



Zeitarbeit / Werk- und Dienstverträge

Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Bearbeitungsstand: 16.11.2015, letzte Fassung

Stellungnahme des VDMA

I. **Werk- und Dienstverträge – Bausteine einer arbeitsteiligen Wertschöpfung**

Werk- und Dienstverträge stehen für eine differenzierte und arbeitsteilige **Wertschöpfung**, für eine Erhöhung der **Produktivität** und Steigerung der **Wettbewerbsfähigkeit**, für ein nachhaltiges **Wachstum**, wirtschaftliche **Dynamik** und eine langfristige **Beschäftigungssicherung** am Standort Deutschland. Sie sind ein elementarer Bestandteil für das **digitale Zeitalter**. Der vorgelegte Entwurf für gesetzliche Neuregelungen wird diesen Umständen in **keiner Weise gerecht**. Die angedachten Regulierungen im Bereich der Nutzung von Werk- und Dienstverträgen greifen in die verzweigten Wertschöpfungsketten ein und können einen erheblichen Schaden für den Wirtschaftsstandort Deutschland zur Folge haben.

Im Rahmen des weiteren Konsultations- und Entscheidungsprozesses müssen insbesondere folgende Fakten stärker berücksichtigt und auf sachlicher Ebene neben den Berufs- und Branchenverbänden, auch Unternehmensvertreter, Personalexperten, Selbstständige und weitere möglicherweise betroffene Gruppen angehört werden. Nur so kann am Ende eine praxisgerechte Entscheidung getroffen werden, um negative Auswirkungen auf Wachstum und Beschäftigung zu vermeiden.

1. **Werk- und Dienstverträge steigern die Produktivität und führen zu Wohlfahrtsgewinnen**

Lenkt man den Blick auf die legitime, rechtmäßige und somit auf die nicht-missbräuchliche Nutzung von Werk- und Dienstverträgen, dann wird sehr schnell die Bedeutung der beiden vertraglichen Instrumente, die beide schon seit Jahrzehnten als Standardverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch existieren, klar. Verträge zwischen Unternehmen, die sich nicht im bloßen Kauf von Waren und Fertigprodukten erschöpfen, sind in sehr vielen Fällen mit werk- und dienstvertraglichen Elementen versehen. Sie sind prägend für unser Wirtschaftsleben.

In einem Wertschöpfungsprozess werden seit jeher bestehende Ketten auf der Basis von Werk- und Dienstverträgen aufgebrochen, neu zusammengestellt und um vor- und nachgelagerte Dienstleistungen ergänzt. Eine solche Arbeitsteilung steigert die Produktivität der Arbeit, führt zu Zeit- und Kostenersparnis und ermöglicht technischen Fortschritt.

Sie kann zu einer Spezialisierung zwischen den einzelnen Beteiligten führen. Dabei konzentriert sich jeder auf denjenigen Teil des gesamten Produktionsprozesses, den er relativ am besten kann. Damit kann jeder Akteur seinen Zeit- und Arbeitsaufwand, den er zuvor für andere Teiltätigkeiten aufwenden musste, allein für diejenigen Tätigkeiten einsetzen, in denen er besonders produktiv ist. Letztlich ist eine differenzierte und arbeitsteilige Wertschöpfung im Rahmen von verzweigten Technologieketten das Erfolgsrezept für die industrielle Stärke Deutschlands. Durch eine Zunahme der Arbeitsteilung und Spezialisierung werden am Ende zusätzliche Wohlfahrtsgewinne ermöglicht. Werk- und Dienstverträge bilden hierfür die rechtliche Grundlage.

Die Nutzung von Werk- und Dienstverträgen geht dabei nicht zu Lasten der Stammebelegschaften. Allein im Maschinen- und Anlagenbau wurden von 2009 bis 2014 mehr als 80.000 neue Stellen geschaffen. Derzeit liegt die Beschäftigtenzahl

bei über einer Million.¹ Mit über 42 Millionen Erwerbstätigen und über 30 Millionen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten haben wir derzeit Rekordwerte auf dem deutschen Arbeitsmarkt.²

2. Werk- und Dienstverträge sichern die globale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Maschinen- und Anlagenbaus

Im Maschinen- und Anlagenbau kommen Werk- und Dienstverträge, wie in der ganzen Metall- und Elektroindustrie in verschiedenen Erscheinungsformen vor.³

- **Einkauf von Know-how:** *spezifisches Ingenieur- und IT-Fachwissen (Entwicklung, Konstruktion, Programmierung, Planungs- und damit zusammenhängende Überwachungsdienstleistungen etc.) bzw. IT-Wartung (z. B. für Kommunikationstechnik),*
- **Serviceleistungen:** *Kantine, Gebäudereinigung, Gebäudeinstandhaltung, Werkschutz, Gärtnerarbeiten,*
- **produktionsintegriert:** *z. B. Vormontage von spezialisierten Bauteilen, qualitätssichernde Nacharbeiten, Montage von selbst- oder vorgefertigten Baugruppen oder*
- **produktionsbegleitend:** *Logistikdienstleistungen, Wartung und Reparatur von Maschinen, Organisation und Verwaltung des Lagers, technische Qualitätsprüfung bzgl. eingesetzter spezifischer Werkstoffe.*

Die Motivation der Unternehmen liegt dabei nicht im Bereich des Lohndumpings oder der Umgehung von tariflichen bzw. gesetzlichen Vorgaben. Die Vergabe von Werk- und Dienstleistungen an Auftragnehmer dient vielmehr dem **Erhalt der eigenen Wettbewerbsfähigkeit**.

Gerade im Hochtechnologiebereich ist es von großer Bedeutung, dass sich insbesondere die kleinen und mittelständischen Unternehmen auf ihre **Kernkompetenzen konzentrieren** und diese vertiefen können. Notwendige zusätzliche Kompetenzen und weiteres benötigtes Wissen zur Realisierung von zum Teil sehr komplexen Aufträgen sind vielfach im Unternehmen nicht oder nur unzureichend vorhanden. Dieses Wissen muss wiederum von anderen spezialisierten Unternehmen - teilweise mit hohem finanziellem Aufwand - erworben werden. Diese nehmen dann im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages ihre Arbeit für den Kunden auf. Eine solche **Bündelung von „Know-how“** führt nicht nur zu Effizienzvorteilen bei allen Beteiligten und dient der Befriedigung von höchsten Qualitätsansprüchen, sondern sorgt auch für den notwendigen **Technologievorsprung** gegenüber Konkurrenzunternehmen aus dem Ausland.

Auch die zeitliche Komponente spielt in diesem Zusammenhang eine große Rolle. Im heutigen Wirtschaftsleben verlangen Kunden immer stärker nach individuellen und speziell auf ihre Bedürfnisse abgestimmten Lösungen. Dabei sollen die Lieferzeiten immer kürzer werden. Mehr Individualität und Spezialität erfordern

¹ VDMA

² Bundesagentur für Arbeit

³ Vgl. Gesamtmetall, „Werkverträge in der M+E Industrie“, Positionspapier März 2013.

dann aber mehr Spezialwissen und Kompetenz innerhalb kürzester Zeit. Diese von den Kunden eingeforderte Flexibilität bedeutet jedoch auch, dass die Hersteller ihrerseits flexibel auf die notwendigen Bausteine zur Umsetzung eines Auftrags zurückgreifen können. In der Regel lässt sich eine solche Flexibilität nur sicherstellen, wenn die Hersteller der Maschinen oder Anlagen das „Know-how“ eines Spezialisten unkompliziert und schnell nutzen können. Dabei nehmen die Unternehmen auch hohe Kosten für die Inanspruchnahme der Werk- und Dienstleistungen in Kauf. Der Aufbau einer eigenen Kompetenz ist in vielen Fällen gar nicht oder nur über einen sehr langen Zeitraum möglich und in der Regel ökonomisch unsinnig. Zudem fordern teilweise die Kunden ausdrücklich, dass bestimmte Bauteile einer Maschine oder Anlage von speziellen Herstellern zugeliefert werden, was eine Auftragsvergabe unumgänglich macht.

Die Unternehmen des Maschinen- und Anlagenbaus sind darauf angewiesen, dass sie ihren Endkunden Komplettlösungen von der Entwicklung bis zur Inbetriebnahme anbieten können, um auch hier der Konkurrenz voraus oder zumindest mit ihr gleich auf zu sein. Dabei müssen sie in der Lage sein, schnell und flexibel auf die Kundenwünsche reagieren zu können. Werk- und Dienstverträge sind hierfür die passende rechtliche Lösung. Die Maschinen- und Anlagenbauer werden dabei im Übrigen nicht nur als Auftraggeber, sondern in vielen Fällen auch als Auftragnehmer tätig.

3. Werk- und Dienstverträge als elementare Grundlage für Wissens- und Innovationsnetzwerke

Bereits in den letzten Jahren hat der Druck auf die Unternehmen, sich durch Arbeitsteilung und Spezialisierung im internationalen Wettbewerb behaupten zu müssen, erheblich zugenommen. Im Zuge von **Industrie 4.0** und durch die **Digitalisierung** müssen Produktionsprozesse künftig aber noch arbeitsteiliger gestaltet werden. Viele Unternehmen werden ihre technologischen Fertigkeiten noch weiter vertiefen müssen, um gemeinsam mit anderen Spezialisten ein Endprodukt – abgestimmt auf die individuellen Kundenwünsche – anbieten zu können. Die Herausforderungen der Digitalisierung lassen sich letztlich nur bewältigen, wenn die Unternehmen weiterhin unkompliziert über Werk- und Dienstverträge auf spezielles Wissen und erforderliche Fertigkeiten zugreifen können. Solche verzweigten **Wissens- und Innovationsnetzwerke** werden in den nächsten Jahren von elementarer Bedeutung für eine erfolgreiche Digitalisierung sein.

4. Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer sind vollwertige Beschäftigte

Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer sind keine Beschäftigten zweiter Klasse. Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Werkunternehmens gelten alle Regelungen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Die Mitarbeiter unterliegen in vielen Fällen als Stammbeschäftigte des Werkunternehmens den dort einschlägigen Tarifverträgen. Oftmals handelt es sich hierbei um die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie. Zudem können die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Werkunternehmens von ihren Rechten nach dem Betriebsverfassungsrecht Gebrauch machen. Auch die Werkunternehmen sind vollwertige Partner im Rahmen der Wertschöpfung. Im Ergebnis sichern Werk- und Dienstverträge Arbeitsplätze bei den Auftragnehmern und ermöglichen den Arbeitneh-

mern selbst eine zunehmende fachliche Spezialisierung und Kompetenzerweiterung.

Auch wenn in diesem Kontext letztlich bekannte Arbeitsformen mit einem neuen Erscheinungsbild wie im Falle des „*crowdworking*“ oder des „*crowdsourcing*“ auftreten, so rechtfertigt dies keine neuen gesetzgeberischen Regulierungsansätze. Im Grundsatz steht dahinter, dass Selbstständige eine vertraglich vereinbarte Leistung für ihren Auftraggeber erbringen. Eine solche – von beiden Seiten freiwillig eingegangene – Leistungsbeziehung kann jedoch nicht in einen neuen rechtlichen Rahmen gepresst werden, zumal rein nationale Regelungen in einem globalen Netzwerk vielfach nicht greifen würden.

Selbstständige Mitarbeiter sind zudem im Durchschnitt höher qualifiziert, verdienen besser und haben mehr Autonomie am Arbeitsplatz als abhängig Beschäftigte.⁴

5. Sachliche Diskussion im Gesetzgebungsverfahren dringend erforderlich

Einzelfälle, in denen Unternehmen Werk- und Dienstverträge gezielt genutzt haben, um die Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und der einschlägigen Tarifverträge im Bereich der Zeitarbeit sowie Mindestlohnvorschriften und andere arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zu umgehen („*Scheinwerkverträge*“), haben eine emotionale und sachfremde Debatte entfacht. Selbstverständlich verurteilt der VDMA derartige Rechtsverstöße scharf, doch ist dringend eine Versachlichung der Diskussion angebracht. Die nach heutiger Rechtslage legale Nutzung von Werk- und Dienstverträgen ist ein existenzielles Element einer arbeitsteiligen Wirtschaft, welches nicht pauschal in Verruf gebracht werden darf.

6. Neue Regelungen sind überflüssig – staatlichen Vollzug stärken

Was Missbrauch ist, haben der Gesetzgeber und die Rechtsprechung bereits bestimmt. Die Arbeitsteilung und Auftragsvergabe gehört nicht dazu. Die Schlussfolgerung lautete sonst: Alle für ein Produkt notwendigen Tätigkeiten dürften nur von einem einzigen Unternehmen ausgeführt werden – angesichts unserer immer komplexer werdenden Produktionskette eine realitätsferne Vorstellung.

„*Scheinwerkverträge*“ als illegale Nutzungsform stellen hingegen klar einen Missbrauch dar. Um diesen zu bekämpfen, bedarf es jedoch keiner einzigen neuen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung. Schon nach heutiger Rechtslage existieren ausreichende und praktikable Sanktions- und Schutzmöglichkeiten.

So können beispielsweise im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gegebenenfalls folgende Konsequenzen drohen:

- *Rückwirkende Erfüllung des „Equal-Pay“ – Grundsatzes*
- *Nachentrichten von Sozialversicherungsbeiträgen*
- *Bußgelder nach § 16 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)*
- *Fiktion eines Beschäftigungsverhältnisses mit dem Einsatzbetrieb*
- *Eintragung in das Gewerbezentralregister*

⁴ Institut der deutschen Wirtschaft IW Köln

- *Geld- oder Freiheitsstrafen*
- *Abschöpfung von Vermögensvorteilen*

Wenn es hier Defizite geben sollte, dann allenfalls auf Vollzugsebene. Ein Vollzugsdefizit werden aber die neuen gesetzlichen Regelungen kaum beseitigen können. Vielmehr müssen die zuständigen Behörden den bestehenden Rahmen und die schon heute existierenden Möglichkeiten richtig ausschöpfen.

7. Versuch der Kodifizierung der Rechtsprechung bringt keinen Mehrwert – erschafft Rechtsunsicherheit und führt zu falschen Ergebnissen

Es ist also keine Änderung der heutigen Rechtslage, die in weiten Teilen durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) geprägt ist, erforderlich. Allerdings ist schon der Versuch, die bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz⁵ in Form von Abgrenzungskriterien gesetzlich zu kodifizieren, ein gefährliches Unterfangen, von dem der VDMA dringend abrät. Unser heutiger Vorteil ist das hohe Maß an **Einzelfallgerechtigkeit**. Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Kriterien entwickelt, von denen keines eine hinreichende oder notwendige Bedingung für die Beurteilung darstellt. Vielmehr kann das Fehlen eines Merkmals durch das starke Gewicht eines anderen Merkmals kompensiert werden. Diese Methode kann einer großen Vielfalt von praktischen Anwendungsfällen im Sinne einer Gesamtschau gerecht werden.⁶

Neue abstrakte gesetzliche Regelungen können dies – selbst wenn sie keine Verschärfung zum Ziel haben – aber nur unzureichend abbilden. Es besteht mit dem Entwurf zu einem neuen § 611a BGB die Gefahr, dass ein zu **starrer** Kriterienkatalog geschaffen wird. Der Gesetzgeber hat bisher bewusst auf die Festschreibung des Arbeitnehmerbegriffs verzichtet und das BAG hat diese Entscheidung in ständiger Rechtsprechung letztlich bestätigt:

„Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien.“⁷

oder

„Für die Abgrenzung [...] gibt es kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Es ist deshalb aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unvermeidlich, die unselbstständige Arbeit typologisch abzugrenzen.“⁸

Zahlreiche in der Praxis vorkommende bisher legale und völlig unkritische Werk- bzw. Dienstverträge würden am Ende als eine abhängige Beschäftigung oder als

⁵ Vgl. „Deutschlands Zukunft gestalten“ - Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, Seite 49.

⁶ „Typologische Bestimmung“; BAG v. 23.04.1980 – 5 AZR 426/79; vgl. auch **Thüsing**, „Personaleinsatz im Fremdbetrieb“, Seite 10; **Franzen**, „Neuaufrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrages“, Seite 4.

⁷ **BAG** vom 15.03.1978, Az.: 5 AZR 819/76.

⁸ **BAG** vom 23.04.1980, Az.: 5 AZR 426/79.

eine Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren sein. Eine solche Verschiebung presst die tatsächlichen Sachverhalte in ein rechtliches Korsett, das von den Beteiligten nicht gewollt und nicht gewählt worden ist. Diese Verengung des rechtlichen Beurteilungsspielraums ist Ausdruck einer inakzeptablen **Überregulierung** und wird der Vielfalt in der Praxis in keiner Weise gerecht.

Zudem führen neue gesetzliche Regelungen erfahrungsgemäß zu neuen Rechtsfragen und zu neuer **Rechtsunsicherheit**.⁹

Im Einzelnen:

a) **Definition des Arbeitsvertrages bzw. der Erbringung von Arbeitsleistungen (§ 611a Abs. 1 BGB neu)**

§ 611a Abs. 1 BGB neu soll die besonderen Voraussetzungen des Arbeitsvertrages als Unterfall des Dienstvertrages beinhalten. Ein Arbeitsvertrag liegt demnach vor, wenn aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages *Arbeitsleistungen* erbracht werden. Arbeitsleistungen wiederum sollen anzunehmen sein, wenn jemand *Dienste erbringt*, dabei in eine *fremde Arbeitsorganisation eingliedert* ist und *Weisungen unterliegt*.

Der Entwurf spiegelt bereits an dieser Stelle nicht die bisherige Rechtslage wieder. Denn die Eingliederung in eine fremde Organisation und das Unterliegen von Weisungen sind bisher lediglich **Anhaltspunkte** für die Annahme einer abhängigen und unselbstständigen Beschäftigung, nicht aber Definitionsmerkmale.¹⁰ Außerdem kommt es bisher nicht auf die Weisungsgebundenheit an sich an, sondern auf den Grad der Weisungen. Auch ein Selbstständiger kann in unterschiedlicher Ausprägung an Weisungen gebunden sein und ist dennoch kein abhängig Beschäftigter.¹¹

Das BAG hat daher zu Recht in seiner Entscheidung vom 17.04.2013 betont, dass es für die Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls ankommt.¹²

Der Entwurf geht also bereits an dieser Stelle weit über das im Koalitionsvertrag Vereinbarte hinaus und verfehlt das eigentliche Ziel, die bisherige Rechtsprechung gesetzlich zu kodifizieren deutlich.

→ § 611a Abs. 1 BGB neu ist daher ersatzlos zu streichen.

⁹ Auch ein Blick in die Vergangenheit und über unsere Landesgrenzen hinaus sollte der Politik eine Lehre sein. Hierzulande ist der Versuch eines gesetzlichen Kriterienkatalogs bzgl. der Scheinselbstständigkeit mit der Einführung des **§ 7 Absatz 4 SGB IV** im Jahre 1999 kläglich gescheitert. Zu Recht wurde die Regelung im Jahr 2003 wieder abgeschafft. Es hatte sich gezeigt, dass ein solcher Katalog die bewährte Gesamtbetrachtung der Gerichte nicht ersetzen kann und am Ende nur zu Rechtsunsicherheiten führt.

In **Österreich** wurde ebenfalls eine Regelung mit einzelnen Kriterien geschaffen. Diese konnte in den letzten Jahren allerdings nicht für mehr Rechtssicherheit und –klarheit sorgen, sondern ist heute hoch umstritten.

¹⁰ Vgl. **§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV**: „Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers.“

¹¹ Vgl. **LAG Rheinland – Pfalz** vom 05.03.2010, Az.: 10 Ta 10/10

¹² Az.: 10 AZR 272 /12

b) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und Unterliegen von Weisungen – gesetzliche Kriterien (§ 611a Abs. 2 BGB neu)

In § 611a Abs. 2 BGB neu sollen acht verschiedene Kriterien im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung herangezogen werden, um feststellen zu können, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt. Aus Sicht des VDMA scheitert auch dieser Versuch die Rechtsprechung gesetzlich zu fixieren an der Rechtsprechung selbst. Die typologische Bestimmung (siehe bereits oben) kann nicht auf acht – besonders nennenswerte – Kriterien reduziert oder durch diese ersetzt werden.

An folgenden Punkten soll deutlich werden, dass der Entwurf mit der Fest-schreibung bestimmter Kriterien am Koalitionsvertrag vorbei geht, da die aktuelle Rechtslage nur unzureichend und nicht ausreichend differenziert erfasst wird:

- *„Jemand ist nicht frei darin, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen.“*

Sicherlich ist die zeitliche, örtliche und inhaltliche bzw. fachliche Abhängigkeit ein gängiges Kriterium der Rechtsprechung, jedoch ist der Entwurf auch hier viel zu pauschal formuliert. Werk- und Dienstleistungen müssen häufig aufgrund der Gegebenheiten des Auftrags an vom Auftraggeber vorgegebenen Orten und in bestimmten zeitlichen Abfolgen erbracht werden (z.B. *Wartungsarbeiten in der Produktion, Montagearbeiten auf der Baustelle, Logistikleistung von einem bestimmten Ort zu einem bestimmten Ort, etc.*). Zudem richtet sich die Art der Leistung regelmäßig nach den konkreten Bedürfnissen des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann werkbezogene Weisungen erteilen (z.B. *bestimmte Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl*), ohne dass eine Arbeitnehmereigenschaft indiziert wird.¹³ Dies darf durch eine gesetzliche Regelung in keiner Weise in Frage gestellt werden.

- *„Jemand erbringt die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen.“*

Dieses Kriterium darf in keiner Weise überbewertet werden. Gerade Einsätze in den Räumen des Auftraggebers müssen differenziert betrachtet werden. Häufig sind die Einsätze beim Kunden und in dessen Räumen vom Auftragsinhalt abhängig. Zahlreiche Tätigkeiten können schlichtweg nur beim Kunden direkt ausgeführt werden. So können beispielsweise Montagen, Inbetriebnahmen, die Installation von Software regelmäßig nur beim Kunden erbracht werden. Hinzu kommen häufig sicherheitsrelevante Aspekte. So fordern beispielsweise auch

¹³ Vgl. § 645 Abs. 2 BGB

öffentliche Auftraggeber regelmäßig im Rahmen der Auftragsvergabe, dass die Leistungen in den eigenen Räumlichkeiten umgesetzt werden.

- *„Die geschuldete Leistung wird in Zusammenarbeit mit Personen erbracht, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind.“*

Dieses Kriterium ist deutlich zu weit gefasst. Bisher war lediglich das Zusammenwirken mit **Arbeitnehmern** des Auftraggebers ein Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft des eingesetzten Mitarbeiters. Die Zusammenarbeit mit anderen beauftragten Selbstständigen hatte bisher aus Sicht der Rechtsprechung keinerlei Indizwirkung.

Außerdem darf diesem Punkt nicht zu viel Bedeutung beigemessen werden. Gerade im Maschinen- und Anlagenbau sind die Unternehmen im Rahmen von Technologieketten und Innovationsnetzwerken darauf angewiesen in unterschiedlichen Teams zusammenzuarbeiten und ihr Know-how zu bündeln. Eine strikte Trennung wäre auch in Zeiten einer digitalen Arbeitswelt und einer immer stärkeren Vernetzung völlig realitätsfern.

- *„Jemand ist ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig.“*

Dieser Punkt steht bisher nicht im Zusammenhang mit der persönlichen Abhängigkeit eines Arbeitnehmers, sondern der **wirtschaftlichen Abhängigkeit** einer sog. arbeitnehmerähnlichen Person (Selbstständiger) von einem Auftraggeber. Würde man nun dieses Kriterium auch für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft heranziehen, dann würde beispielsweise die Regelung des § 2 Nr. 9 b SGB VI zur Rentenversicherungspflicht ins Leere laufen. Die Norm legt die Rentenversicherungspflicht von Selbstständigen fest, die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Als Merkmal für eine Arbeitnehmereigenschaft dient dieses Kriterium aber gerade nicht. Beispielsweise sind typische Handelsvertreter häufig ausschließlich für einen Auftraggeber tätig, werden jedoch von der Rechtsprechung regelmäßig als Selbstständige anerkannt.

- *„Jemand unterhält keine eigene betriebliche Organisation, um die geschuldete Leistung zu erbringen.“*

Dieses Kriterium läuft ins Leere, wo keine betriebliche Organisation erforderlich ist. Ein sog. **Solo-Selbstständiger** hat häufig – mangels Notwendigkeit – keine klassische betriebliche Organisation und ist dennoch Selbstständiger. Zahlreiche **Startups** wären hiervon erfasst. In einer digitalen Welt wird dieses Kriterium immer mehr an Bedeutung verlieren.

- „Jemand benutzt zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen.“

Zwar zieht die Rechtsprechung die Nutzung von Arbeitsmaterialien des Auftraggebers als Anhaltspunkt für die Arbeitnehmereigenschaft in Betracht, doch kommt diesem Umstand bisher eine deutlich **untergeordnete Rolle** zu. Die ausdrückliche Erwähnung im Gesetzentwurf scheint dies zu verkennen, wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber die aus seiner Sicht acht maßgeblichen Kriterien auflisten will. Die Rechtsprechung misst diesem Kriterium zu Recht nur ein geringes Gewicht zu. In vielen Bereichen, z. B. im Maschinen- und Anlagenbau verwenden die Auftragnehmer regelmäßig Mittel des Auftraggebers, insbesondere dann wenn Fragen der **Datensicherheit** im Raum stehen oder Spezialwerkzeuge benötigt werden, die nur der Auftraggeber selbst zur Verfügung hat.¹⁴

- „Jemand erbringt Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolgs gerichtet sind.“

Dieses Kriterium bezieht sich im Grunde genommen auf die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag. Der Dienstvertrag als Beauftragungsform lässt sich dadurch von einem Arbeitsvertrag jedoch in keiner Weise abgrenzen.

Die Fokussierung auf die genannten Kriterien würde außerdem zu zahlreichen – gespiegelt an der heutigen Rechtsprechung – falschen Ergebnissen führen, da der Entwurf identische Sachverhalte am Ende völlig anders bewerten würde als die Gerichte. Das Arbeitsrecht würde weit in den Bereich der Selbstständigkeit ausgedehnt und damit deutlich über die Zielsetzung des Koalitionsvertrages hinausgehen. Zudem gehört zu einer wertenden Gesamtschau immer auch die Berücksichtigung von Kriterien, die für die Selbstständigkeit und gegen die abhängige Beschäftigung sprechen. Auch ein solcher Katalog könnte aber aufgrund der Vielschichtigkeit der Rechtsprechung nur unvollständig gesetzlich niedergeschrieben werden.

→ § 611a Abs. 2 BGB ist ersatzlos zu streichen.

¹⁴ Vgl. LG Bielefeld vom 13.01.2010, Az.: 5 O 303/10.

c) Feststellung der Deutschen Rentenversicherung Bund – Beweislastumkehr (§ 611a Abs. 3 BGB neu)

Der Entwurf sieht eine nicht nachvollziehbare und systemwidrige Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmens vor. Grundsätzlich muss der Anspruchsteller die Voraussetzungen seines Anspruchs darlegen und beweisen. Für eine Umkehr dieses Grundsatzes gibt es keine Veranlassung. Der Entwurf geht auch an dieser Stelle über den Koalitionsvertrag hinaus.

→ § 611a Abs. 3 BGB ist ersatzlos zu streichen.

8. Informationsrechte nicht unnötig ausdehnen (§§ 80 Abs. 2 und 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG neu)

Der Entwurf verzichtet zu Recht auf die Normierung eines Mitbestimmungsrechts im Rahmen der Auftragsvergabe. Jedoch sind die angedachten Regelungen zu den Informationsrechten zu weitgehend, insbesondere für das Konsultationsrecht nach § 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG finden sich im Koalitionsvertrag keine Anhaltspunkte. Im Gesetzgebungsverfahren sollte auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen und kurzfristige Einsätze (bis zur Dauer von einem Monat) aus den Regelungen ausgenommen werden.

9. Arbeitsschutz nicht unnötig verkomplizieren (§ 6 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz neu)

Das Ziel des Koalitionsvertrages, den Arbeitsschutz der über Werkverträge eingesetzten Arbeitnehmer sicherzustellen, ist schon nach heutiger Rechtslage erreicht. Neue gesetzliche Regelungen bedarf es hierzu nicht. Die Ergänzung des § 6 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz führt nur zu mehr Bürokratie und ist überflüssig.

10. Der „Vorratserlaubnis“ darf nicht per se der Boden entzogen werden – Differenzierung notwendig (§ 9 Abs. 1 a AÜG neu)

Der Entwurf sieht vor, dass eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis dann keine Wirkung entfalten soll, wenn der Vorgang nicht ausdrücklich als Überlassung bezeichnet und die Person des eingesetzten Zeitarbeitnehmers nicht näher konkretisiert worden ist.

Viele Unternehmen, die als Auftragnehmer Werk- oder Dienstleistungen mit ihren Arbeitnehmern erbringen, verfügen über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Diese dient der Absicherung („Vorratserlaubnis“). Denn sollte sich die Nutzung eines Werk- oder Dienstvertrages als Arbeitnehmerüberlassung herausstellen, dann hätte das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis weitreichende Konsequenzen: Zwischen Auftraggeber und den eingesetzten Mitarbeitern des Auftragnehmers wird per Gesetz ein Arbeitsverhältnis fingiert (§ 9 Nr. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG).

Die vorgeschlagene Begrenzung des Geltungsbereichs der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und das Leerlaufen einer sog. „Vorratserlaubnis“ sieht der VDMA kritisch.

Dies hätte – wie auch die Gesetzesbegründung darlegt – zur Folge, dass man eine unerlaubte mit einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gleichsetzt. Dabei bestehen hier zum Teil erhebliche Unterschiede. Konstellationen, in denen sich ein gewollter Werk- oder Dienstvertrag durch die gelebte Praxis – häufig über einen längeren Zeitraum und aufgrund eines Einzelverschuldens eines Mitarbeiters – am Ende zu einer Arbeitnehmerüberlassung wandelt, müssen anders beurteilt werden als der Fall, in dem die Beteiligten von vorne herein eine Arbeitnehmerüberlassung planen und einen Werk- oder Dienstvertrag nur zum bloßen Schein abschließen. Diese Differenzierung muss sich auch in einer etwaigen gesetzlichen Nachbesserung widerspiegeln.¹⁵

Das Einholen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf Vorrat erscheint im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen für die Fälle, in denen tatsächlich ein Werk- oder Dienstvertrag gewollt ist, weiterhin legitim.

II. Zeitarbeit – Flexibilität als Wettbewerbsfaktor und Beschäftigungsmotor

Gerade zyklische Industrien wie der deutsche Maschinen- und Anlagenbau sind auf die Nutzung der Zeitarbeit zur Flexibilisierung angewiesen, da mit Kurzarbeit und Arbeitszeitkonten allein konjunkturelle Schwankungen nicht auszugleichen sind. Zudem nimmt die Bedeutung von Zeitarbeit – gerade bei der Überlassung von Hochqualifizierten – für den Wissenstransfer weiter zu, weil Unternehmen im Rahmen von **Industrie 4.0** und der fortschreitenden **Digitalisierung** ihre Produktionsprozesse umstellen und dabei externe Expertise benötigen. Eine Verdrängung von Stammbeschäftigten ist dabei nicht festzustellen, im Gegenteil: Alleine im Maschinen- und Anlagenbau stieg bei gleichbleibender Quote von Zeitarbeitnehmern¹⁶ die Zahl der Stammbeschäftigten von 931.000 im Jahr 2011 auf über eine Million im Jahr 2015.¹⁷

1. Zeitarbeit – „Brücke in Beschäftigung“

Zeitarbeit eröffnet insbesondere Geringqualifizierten eine Perspektive, wieder beruflich Fuß zu fassen: Laut Bundesagentur für Arbeit waren im 2. Halbjahr 2013 **zwei Drittel** der neu eingestellten Zeitarbeitnehmer unmittelbar zuvor **beschäftigungslos** oder noch **nie beschäftigt**. Zeitarbeit trägt daher maßgeblich dazu bei, das Risiko von Langzeitarbeitslosigkeit zu senken. Denn neben fachlichen Fertigkeiten bleiben Arbeitsdisziplin und Sozialkompetenz erhalten. Zudem setzen immer mehr Zeitarbeitsfirmen auf Fort- und Weiterbildung, um den Einsatzradius ihrer Beschäftigten zu erhöhen. Gerade die Problemgruppen am deutschen Arbeitsmarkt sind also auf die Zeitarbeit als Brücke in eine reguläre Beschäftigung angewiesen.

¹⁵ Franzen, „Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrages“, Seite 13

¹⁶ Ca. 5 bis 6 %

¹⁷ VDMA

Zeitarbeit wird auch als Rekrutierungsinstrument genutzt. D.h., haben Unternehmen den Eindruck, dass ein Zeitarbeitnehmer zu ihnen passt, unterbreiten sie ihm ein Übernahmeangebot. Diesen „Klebeeffekt“ der Zeitarbeit bestätigt auch eine Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW Köln) unter 3.800 Unternehmen über die Jahre 2007 bis 2010. **14 %** hatten Zeitarbeiter direkt übernommen. Drei-viertel dieser Neueinstellungen fanden nur statt, weil die Unternehmen über die Zeitarbeit ihre künftigen Mitarbeiter kennenlernen konnten. Aufgrund ihrer erworbenen Erfahrung fand ein weiteres Fünftel der Zeitarbeitnehmer in anderen Unternehmen dauerhaft eine Stellung.

Schließlich ist die Zeitarbeit kein Massenphänomen. Lediglich ca. **2 %** aller Erwerbstätigen sind in der Zeitarbeit beschäftigt.¹⁸

2. Zeitarbeit als unverzichtbarer Faktor für den Arbeitsmarkt und den Standort Deutschland

Die Zeitarbeit ist also zu einem **unverzichtbaren arbeitsmarktpolitischen Instrument**, sowie zu einem ebenso **unverzichtbaren Wettbewerbsfaktor** geworden. Die Erwartungen, die im Jahre 2002 an die Deregulierung der Zeitarbeit gestellt wurden, haben sich somit voll und ganz erfüllt. In ihrem zwölften Bericht zur Entwicklung der Zeitarbeit in Deutschland hat die Bundesregierung selbst deutlich gemacht, dass die Zeitarbeit ihre Kernaufgaben erfüllt.

Der vorgelegte Entwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes blendet die Bedeutung der Zeitarbeit jedoch leider aus. Zudem greifen die ange-dachten Regelungen massiv in die verfassungsrechtliche garantierte **Koalitions-freiheit** und **Tarifautonomie** ein.

3. Regelungen zum Gleichstellungsgrundsatz missachten die Tarifautonomie (§ 8 AÜG neu)

Der Entwurf setzt im Hinblick auf tarifliche Abweichungsmöglichkeiten beim Arbeitsentgelt eine zeitliche maximale Beschränkung von 12 Monaten. Dadurch laufen zahlreiche, in sich sehr ausdifferenzierte Branchenzuschlagstarifverträge ab dem 13. Monat ins Leere. Dabei wurden mittlerweile für 11 große Einsatzbran-chen¹⁹, darunter auch die Metall- und Elektroindustrie, passgenaue tarifliche Re-gelungen zwischen den Sozialpartnern gefunden. Der Entwurf beschneidet die Tarifautonomie in hohem Maße und entwertet die bestehenden praxistauglichen Lösungen.

Im Übrigen geht der Entwurf hier auch deutlich über die europäische Leiharbeits-richtlinie hinaus. Das Unionsrecht erfordert gerade keine zeitliche Höchstgrenze.

¹⁸ **Statistisches Bundesamt**

¹⁹ Hierzu zählen: *Metall- und Elektroindustrie, chemische Industrie, Kunststoff verarbeitenden Industrie, Textil- und Bekleidungsindustrie, Kautschukindustrie, Schienenverkehrsbereich, Holz- und Kunststoff verarbeitende Industrie, Papier, Pappe und Kunststoff verarbeitende Industrie, Druckindustrie, Kali- und Steinsalzbergbau, Papier erzeugende Industrie.*

Wenn in diesem Kontext neue Regelungen geschaffen werden sollen, dann muss auch im Gesetzestext klar und deutlich zum Ausdruck kommen, dass die Tarifvertragsparteien weiterhin die Möglichkeit behalten, das Arbeitsentgelt zu definieren, und zwar auch nach Ablauf der 12 Monate. Es dürfen keine neuen Unklarheiten bzgl. des maßgeblichen Arbeitsentgelts entstehen.

Nicht nachvollziehbar ist zudem die Festlegung einer Karenzzeit von 6 Monaten. Es wird empfohlen sich an der Grenze des früheren Wiedereinstellungsverbotes zu orientieren und die Karenzzeit auf 3 Monate festzulegen.

4. Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer sind ein schwerwiegender Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit (§ 1 Abs. 1b AÜG neu)

In § 1 Abs. 1b AÜG neu sieht der Entwurf eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten vor. Richtigerweise wurde eine zeitliche Begrenzung der Einsatzdauer durch die Novellierung 2002/2003 gestrichen und wird auch von der einschlägigen Leiharbeitsrichtlinie nicht gefordert. Gerade auch die Kombination mit einer zeitlichen Grenze zum „Equal-Pay“ beschneidet die Zeitarbeit völlig unverhältnismäßig und gereicht insbesondere auch den eingesetzten Zeitarbeitnehmer zum Nachteil, wenn diese nach Beendigung des 18. Einsatzmonats aus der Phase der „Equal-Pay“ – Bezahlung aus dem Kundenbetrieb ausscheiden müssen und ein neuer Einsatz begonnen wird.

Was die konkrete Ausgestaltung angeht, so ist diese verfassungsrechtlich mehr als fragwürdig und im Kontext mit den übrigen Vorschriften des Arbeitsrechts völlig systemwidrig.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum Arbeitgeber nur dann von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichen können sollen, wenn sie unmittelbar tarifgebunden sind. Diese Beschränkung ist ein **schwerwiegender Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG**, der nicht hinnehmbar ist.

Wenn eine Regelung zur Höchstüberlassungsdauer mit tariflichen Abweichungsmöglichkeiten geschaffen werden soll, dann muss diese auch den Hinweis enthalten, dass auch nicht tarifgebundene Unternehmen von einem einschlägigen Tarifvertrag durch Bezugnahme Gebrauch machen können.

Das Bundesarbeitsgericht hat für die Fälle der Bezugnahme auch klare Kriterien aufgestellt, so dass eine „*Rosinenpickerei*“ aus einem bestehenden Tarifwerk unterbunden werden kann.

Schließlich muss gewährleistet bleiben, dass Abweichungen durch oder aufgrund von tariflichen Regelungen auch zulässig sind, wenn diese keine Höchstüberlassungsdauer vorschreiben. So ist es beispielsweise im Rahmen des bisherigen Branchentarifvertrags Leih- und Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie (TV LeiZ) möglich, dass Betriebsvereinbarungen ohne Höchstüberlassungen abgeschlossen werden, um auf die jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten pasgege-

nau reagieren zu können. Dieser Gestaltungsspielraum muss auch zukünftig gegeben sein.

Die Ausnahmen zugunsten des öffentlich-rechtlichen und des kirchlichen Sektors sind nicht nachzuvollziehen und sind zu streichen.

5. Arbeitskampf - Pauschales Verbot ist viel zu weitreichend (§ 11 Abs. 5 AÜG neu)

In § 11 Abs. 5 AÜG neu will der Entwurf ein weitreichendes Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern während eines Arbeitskampfes regeln. Diese Vorschrift ist mit Blick auf die Privatautonomie der Beteiligten kritisch zu sehen. Sie beschränkt unverhältnismäßig die Möglichkeit, sich zur Abwehr von Arbeitskämpfen Beschäftigte anderer Arbeitgeber in den Betrieb zu holen.

Zumindest muss aber der Einsatz von Arbeitskräften, die nicht im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen werden, sondern beispielsweise innerhalb eines Konzerns bei Gelegenheit in einem bestreikten Betrieb eingesetzt werden, vollständig erhalten bleiben.

6. Regelungen zu den Schwellenwerten gehen weit über den Koalitionsvertrag hinaus (§ 14 Abs. 2 AÜG neu)

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass Zeitarbeitskräfte bei den Schwellenwerten des **Betriebsverfassungsgesetzes** berücksichtigt werden sollen, wenn die jeweilige Vorschrift nach Sinn und Zweck nicht entgegensteht.

Daran hält sich der Entwurf leider nicht, denn im Zusammenhang mit dem Betriebsverfassungsgesetz soll eine Berücksichtigung nur im Falle eines erzwingbaren Sozialplans bei einem Personalabbau entfallen. Diese Ausnahme ist systematisch korrekt, jedoch nicht ausreichend. So ist beispielsweise auch nicht klar, warum bei der Bildung eines Wirtschaftsausschusses Zeitarbeitnehmer berücksichtigt werden sollen.

Überhaupt nicht entspricht dem Koalitionsvertrag der Vorschlag, dass Zeitarbeitnehmer auch im Zusammenhang mit der Unternehmensmitbestimmung berücksichtigt werden sollen. Diese Form der Berücksichtigung kann nicht mit einer Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes gerechtfertigt werden. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun. Der Gesetzgeber sollte hier die Möglichkeit nutzen, die ausufernde Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einzudämmen.

7. Übergangsregelungen nur unzureichend (§ 19 Abs. 2 AÜG neu)

Die angedachte Übergangsregelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch sollte sich diese auch auf die Vorschriften zum „Equal-Pay“ erstrecken, sodass Überlassungszeiten die vor dem 01.01.2017 liegen nicht berücksichtigt werden.

Fazit

Der aktuell vorgelegte Entwurf beinhaltet praxisfremde Regulierungen und gefährdet die wirtschaftliche Zukunft des Standorts Deutschland. Er geht weit über den Koalitionsvertrag hinaus, greift tief in die Tarifautonomie und in verfassungsrechtliche Grundsätze ein und schafft ein nicht akzeptables Klima der Verunsicherung. Die Defizite müssen unbedingt im Rahmen des anstehenden Gesetzgebungsverfahrens ausgeräumt werden. Dies wird nur im intensiven Dialog mit allen Beteiligten gelingen.

Kontakt:

Fabian Seus

Leiter VDMA Competence Center Arbeitsmarkt

Telefon +49 69 6603-1350

Fax +49 69 6603-1805

E-Mail fabian.seus@vdma.org

Zur Beachtung:

Der Inhalt wurde sorgfältig recherchiert und zusammengestellt, ersetzt aber nicht die Rechtsberatung im Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit sowie für zwischenzeitliche Änderungen wird keine Gewähr übernommen.

Diese Publikation einschließlich aller Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig (§ 53 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG). Dies gilt insbesondere für das Fotokopieren der Unterlagen, sowie für die Speicherung, Verarbeitung und Verbreitung unter Verwendung elektronischer Systeme.