

# Stellungnahme

## Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 16.11.2015: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

3.12.2015

Seite 1

Das Gesetz hätte gravierende Folgen für die digitale Transformation in Deutschland. Flexibilität, Arbeitsteilung und Spezialisierung sind unverzichtbar, um die Digitalisierung in Deutschland in der gewünschten und erforderlichen Geschwindigkeit vorantreiben zu können.

Insbesondere folgende im Referentenentwurf vorgesehene Regelungen sind aus Sicht des Bitkom kritisch zu bewerten und bedürfen einer Überarbeitung:

### Regelungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Ziel des Gesetzes ist es, missbräuchliche Vertragsgestaltungen zu verhindern. Die formalen Anforderungen, die der Referentenentwurf für die Arbeitnehmerüberlassung aufstellt, gehen jedoch weit darüber hinaus und schränken einen flexiblen Personaleinsatz –den das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eigentlich gerade ermöglichen soll – stark ein.

Die in Art.1 Nr.1 Buchstabe d) des Gesetzesentwurfs vorgesehene Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten bei der Arbeitnehmerüberlassung ist zeitlich zu beschränkt und widerspricht mit ihrer lediglich für tarifgebundene Unternehmen vorgesehenen Öffnungsklausel dem Koalitionsvertrag.

Arbeitnehmerüberlassung wird nicht nur im Niedriglohnssektor, sondern auch in hoch spezialisierten Bereichen praktiziert, in denen Unternehmen die fachliche Expertise nicht dauerhaft vorhalten können, und ist insofern nicht ausschließlich ein Instrument zur Abdeckung kurzfristiger Bedarfe.

Für die Durchführung umfangreicher IT-Projekte wird regelmäßig auch auf die Möglichkeit der Überlassung von IT-Experten zurückgegriffen. Derartige Projekte dauern allerdings häufig länger als 18 Monate. Eine Einschränkung der Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate würde die Durchführung solcher umfangreicher Projekte aufgrund des notwendigen Expertenaustausches im laufenden Projekt massiv behindern. Hier müsste zumindest für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung bei den hoch spezialisierten IT-Experten eine

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Freya Schrader**  
**Referentin Arbeitsrecht**  
T +49 30 27576-202  
f.schrader@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme Referentenentwurf Zeitarbeit und Werkverträge

Seite 2|5

Ausnahmeregelung geschaffen werden.

Die in Art.1 Nr.1 Buchstabe d) S.3 vorgesehene Öffnungsklausel lediglich für tarifgebundene Unternehmen greift zu kurz und steht darüber hinaus im Widerspruch zu dem verfassungsmäßig garantierten Grundrecht der (auch negativen) Koalitionsfreiheit. Außerdem stellt sie ein rechtliches Novum dar, da eine derartige Einschränkung von Öffnungsklauseln im deutschen Recht ansonsten nicht üblich ist. Auch nicht tarifgebundene Unternehmen müssen die Öffnungsklausel für sich in Anspruch nehmen können.

Zu begrüßen ist dagegen, dass der Gesetzentwurf im Zusammenhang mit der Öffnungsklausel keine absolute Höchstüberlassungsdauer vorsieht.

Gleichzeitig geht die Beschränkung der Höchstüberlassungsdauer bei gleichzeitiger Einführung des Grundsatzes der Gleichstellung gemäß Art.1 Nr.3 des Gesetzentwurfs weit über das Ziel hinaus, missbräuchliche Vertragsgestaltungen zu verhindern. Wenn für Leiharbeitnehmer nach neun bzw. zwölf Monaten der Gleichstellungsgrundsatz gilt, ist ein besonderes Schutzbedürfnis grundsätzlich nicht mehr gegeben. Die Höchstüberlassungsdauer würde in der Folge dazu führen, dass gerade gering qualifizierte Leiharbeitnehmer häufiger ausgetauscht werden und damit unter Umständen gar nicht erst in den Genuss des Equal Pay kommen.

Darüber hinaus greift diese Regelung ohne eine entsprechende Tariföffnungsklausel weitreichend in die Tarifautonomie ein. Die derzeit vielerorts üblichen Branchenzuschlagstarifverträge würden ihre Bedeutung verlieren.

Im Zusammenhang mit der in Art.1 Nr.4 des Gesetzentwurfs vorgesehenen Abschaffung der Möglichkeit, eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 Abs.1 S.1 AÜG vorzuhalten, wird nicht hinreichend zwischen missbräuchlicher und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung unterschieden. Die Mehrheit der Vertragsschließenden, die derzeit eine Verleiherlaubnis vorhält, tut dies nicht, um Missbrauch zu betreiben. Für die Vertragsschließenden sind die Grenzen zwischen Werk- und Dienstverträgen und Arbeitnehmerüberlassung aufgrund der Vielzahl der zu berücksichtigten Kriterien, deren nicht definierter und definierbarer Gewichtung und divergierender Rechtsprechung nicht rechtssicher zu bestimmen. Dies gilt insbesondere in der Digitalwirtschaft, in der eine enge Zusammenarbeit und Abstimmung mit den Kunden unerlässlich sind. Aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit hat die sogenannte Fallschirmlösung für Vertragsschließende eine rechtliche Bedeutung erlangt. Die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung pauschal der illegalen Arbeitnehmerüberlassung – die es definitiv zu verhindern gilt – gleichzustellen, geht über das Ziel des Gesetzes hinaus.

### Regelungen zu Werk- und Dienstverträgen

Laut Koalitionsvertrag sollten zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt werden.

Der Gesetzentwurf sieht dagegen die Schaffung eines § 611a BGB vor, der den Versuch unternimmt, zu definieren, wann ein Arbeitsvertrag vorliegt. Werden Arbeitsleistungen erbracht, so soll ein Arbeitsvertrag vorliegen. Die in S.2

## Stellungnahme Referentenentwurf Zeitarbeit und Werkverträge

Seite 3|5

folgende Definition von Arbeitsleistungen stellt dann aber Kriterien auf, die in der bisherigen Rechtsprechung nicht alleine als für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses maßgeblich herangezogen wurden. Die Tatsache, dass ein Vertragspartner in die fremde Arbeitsorganisation eingegliedert und weisungsgebunden ist, hat der Rechtsprechung bisher für sich genommen nicht genügt, um ein Arbeitsverhältnis anzunehmen. Im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung wurden in diesem Zusammenhang daneben viele weitere Kriterien herangezogen, um zu einer abschließenden Beurteilung zu gelangen.

Dies versucht auch der neue § 611 a Abs.2 BGB zu berücksichtigen. Die in § 611a Abs.2 BGB vorgesehenen Kriterien, die für die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Vertragspartners und damit das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen sollen, sind jedoch praxisfern. Mit ihnen wird massiv in die unternehmerische Freiheit eingegriffen, Vertragspartner und auch selbstständige Dritte mit der Erbringung von Diensten und Werken beauftragen und damit arbeitsteilig agieren zu können.

Die Kriterien widersprechen der gelebten betrieblichen Praxis in der Digitalwirtschaft, sind mit den Anforderungen des Marktes im Hinblick auf Flexibilität gerade auch im Zuge der Digitalisierung nicht zu vereinbaren und darüber hinaus vom Koalitionsvertrag nicht gedeckt.

In der Digitalwirtschaft ist es üblich und häufig auch unumgänglich, dass vertraglich geschuldete Leistungen in den Räumlichkeiten des Auftraggebers erbracht werden, ohne dass hierdurch eine Eingliederung erfolgen würde. Ferner werden aufgrund der Vorgaben für Projektlaufzeiten oder zwingender betrieblicher Gegebenheiten häufig auch zeitliche Vorgaben gemacht. Zudem ist es aus Gründen des Datenschutzes oder der IT-Sicherheit in der Regel erforderlich, dass Auftragnehmer mit Betriebsmitteln des Auftraggebers arbeiten müssen. Beauftragte IT-Spezialisten arbeiten darüber hinaus regelmäßig auch in gemischten Teams mit Arbeitnehmern des Auftraggebers und weiteren beauftragten IT-Spezialisten. Dies ist erforderlich, um das Wissen der IT-Experten mit der betrieblichen Expertise der Arbeitnehmer sinnvoll verknüpfen zu können. Darüber hinaus können IT-Projekte sehr lange, häufig mehrjährige Laufzeiten haben. Dies führt in der Regel dazu, dass die jeweiligen Spezialisten über einen langen Zeitraum – zumindest überwiegend – nur für einen Auftraggeber tätig sind. Auch müssen IT-Experten regelmäßig keine eigene betriebliche Organisation vorhalten, um auf selbstständiger Basis ihr Expertenwissen als Unternehmung einbringen zu können. Selbstständige IT-Experten, die als reine Berater eingesetzt werden, schulden zudem in der Regel kein konkretes Arbeitsergebnis und folglich ist auch keine Gewährleistung vereinbart.

Hiernach würde also der Kriterienkatalog in nahezu allen Fällen der Beauftragung selbstständiger IT-Experten ein Arbeitsverhältnis nahelegen und dies, obwohl diese Gruppe von Selbstständigen in den seltensten Fällen abhängig von einzelnen Auftraggebern und somit auch nicht schutzbedürftig ist.

Zwar sieht § 611a Abs.2 S.1 BGB vor, dass eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist, und in der Begründung des Gesetzesentwurfs wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Gesamtbetrachtung weitere Kriterien herangezogen werden können. Mit der gewählten Formulierung des Kriterienkatalogs, die Regelbeispielen gleichkommen, wird jedoch eine bislang nicht vorhandene Schwerpunktsetzung vorgenommen und Maßstäbe gesetzt. Dafür spricht auch die in § 611a Abs.2 S.2 BGB gewählte Formulierung, dass insbesondere die angeführten Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen.

## Stellungnahme Referentenentwurf Zeitarbeit und Werkverträge

Seite 4|5

Der gegenwärtige Referentenentwurf lässt völlig außer Acht, dass arbeitsrechtlichen Bestimmungen dem Schutz der abhängig Beschäftigten dienen sollen, da diese aufgrund des ungleichen Machtverhältnisses zwischen den Vertragspartnern besonders schutzbedürftig sind. Für selbstständige IT-Experten, die wirtschaftlich unabhängig sind und frei darin, konkrete Aufträge abzulehnen, gibt es ein solches Schutzbedürfnis jedoch nicht. Die Tatsache, dass sie nach den im Referentenentwurf enthaltenen Kriterien trotzdem so gut wie sämtliche Kriterien erfüllen würden, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, zeigt, dass der Referentenentwurf zu weit geht und die Kriterien zu einseitig formuliert sind. Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrages sprechen, werden nicht angeführt. Darüber hinaus würde eine ausgewogene Regelung, die Vertragsautonomie und Schutzbedürfnisse in ausreichendem Maße berücksichtigt und auch den Vertragsschließenden mehr Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen ermöglicht, in der Konsequenz zwangsläufig dazu führen, dass Konstruktionen wie die sogenannte Fallschirmlösung ihre Bedeutung verlieren.

Die Einführung des § 611a Abs.3 BGB bedeutet eine systemwidrige Vermengung von Rechtsprechung und Verwaltung und lässt sich nicht mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit vereinbaren. Zudem würde die mit dem neuen Gesetz noch weitreichendere Rechtsunsicherheit faktisch dazu führen, dass Auftraggeber selbstständige Experten rechtssicher ausschließlich nach Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens einsetzen könnten. Dies hätte einen enormen Verwaltungsaufwand und Kosten zur Folge und würde letzten Endes schon aufgrund der Dauer der Verfahren einen massiven Wettbewerbsnachteil für die deutsche Digitalwirtschaft bedeuten. Erschwerend kommt hinzu, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund die Statusfeststellungsverfahren als unmittelbar von den Rechtsfolgen betroffene Instanz durchführt. Gerichtliche Überprüfungen in noch größerem Umfang würden die Folge sein, wobei mit § 611 a Abs.3 BGB die Beweislast für das Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses hier unsachgemäß auf den Auftraggeber verlagert wird.

### Fazit

Im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft Werk- und Dienstverträge abschließen und so auch mit externen Spezialisten zusammenarbeiten zu können, gehört zu den grundsätzlichen unternehmerischen Freiheiten, die für eine funktionierende Gesamtwirtschaft unverzichtbar sind. Der vorliegende Referentenentwurf schränkt diese Möglichkeit unsachgemäß ein. Er schafft neue Rechtsunsicherheit und würde in der Konsequenz die gewünschte und gebotene Digitalisierung in Deutschland massiv behindern. Außerdem verschärft er das in Deutschland vorherrschende Problem Fachkräftemangels im ITK-Sektor. Bereits jetzt gibt es in Deutschland 43.000 unbesetzte IT-Stellen und der Mangel an qualifiziertem IT-Personal ist eine der größten Wachstumsbremsen in Deutschland.

Bitkom fordert daher, die Digitalbranche vollständig von den Neuregelungen auszunehmen und die Gesetzesreform auf die Branchen zu konzentrieren, in denen prekäre Arbeitsverhältnisse vorkommen, zumal der Gesetzgeber auch in anderen Gesetzen, wie beispielsweise dem Schwarzarbeitsgesetz und dem Mindestlohngesetz, nach der Missbrauchsanfälligkeit verschiedener Wirtschaftszweige unterscheidet.

## Stellungnahme Referentenentwurf Zeitarbeit und Werkverträge

Seite 5|5

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlands-umsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.