

## **Das neue Gesetz zur Zeitarbeit und Werk- bzw. Dienstverträgen und seine Auswirkungen auf den Einsatz von externen Spezialisten**

### **Klares Bekenntnis des Gesetzgebers zum IT- und Projektgeschäft**

Das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und anderer Gesetze ist zum 1. April 2017 in Kraft getreten.

Auch wenn die konkreten Forderungen der ADESW, Partner-Verbände und vieler tausend aktiven Selbständigen nicht vollständig aufgegriffen wurden (wie z.B. unsere Forderung der Einführung von Positiv-Kriterien), so verdeutlicht das klare Bekenntnis des Bundestagsausschusses ([BT Drucksache 18/10064](#)) doch, dass das Gesetz nicht auf die Einschränkung von hochqualifizierten Experten und Beratern abzielt:

*[...] Die Neuregelung solle dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen, wie sie zum Beispiel in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen seien. Auch für solche Einsätze und für die Tätigkeit von Beratern sollen die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkleistungen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite weiterhin zur Anwendung kommen. Dabei solle zum Beispiel eine für die Tätigkeit eines Beraters typische Bindung hinsichtlich des Arbeitsorts an eine Tätigkeit im Betrieb des beratenen Unternehmens allein regelmäßig keine persönliche Abhängigkeit gegenüber letzterem begründen (vgl. Bundesarbeitsgericht, 11.08.2015 - 9 AZR 98/14). Vielmehr solle nach dem Verständnis der Ausschussmehrheit entsprechend der bisherigen Praxis eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, ob unter Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers erfolge. [...]*

Das klare Bekenntnis des Gesetzgebers hat sich zwar nicht explizit im Gesetzestext niedergeschlagen, **dennoch handelt es sich bei der Beschlussempfehlung um ein offizielles Dokument des Gesetzfindungsprozesses**, welches in Zweifelsfällen - ähnlich einer Gesetzesbegründung - auch zur Interpretation des Gesetzes herangezogen werden kann.

Vor diesem Hintergrund interpretiert der renommierte Rechtswissenschaftler Prof. Dr. Gregor Thüsing, Direktor des Instituts für Arbeitsrecht der Universität Bonn, dieses Statement der Politik als klare „Absage der allzu schnellen Eingemeindung von Selbständigen in den Arbeitnehmerstatus“.

Des Weiteren erklärt Prof. Dr. Thüsing, dass „der Gesetzgeber erkennt, dass auch in der Personalarbeit Augenmaß gefragt ist. Wer selbständig ist, der darf auch so behandelt werden. Gerade die Bezugnahme auf die Artistenentscheidung des Bundesarbeitsgerichts (*dem sogenannten Todesrad-Urteil*) zeigt das deutlich. Hier hatte das BAG die Selbständigkeit einer Artistengruppe bestätigt im Gegensatz zur Vorinstanz, obwohl die Tätigkeit vollständig im (Zirkus-)Betrieb des Auftraggebers

ausgeführt wurde – in Zusammenarbeit mit anderen Artisten und ohne jeden Entscheidungsspielraum hinsichtlich Inhalt und Zeitpunkt der Dienstleistung durch den Artisten. Die Rechtsprechung hat noch einmal den gesetzgeberischen Ritterschlag erfahren. Was für den Artisten gilt, dass kann dem Berater und IT-Ingenieur nur recht sein.“

Gerade diese Klarstellung, dass die persönliche Präsenz beim Auftraggeber welche typisch für IT-Berater und ähnliche Berufe ist, für sich genommen keine persönliche Abhängigkeit begründet, ist sehr wichtig. Denn diese meist (unverzichtbare) Anwesenheit ist oftmals zentraler Ansatzpunkt dafür, dass IT-Experten u.a. externe Wissensarbeiter in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt sind, als „in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingebunden“ beurteilt zu werden.

Wichtig ist nun, diese Erkenntnisse gemeinsam am Markt umzusetzen. Das ist – insbesondere auch in Anbetracht der weiterhin bestehenden rechtlichen und bürokratischen Hürden – kein Automatismus, sondern erfordert konstruktives und bewusstes Handeln.

### **Der neue § 611 a BGB und § 1 AÜG**

Trotz dieses Bekenntnisses des Gesetzgebers zum Projektgeschäft spiegelt der neue § 611 a BGB in seinem Wortlaut lediglich den derzeitigen Status Quo wider, in dem er die höchstrichterliche Rechtsprechung der letzten Jahre zur Abgrenzung von abhängiger zu selbständiger Tätigkeit in einem neuen Gesetzestext kodifiziert. § 611 a Abs. 1 BGB lautet:

#### *Arbeitsvertrag*

*„(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*

Hinzu kommt, dass im Rahmen des § 1 AÜG eine neue Kennzeichnungspflicht für Verträge der Arbeitnehmerüberlassung eingeführt wurde. Dies hat auch Auswirkungen auf die Abgrenzungsfrage zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- und freiem Dienstvertrag. Es muss bei jedem Vertrag klar festgelegt werden, ob nach dem Willen der Vertragspartner eine Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ) oder ein Werk-/Dienstvertrag vorliegt.

### **Was bedeutet dies für die Umsetzung im Alltag bei der Tätigkeit von Selbständigen?**

Aufgrund dieser neuen gesetzlichen Bestimmungen und der bestehenden rechtlichen Unschärfen müssen Werk- und Dienstverträge sorgsam gestaltet und konsequent umgesetzt werden. Bestehende Beauftragungs- und Umsetzungsprozesse bedürfen einer kontinuierlichen Risiko-Überprüfung.

Dabei ist es wichtig, sich mit sämtlichen Prozessen rund um einen Einsatz vertraut zu machen und mögliche Risiken zu erkennen und zu analysieren. Dienstleister, Auftraggeber und freie Experten können diese anspruchsvolle Aufgabe nur gemeinsam angehen. Individuelle, abgestimmte Prozesse sind dabei unverzichtbar. Dabei ist vorschneller Aktionismus – wie z.B. eine ad-hoc Vertragsanpassung die nicht alle Leistungen berücksichtigen – meist eher hinderlich und kann sogar weitere Risiken bergen. Bedarfssituationen und die Auswahl der Vertragsform sollten sorgfältig geprüft werden – dies ist entscheidend für die Differenzierung beim regelkonformen Fremdpersonaleinsatz – auch der Selbstständigen. Dafür sind auf beiden Seiten die rechtlichen Spielregeln zu kennen und auch einzuhalten. Wichtig ist ein klares Verständnis über die einzelnen Anforderungen und das Bewusstsein für die Einzelfallbetrachtung.

Die persönliche Abhängigkeit gibt dabei den Rahmen vor. In diesem Zusammenhang müssen beispielsweise die Unterschiede zwischen einer fachlichen und einer disziplinarischen Weisung hinreichend bekannt sein und eine regelkonforme Umsetzung sichergestellt werden, damit eine Eingliederung vermieden werden kann. Es bleibt somit auch weiterhin wichtig, Merkmale der Tätigkeit, die eine Selbstständigkeit belegen sorgfältig zu dokumentieren und die jeweilige konkrete Beschäftigung in diesem Sinne auch tatsächlich zu leben und auszugestalten. Am Ende kommt es – wie bisher auch – auf eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände im Einzelfall an.

**Fazit: Durch die neue Rechtslage ändert sich unmittelbar nichts für Freiberufler bzw. Selbständige. Wie bisher auch, können Werk- und Dienstverträge vereinbart und erbracht werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Verträge sachgerecht und regelkonform gestaltet und konsequent umgesetzt werden.**

### **Wie geht es politisch weiter?**

Inwieweit die klaren Worte des Bundestagsausschusses in Zukunft auch von den Arbeits- und Sozialgerichten aufgegriffen und zur Gesetzes-Interpretation herangezogen werden, bleibt abzuwarten.

Ziel muss es daher sein – anknüpfend an das Bekenntnis der Politik zur Projektwirtschaft – weiterhin für mehr Planungs- und Rechtssicherheit von Freelancern zu kämpfen und den Druck auf die Politik aufrechtzuerhalten.

### Wir fordern daher:

- Die nicht mehr zeitgemäße Prüfpraxis der Deutschen Rentenversicherung muss dringend modernisiert werden. Welchen Nutzen hat ein Statusfeststellungsverfahren, das aufgrund der Verfahrensdauer lediglich zu einer ex-post Betrachtung führen kann und damit nicht zur rechtssicheren Abgrenzung zwischen freiberuflicher Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung in der Praxis geeignet ist? Darüber hinaus müssen die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung herangezogenen Abgrenzungskriterien auch im Lichte moderner, selbständiger Tätigkeitsformen im Projektgeschäft einer typischerweise betriebsmittelparmen

Dienstleistungsbranche im Zeitalter der Digitalisierung interpretiert, gewichtet und ausgelegt werden.

- Gesetzlich definierte Positivkriterien (Bsp. Mitgliedschaft in einem Berufsverband für Selbständige, Unternehmerisches Handeln aufgrund eigenständiger Preisverhandlungen etc.) durch die eindeutig definiert ist, wer ein echter Selbständiger ist und wer nicht.
- Darstellung der nicht-vorhanden Schutzbedürftigkeit durch Dokumentation der Einkünfte (beispielsweise durch Überschreiten einer bestimmten Beitragsbemessungsgrenze vergleichbar Krankenversicherungsschwelle) und Maßnahmen zur Sicherstellung der eigenen Altersvorsorge.

### **Unterstützen auch Sie uns weiterhin in dieser gemeinsamen Sache!**

Sie können als freier Experte/in, als Auftraggeber/in oder als sonstige/r Betroffene/r unsere Kampagne Experten-Arbeiten-stärken (auch weiterhin) aktiv unterstützen. Erfahren Sie mehr unter [www.experten-arbeit-stärken.de](http://www.experten-arbeit-stärken.de). Bei Fragen, Anmerkungen oder Anregungen können Sie sich auch gerne an uns per Mail ([info@adesw.de](mailto:info@adesw.de)) wenden.

### **Über uns**

Die Allianz für selbständige Wissensarbeit (ADESW) vereint führende Dienstleister für den projektbasierten Einsatz hochqualifizierter, selbständiger Wissensarbeiter sowie hierzu assoziierte Partner wie z.B. den Verband für Maschinen- und Anlagenbau (VDMA). Die Mitgliedsunternehmen beschäftigen intern mehr als 4.500 festangestellte Mitarbeiter. Der Branchenumsatz mit selbständigen Wissensarbeitern betrug im Jahr 2015 mehr als 15 Mrd. Euro. Im Jahresdurchschnitt besetzen die Allianz-Mitglieder gemeinsam mehr als 20.000 Projekte mit selbständigen Experten. Über 5.000 Kunden, darunter namhafte Dax-Unternehmen, zahlreiche KMUs und Startups sowie Bundesbehörden und andere öffentliche Auftraggeber profitieren von dieser Expertise.

### **Kontakt**

Allianz für selbständige Wissensarbeit (ADESW) e.V.

Karlplatz 7 | D-10117 Berlin | Deutschland | Tel. 030/ 847 884 100 | Fax 030/847 884 299 | Mail [info@adesw.de](mailto:info@adesw.de) | [www.adesw.de](http://www.adesw.de) | Kampagnenseite: [www.experten-arbeit-stärken.de](http://www.experten-arbeit-stärken.de)

**Stand: 04/2017**