

Für mehr Rechtssicherheit und praxisnahe Regelungen bei der Nutzung von Werk- / Dienstverträgen und der Arbeitnehmerüberlassung

Stellungnahme zur aktuellen Diskussion
mit Blick auf die Ausführungen des Koalitionsvertrages

Prof. Dr. Gregor Thüsing

mit Unterstützung durch das
Forum für den Einsatz flexibler Arbeit in Deutschland (FEFA):

ADESW
Allianz für selbstständige Wissensarbeit

 **BDU**
Bundesverband Deutscher
Unternehmensberater e.V.

bitkom

BVAU Bundesverband
der Arbeitsrechtler
in Unternehmen

Bundesverband der
Bilanzbuchhalter und Controller e.V. **BVBC**
Verantwortlich steuern

BVDW
Wir sind das Netz

 **BVMW**
Bundesverband
mittelständische Wirtschaft
Unternehmerverband Deutschlands e.V.

BV-H-H
BUNDESVERBAND DER HONORARÄRZTE

.DBITS Deutscher Bundesverband
Informationstechnologie für
Selbstständige e.V.

DDM
DACHGESELLSCHAFT DEUTSCHES
INTERIM MANAGEMENT E.V.

Deutschlands
führende Agenturen **gwc**

 **VDMA**

VGSD

1. Warum wir Dienst- und Werkverträge brauchen

Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes u. a. Gesetze hat recht: „In einer arbeitsteiligen Wirtschaft sind Werkverträge unverzichtbar.“ Als genuiner Ausdruck des Unternehmertums dienen sie seit jeher als Instrument zur Spezialisierung und Flexibilisierung. In einer arbeitsteiligen, hochspezialisierten Wirtschaft gilt dies umso mehr, denn Leistungen werden heute kaum mehr „aus einer Hand“ erbracht. Vielmehr sind an nahezu allen Gliedern der Produktionskette externe Dienstleister notwendig, um Kompetenz und Know-How einzukaufen.

Die Kooperation mit anderen Anbietern von Produkten und Dienstleistungen ist Ausdruck der grundrechtlich geschützten Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Unsere soziale Marktwirtschaft fußt darauf. Dies gilt nicht nur für das Unternehmen, das eine Leistung nachfragt, sondern ebenso für den Anbieter: Es entspricht dabei gerade dem Interesse hochspezialisierter Fachkräfte wie Ingenieuren oder IT-Dienstleistern, selbständig im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags Leistungen zu erbringen. Die Wahrnehmung unternehmerischer Chancen ist daher das Leitbild von freien Werk- und Dienstverträgen. Sofern es rechtsmissbräuchliche Verwendung am Gesetz vorbei gibt, etwa im Bereich der Fleischindustrie, ändert dies nichts an der Notwendigkeit werkvertraglicher Gestaltung.

Selbständigkeit muss ernst genommen werden. Sie fußt nicht auf dem Willen, Sozialversicherungsabgaben zu vermeiden, sondern ist Ausdruck des unternehmerischen Willens. Viele IT-Berater wollen selbständig bleiben, viele Honorarärzte entscheiden sich als bewusst für diese Form unabhängiger ärztlicher Tätigkeit gegen das Werben der Krankenhäuser nach fester Anstellung.

2. Warum wir Rechtssicherheit brauchen

Und auch da hat die Begründung des Entwurfs recht: „Die Vertragskonstruktionen sind vielgestaltig und teilweise kompliziert. Häufig werden verschiedene Werkvertragsunternehmen gleichzeitig beauftragt. Teilweise werden Unteraufträge erteilt und an weitere Unterauftragnehmer weitervergeben.“ Hierfür braucht es Rechtssicherheit. Eine klare und eindeutige Lösung tut Not. Die Regierungskoalition hat dies erkannt und sich deshalb in ihrem Koalitionsvertrag vorgenommen, dem „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen“ entgegenzuwirken und dafür

Abgrenzungskriterien gesetzlich niederzulegen. Dieses Ziel ist richtig und notwendig und dient allen Beteiligten: Auftragnehmern, Auftraggebern und auch den Behörden.

Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sind hohe Güter, die nicht zuletzt als Ausprägungen des Rechtsstaates im Grundgesetz Niederschlag gefunden haben (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG). Aus der Rechtsprechung allein kann diese Rechtssicherheit nicht erwachsen – zu vielzählig sind die Kriterien, die bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Scheinwerkverträgen eine Rolle spielen, als dass die Beteiligten hieraus sichere Schlüsse ziehen könnten.

Die derzeit herrschenden Rechtsunsicherheiten führen letztlich zu Wettbewerbsverzerrungen, weil viele große Unternehmen mittlerweile ihre Zusammenarbeit vor allem mit Selbstständigen eingestellt haben. „Transparente Kriterien sind deshalb dringend nötig“. Eine sichere Abgrenzung ist aber zwingend notwendig, auch hieran haben alle Beteiligten ein Interesse.

Zuallererst die Auftraggeber: Es muss nicht immer ein gezielter Missbrauch vorliegen, Scheinwerkverträge mögen allzu oft auf bloßer Unwissenheit und Unkenntnis der Rechtslage beruhen. Die Folgen, die hieraus resultieren, sind aber immens: Es drohen sowohl hohe Nachzahlungspflichten hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge als auch Ordnungs- und Bußgelder, die zu einer existentiellen Gefährdung führen können. Die Gefahr ist umso höher, je kleiner das Unternehmen ist. Gerade dies sind aber die Job-Motoren der Gegenwart. Der Mittelstand muss zwingend vor bürokratischen Hemmnissen und Gefährdungen durch mangelnde Rechtssicherheit geschützt werden. Wenn sich aber selbst Rechtsprechung und Politik schwer tun, die Grenzfälle der Beschäftigung voneinander abzugrenzen, wie soll dies dann der (mittelständischen) Wirtschaft gelingen? Hier hat der Staat seinen ihm obliegenden Schutzpflichten nachzukommen und eine praxistaugliche Regelung zu schaffen.

Ein Interesse hieran haben aber auch die Auftragnehmer: Dies liegt zum einen in der Natur der Sache: Jeder Beschäftigte möchte Klarheit über seine Perspektiven und Möglichkeiten. Dazu ist es zwingend notwendig, den eigenen Status zu kennen. Der Status eines Werkunternehmers ist ein anderer als der eines Arbeitnehmers, beide sind mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen verbunden. Für den einen mag das Arbeitsverhältnis und die mit ihm verbundene Sicherheit attraktiv sein, für den anderen ist die vergleichsweise höhere Beweglichkeit, die ein Werk- oder Dienstvertrag mit sich bringt, letztlich mehr wert. Dieses Bewusstsein kann sich nur dann festigen, wenn der Status bekannt und offenkundig ist. Nur dies ermöglicht eine freie Entscheidung.

Der zuweilen schlechte Ruf von Werkverträgen resultiert allein aus den bekannten Missbrauchsfällen und der unsicheren Abgrenzung, nicht aus der Natur der Sache. Die Unsicherheit erleichtert den Missbrauch durch die „stärkere“ Partei, die (vermeintliche) Spielräume bei der Abgrenzung für sich zu nutzen weiß. Hier würde mehr Rechtssicherheit das Machtungleichgewicht kompensieren.

Nicht zuletzt den Behörden und Gerichten kann der aktuelle status quo nicht länger zugemutet werden. Die Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen Fremdbeschäftigung hat sich zu einem kaum noch überschaubaren bürokratischen Dschungel entwickelt. Eine effektive Rechtsverfolgung und Ahndung von Verstößen kann nur dort gelingen, wo klare und übersichtliche Abgrenzungen bestehen. Ohne eine klare Handleitung besteht die Gefahr, dass Sanktionen die Falschen treffen und damit die bestehende Unsicherheit noch verstärkt wird.

Auch die Allgemeinheit profitiert, denn ein Gewinn an Rechtssicherheit führt zu mehr Beschäftigung. Werkverträge sind eine anerkannte und häufig besonders effiziente Form der Leistungserbringung. Unsicherheit ist ein Beschäftigungshemmnis, denn gerade der redliche Unternehmer, der sich rechtstreu verhalten will, wird die Risiken scheuen – noch dazu, wenn die Folgen (wirtschaftlich) schwerwiegend sind. Wachstum ist insbesondere dann möglich, wenn ein sicheres Umfeld besteht. Sicherheit in diesem Sinne meint gerade auch Rechtssicherheit. Unternehmen können nur dann Arbeit schaffen, wenn sie die Folgen absehen können.

Rechtssicherheit dient also allen. Der Staat hat die Pflicht, diesem Verlangen mit einfachen, für den Rechtsanwender verständlichen Regelungen nachzukommen. Nur so sind Rechtssicherheit und ein Voranschreiten des Beschäftigungsaufschwungs gewährleistet.

3. Warum eine Auswahl von wenigen gesetzlichen Kriterien nicht weiterhilft

Zur Stärkung der Rechtssicherheit kann der vorliegende Entwurf jedoch nichts beitragen – im Gegenteil: Die bereits bestehende Unsicherheit wird noch verstärkt, Anreize für neue Missbrauchskonstruktionen werden gesetzt.

Zunächst sind die ausgewählten Kriterien nur einige aus vielen. So hat die Rechtsprechung eine große Vielzahl Indizien entwickelt, die je nach Tätigkeit und Einzelfall in der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft Gewicht erhalten. Die auf acht Kriterien reduzierte Regelung des § 611a Abs. 2 S. 2 BGB-E gibt diese Vielfalt in keiner Weise wider. Auch fehlen positive Kriterien, die für die Selbständigkeit bzw. gegen die Arbeitnehmerüberlassung sprechen, etwa, dass die Dienstleistung spezifisches Know-how erfordert, auf das sich das Unternehmen spezialisiert hat.

Die Kriterien sind darüber hinaus schlecht ausgewählt. Bisher in der Rechtsprechung nur untergeordnet verwendete Kriterien wie das „überwiegende“ Arbeiten in „Räumen“ eines anderen (§ 611a Abs. 2 S. 2 lit. b) BGB-E) oder die Erbringung der geschuldeten Leistung mit Mitteln eines anderen (§ 611a Abs. 2 S. 2 lit. c) BGB-E) werden berücksichtigt, während wichtige Abgrenzungsmerkmale wie das Wahrnehmen eigener unternehmerischer Chancen oder die

Fremdnützigkeit der Tätigkeit fehlen. Zudem: Was sind Räume eines anderen? Die des Kunden oder auch nur die selbst gemieteten? Die eines Dritten? Das alles passt nicht zur sinnvollen Abgrenzung.

Doch nicht nur die Unvollständigkeit des Kriterienkatalogs vergrößert die Rechtsunsicherheit. Schwerer wiegt noch die Tatsache, dass einige falsche Kriterien den Weg in den Entwurf gefunden haben.

- Zuvorderst gilt dies für das Merkmal der Leistungserbringung in Zusammenarbeit mit Personen, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind (§ 611a Abs. 2 S. 2 lit. d) BGB-E). Wer mit anderen Selbständigen zusammenarbeitet kann deswegen schwerlich als Arbeitnehmer gewertet werden? Nachhaltige Beratung etwa entsteht mit externem und internem Wissen. Digitalisierung erfordert immer mehr Kompetenzen und damit Vernetzung und Zusammenarbeit von Experten unterschiedlicher Partner/Lieferanten/Kunden.
- Gleiches gilt z.B. für das in § 611a Abs. 2 S. 2 lit. e) BGB-E aufgenommene Kriterium, wonach es für einen Arbeitsvertrag sprechen soll, wenn eine Person ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist. Das ist ein Kriterium nicht der Eingliederung und nicht der Weisung, sondern der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Die aber ist Kennzeichen nicht des Arbeitnehmers, sondern der arbeitnehmerähnlichen Person, die gerade Selbständiger und kein Arbeitnehmer ist.

Zahlreiche bestehende Branchen werden damit in die Grauzone größerer Rechtsunsicherheit gezogen. IT-Spezialisten und Berater, die beim und mit dem Kunden vor Ort arbeiten, würden die Vermutungskriterien regelmäßig erfüllen, obwohl sie heute klar als selbständige Fremdfirmen einzuordnen sind. Honorarärzte, unverzichtbar für die Krankenhäuser, wären der Gefahr der Scheinselbständigkeit ausgesetzt. Der Entwurf unterscheidet nicht daran, ob die Unfreiheit etwa in der Zeitlichen Souveränität sich aus der Natur der Tätigkeit ergibt, oder aber aus Weisungen des Vertragspartners. Beides kann nicht gleichbehandelt werden.

Eines von vielen Beispielen macht deutlich, wohin dieser Entwurf führt: Unternehmen A fertigt speziell auf die Bedürfnisse seiner Kunden zugeschnittene Werkzeugmaschinen. Die speziellen Kundenwünsche führen in der Folge dazu, dass auch ein Großteil der einzelnen Bauteile der Maschinen individuell hergestellt werden müssen. Dabei muss das Unternehmen A spezielle hydraulische

Spannvorrichtungen verbauen, die jedoch mangels Wissen, Erfahrung und Kapazität im eigenen Unternehmen weder entwickelt noch konstruiert noch produziert werden können.

Daher vergibt das Unternehmen A die Planung und Entwicklung an den Konstrukteur B, der sich seit Jahren mit Erfolg in diesem technischen Bereich bewegt und kurzfristig als Spezialisten eingesetzt werden kann. B hat keine nennenswerte betriebliche Organisation. Er ist ein Solo-Selbstständiger, der seine Leistungen für hohe Tagessätze im vierstelligen Bereich auf dem freien Markt anbietet.

Im Anschluss an die fertige Entwicklung und Konstruktion vergibt das Unternehmen A einen weiteren Auftrag an das Unternehmen C. Das Unternehmen C kann schnell und mit einer hohen Qualität die Vorgaben des Ingenieurbüros umsetzen und die erforderliche Spannvorrichtung in einem eigenen Werk produzieren, da es als Marktführer für diese Produkte selbst nicht nur über das erforderliche Wissen, sondern auch über die notwendigen Maschinen zur Herstellung verfügt.

Um die hohe Qualität des Endprodukts zu gewährleisten und Fehler bei der Montage zu vermeiden, verbauen Arbeitnehmer des Unternehmens C gemeinsam mit dem Konstrukteur B die gefertigte Spannvorrichtung im Werk des Unternehmens A.

In der Gesamtbetrachtung wird deutlich: Hier kooperieren selbständige Unternehmer – nach dem Entwurf wären aber die allermeisten Kriterien der Scheinselbständigkeit erfüllt.

Auch die Vermutungsregelung des § 611a Abs. 3 BGB-E ist verfehlt: Das Statusfeststellungsverfahren kann immer nur ein Beschäftigungsverhältnis feststellen, nicht aber ein Arbeitsverhältnis. Schon der Wortlaut des § 7 Abs. 1 SGB IV macht dies deutlich. Dann kann aber hieran keine Vermutungsregelung anknüpfen.

Deutlich wird: Der vorgelegte Entwurf kann zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen nichts beitragen. Vielmehr schadet er durch die fehlende Aufnahme wichtiger Kriterien, der ausdrücklichen Nennung untergeordneter Indizien und der Verwendung falscher Kriterien dem selbst gesetzten Anliegen.

4. Warum bessere Alternativen möglich sind

Andere Wege hingegen führen zum Ziel:

- die Schaffung branchenspezifischer Regelungen, auch unter Festschreibung von Positivkriterien, wie z. B. die Berücksichtigung von Verdienstgrenzen
- die Zur-Verfügung-Stellung von Musterverträgen,

- die Verbesserung der Überwachung zur Durchsetzung geltenden Rechts.

Durch branchenspezifische Regelungen könnte die über Jahrzehnte herausgebildete Rechtsprechung passgenauer abgebildet werden. Das Bundesarbeitsgericht hat seit jeher betont, dass es keine für alle Tätigkeiten geltenden abstrakten Kriterien gibt, sondern im Einzelfall bestimmte Indizien in den Vordergrund rücken und einer konkreten Abwägung zugeführt werden müssen. Eine solch konkrete Bestimmung ist in einem Gesetz jedoch unmöglich. Was in der einen Branche ein wichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung sein mag, ist in der anderen kein taugliches Abgrenzungskriterium. So ist etwa die örtlich-zeitliche Weisungsgebundenheit im produzierenden Gewerbe auch heute noch typisch für die Arbeitnehmereigenschaft, während sie bei vielen „geistigen“ Tätigkeiten durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel an Bedeutung verloren hat – der angestellte Journalist kann ebenso wie der freie seinen Zeitungsartikel zuhause, in der Redaktion oder von unterwegs verfassen.

Es bedarf also branchen-, ja sogar tätigkeitsspezifischer Regelungen, wenn man wirklich die relevanten Abgrenzungskriterien realitätsnah abbilden will. Nur dies wäre hilfreich, die Gewichtung des Einzelfalls zu strukturieren. Konkret bedeutet dies, dass man für bestimmte, besonders schwer zu beurteilende Tätigkeiten in Form einer Verordnung oder einer Handlungsempfehlung des Ministeriums Rechtssicherheit schaffen könnte. Darin müssten die für die jeweilige Tätigkeit typischerweise besonders wichtigen Umstände der Leistungserbringung, die für oder gegen eine selbständige Tätigkeit sprechen, aufgenommen werden. In der Folge genügte ein Blick um die passgenauen Indizien zu erkennen und auf den Einzelfall zu übertragen. Auch kann eine Entgeltgrenze sinnvoll sein: Wer oberhalb bestimmter Schwellenwerte verdient, für den streitet die Vermutung, dass seine Selbständigkeit frei gewählt und tatsächlich vollzogen wird. Die erforderliche Rechtssicherheit für die Praxis sollte dringend dadurch verstärkt werden, dass im Sinne eines Positivkatalogs Merkmale für unbedenkliche Werk- und Dienstverträge oder entsprechende Fallgruppen aufgezeigt werden. Dies würde zu einer ausgewogenen Balance der Prüfung führen, die die vorliegende Regelung nicht wäre.

Eine sinnvolle Hilfestellung könnten insoweit auch vom Ministerium zur Verfügung gestellte Musterverträge sein. Diese müssen ebenfalls Umstände der Leistungserbringung benennen und wie diese typischerweise zu gewichten sind. Sie sollten Formulierungsbeispiele beinhalten, wie im Rahmen eines Werkvertrags das einzelne Werk möglichst konkret definiert wird.

Dies ist freilich nur eine bürokratische Erleichterung. Ein Missbrauch ist damit nicht ausgeschlossen, denn ein Vertrag muss in der praktischen Durchführung auch wie vereinbart gelebt werden. Von entscheidender Bedeutung ist daher schließlich die Verbesserung der Überwachung zur Durchsetzung geltenden Rechts. Die politische Absicht war es ursprünglich, im Wortlaut des Koalitionsvertrages von 2013 den Missbrauch bei Werkverträgen insbesondere im Niedriglohnsektor oder bestimmten missbräuchlichen Marktsegmenten (z.B. fleischverarbeitende Industrie) zu adressieren. Dieses Ziel sollte weiter verfolgt werden. Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht, wird häufig erst geprüft, wenn Behörden den sozialrechtlichen Beschäftigtenstatus festlegen. In der Folge ist den beteiligten Akteuren regelmäßig klar, ob eine selbständige Tätigkeit oder ein Arbeitsvertrag vorliegt. Die Deutsche Rentenversicherung kennt die Kriterien der Rechtsprechung und sie weiß auch, welche Unterschiede je nach Branche und Tätigkeit zu beachten sind. Ihr ist mit einer unvollständigen und zum Teil sachlich falschen gesetzlichen Festschreibung einzelner Kriterien nicht geholfen.

Klar ist: Wer die Vollstreckung des geltenden Rechts verbessern und Missbrauch effektiver bekämpfen will, der muss bei der Vollstreckung ansetzen und nicht das geltende Recht reformieren. Und klar ist auch: Eine Verbesserung ist insoweit nur mit größerem Personaleinsatz zu haben.

5. Warum auch andere Regelungen überdacht werden sollten

Auch andere Regelungen des Gesetzes verfehlen ihr selbstgestecktes Ziel. Aus Sicht des Marktes und der Wirtschaft ist insbesondere die Gleichbehandlung unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung mit solcher, die als Werkvertrag geplant war, dann aber unbeabsichtigt im Laufe der Vertragsdurchführung zur Arbeitnehmerüberlassung wird. Dies ist schädlich und fördert weitere Rechtsunsicherheit. Gerade die „Vorratsüberlassungsgenehmigung“ führt zu Rechtssicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer, aber auch für die Arbeit der Gerichte.

Ebenso nicht stimmig ist die Einführung eines *Equal-Treatment* bei gleichzeitiger Beschränkung der Höchstüberlassung. Die Regelung des *Equal-Treatment* ist schon in sich problematisch, denn in der Praxis lässt sich die Berücksichtigung aller Leistungen (z.B. bAV, Vorzugsaktien, vergünstigte Handytarife, Zuschüsse zum Hausbau, etc., etc.) nicht abbilden. Ohne Rechtfertigung ist aber weitergehend die Kombination mit Höchstüberlassungsregelungen: Wo liegt hier die Rechtfertigung? Oftmals brauchen Projekte mehr Zeit als 18 Monate. Auch hier muss Arbeitnehmerüberlassung möglich sein, und zwar auch da, wo es keine Tarifbindung beim Entleiher gibt, wie etwa vor allem in Ostdeutschland. Denn bei gleichen Arbeitsbedingungen kann

nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer beim Verleihunternehmen als Arbeitgeber schlechter aufgehoben ist als beim Entleiher. Eine sachlich unbegründete Reglementierung der Leiharbeit führt nicht zu einem stärkeren Schutz der Leiharbeitnehmer (den diese wie gezeigt teilweise gar nicht benötigen), sondern zu einem Abbau dieser Beschäftigungsform (und damit auch von Beschäftigung insgesamt), dessen verfassungsrechtliche und europarechtliche Rechtfertigung überdies fraglich ist.

Der Koalitionsvertrag bekennt sich zur Bedeutung selbständiger unternehmerischer Tätigkeit: „Selbständige und Freiberufler stehen als wesentlicher Teil des Mittelstandes im Focus unserer Wirtschaftspolitik“. Und: „Wir möchten einen neuen Gründergeist in Deutschland wecken“. Dazu passt eine solche Gesetzgebung nicht, die es Selbständigen erschwert, als Selbständige zu arbeiten, und die Leiharbeit unnötig beschränkt. Unternehmertum braucht Flexibilität und Rechtsicherheit.