

## POSITION STATEMENT

---

# Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regulierung von Zeit- arbeit und Werkverträgen

**Stellungnahme des Social and Labor Affairs Committee der American Chamber of Commerce in Germany e.V. (AmCham Germany)**

**Januar 2016**

---

In einer Zeit, in der sich alle einig sind, dass die Integration hunderttausender Flüchtlinge in Deutschland vor allem vieler Arbeitsplätze bedarf und die deutsche Wirtschaft und Deutschland insgesamt den Anschluss in der Verzahnung mit der digitalen Welt nicht verpassen darf, legt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Gesetzentwurf zur Regelung von Zeitarbeit und Werkverträgen vor, der wie aus der Zeit gefallen scheint. Die heutige Arbeitsrealität entspricht jedenfalls nicht mehr der politischen Agenda des Koalitionsvertrages. In diesem Zusammenhang ist es angebracht, daran zu erinnern, dass Zeitarbeit und Werkvertrag für die deutsche Wirtschaft nach wie vor unabdingbar wichtige Instrumente sind.

Nachfolgend wollen wir als AmCham Germany mit Blick auf die neuen Regelungen zur Zeitarbeit wie auch zum Werkvertrag die wichtigsten Kritikpunkte am vorgelegten Referentenentwurf ansprechen, auch wenn der Entwurf des BMAS derzeit noch überarbeitet wird.

### **Zeitarbeit**

Obwohl die Zeitarbeit nur noch zwei Prozent der Beschäftigten betrifft, die zudem meist tariflich abgesichert sind, sollen weitere Einschränkungen erfolgen. Aber: je mehr Hindernisse für die Zeitarbeit, desto schlechter kann sie ihre wichtige Rolle als Jobmotor für Geringqualifizierte spielen.

#### **a) Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

Die Regelung einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten geht hinter die Ende 2003 entfallene Altregelung von 24 Monaten zurück. Auch wenn diese in einer Mehrzahl der Fälle nicht zum Tragen kommen mag, wirkt sich die arbeitnehmerbezogene Überlassungshöchstdauer in den Fällen besonders gravierend aus, in denen die Überlassung bestimmter eingearbeiteter und qualifizierter Zeitarbeitnehmer im Rahmen länger laufender Projekte

besonders wichtig ist. Eine hohe Zahl der eingesetzten Zeitkräfte befindet sich bereits nahe an der vom Gesetzentwurf vorgesehenen maximalen Einsatzdauer von 18 Monaten. Da hier zum Teil von Zeitkräften spezifische Qualifikationen erforderlich sind, sind diese Zeitkräfte auch nicht einfach, insbesondere nicht kurzfristig auszutauschen. Wir plädieren deshalb für eine Verlängerung des Zeitraums auf mindestens 24 Monate, zumindest aber für eine längere Übergangszeit, in der die „Bereinigung“ des Bestandes erfolgen kann, ohne den Betrieb nachhaltig zu beeinträchtigen.

Der Referentenentwurf lässt die besonderen Anforderungen eines modernen arbeitsteiligen Konzerns außen vor, indem er an die Arbeitnehmerüberlassung zwischen zu einem Konzern gehörenden Gesellschaften die gleichen Maßstäbe wie an die Leiharbeitsverhältnisse mit externen Anbietern anlegt. Übergreifende Sonder-Personalgruppen, die wie Zeitkräfte agieren, beim Einsatz ihrer Kräfte im Konzern wie externe Anbieter zu behandeln, ist kontraproduktiv. Zudem laufen hier die vom Gesetzgeber angestrebten Schutzfunktionen wie Vorrang für Stammarbeitskräfte ins Leere.

Auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt die vorgesehene kundenseitige Tariföffnungsklausel. Denn Kunden, die selbst keinen Tarifvertrag für ihre Arbeitnehmer zur Anwendung bringen, können sich danach auch nicht auf eine tarifliche Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer für Zeitarbeiter berufen. Dies wirkt wie ein Koalitionszwang und ist mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG sehr bedenklich.

Angesichts des weitreichenden Eingriffs kann auch die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer, für die nur Einsatzzeiten ab dem 01. Januar 2017 herangezogen werden sollen, das Gesetz also mit Blick auf Rechtsfolgen insoweit erst zum 01. Juli 2018 „scharf gestellt“ wird, keinen Ausgleich bieten.

## **b) Neue Regelungen zum „Equal Pay“**

Durch die neuen Regelungen zum Equal Pay wird die längerfristige Überlassung von Zeitarbeitnehmern bereits nach neun bzw. zwölf Monaten Einsatzdauer massiv belastet. Für die Berechnung der Equal-Pay-Frist ist kein Übergang vorgesehen, die neuen Vorschriften sollen ab 01. Januar 2017 greifen.

Mit der Neureglung wäre ein erheblicher bürokratischer Mehraufwand verbunden. In jedem Einzelfall wäre der richtige Vergleichslohn stets neu zu bestimmen. In jedem Fall wird eine Verteuerung der Zeitarbeit erreicht. Kunden werden jedoch weder bereit sein, den erheblichen Verwaltungsaufwand zur Ermittlung vergleichbaren Entgelte zu leisten, noch die sich ergebenden höheren Stundenverrechnungssätze zu akzeptieren. Denn eine Gleichsetzung der jeweiligen derzeitigen Branchenzuschlagstarifverträge mit Equal Pay nach dem Referentenentwurf wird nicht möglich sein: Branchenzuschläge beziehen sich auf das regelmäßige Arbeitsentgelt und sehen diesbezüglich einen Ausgleich vor, während Equal Pay nach dem Referentenentwurf alle Bestandteile des Arbeitsentgelts und sogar Sachbezüge erfasst. Je mehr der Kunde seiner Stammelegschaft mit Blick etwa auf Zu-

schläge, Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Altersversorgung oder Leistungsprämien anbietet, desto erheblich teurer wird die Zeitarbeit.

Die Equal Pay Regelungen sind in weiterer Hinsicht problematisch:

Zum einen sind sie nicht auf die Barbezüge begrenzt, sondern umfassen nach dem Wortlaut alle Leistungen des Unternehmens an den Beschäftigten und damit auch Zusatzleistungen. Dies würde bedeuten, dass auch für Zeitarbeitskräfte z. B. die Sonderkonditionen bzw. Mitarbeitererrabatte oder Teilnahme an Share-Programmen bis hin zu gerade auf langjährige Arbeitsbeziehung gerichtete Zusatzleistungen wie z. B. betriebliche Altersversorgung gewährt werden müssten. Neben den höheren Kosten und dem administrativen Aufwand, der gerade in schwierigen strukturellen Situationen von Unternehmen wiederum den Druck auf die Stammarbeitsplätze erhöht, verfehlen diese Leistungen dann ihren eigentlichen Zweck und lassen unberücksichtigt, dass diese eigentlich im Verhältnis zwischen Leiharbeiternehmer und Verleiher – mit dem der Arbeitsvertrag besteht – sinnvollerweise angesiedelt werden müssten.

Zum anderen sind ein hoher Anteil von insbesondere hoch spezialisierten Zeitkräften oft bereits 9 Monate und länger im Unternehmen beschäftigt. Bei Inkrafttreten der vorgesehenen Equal-Pay-Regelung würden ad hoc die entsprechenden Leistungen für diese Zeitkräfte fällig werden, was administrativ nicht zu leisten ist. Hierzu bedarf es auf jeden Fall einer längeren Übergangszeit. Pragmatisch wäre z. B. eine Lösung dergestalt, dass diese Regelungen erstmal bei neu eingesetzten Zeitkräften greifen und der „Altbestand“ hiervon bis zum Ende der vorgesehenen Einsatzzeit nicht betroffen ist.

Schließlich muss sich der Referentenentwurf auch hier den Vorwurf des Eingriffs in die Tarifautonomie gefallen lassen, denn es käme zu einer gesetzlichen Überlagerung mit den in der Zeitarbeitsbranche tariflich vereinbarten, sich stufenweise erhöhenden Entgeltsystemen schon nach 12 Monaten Einsatzzeit. Es stellt sich in diesem Zusammenhang nicht nur die Frage der Vereinbarkeit mit der deutschen Verfassung, sondern auch die Frage, ob damit die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Personaldienstleister ungerechtfertigt eingeschränkt und somit gegen die Europäische Zeitarbeitsrichtlinie verstoßen wird.

### **c) Streikrecht**

Das Verbot, Zeitkräfte als „Streikbrecher“ einzusetzen, ist generell abzulehnen, da es einseitig in die Tarifautonomie zugunsten einer Seite eingreift. Zudem ist es zu undifferenziert und würde bedeuten, dass bei einem Streik in einem Teil eines Unternehmens sofort der Einsatz aller Zeitkräfte untersagt wäre. In concreto: wird in einem Betrieb des Unternehmens gestreikt (was in einer Tarifrunde nicht ungewöhnlich ist), dürften auch in den anderen Betrieben keine Zeitkräfte mehr eingesetzt werden, obwohl sie dort keine Streikarbeit leisten würden. Ein solches Verbot würde aber einen unverhältnismäßigen Schaden beim Unternehmen verursachen, ohne dass dies auf das Tarifgeschehen den geringsten Einfluss hätte. Besonders kritisch

kann sich dies in arbeitsteilig, diversifiziert und flexibel arbeitenden Unternehmen auswirken, in denen aus Flexibilitätsgründen besonders viele Zeitkräfte benötigt werden und der potentielle Schaden überproportional groß sein kann.

#### **d) Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht**

Mit der Regelung in § 9 Nr. 1a AÜG-E soll es den Vertragsparteien unmöglich gemacht werden, einen Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrag in eine Arbeitnehmerüberlassung (AÜ) mit Berufung auf eine dem Auftragnehmer vorsorglich erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung umzudeuten. Dies ist jedoch eine typische Problematik in Konstellationen, in denen das Personal eines Dienstleisters in die Betriebsabläufe des Kunden stärker integriert werden muss, ohne dass die Vertragsparteien dies bislang als Arbeitnehmerüberlassung ansehen wollen. Geschäftsmodelle von IT-Dienstleistern, Unternehmensberatern, aber auch Anbietern anderer Branchen wie Catering, Engineering etc., sehen derartige Vorrats- oder Absicherungs-AÜ-Erlaubnisse vor. Der Kunde war bislang durch die AÜ-Erlaubnis vor etwaigen ihn ungewollt treffenden Rechtsfolgen geschützt.

#### **Werkvertrag**

Völlig unverständlich ist der Versuch des Referentenentwurfs, den Gebrauch von Werkverträgen einzudämmen, denn das wäre das Ergebnis der bislang vorgeschlagenen Neuregelung. Es ist doch unstrittig, dass sich Unternehmen über Werkverträge passende Dienstleistungen oder Produkte einkaufen, die nicht zu ihrem Kerngeschäft gehören und die sie deshalb nicht mit eigenem Personal herstellen wollen oder mangels Spezialisierung auch nicht herstellen können. Letzteres gilt insbesondere auch im Bereich der IT-Dienstleistungen, die unabdingbar für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft und die stattfindenden Digitalisierungsprozesse sind. Es ist weiterhin auch unstrittig, dass nicht zuletzt durch die Konzentration auf das eigene Kerngeschäft viele neue Arbeitsplätze bei Dienstleistern und anderen Branchen entstanden sind. Der Referentenentwurf stellt die Unternehmen unter Generalverdacht, Werkverträge vor allem zur Umgehung von Lohn- und Leiharbeitsregeln einzusetzen.

Dies ist auch mit Berufung auf den Koalitionsvertrag nicht gerechtfertigt. Die vorgesehenen Regelungen gehen weit über das hinaus, was im Koalitionsvertrag vereinbart ist und sind gerade nicht geeignet, mehr Rechtssicherheit und Klarheit zu bringen.

Wie auch heute schon durch die §§ 9,10 AÜG sichergestellt, sind Vertragsgestaltungen bzw. die tatsächliche Durchführung rechtswidriger Vertragskonstellationen ausreichend sanktioniert. Das gilt auch im Hinblick auf die Erfüllung von Straftatbeständen und Ordnungswidrigkeiten.

#### **a) Kriterienkatalog zur Abgrenzung**

In § 611 a Abs. 1 BGB-E findet sich nunmehr eine Legaldefinition des Arbeitsvertrages und ein Kriterienkatalog, der eine gesetzliche Verankerung

der geltenden Rechtslage sein soll. Im Ergebnis ist das aber kein Gewinn, denn die Kriterien sind aus der Rechtsprechung teils hinreichend bekannt oder aber untauglich für die Abgrenzung zwischen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und rechtmäßigen Werkverträgen.

Die Aufzählung dieser Kriterien schafft keine Klarheit für die Praxis und somit auch nicht für die Prüftätigkeit der Behörden. Denn es soll auf die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts festgelegte „Gesamtbeurteilung“ ankommen. Es wird in der Begründung zum Entwurf sogar klargestellt, dass nicht alle oder eine bestimmte Anzahl der aufgeführten Kriterien erfüllt sein müssen, um automatisch zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses mit dem Auftraggeber zu kommen.

Damit erhalten die Unternehmen und die prüfenden Behörden Steine statt Brot. Denn die nach der Begründung zum Entwurf so zu verstehende Wiedergabe der Kriterien zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses mit Blick auf eine praxisnahe Handhabung ist nach diesen gesetzlichen Ideen undurchführbar. Wenn sogar die Erfüllung aller vorgesehenen Kriterien die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigt, dann stellt sich die Frage, warum die Aufzählung der Kriterien überhaupt vorgesehen ist.

Hinzu kommt, dass bestimmte Kriterien, wie sie in § 611a BGB-E niedergelegt sind, bislang als unkritisch angesehen wurden, also der Annahme eines Werkvertragsverhältnisses nicht entgegen standen. Das gilt beispielsweise für die überwiegende Erbringung der geschuldeten Leistung in „Räumen eines anderen“ ebenso wie die überwiegende Tätigkeit „für einen anderen“ (§ 611 (2) a und e BGB-E). Exzellente verdienende selbstständige Spezialisten werden in die Grauzone gerückt, denn wo sonst sollen IT-Spezialisten neue Programme des Kunden programmieren und installieren, wenn nicht im Unternehmen des Kunden. Hier wird besonders deutlich, wieweit die Ministerialbürokratie von der betrieblichen Realität entfernt ist. Und wie sollen angesichts dieses Kriterienkatalogs neue Arbeitsformen in Zeiten des „work on demand“ wie etwa „scrum“ (direktionsfreie Projektgruppen aus internen und externen Spezialisten) innerhalb Deutschlands durchführbar sein? Oder soll der deutsche Arbeitsmarkt für solche Modelle von vornherein geschlossen werden mit der Folge, dass gerade auch im IT-Sektor neue Betätigungsfelder für gutverdienende Spezialisten gar nicht erst erschlossen werden können?

Selbst wenn es bei Erfüllung dieser beiden Beispielskriterien allein nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses käme, lässt schon die Aufnahme der Kriterien in den Katalog des § 611a BGB-E den Schluss zu, es läge ein „Hauch der Rechtswidrigkeit“ über diesen Kriterien, die in der Praxis in vielen Fällen und bislang unproblematisch gelebt werden (z.B. innerbetrieblicher Transport, IT- und andere Dienstleistungen) und nicht per se die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung auslösen.

Entweder müssten weit mehr Kriterien ins das neue Gesetz aufgenommen werden - was vermutlich zu einer Unübersichtlichkeit des § 611a BGB-E führte - oder es müsste auf die Angabe jeglicher Kriterien verzichtet werden. Für Letzteres spräche, dass es nach dem Entwurf auch zukünftig der

Rechtsprechung überlassen bliebe, Abgrenzungskriterien im Einzelfall zu ergänzen oder zu spezifizieren.

## **b) Mitbestimmung**

Zu begrüßen ist, dass dem Betriebsrat nicht das Recht eingeräumt werden soll, dem Einsatz von Dienstleistern und Werkvertragsnehmern die Zustimmung nach § 99 BetrVG zu versagen.

Dass aber die Festschreibung der Vorlage von Verträgen, die der Beschäftigung Externer zugrunde liegen, der Praxis Klarheit bringt, ist nicht anzunehmen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Betriebsrat des Auftraggebers heute schon die Vorlage dieser Verträge verlangen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung aufgibt, weshalb der aus dem Koalitionsvertrag zu entnehmende Ansatz zur „Sicherstellung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats“ fraglich erscheint.

Die in § 92 (1) 1 BetrVG-E vorgesehene Ergänzung überbewertet die Planbarkeit des Einsatzes von Beschäftigten, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis mit dem Arbeitgeber stehen. Es gibt in der Praxis eben auch sehr viele Fälle, in denen Einsätze solcher Personen nicht planbar sind und damit eben auch nicht Gegenstand von beispielsweise jährlichen Planungsgesprächen mit dem Betriebsrat sein können.

Hinzu kommt eine immer weitere Ausdehnung von Matrix-Strukturen, die faktisch ihren Beitrag dazu liefert, dass Prozeduren zur Personalplanung anders gestaltet werden müssen. In dem Zusammenhang hilft es dann nicht, zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Erfordernisse zu begründen, die immer schwerer zu erfüllen sind.

## **c. Vermutungswirkung**

Die in § 611 a Abs. 3 BGB-E vorgesehene Vermutungswirkung zugunsten einer sozialversicherungsrechtlichen Statusstellung durch die Rentenversicherung stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Der Sozialversicherungsträger, der ein erhebliches Eigeninteresse am Ausgang der Statusprüfung (eigene Sozialversicherungsbeiträge) hat, ist als objektive Prüfinstanz völlig ungeeignet. Damit wird die notwendige Trennung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung in einer arbeitsrechtlichen, d.h. zivilrechtlichen Fragestellung aufgehoben, die sozialversicherungsrechtliche Einordnung als Selbstständiger oder sozialversicherungspflichtig Beschäftigter soll auf die arbeitsrechtliche Einordnung durchschlagen.

Insgesamt halten wir die Regelung im BGB auch systematisch nicht für gelungen. Stattdessen könnte die Problematik einer missbräuchlichen Gestaltung von Werkverträgen (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung im Werkvertrag) im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geregelt werden.

## **Fazit**

Dieser erste Entwurf aus dem BMAS, der zur Zeit nicht ohne Grund überarbeitet wird, ist kein großer Wurf und bedarf einer grundlegenden Neukonzeption. Anstatt einen mutigen Beitrag zur Gestaltung des Arbeitsrechts für die zukünftigen Herausforderungen und Entwicklungen zu leisten, provoziert der Entwurf die Frage, ob die Industrie 4.0 und zeitgemäße und von Selbstständigen und angestellten Arbeitnehmern gefragten Arbeitsmodelle („Arbeit 4.0“) statt gefördert, nun doch gehemmt werden sollen. Mutig wäre es, wenn die Koalition realistisch feststellt, dass das Gesetzesvorhaben in der vorliegenden Form auf einem überholten Koalitionsvertrag beruht und eine erhebliche Überarbeitung vornimmt. Statt neuer Hemmnisse und neuer Bürokratie bedarf es einer Agenda für Wachstum und zur Förderung von Chancen und Investitionen im sicher auch künftig nicht weniger herausfordernden globalen Markt.

## **Kontakt AmCham Germany Social and Labor Affairs Committee**

### *Chair*

Caroline Bitsch

Partner

JUSTEM Rechtsanwälte

### *Staff Contact*

Constanze Krüger

Specialist, Government Relations

American Chamber of Commerce in Germany e.V.

Charlottenstrasse 42, 10117 Berlin

T +49 30 288789-27

F +49 30 288789-29

E [ckrueger@amcham.de](mailto:ckrueger@amcham.de)