersagt sein, wenn nicht streikende Arbeitnehmer berechtigt sind, an den Arbeitsplätzen der streikenden Mitarbeiter tätig zu sein? Die potenziellen wirtschaftlichen Folgen sind dramatisch, denn der Entwurf enthält keine Lösung für die Verteilung des finanziellen Risikos der Nichtbeschäftigung während des Streiks. Trägt das Risiko der Nichtbeschäftigung während des Streiks der Verleiher oder der Entleiher oder möglicherweise der Leiharbeitnehmer? Wenn Mitarbeiter der Stammebelegschaft streiken, bekommen sie für diese Zeit kein Arbeitsentgelt, d. h. der Arbeitgeber ist von den Personalkosten befreit. Die Arbeitnehmer können Streikgeld von ihrer Gewerkschaft beanspruchen. Das wirtschaftliche Risiko bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern muss auch irgendwo verbleiben, entweder beim Verleiher oder beim Entleiher. Mit welchem Argument man dem Verleiher die Kosten der streikbedingten Nichtbeschäftigung übertragen möchte, ist unklar, weil dieser nicht Koalitionspartner ist. Warum der Entleiher die Kosten der Leiharbeitnehmer tragen soll, wenn diese streikbedingt keine Tätigkeit ausüben dürfen, ist ebenso wenig verständlich.

Zumindest müsste unterschieden werden, ob Zeitarbeitnehmer bereits zum Beginn des Streiks in Betrieben eingesetzt waren oder extra zum Streikbrechen herangezogen werden. Wenn die Regelung so wie geplant in das finale Gesetz aufgenommen wird, wird dieser Punkt voraussichtlich Gegenstand einer oder mehrerer Verfassungsbeschwerden werden. Die Rechte derjenigen Leiharbeitnehmer, die bereits vor dem Streikfall im Betrieb tätig waren, müssen beachtet werden. Ein absolutes Beschäftigungsverbot verstößt gegen die in Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) gewährte Koalitionsfreiheit. Diese garantiert nicht nur das Recht, sich mit anderen zusammenzuschließen, sondern gerade auch das Recht, solchen Zusammenschlüssen fern zu bleiben (negative Koalitionsfreiheit). Daher muss auch dem Leiharbeitnehmer die Ausübung seiner Rechte dergestalt gewahrt werden, dass er selbst entscheiden kann, ob er an einem Streik teilnehmen möchte.

Abgrenzung Arbeitsverhältnis von selbständiger Tätigkeit § 611a BGB

Sicherheit für Unternehmen und Selbständige schaffen

Der bisherige Entwurf des § 611a BGB ist stark verändert worden. Insbesondere sind die Kriterien zur Abgrenzung herausgenommen worden. Im Wesentlichen stellt die Definition jetzt auf das Merkmal der Weisungsgebundenheit ab. Er entspricht damit der Rechtsprechung, was gegenüber dem ersten Entwurf ein Fortschritt ist. Der Wunsch, eine klare Abgrenzung zwischen

Scheinselbständigen und Arbeitnehmern zu haben, wird damit jedoch nicht erfüllt. Derzeit ist es durchaus möglich, dass ein identischer Sachverhalt durch mehrere Behörden, Sozialgerichte, ein Zivilgericht, das Arbeitsgericht und die Staatsanwaltschaft oder ein Strafgericht rechtlich unterschiedlich beurteilt werden. Auch die theoretisch bestehende Möglichkeit, sich im konkreten Einzelfall an die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund zu wenden und ein Statusfeststellungsverfahren durchzuführen, bringt praktisch keine echte Sicherheit für den Unternehmer. Später kann die Rentenversicherung immer fragen, ob der Clearingstelle tatsächlich alle relevanten Informationen fehlerfrei übermittelt wurden. Zudem kann sich die Beurteilung eines Vertragsverhältnisses jederzeit ändern, weil eine (möglicherweise vom Unternehmer unbemerkte) Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eintritt. Auch die langen Bearbeitungszeiten sind ein großes Hemmnis.

Zweifelsohne ist es keine leichte Aufgabe, diese Probleme aufzulösen. Aber die nun geplante Neuregelung des § 611a BGB hilft gar nicht weiter. Im Ergebnis werden Unternehmen weiterhin vor allem prüfen müssen, wie die sozialversicherungsrechtliche Lage ist, weil der Verstoß gegen Sozialversicherungsvorschriften aufgrund von Strafbewährung durch § 266a StGB und die Androhung von Ordnungswidrigkeiten gemäß §§ 130, 30 OWiG die für Unternehmer unangenehmsten Folgen beinhaltet.

Differenzierung auf Rechtsfolgenseite

Für die Rechtsanwendung in der Praxis mangelt es somit weiterhin an einer klaren Leitlinie. Selbst ein Unternehmen, das normgetreu handeln möchte, kann teils nur schwer einschätzen, was eigentlich erlaubt ist und was nicht. Solche Unsicherheiten werden nun weiterhin bestehen. Deswegen ist es erforderlich, auf der Rechtsfolgenseite zu differenzieren: Fälle, in denen bei wertender Gesamtbetrachtung fälschlicherweise, aber im Ansatz vertretbar, d. h. in nicht vorwerfbarer Weise (kein Vorsatz/keine grobe Fahrlässigkeit) davon ausgegangen wurde, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, dürfen nur für die Zukunft als solches behandelt werden. In anderen Fällen können die Rechtsfolgen auch rückwirkend eingreifen. Auf diese Weise würde dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die Grenzen weder durch die Rechtsprechung noch durch die Gesetzgebung – wie ihr nach der eingehenden politischen Debatte bewusst geworden sein sollte – für alle denkbaren Fällen verlässlich ziehen lassen. Folglich muss auch dem Normadressaten ein gewisser Toleranzbereich zugestanden werden.

Weitere Handlungsansätze

- Entwurf und Bereitstellung von Musterverträgen sowie Erstellung einer Positivliste für den Einsatz von Werk- und Dienstverträgen durch BMWi und betroffene Verbände unter Beachtung der unterschiedlichen Branchen
- Erarbeitung von Bemessungskriterien/Einkommengrenzen zur Abgrenzung von nicht-schutzbedürftigen Wissensarbeitern und anderen, evtl. schutzbedürftigen Dienstleistern als Leitfaden für die zuständigen Prüfbehörden
- Einrichtung einer Ombudsstelle zur Klärung offener Fragen zu Werk- und Dienstverträgen in der betrieblichen Praxis
- Erarbeitung von zeitgemäßen Leitfäden mit Berufs- und Branchenverbänden sowie den zuständigen Prüfbehörden wie der Deutschen Rentenversicherung und dem Zoll³

³ Forum für den Einsatz flexibler Arbeit in Deutschland (FEFA): Positionspapier: Werk- und Dienstverträge. Flexible Arbeit sichert globale Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands. Dezember 2015.

Bei Zeitarbeit wie Werkverträgen: Differenzierung zwischen Gering- und Hochqualifizierten fehlt
Ebenso wie im Bereich der Zeitarbeit fehlt es Hinblick auf Werk- und Dienstverträge völlig an einer angemessenen Differenzierung zwischen verschiedenen Beschäftigtengruppen. Wenn über missbräuchliche Werkvertragskonstellationen gesprochen wird, geht es praktisch um geringqualifizierte Menschen, bei denen evtl. ein Schutzbedürfnis vorliegen kann. Davon müssen hochqualifizierte freie Experten, die aus Überzeugung selbständig sind, ganz klar unterschieden werden. Es geht um gut bezahlte Berufsgruppen wie IT-Spezialisten, Ingenieure, Unternehmensberater oder Interim-Manager. Sie stellen Ihre Expertise auf Zeit verschiedenen Unternehmen zur Verfügung und setzen dort wichtige Projekte wie IT-Modernisierungen um. Sie erhöhen die Leistungsfähigkeit, Innovationskraft und Geschwindigkeit deutscher Unternehmen. Sie benötigen Rechtssicherheit für ihre Arbeit.

Politischer Anstoß für die Neuregelung ist, ähnlich wie im Bereich der Zeitarbeit, das Bestreben, die unterstellte Ersetzung von Stammbeschäftigten durch Werkvertragsleistungen zu verhindern. Es ist aber sehr zweifelhaft, dass die nun geplante Regelung zur Folge haben wird, dass die Auftraggeber eigenes Personal einstellen, anstatt Werkaufträge zu erteilen. Stattdessen werden die Werkvertragsleistungen künftig vielmehr an Unternehmen vergeben werden, welche diese außerhalb der Produktionsstätten des Auftraggebers erbringen. In diesem Fall bietet es sich allerdings geradezu an, die Leistungen gleich an einen Auftraggeber zu vergeben, der sie in einem Land erbringt, in welchem geringere Lohnkosten und weniger Regulierung als in Deutschland herrschen. Im Ergebnis wird auf diese Weise nicht der Aufbau einer zusätzlichen Stammebelegschaft gefördert, sondern Werkvertragsunternehmer mit Produktionsstätten im preisgünstigen Ausland.

Fazit

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Scheinselbständigen/Werkvertragsunternehmern ist zwar gegenüber dem ersten Entwurf verbessert worden, beinhaltet aber immer noch keine praktikable Lösung für schwierige Abgrenzungsfragen in der Unternehmensrealität. Damit ist der nun vorgelegte Gesetzentwurf im Wesentlichen eine Einschränkung der Zeitarbeit: Sie wird finanziell unattraktiver gemacht, zeitlich beschränkt, hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten eingeeengt und verkompliziert. Es gibt eine Reihe von Ausnahmen, die allerdings schwer zu verstehen, geschweige denn unbürokratisch umzusetzen sind, vor allem in kleinen und mittleren Unternehmen. Richtiger müsste man den Text daher wohl nennen: „Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Zeitarbeit“.

Dies steht im Widerspruch zum Anerkenntnis der arbeitsmarktintegrierenden Funktion der Zeitarbeit, welches die Große Koalition mit der Ermöglichung der Zeitarbeit für Gestattete und Geduldete in den Eckpunkten für das Integrationsgesetz abgegeben hat. Während in dem Entwurf zentrale Wünsche der Gewerkschaften umgesetzt werden, unterbleibt eine gerade für Selbständige und kleine Unternehmen wünschenswerte Schaffung von Rechtssicherheit. Den Leiharbeitnehmern, die vermeintlich geschützt werden sollen, drohen in der Praxis Nachteile und finanzielle Einbußen. Es stellt sich daher die Frage: Wem soll dieses Gesetz nützen?

Ansprechpartner:

BVMW-Bundesgeschäftsstelle
Leipziger Platz 15
10117 Berlin

Dr. Hans-Jürgen Völz
Leiter Volkswirtschaft
Tel.: 030-533206-49
E-Mail: hans-juergen.voelz@bvmw.de

Catharina Müller
Referentin Arbeit und Soziales
Tel.: 030-533206-59
E-Mail: catharina.mueller@bvmw.de

An der Erarbeitung dieser Stellungnahme haben unsere Mitglieder und Partner mitgewirkt:
BVMW-Kommission Recht: Prof. Dr. Stefan Nägele, Dr. Till Soyka, LL.M. (Harvard)
BVMW-Kommission Arbeit und Soziales: Thomas Hey, Ferdinand Munk, Marcel Pelzer
Bundesverband Digitale Wirtschaft e.V. (BVDW): Tobias Koppitz
Dachgesellschaft Deutsches Interim Management e.V. (DDIM): Dr. Marei Strack

Stellungnahmen des BVMW finden Sie unter:
www.bvmw.de