

Recht

Drittpersonaleinsatz stärken

vbw

Position
Stand: Oktober 2024

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Unternehmerische Entscheidung „make or buy“ stärken

Zeitarbeit und Dienst- und Werkverträge sind wichtige Flexibilisierungsinstrumente, die von den Unternehmen anlassbezogen eingesetzt werden. Sie tragen zur Dynamik des in Deutschland ohnehin immer stärker reglementierten Arbeitsmarktes bei.

Die Reglementierung übersieht aber, dass Werk- und Dienstverträge sowie Zeitarbeit in einer arbeitsteiligen Gesellschaft bewährte und unverzichtbare Rechtsinstrumente sind. Die unternehmerische Grundentscheidung „make or buy“ darf nicht in Frage gestellt werden. Problematisch sind Scheinvertragskonstruktionen – die aber bereits nach geltendem Recht verboten sind und sanktioniert werden. Die bestehenden Regelungen, zum Beispiel in der Zeitarbeit, im Betriebsverfassungsrecht oder im Bürgerlichen Recht, reichen aus, um sowohl rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltungen zu bekämpfen als auch Werk- und Dienstverträge von anderen Formen des Personaleinsatzes abzugrenzen.

Mit unserem Positionspapier verdeutlichen wir die Rolle dieser rechtlichen Möglichkeiten in der Wertschöpfungskette unseres Wirtschaftsstandorts.

Bertram Brossardt
31. Oktober 2024

Inhalt

Position auf einen Blick	1	
1	Hintergrund	3
2	Zeitarbeit flexibel erhalten	4
2.1	Der Equal Treatment-Grundsatz gemäß § 8 Abs 1 S. 1 AÜG	4
2.2	Ausweitung des Geltungsbereichs des AÜG auf Verleih im Ausland stoppen	5
2.3	Die Überlassungshöchstdauer § 1 Abs 1 S. 4, Abs. 1b S. 1 AÜG	6
2.3.1	Überlassungshöchstdauer abschaffen	6
2.3.2	(Subsidiäre) Tarifzuständigkeit der Sozialpartner der Zeitarbeit	6
2.3.3	Was begründet die Überlassungszeit	7
2.3.4	Wie ist die Überlassungshöchstdauer zu berechnen	7
2.4	Abschaffung des Verbotes der Überlassung im Baugewerbe § 1b AÜG	8
2.5	Restriktivere Auslegung bzgl. der Ausnahme nach § 1 Abs. 3 AÜG: Gelegentliche Überlassung	8
2.6	Öffnung der Vorschrift zu Kollegenhilfe § 1a Abs. 1 AÜG auch für größere Unternehmen	9
2.7	Die Informationspflicht nach § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG	10
2.8	Das Beschäftigungsverbot im Arbeitskampf nach § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG	11
2.9	Erlaubnisverfahren zuverlässiger regeln	11
2.10	Hürden des Aufenthaltsrechts	12
3	Werk- und Dienstverträge	14
3.1	Werk- und Dienstverträge nicht pauschal diskreditieren	14
3.2	Europarecht	14
3.3	Grundgesetz	14
3.4	Regelungen im allgemeinen bürgerlichen Recht	15
3.5	Abgrenzung verschiedener Vertragstypen beim Personaleinsatz	16
3.6	Regelungen im Individual- und Kollektivarbeitsrecht	17

3.6.1	Verhältnis Werk- und Dienstvertragsarbeitgeber – Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer – Besteller	17
3.6.2	Internationale Zusammenarbeit von Unternehmen	18
3.6.3	Regelungen im Betriebsverfassungsrecht (Einsatzbetrieb)	18
3.7	Solo-Selbstständige	19
3.7.1	Mehr Rechtssicherheit bei der Statusfeststellung	19
3.7.2	Fast-track: Statusfeststellungsverfahren nicht notwendig	19
3.8	Moderne Formen der Zusammenarbeit, Co-Working-Spaces und Co	21
3.9	Regelungen im Arbeitsschutz	22
3.10	Bestehende Sanktionsmechanismen	22
	Ansprechpartner/Impressum	24

Position auf einen Blick

Flexibilität des Arbeitsmarktes gestalten

Drittpersonal kann insbesondere durch Zeitarbeit (Arbeitnehmerüberlassung) und im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen in Unternehmen eingesetzt werden.

Die verschiedenen Personalinstrumente leisten einen wichtigen Beitrag zum flexiblen Personaleinsatz für Unternehmen. Zeitarbeit hilft insbesondere bei der Integration von Geringqualifizierten und Langzeitarbeitslosen sowie geflüchteten Menschen in den ersten Arbeitsmarkt. Es muss also das Ziel der Gesetzgebung sein, Zeitarbeit weiter zu fördern und unpraktikable Reglementierungen in Deutschland abzuwenden.

Die Kernbotschaften zur Zeitarbeit sind für die vbw:

- Zeitarbeit ist ein wichtiger Motor für Wachstum und Beschäftigung in unserer Volkswirtschaft.
- Zeitarbeit ist eine stabile Brücke für Arbeitssuchende in den Arbeitsmarkt.
- Zeitarbeit ist für die Wettbewerbsfähigkeit unserer Unternehmen ein unverzichtbares Personalinstrument geworden.
- Zeitarbeit ist, in Zeiten volatiler Märkte, ein flexibles Instrument, das gefördert und erhalten werden muss.

Um dem gerecht zu werden, fordert die vbw in Bezug auf das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz:

- Es bedarf einer pauschalierenden, praxisorientierten Definition des Equal Pay.
- Keine Erweiterung des Geltungsbereiches des AÜG auf Verleih im Ausland.
- Die Abschaffung der Höchstüberlassungsdauer.
- Es bedarf einer klarstellenden gesetzlichen Regelung, dass die tatsächliche Überlassung Grundlage für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer ist.
- Überlassungsverbot im Bauhauptgewerbe nicht mehr zeitgemäß, jedenfalls eine Anpassung notwendig.
- Restriktivere Auslegung bzgl. der Ausnahme nach § 1 Abs. 3 AÜG: Gelegentliche Überlassung
- Öffnung der Vorschrift zu Kollegienhilfe § 1a Abs. 1 AÜG auch für größere Unternehmen
- Die durch die Neuregelungen im AÜG 2017 unnötig geschaffene Bürokratie durch Melde- und Hinweispflichten muss abgeschafft werden.
- Nur eine zweifelsfreie, klar auf die Zukunft bezogene Prognose, dass der Zeitarbeitnehmer einen Stammarbeitnehmer während des Arbeitskampfes ersetzen würde, darf ein Streikeinsatzverbot auslösen. Es bedarf dazu einer klarstellenden Regelung.
- Das Erlaubnisverfahren sollte stringent und zügig durchgeführt werden.
- Beschäftigungsverbot von Drittstaatsangehörigen aufheben

Zusätzliche Forderungen für die Zeitarbeit des Gesamtverbands der Personaldienstleister e.V. (GVP):

- Sektorale Einschränkungen verhindern und Verbote aufheben
- Verbot der Zeitarbeit in der Fleischindustrie nicht gerechtfertigt
- Kurzarbeitergeld für Zeitarbeitskräfte verstetigen

Die Forderungen der vbw zu Werk- und Dienstverträgen sind:

- Eine Benachteiligung der Beschäftigten von Werk- und Dienstvertragsanbietern ist nicht gegeben. Diese Arbeitnehmergruppe besitzt gegenüber ihrem Vertragsarbeitgeber diejenigen Rechte, die alle Arbeitnehmer in Deutschland haben.
- Die bestehenden gesetzlichen Vorgaben und die vorgesehenen Sanktionen müssen in der Praxis durchgesetzt werden. Strengerer Regelungen bedarf es nicht.
- Eine weitergehende Regulierung ist unnötig. Insbesondere darf die Entscheidungsfreiheit in unternehmerischen Fragen „make or buy“ nicht beeinträchtigt werden.
- Aufhebung des generellen Verbots von Werk- und Dienstverträgen in der Fleischindustrie.

Die Forderungen der vbw zum Statusfeststellungsverfahren

- Mehr Rechtssicherheit bei der Statusfeststellung.
- Es bedarf sog. Fast-tracks im Statusfeststellungsverfahren.
- Um Solo-Selbständige zu entlasten und Unternehmensgründungen zu erleichtern müssen die bürokratischen Lasten bspw. im Statusfeststellungsverfahren reduziert werden.
- Die Fragebögen der DRV müssen verständlicher und allgemeiner formuliert werden:
Keine Erarbeitung von Formularen an Einzelfall-Rechtsprechungen
- DRV-Formulare müssen digitalisiert werden.
- Festlegung von Positivkriterien: Zur rechtssicheren statusrechtlichen Beurteilung von Solo-Selbständigen bedarf es operativer Kriterien, deren Vorliegen leicht nachweisbar sein muss. Entsprechend dem Ziel der Beteiligten, eine rechtssichere Ausgestaltung zu erreichen, müssen sie positiv formuliert sein. Werden die Kriterien demnach kumulativ erfüllt, tritt der Solo-Selbständige sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlich als Selbständiger auf.
- Einführung abstrakter, tätigkeitsunabhängiger und zugleich gut operationalisierbarer Positivkriterien.

1 Hintergrund

Anpassungen der Regelungen im AÜG notwendig

Mit der Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 01. April 2017 wurden einige neue Regelungen eingeführt. Ziel der Reform war, Zeitarbeit auf eine angebliche Kernfunktion zu beschränken und den vermeintlichen Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern. Nach der Gesetzesbegründung sollte mit den Neuregelungen die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs geschärft werden. Außerdem sollten durch die Neuerungen die Stellung der Zeitarbeitskräfte gestärkt und die Arbeit der Betriebsräte im Entleihbetrieb erleichtert werden. Die Ergebnisse der Evaluierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom Dezember 2022 zeigen jedoch, dass die Reformen teilweise gegenteilige Wirkungen entfaltet haben und die Position der Zeitarbeitnehmer/innen sogar geschwächt wurde.

Im Rahmen der Debatte über den Arbeitsschutz in der Fleischwirtschaft erfolgte im Januar 2021 zunächst ein generelles Verbot von Werk- und Dienstverträgen in den Bereichen der Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung sowie ein stufenweise geregeltes Verbot von Zeitarbeit, wonach es aufgrund einer befristet bis zum 31.03.2024 geltenden Tariföffnungsklausel unter Einhaltung strenger Auflagen ausschließlich im Bereich der Fleischverarbeitung noch möglich war, Zeitarbeit zum Abfangen saisonaler Produktionsspitzen zu nutzen. Mit Auslaufen dieser Regelung, obwohl die Evaluation nach § 8 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) von Februar 2024 eine Entfristung dieser empfiehlt, gilt nun ebenfalls ein generelles Verbot von Zeitarbeit in den Bereichen der Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung.

In der vorliegenden Position zeigen wir die notwendigen Verbesserungen beim Einsatz von Drittpersonal auf.

2 Zeitarbeit flexibel erhalten

Hoher bürokratischer Aufwand und rechtliche Unsicherheiten

Die Zeitarbeit stellt für Unternehmen ein wichtiges Instrument der Flexibilisierung dar. Diese Flexibilität wurde jedoch durch die Anpassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 01. April 2017 stark eingeschränkt und durch unnötige Bürokratie erschwert. Zudem führen die Abweichungen der Auslegung des Gesetzestextes durch die Bundesagentur für Arbeit von der Gesetzesbegründung zu großen Unsicherheiten.

2.1 Der Equal Treatment-Grundsatz gemäß § 8 Abs 1 S. 1 AÜG

Nach dem sogenannten Gleichstellungsgrundsatz oder Equal Treatment-Grundsatz ist der Verleiher verpflichtet, dem Zeitarbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts (Equal Pay), zu gewähren, § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG.

Nach der Fachlichen Weisung der Bundesagentur für Arbeit ist zur Feststellung des vergleichbaren Entgelts der erweiterte Arbeitsentgeltbegriff heranzuziehen. Allein das abgerechnete Monatsentgelt für einen vergleichbaren Stammbeschäftigten reicht für die Erfüllung des Equal Pay-Grundsatzes nicht immer aus. Insbesondere die Bewertung bzw. Umrechnung etwaiger Zuschläge, Sachleistungen, Sonderzahlungen und Urlaubsentgelte ist unklar.

Dieser weite Entgeltbegriff führt in der Praxis zu einem unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwand. Das Equal Pay kann jeden Monat anders sein. Das bedeutet also, der Personaldienstleister muss dem Einsatzbetrieb mehrseitige Fragebögen zur Ermittlung des Equal Pay übersenden. Sobald sich etwas an den übermittelten Parametern ändert, muss der Entleiher dem Verleiher unverzüglich die neuen geänderten Daten zukommen lassen. Hinzu kommt, dass durch verschiedene Entleiher insbesondere unterschiedliche Arbeitszeitsysteme, Behandlung von optionalen Sachleistungen, Zugehörigkeit von Entgeltbestandteilen zusammentreffen. Die Komplexität der Datenermittlung und -sammlung führte zu einer Kostensteigerung seitens des Verleihers und somit auch einem höheren Kostenaufwand für den Entleiher. Ergebnisse der Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) von Dezember 2022 untermauern diese These. Insgesamt gibt die Mehrheit der befragten Entleihbetriebe an, dass die Kosten für den Zeitarbeitseinsatz durch die Equal Pay-Regelungen gestiegen sind. (S. 299)

Erschwerend kommt hinzu, dass die Entleihbetriebe oftmals nicht gewillt sind eine so große Masse sensibler Daten herauszugeben. Da es sich dabei um firmeninterne Daten handelt, hat der Entleiher ein Interesse daran, diese nicht an Externe weiterzugeben.

Der komplexe bürokratische Aufwand sowie die Pflicht zur Herausgabe firmeninterner Informationen schrecken daher viele Entleiher ab, das System der Zeitarbeit weiterhin zu nutzen.

Daher fordern wir, das Equal Pay auf pauschalierter Grundlage, insbesondere einem tarifvertraglichen Grundgehalt, zu berechnen. Dies muss im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) klargestellt werden.

2.2 Ausweitung des Geltungsbereichs des AÜG auf Verleih im Ausland stoppen

Die Bundesagentur für Arbeit (BA) hat zum 15. Oktober 2024 die [aktualisierten Fachlichen Weisungen zum AÜG](#) veröffentlicht. Diese enthalten eine besonders brisante Neuerung: Die BA geht neuerdings davon aus, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nach den deutschen Vorschriften auch dann droht, wenn die Arbeitnehmer des Auftragnehmers ausschließlich im Ausland tätig sind (Fachliche Weisung AÜG unter 1.1.1 (3)). Darin heißt es:

„(...)Bei ortsunabhängigen Arbeitsleistungen ist ein Inlandsbezug regelmäßig gegeben, sofern der Leiharbeitnehmer aus dem Ausland virtuell für einen inländischen Entleiher tätig wird.(...)“

Die Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist räumlich auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt (sog. Territorialitätsprinzip). Der Geltungsbereich des AÜG ist hiervon ausgehend nur dann eröffnet, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Dies setzte bislang voraus, dass die Arbeitnehmer des Vertragspartners zumindest in Deutschland tätig wurden, also deutschen Boden betreten.

Die Bundesagentur für Arbeit strebt jedoch eine Ausweitung auf Konstellationen an, in denen ein Arbeitnehmer ausschließlich im Ausland tätig wird und lediglich virtuell bei einem inländischen Unternehmen eingliedert wird.

Im Ergebnis führt diese Auslegung dazu, dass ein im Ausland ansässiger Verleiher somit eine Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 AÜG benötigt, auch wenn der Zeitarbeitnehmer ausschließlich im Ausland sitzt und damit eigentlich kein Inlandsbezug vorliegt. Wenn das Unternehmen über keine entsprechende Erlaubnis verfügt, liegt eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor.

Die Auslegung der BA ist abzulehnen. Aufgrund der aktuell wirtschaftlich herausfordernden Zeiten und vor dem Hintergrund des massiven Fachkräftemangels bedarf es einer entsprechenden praxisnahen Auslegung. Der Geltungsbereich des AÜG darf in dieser Form nicht ausgeweitet werden.

2.3 Die Überlassungshöchstdauer § 1 Abs 1 S. 4, Abs. 1b S. 1 AÜG

2.3.1 Überlassungshöchstdauer abschaffen

Die Einführung einer Überlassungshöchstdauer bei der Novellierung des AÜG 2017 ist eine überflüssige Reglementierung, da die Zeitarbeitskraft aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen zu dem Zeitpunkt, in dem der Einsatz zwangsweise beendet werden muss, entweder einen Anspruch auf ein gesetzliches oder ein tariflich definiertes Equal Pay hat und damit der Stamarbeitskraft in den wesentlichen Punkten gleichgestellt ist. Insbesondere widerspricht diese gesetzliche Regelung der Systematik der Branchenzuschlagstarifverträge, die eine Equal Pay-Vergütung ab dem 16. Monat vorsieht. Es ist den Mitarbeitern nach wie vor nicht zu vermitteln, warum sie drei Monate nach Erreichen dieses Entgelts aus dem Einsatz abgezogen werden müssen, sofern nicht ein abweichender Tarifvertrag etwas anderes vorsieht.

Die Überlassungshöchstdauer führt in vielen Fällen dazu, dass Einsätze ohne Not und gegen den Willen der Mitarbeiter beendet werden müssen. In Folgeeinsätzen kann zu Beginn der vorherige Verdienst ggf. nicht erreicht oder es kann im schlimmsten Fall überhaupt kein Folgeeinsatz gefunden werden, so dass Arbeitsverhältnisse beendet werden müssen. Es besteht die Gefahr, dass diese nachteiligen Folgen besonders die trifft, die es schwer auf dem Arbeitsmarkt. Ergebnisse der Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) von Dezember 2022 bestätigen diese Annahme. So zeigt die Studie, dass die mittlere Einsatzdauer abgenommen hat und längere Einsätze im Rahmen der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer reduziert wurden, sofern keine tarifvertraglichen Ausnahmeregelungen gelten. (§. 244-245) Aus den genannten Gründen muss die Überlassungshöchstdauer abgeschafft oder zumindest substantziell verlängert werden. Sollte dies nicht erfolgen, müssen die folgenden Klarstellungen vorgenommen werden, um größere Rechtssicherheit zu schaffen.

2.3.2 (Subsidiäre) Tarifzuständigkeit der Sozialpartner der Zeitarbeit

Das Gesetz sieht vor, dass nur durch Tarifverträge der Einsatzbranchen von der Überlassungshöchstdauer abgewichen darf. Im Hinblick darauf, dass in vielen Branchen keine Regelungen vorliegen, und der Tatsache, dass einige Gründe für längere Überlassungszeiten nicht branchenspezifisch begründet sind, sondern unterschiedslos in allen Branchen eine Rolle spielen (längere Krankheitsvertretung, Elternzeitvertretung etc.), sollte den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche wenigstens eine subsidiäre Tarifzuständigkeit zugesprochen werden.

2.3.3 Was begründet die Überlassungszeit

§ 1 Abs. 1 S. 4 AÜG regelt, dass die Überlassung von Arbeitnehmern vorübergehend bis zu einer Höchstdauer nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG von im Grundsatz 18 Monaten zu erfolgen hat.

Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob die tatsächliche Einsatzzeit oder die zeitliche Regelung im Überlassungsvertrag zur Berechnung der Höchstüberlassungsdauer ausschlaggebend ist. Rein nach dem Wortlaut, der von „überlassen“ in § 1 Abs. 1b S.1 AÜG spricht, ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Die Fachliche Weisung der Bundesagentur ist auch hier wieder nicht klarstellend. Unter Ziffer 1.2.1. Abs. 2 ist für die Bestimmung der Überlassungsdauer die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher ausschlaggebend.

Die Berechnung der Überlassungshöchstdauer anhand der vertraglichen Vereinbarung bedeutet in der Praxis, dass die Überlassung formal durch die Kündigung des Überlassungsvertrags beendet werden muss. Diese formale Beendigung ist nicht praktikabel, da oftmals, wenn eine baldige neue Überlassung zu erwarten ist, eine Kündigung des Überlassungsvertrags Formalitäten erfordert, die durch ein Bestehenlassen des Vertrags vermieden werden können.

Eine formale Beendigung und beispielsweise ein neuer Abschluss eines Überlassungsvertrags mit dem gleichen Inhalt einen Tag später mit demselben Entleiher, bringen wieder unnötigere bürokratische Belastungen.

Wir fordern daher eine gesetzliche Klarstellung, hinsichtlich der Berechnung der Höchstüberlassungsdauer anhand der tatsächlichen Überlassungszeit. Die im Überlassungsvertrag genannte Zeit darf für die Berechnung nicht ausschlaggebend sein, da sie den Zeitarbeitnehmer nicht tatsächlich betrifft.

2.3.4 Wie ist die Überlassungshöchstdauer zu berechnen

Nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG darf der Verleiher den Zeitarbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen.

Unklar ist hierbei, welche Berechnung der Höchstdauer von 18 Monaten zu Grunde zu legen ist. Und wann dementsprechend die Höchstüberlassungsdauer endet.

Begreift man die Höchstüberlassungsdauer als zusammenhängenden Zeitraum (Monat), endet die Frist nach § 188 Abs. 2 BGB. Bei einem Einsatzbeginn zum 01. April 2023 endet somit die Achtzehnmonatsfrist mit Ablauf des 30. Septembers 2024. Dies lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut entnehmen, denn § 1 Abs. 1b AÜG spricht von „18 aufeinanderfolgenden Monate(n)“. Auch die Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit berechnet die Frist im Sinne des Wortlauts.

Aufgrund der etwaigen Anrechnung von Vorüberlassungszeiten könnte man die Höchstüberlassungsdauer aber auch als Frist im Sinne des § 191 BGB verstehen. In diesem Fall würden für einen Monat 30 Tage angesetzt, so dass die Höchstüberlassungsdauer 540 Tage betragen würde. Bei dem oben herangezogenen Beispiel der Überlassung ab 01. April 2023 würde die Überlassung, unter Heranziehung dieser Berechnungsmethode, schon am 22. September 2024 enden.

Zwar gibt es nun schon ein Urteil des LAG Niedersachsen vom 06. April 2023 (Az. 6 Sa 217/22), wonach § 188 Abs. 2 BGB das Ende der Frist vorgibt. Da die Berechnungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, muss man bis zu einer höchstrichterlichen Klärung beide Berechnungen vornehmen und diejenige wählen, die ein früheres Ende der Überlassungshöchstdauer ergibt.

Daher fordern wir auch hier eine gesetzliche Klarstellung hinsichtlich der Berechnungsmethode, wonach die Höchstüberlassungsdauer, wie es der Wortlaut fordert, in ganzen Monaten zu berechnen ist.

2.4 Abschaffung des Verbotes der Überlassung im Baugewerbe § 1b AÜG

Das Baugewerbe ist stark vom Fachkräftemangel betroffen. Umso realitätsfremder wirkt das aus dem Jahr 1982 stammende Verbot der Zeitarbeit im Bauhauptgewerbe.

Nach § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist die Überlassung von branchenfremden Unternehmen in das Baugewerbe für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, unzulässig. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar 1987 die Vereinbarkeit dieses sektoralen Verbots mit dem Grundgesetz bejaht. Inzwischen haben sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen aber derart verändert, dass in der juristischen Literatur das Verbot nicht mehr für verfassungskonform und vor allem auch nicht mit der später in Kraft getretenen EU-Zeitarbeitsrichtlinie für vereinbar gehalten wird, weil diese in Artikel 4 Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Zeitarbeit nur unter engen Voraussetzungen zulässt.

Deswegen muss das Überlassungsverbot in das Bauhauptgewerbe gestrichen werden.

2.5 Restriktivere Auslegung bzgl. der Ausnahme nach § 1 Abs. 3 AÜG: Gelegentliche Überlassung

Jedenfalls aber bedarf es der einer restriktiveren Auslegung der Regelung des § 1 Abs. 3 i. V. m. §§ 1a und 1b AÜG durch die Bundesagentur (BA) und des Bundesministeriums für Arbeit (BMAS). Deren Ausführungen zu § 1 Abs. 3 AÜG führen in der Praxis aktuell zu einem vollständigen Verbot der Überlassung ohne Ausnahmen im Baugewebe. Dies ist auch nicht von dem ursprünglichen Leitgedanken des Gesetzes gedeckt.

§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG ermöglicht es grundsätzlich, dass beispielsweise auch bei Auftragsstornierungen personelle Überkapazitäten anderweitig genutzt werden können, ohne dass bereits die Voraussetzungen der Kollegenhilfe nach § 1a AÜG gegeben sein müssen. Wirtschaftliche Schief lagen können damit frühzeitiger vermieden werden.

Das Baugewerbe ist nach Auffassung der BA bisher von der Regelung durch den Eingangssatz des Absatzes 3 (... „mit Ausnahme des § 1b Satz 1 ...“) ausdrücklich ausgenommen, so dass beispielsweise kurzfristige Auftragsstornierungen und dadurch entstehende Leerläufe, die noch nicht Kurzarbeit oder Entlassungen zur Folge hätten, nicht durch gelegentliche Kollegenhilfe aufgefangen werden können.

Allerdings berücksichtigt die Auslegung der BA nicht, dass im Eingangssatz des Absatzes 3 lediglich nur auf das generelle Verbot der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1b Satz 1 AÜG abgestellt wird, die erlaubte Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1b Satz 2 AÜG von der Anwendungsausnahme nicht erfasst wird.

Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 13/4941, Seite 248) sollte so nur sichergestellt werden, dass eine Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe weder auf der Grundlage einer tarifvertraglichen Vereinbarung erfolgen konnte – diese Möglichkeit wurde aber später durch den aktuellen § 1b Satz 2 lit. a) AÜG ausdrücklich erlaubt – noch im Rahmen einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung erfolgte. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, wieso die Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG nicht auch dem Baugewerbe zugänglich gemacht werden soll, ist bei späterer Einfügung der Vorschrift in das AÜG nicht erfolgt. Der Gesetzesbegründung BT-Drucksache 17/4804 lässt sich aber entnehmen, dass es hier nur nicht um die erleichterte Ermöglichung von Arbeitnehmerüberlassung durch klassische Leiharbeitsunternehmen ging, was auch der Intention des § 1b AÜG entspricht, sondern um Ermöglichung einer nur gelegentlichen Überlassung durch Unternehmen, die keine Leiharbeitsunternehmen darstellen. Als Beispiele werden dort ausdrücklich Handwerksbetriebe genannt. Ein sachlicher Grund, das Baugewerbe von den Regelungen des § 1 Absatz 3 Nr. 2a AÜG weiter auszuschließen, ist nicht erkennbar.

Die Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG muss daher durch eine Gesetzesänderung auch dem Baugewerbe wieder zugänglich gemacht werden.

2.6 Öffnung der Vorschrift zu Kollegenhilfe § 1a Abs. 1 AÜG auch für größere Unternehmen

Daneben liest die BA bisher einen Zusammenhang zwischen § 1a und § 1b AÜG, verlangt also, dass für das Baugewerbe Kollegenhilfe nur erlaubt ist, wenn die Regelungen beider Vorschriften kumulativ erfüllt werden.

Das entspricht aber weder dem Wortlaut, noch der Gesetzeshistorie.

Vielmehr lässt sich der Gesetzesbegründung BT-Drucksache 12/7564 entnehmen, dass den Unternehmen des Baugewerbes nicht nur die Regelung zur Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe – damals § 12 AFG, heute § 1b AÜG – neu eröffnet wurde, sondern sie „darüber hinaus“ seinerzeit auch die Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG in der damaligen Fassung nutzen konnten wie auch „außerdem in Zukunft“ die damals bereits vorhandene Regelung zur Kollegenhilfe. Eine kumulative Verknüpfung der Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe und zur Kollegenhilfe sieht die Gesetzesbegründung ausdrücklich nicht vor („Außerdem ...“), auch nicht spätere Änderungen und Ergänzungen des § 12 AFG bzw. § 1b AÜG.

Es muss klargestellt werden, dass auch für Betriebe des Baugewerbes die Zulässigkeit der Kollegenhilfe alleine vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 1a AÜG abhängig ist.

Diese Auslegung ließe sich gut durch die Zielsetzung rechtfertigen, Kurzarbeit oder Entlassungen zu vermeiden. Das Ziel erscheint höherrangig als der – ohnehin überprüfungsbedürftige – Zweck der Regelung in § 1b AÜG.

Die Kollegenhilfe nach § 1a AÜG ist bisher auf kleine Betriebe (maximal 50 Beschäftigte) beschränkt - anders als die Regelungen des § 1 Absatz 3 AÜG - so dass größere Bauunternehmen weder die Möglichkeiten des § 1 Absatz 3 AÜG (siehe oben) noch des § 1a AÜG nutzen können und damit Kurzarbeit und Entlassungen in weitaus größerem Umfang drohen.

§ 1a Abs. 1 AÜG muss durch Gesetzesänderung auch größeren Unternehmen eröffnet werden. Ein Schwellenwert von 100 Arbeitnehmern wäre hierfür angemessen.

2.7 Die Informationspflicht nach § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG

Der Verleiher hat den Zeitarbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Zeitarbeitnehmer tätig wird, § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG.

Die Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit legt diese Informationspflicht streng aus, wonach auch bei offensichtlicher Überlassung der Arbeitnehmer informiert werden muss (FW BA aus 2019 unter Ziffer 11. Abs. 5). Die Gesetzesbegründung hingegen hält eine solche Informationspflicht nur in Zweifelsfällen für notwendig (BT-Drucksache, 18/9232, S. 25).

Viele Verleiher bieten ausschließlich oder ganz überwiegend Arbeitnehmerüberlassung an. Es besteht kein Zweifel über die Art des Einsatzes. Für die dort beschäftigten Arbeitnehmer wirkt es geradezu gekünstelt, wenn man sie bei jeder Überlassung darauf aufmerksam macht, dass sie jetzt wieder einmal überlassen werden.

Eine Nichtbeachtung dieser Pflicht stellt wiederum einen Bußgeldtatbestand gem. § 16 Abs. 1 Nr. 8 AÜG dar.

Eine ständige Information des Arbeitnehmers zu jeder Überlassung, unabhängig davon, wie offensichtlich sich die Überlassung gestaltet, schafft auch wieder eigentlich vermeidbare Bürokratie.

Diese Informationspflicht muss eingeschränkt werden. Es muss genügen, dass der Mitarbeiter nur in zweifelhaften Fällen über die Überlassung informiert werden muss. In allen anderen Fällen muss eine solche Pflicht entfallen. Jedenfalls dann, wenn nach dem Arbeitsvertrag ausschließlich ein Einsatz im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung erfolgen darf, ist eine vorherige Information vor jeder Überlassung überflüssig.

2.8 Das Beschäftigungsverbot im Arbeitskampf nach § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG

Nach der Regelung des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG ist es dem Entleiher verboten Zeitarbeitnehmer – unabhängig von deren Einwilligung – im Betrieb einzusetzen, wenn dieser unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.

In vielen Betrieben ist es schwierig zu ermitteln, welcher Stammarbeitnehmer welche konkrete Tätigkeit ohne die Streikteilnahme übernommen hätte. Außerdem ist es in der Praxis oft unmöglich zweifelsfrei, und klar auf die Zukunft gerichtet prognostizieren zu können, ob das Tätigwerden des Zeitarbeitnehmers unterbleiben muss oder nicht. Es gibt jedoch keine Stellungnahme der Bundesagentur dazu, ob ein Tätigwerden dann zu unterbleiben hat, wenn schon Zweifel bestehen, oder ob das Verbot erst greift, wenn die Prognose zweifelsfrei feststeht.

Eine enge Auslegung hin zu einer zweifelsfreien Prognose wird durch die enorm hohe Strafandrohung unterstützt. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG können dem Entleiher bei Verstößen gegen das Streikverbot Bußgelder bis zu 500.000,00 Euro drohen (FW der BA Ziffer 11. Abs.10). Andere Verstöße in § 16 Abs. 1 AÜG berechtigen höchstens zu einem Bußgeld von 30.000,00 Euro.

Wir fordern daher eine Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass der Streikeinsatz nur dann verboten ist, wenn eine zukünftige, zweifelsfreie Prognose gestellt werden kann. Nur diese Voraussetzungen rechtfertigen den hohen Strafrahmen.

2.9 Erlaubnisverfahren zuverlässiger regeln

Das Erlaubnisverfahren sollte stringent und zügig durchgeführt werden, um unternehmerische Initiativen und die Schaffung von Arbeitsplätzen nicht zu behindern. Zugleich sollten die Anforderungen an die Erteilung der Erlaubnis nicht abgesenkt und nur solchen Personen erteilt werden, deren Zuverlässigkeit nach den gesetzlichen Voraussetzungen positiv beurteilt wurde.

2.10 Hürden des Aufenthaltsrechts

Die Zeitarbeit erweist sich auch bei der Integration ausländischer Arbeitnehmer, insbesondere bei Flüchtlingen mit Bleibeperspektive, als Integrationsmotor, wie Zahlen der Bundesagentur für Arbeit eindrucksvoll unterstreichen.

Die Aufnahme in die Arbeitswelt ist ein zentraler Aspekt bei der Integration. Die Zeitarbeit erfüllt in diesem Zusammenhang daher auch eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Deshalb müssen die gesetzlichen Hürden bei der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern in Zeitarbeit beseitigt werden.

§ 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthaltsgG sieht vor, dass in der Regel keine Arbeiterlaubnis erteilt wird, wenn der Ausländer als Zeitarbeitnehmer tätig werden will. Dafür gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Zeitarbeit muss grundsätzlich auch für Drittstaatsangehörige möglich sein, d.h. ein gesetzliches Verbot darf nur wenige wirklich begründbare Ausnahmen umfassen.

Die Streichung des § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz wäre für die Zeitarbeitsbranche ein wichtiger Schritt, um dringend benötigte Arbeitskräfte im Ausland zu rekrutieren und erfolgreich in den deutschen Arbeitsmarkt zu integrieren. Auch für Ausländer, die nach dem neuen Chancenaufenthaltsrecht in Deutschland eine Zukunft suchen, bietet die Zeitarbeit eine erste Möglichkeit zum Start in den deutschen Arbeitsmarkt. Das politische Ziel, Zuwanderung in den Arbeitsmarkt über das Fachkräfteeinwanderungsgesetz zu steuern, ist richtig. Dabei könnten die Personaldienstleister unterstützend eine viel gewichtigere Rolle einnehmen als ihnen dies derzeit möglich ist.

Die Wachstumsinitiative der Ampelregierung will den Einsatz von Drittstaatsangehörigen in Arbeitnehmerüberlassung künftig erleichtern. Dies soll aber nur unter engen Voraussetzungen möglich sein, die der Absicht einer Ausweitung der Zeitarbeit auf weitere ausländische Personengruppen erneut zuwiderlaufen.

Das aufenthaltsrechtliche Beschäftigungsverbot in der Zeitarbeit muss aber ohne diese neuen Hürden bedingungslos abgeschafft werden, wenn man die Erwerbsmigration ernsthaft im erforderlichen Umfang stärken will.

Im Folgenden zusätzliche Forderungen Gesamtverband der Personaldienstleister e.V. (GVP):

- Regulierung der Zeitarbeit in der Pflege verhindern
Pflegekräfte entscheiden sich aktiv für die Zeitarbeit. Grund sind oft flexiblere Arbeitszeiten und mehr Zuverlässigkeit bei der Arbeitszeitgestaltung sowie eine größere Wertschätzung. Außerdem machen sie laut BA-Statistik mit 1,9 Prozent nur einen geringen Anteil an den Pflegekräften insgesamt aus. Regulierungen der Zeitarbeit würden zudem dazu führen, dass Pflegekräfte den Beruf verlassen, so eine Kurzstudie (<https://personaldienstleister.de/personaldienstleistungen/zeitarbeit/politik/zeitarbeit-pflege/h>) des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln. Mindestens 66 Prozent der Pflegekräfte würden ihre Tätigkeit bei Einschränkungen der Zeitarbeit aufgeben.

– Kurzarbeitergeld für Zeitarbeitskräfte verstetigen

Das Kurzarbeitergeld wird Zeitarbeitskräften grundsätzlich nicht gewährt, obwohl sie gleichermaßen in die Arbeitslosenversicherung einzahlen wie andere sozialversicherungspflichtige Beschäftigte auch. Ausnahmen wurden bisher nur in Sondersituationen gewährt, wie der Finanz- und Wirtschaftskrise, während der Corona-Pandemie und zu Beginn des Ukrainekrieges. Hier haben Zeitarbeitsunternehmen den verantwortungsvollen Umgang mit diesem Kriseninstrument bewiesen. Steigende Kurzarbeiterzahlen zum Jahresbeginn 2021 gingen nicht mit nennenswerten Beschäftigungsverlusten einher. In den folgenden Monaten baute die Branche die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wieder auf und stabilisierte bestehende Beschäftigungsverhältnisse durch den Einsatz von Kurzarbeit. Grundsätzlich werden sich aufgrund der globalen wirtschaftlichen Verflechtung Deutschlands exogene Schocks samt konjunktureller Schwächephasen und Lieferkettenengpässe häufen. Diese können erhebliche Auswirkungen nicht nur auf einzelne Unternehmen, sondern auf ganze Einsatzbranchen der Zeitarbeitsunternehmen haben. Deshalb muss das Instrument des Kurzarbeitergeldes dauerhaft für Zeitarbeitskräfte geöffnet werden.

3 Werk- und Dienstverträge

Werk- und Dienstverträge sind rechtlich umfassend geregelt

Werk- und Dienstverträge dürfen nicht unter Generalverdacht gestellt werden. Seit jeher sind Dienst- und Werkverträge ein Element des arbeitsteiligen Wirtschaftslebens und prägen die Produktion und Herstellung von Waren sowie die Bereitstellung von Dienstleistungen.

3.1 Werk- und Dienstverträge nicht pauschal diskreditieren

Anders als die öffentliche Diskussion vermuten lässt, gibt es keine guten und schlechten Werk- bzw. Dienstverträge, sondern nur Werk- bzw. Dienstverträge auf der einen Seite und Scheinvertragskonstruktionen auf der anderen Seite.

Mit Pauschalvorwürfen dürfen sinnvolle unternehmerische Gestaltungen nicht diskreditiert oder verhindert werden. Ein erhöhtes Schutzniveau an den Ort der Arbeitsleistung zu knüpfen ist absurd. Es müssen deshalb für Tätigkeiten innerhalb eines Betriebsgeländes dieselben Voraussetzungen gelten wie für Tätigkeiten außerhalb des Betriebsgeländes.

Rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltungen sind bereits heute verboten. Wir wenden uns ausdrücklich gegen Scheinwerk- und -dienstverträge. Das Ausgliedern bestimmter Tätigkeiten auf fremde Dienstleister ist aber kein Rechtsmissbrauch. Wäre dies so, dann wäre der Missbrauch – pointiert formuliert – erst beseitigt, wenn z. B. alle Zulieferbetriebe in Großunternehmen integriert wären. Niemand wird ernsthaft behaupten, dass damit die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands gesichert würde.

3.2 Europarecht

Die Unternehmerfreiheit ist über die Europäische Grundrechtscharta geschützt. Dieser Schutz gilt im Rahmen des Vertrags über die Europäische Union unmittelbar und verdeutlicht die dominante Rolle der Wirtschaft im Europarecht. Die Idee des gemeinsamen Binnenmarktes war der Ursprung der Europäischen Union und ist bis heute die treibende Kraft. Kern der Unternehmerfreiheit ist der Schutz der europäischen Unternehmen – sowohl Auftraggeber als auch Werk- und Dienstvertragsnehmer – vor Überregulierung.

3.3 Grundgesetz

Unser Grundgesetz, das mit seiner Werteordnung unser gesamtes Denken und Handeln prägt, schützt auch die Unternehmerfreiheit.

Umfasst ist die freie Gründung und Führung von Unternehmen – und zwar sowohl von kleinen und mittelständischen Unternehmen als auch von Großunternehmen und Konzernen. Auch wenn dieser Schutz in einen sozialen Bezug gesetzt und in einer sozialen Funktion gesehen wird, so dürfen Regelungen nicht ungehemmt in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen. Denn neben materiellen Werten sind insbesondere auch die geschäftlichen Verbindungen und Beziehungen, also auch die von und zu Werk- und Dienstvertragspartnern, geschützt.

Zudem lässt das Grundgesetz Eingriffe in die Rechtspositionen der Beschäftigten des Werk- und Dienstvertragsanbieters (im Folgenden: Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer) nur begrenzt zu, deren Arbeitsmarktchancen und Möglichkeiten der kollektiven Selbsthilfe durch Regulierungsmaßnahmen beeinträchtigt werden.

3.4 Regelungen im allgemeinen bürgerlichen Recht

Durch den Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines versprochenen Werkes und der Besteller zur Leistung der vereinbarten Vergütung. Der Werkunternehmer organisiert die zur Erreichung des vereinbarten wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Tätigkeiten nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt seinem Auftraggeber für die Erfüllung des geschuldeten Werkes verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrags eingesetzten Werkvertragsarbeitnehmer unterliegen der Weisungsbefugnis des Werkunternehmers. Der Besteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Werkvertragsarbeitnehmern nur solche objektbezogenen Anweisungen erteilen, die sich auf die Erfüllung des Werkes selbst beziehen. Eine solche Anweisung liegt u. a. in der Vorgabe einer bestimmten Abfolge der vereinbarten Leistungen, um die werkvertraglichen Arbeiten auf den Betriebsablauf des Bestellers abzustimmen. Arbeitsrechtliche Weisungen, wie die Anordnung von Überstunden, sind dem Besteller nicht erlaubt.

Die zur Prüfung von Werkvertragskonstellationen berufenen Behörden prüfen auch gerade diese Umstände. So rechnet die Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz insbesondere folgende Elemente einer Werkvertragskonstellation zu:

- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses.
- Unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller.
- Personenbezogenes, arbeitsrechtliches Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern (wenn das Werk dort zu erstellen ist).

- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung durch den Werkunternehmer.

Entspricht die Vereinbarung als Werkvertrag nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, so liegt ein Scheinwerkvertrag und bei Eingliederung der Werkvertragsarbeitnehmer in den Betrieb des Bestellers mit arbeitsrechtlichem Weisungsrecht dort eine Arbeitnehmerüberlassung vor. Dies hat bereits heute weitreichende Konsequenzen für die Beteiligten.

Dienstverträge folgen im Großen und Ganzen den gleichen Regeln, es wird aber nur die vereinbarte Tätigkeit und kein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet.

Vergleichbares gilt bei freier Mitarbeit. Freie Mitarbeit wird ebenfalls auf werk- oder dienstvertraglicher Basis erbracht. Auftragnehmer ist jedoch immer eine einzelne natürliche Person.

Bei Auslagerungen bilden die Regelungen zum Betriebsübergang ein Korrektiv. Bei Übertragung von Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber übernimmt dieser zum einen die betroffenen Arbeitnehmer mit all ihren Rechten und Pflichten und zum anderen unterliegen die geltenden Arbeitsbedingungen einem bestimmten Schutz vor Änderungen.

3.5 Abgrenzung verschiedener Vertragstypen beim Personaleinsatz

In einem Arbeitsverhältnis wird eine fremdbestimmte und weisungsgebundene Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit auf der Grundlage eines privaten Arbeitsvertrags erbracht.

In einem solchen Arbeitsverhältnis steht auch der Zeitarbeitnehmer zu seinem Zeitarbeitsunternehmen. Im Rahmen von Zeitarbeit überlässt das Zeitarbeitsunternehmen einem fremden Einsatzunternehmen aufgrund einer Vereinbarung vorübergehend geeignete, beim Zeitarbeitsunternehmen angestellte Arbeitskräfte. Das Einsatzunternehmen kann diese Arbeitskräfte nach seinen Vorstellungen und Zielen einsetzen und ihnen hierzu arbeitsrechtliche Weisungen erteilen.

Der Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer steht in einem Arbeitsverhältnis zu seinem Vertragsarbeitgeber. Vertragsarbeitgeber können zum Beispiel Handwerks- und Zulieferbetriebe sein. Auch für Dienstleistungsbetriebe gelten die gleichen Regeln. Jeder der zum Frisör geht oder beim Konditor eine Torte bestellt, nutzt solche Vertragsgestaltungen. Denn er geht ein Werk- und Dienstvertragsverhältnis ein, zu dessen Erfüllung der Werk- und Dienstvertragspartner als Arbeitgeber oft Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer einsetzt. Und auch Unternehmen untereinander nutzen diese Vertragsgestaltung, zum Beispiel in der Zusammenarbeit von Automobilherstellern mit Automobilzulieferern. Während beim Werk- und Dienstvertrag das Unternehmen die zur Herstellung des vereinbarten Vertragsgegenstandes notwendigen Tätigkeiten selbst organisiert und dazu ggf. eigene Arbeitnehmer als Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer einsetzt, überlässt das Zeitarbeitsunternehmen dem Einsatzunternehmen Arbeitnehmer, die das

Einsatzunternehmen im dortigen Betrieb nach eigenen Weisungen einsetzt. Der Unterschied besteht also wesentlich darin, dass Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer im Betrieb ihres Arbeitgebers eingegliedert bleiben und nur dessen Weisungen unterliegen, wohingegen Zeit-
arbeitnehmer im Betrieb des Einsatzunternehmens eingegliedert werden und dort den Weisungen der Vorgesetzten des Einsatzunternehmens unterliegen.

3.6 Regelungen im Individual- und Kollektivarbeitsrecht

3.6.1 Verhältnis Werk- und Dienstvertragsarbeitgeber – Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer – Besteller

Die Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer haben gegenüber ihrem Vertragsarbeitgeber diejenigen Rechte, die alle Arbeitnehmer in Deutschland haben. Sie können über Gewerkschaften Tarifverträge aushandeln, Betriebsräte nach den allgemeinen Regeln wählen und ihre individuellen Rechte verfolgen. Für Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer gilt auch das neue Mindestlohngesetz. Weder das Arbeits- noch das Sozialversicherungsrecht kennt Beschäftigte „zweiter Klasse“. Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer sind deshalb keine Randgruppe bei den Beschäftigten, sondern vollwertige Arbeitnehmer.

So unterliegen beispielsweise Handwerksbetriebe als Vollmitglieder einer Innung den Tarifverträgen, die ihre Innung oder ihr Innungsverband geschlossen hat. Und Automobilzulieferer unterliegen, soweit sie Mitglieder eines tarifschließenden Arbeitgeberverbandes sind, den Tarifverträgen, die deren Verband geschlossen hat, zum Beispiel in der Metall- und Elektroindustrie oder in der Kunststoff verarbeitenden Industrie.

Zwischen dem Besteller der Werk- und Dienstvertragsleistungen und dem Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer besteht kein Arbeitsverhältnis, an das Rechte von Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmern anknüpfen könnten.

Der Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer wird insoweit aber nicht schutzlos gestellt. Er ist lediglich an seinen Vertragsarbeitgeber verwiesen.

Anders als bei Zeitarbeitskräften ist keine Durchbrechung dieses Grundsatzes angezeigt. Zeitarbeitskräfte werden in den Einsatzbetrieb eingegliedert und unterstehen dort dem umfänglichen Weisungsrecht vorgesetzter Mitarbeiter. Der Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer ist dagegen ausschließlich dem Weisungsrecht seines Werk- und Dienstvertragsarbeitgebers unterworfen und bleibt in die betriebliche Organisation seines Arbeitgebers eingegliedert.

3.6.2 Internationale Zusammenarbeit von Unternehmen

In Fällen internationaler Zusammenarbeit von Unternehmen greifen ergänzende Schutzvorschriften des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Die Vorschriften dieses Gesetzes wirken einer möglichen Unterbietung von Beschäftigungsbedingungen durch grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern entgegen. Es zielt auf die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer ab. Ohne Rücksicht auf Wirtschaftsbereiche finden deutsche Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf verschiedene Arbeitsbedingungen des entsandten Mitarbeiters Anwendung; so zum Beispiel:

- Mindestentgeltsätze
- Regelungen zum Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz bzw. nach Schwerbehindertenrecht
- Vorschriften zu Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten in Arbeitszeitgesetz, Fahrpersonalgesetz bzw. Ladenschlussgesetz
- Arbeitnehmerschutzrecht im Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz, Bundesimmissionsschutzgesetz, in der Gewerbeordnung und anderen Vorschriften
- Vorschriften des Mutterschutzgesetzes und des Jugendarbeitsschutzgesetzes
- Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Nachrangig gelten zudem die Regelungen des Mindestlohngesetzes.

3.6.3 Regelungen im Betriebsverfassungsrecht (Einsatzbetrieb)

Das deutsche Betriebsverfassungsrecht sieht umfangreiche Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb vor, zum Beispiel:

- § 80 Abs.1 Nr. 8 und Abs. 2 BetrVG
- § 90 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BetrVG
- § 92 BetrVG
- § 92a BetrVG
- § 106 BetrVG
- §§ 111 ff BetrVG

Der Betriebsrat kann sich umfänglich unter Einsicht in betriebliche Unterlagen über einen etwaigen Personaleinsatz über Werk- bzw. Dienstverträge informieren. Er kann dem Unternehmer Vorschläge zur Beschäftigungssicherung unterbreiten und diese mit dem Arbeitgeber beraten und im Falle von Auslagerungen über die Vorschriften zu Betriebsänderungen meist einen Ausgleich oder die Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen der betroffenen Arbeitnehmer verhandeln.

3.7 Solo-Selbstständige

Durch die Vergabe von Werk- oder Dienstverträgen an Solo-Selbstständigen können Unternehmen Arbeitsprozesse an Drittpersonal vergeben.

Freie Mitarbeit ist die selbstständige unternehmerische Tätigkeit einer Einzelperson für ein fremdes Unternehmen auf werk- oder dienstvertraglicher Grundlage. Im Sprachgebrauch werden freie Mitarbeiter häufig auch als Solo-Selbstständige bezeichnet.

3.7.1 Mehr Rechtssicherheit bei der Statusfeststellung

Es ist dringend erforderlich, ein zeitgemäßes Verständnis unternehmerischer Chancen und Risiken zu entwickeln. In einer postindustriellen Wissensgesellschaft können Selbstständige ohne Mitarbeiter und ohne großen Kapitaleinsatz, oft nur mit Smartphone und Laptop, eine erhebliche Wertschöpfung entwickeln. Das unternehmerische Risiko besteht in erster Linie in dem Zeitaufwand zum Erwerb und praktischen Anwenden von spezialisiertem Wissen in unterschiedlichen Kontexten. Selbstständige wie z.B. IT-Selbstständige, Designer oder Honorarlehrer dürfen nicht mit denselben Kriterien im Statusfeststellungsverfahren bewertet werden wie Bauunternehmer.

Darüber hinaus sollten die umfangreichen Fragebögen der Deutschen Rentenversicherung (DRV) weniger missverständlich formuliert und die Durchführungsanweisungen für das Statusfeststellungsverfahren veröffentlicht werden.

3.7.2 Fast-track: Statusfeststellungsverfahren nicht notwendig

Daneben sollte angedacht werden, eine sog. Schnellprüfung („fast-track“) in der Statusfeststellung einzuführen, um das System zu entlasten.

In den folgenden Fällen kann davon ausgegangen werden, dass Selbstständige tatsächlich als solche tätig sind und ausreichend sozial abgesichert sind, sodass sich ein Statusfeststellung erübrigt:

Fast-track 1: Der Selbstständige zahlt freiwillig einkommensabhängig in die DRV ein (Arbeitgeber- und -nehmerbeitrag).

Fast-track 2: Der Selbstständige, der rentenversicherungspflichtig aufgrund seiner Tätigkeit, bspw. weil er arbeitnehmerähnlich selbstständig oder Pflichtmitglied der Künstlersozialversicherung ist und dieser Pflicht nachkommt.

Fast-track 3: Es handelt sich um eine nebenberufliche Selbstständigkeit (Feststellung durch zuständige gesetzliche Krankenkasse). In diesem Fall ist die soziale Absicherung definitionsgemäß durch die zeitlich und einkommensmäßig überwiegenden Anstellung gegeben und die selbstständige Nebentätigkeit nicht versicherungspflichtig.

Fast-track: Falls die geplante Altersvorsorgepflicht in Kraft tritt und ein Selbstständiger ihr entsprechend vorsorgt, muss von einer Statusfeststellung abgesehen werden.

Position der vbw:

Kleinstunternehmer und Gründer sind ein wichtiger Bestandteil der Unternehmenslandschaft in Deutschland. Sie schaffen einen großen Teil der Arbeitsplätze in unserem Land und sind oftmals Treiber für Innovationen. Umso wichtiger ist es, dass auch in Zukunft viele Menschen den Sprung in Selbstständigkeit wagen und unternehmerisch tätig werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die Rahmenbedingungen für Selbstständige weiter verbessert werden.

Um dem gerecht zu werden, fordert die vbw:

- Um Solo-Selbstständige zu entlasten und Unternehmensgründungen zu erleichtern müssen die bürokratischen Lasten bspw. im Statusfeststellungsverfahren reduziert werden.
- Die Fragebögen der DRV müssen verständlicher und allgemeiner formuliert werden: Keine Erarbeitung von Formularen an Einzelfall-Rechtsprechungen
- DRV-Formulare müssen digitalisiert werden.
- Festlegung von Positivkriterien: Zur rechtssicheren statusrechtlichen Beurteilung von Solo-Selbstständigen bedarf es operativer Kriterien, deren Vorliegen leicht nachweisbar sein muss. Entsprechend dem Ziel der Beteiligten, eine rechtssichere Ausgestaltung zu erreichen, müssen sie positiv formuliert sein. Werden die Kriterien demnach kumulativ erfüllt, tritt der Solo-Selbstständige sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlich als Selbstständiger auf.
- Vorschlag abstrakter, tätigkeitsunabhängiger und zugleich gut operationalisierbarer Positivkriterien:
 - Bestehen einer Kapitalgesellschaft (z. B. GmbH)
 - Beschäftigung sozialversicherungspflichtiger Mitarbeiter
 - Mehrere Auftraggeber/ keine Abhängigkeit von einem Auftraggeber
 - Spezialwissen: Ein weiteres typisches Merkmal von Selbstständigen ist, dass sie sich eigenverantwortlich fortbilden und Spezialwissen erwerben. Die Investition in spezialisiertes Wissen ist Ausdruck des unternehmerischen Risikos.
 - Vorhandensein einer Berufshaftpflicht- oder sonstigen branchentypischen Versicherung.
 - Werkvertragliche Regelungen und überwiegend erfolgsabhängige Bezahlung sind Ausdruck eines unternehmerischen Risikos. Für Selbstständige ist die Bezahlung pro Zeiteinheit aber die dominante und in der Regel einträglichste Form der Bezahlung. Deshalb darf die Bezahlung nach Zeit keinesfalls umgekehrt als Negativkriterium gewertet werden.
 - Mitgliedschaft in einem Berufsverband
 - Eine notariell beglaubigte eidesstattliche Versicherung des Selbstständigen, dass er aus eigener Wahl selbstständig ist.
 - Meldung der Selbstständigkeit beim Finanzamt

- Nachweis einer Krankenversicherung
- Bei Einführung der vorgeschlagenen, objektiv feststellbaren Positivkriterien in Verbindung mit einem Punktesystem wäre sogar die Einführung eines Selbsttests möglich.
- Zur Entlastung der Selbständigen und zur Erhöhung der Rechtssicherheit müssen GKV-Beiträge wie bisher auf Basis des jeweils vorliegenden Einkommensteuerbescheids endgültig festgesetzt werden.
- Bei der Einführung einer Altersvorsorgeverpflichtung besteht Handlungsbedarf. Es ist aber darauf zu achten, dass es zu keiner Überlastung der Selbständigen kommt, durch die die Existenz gefährdet wird. Das gilt ganz besonders für die Gründungsphase.

3.8 Moderne Formen der Zusammenarbeit, Co-Working-Spaces und Co

Die Digitalisierung ist eine Chance für alle. Sie zu nutzen liegt im Interesse der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gleichermaßen. Ein moderner Rechtsrahmen muss dazu gesetzliche Spielräume schaffen – auch mit Blick auf neue digitale Geschäftsfelder. Zusätzliche Möglichkeiten, die Arbeit flexibler zu gestalten, erfordern aber auch eine höhere Eigenverantwortung der Arbeitnehmer. Ohne Anpassungen des Rechtsrahmens werden Teile unserer arbeitsrechtlichen Ordnung von der betrieblichen Realität überholt oder die Tätigkeiten werden künftig dort erfolgen, wo bereits ein entsprechender Rechtsrahmen besteht.

Position der vbw:

Um moderne Kooperationsformen zwischen Unternehmen – ggf. unter Einbindung von Selbstständigen – (z. B. Co-Working-Spaces) zu ermöglichen, brauchen wir daher Anpassungen im Arbeitsrecht:

- Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG): Erweiterung des Ausnahmekatalogs für die Nichtanwendung des AÜG in § 1 Abs. 3 AÜG auf den Personalaustausch zwischen Arbeitgebern zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks durch vorübergehendes Zusammenwirken, soweit im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben möglich.
- Änderung des Arbeitnehmerbegriffs: In § 611a Abs. 1 BGB ist zu ergänzen, dass unabhängig von der tatsächlichen Durchführung kein Arbeitsvertrag vorliegt, wenn ein Unternehmer im Sinne von § 14 (BGB) an der Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks zwischen unterschiedlichen Unternehmen vorübergehend mitwirkt (Agiles Arbeiten).
- Anpassungen im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG): In § 99 BetrVG ist zu ergänzen, dass dieses Mitbestimmungsrecht nicht greift bei personellen Einzelmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Personen, die an der Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks zwischen unterschiedlichen Unternehmen vorübergehend mitwirken. In § 111 BetrVG ist zu ergänzen, dass keine Betriebsänderung vorliegt bei organisatorischen Maßnahmen zur vorübergehenden Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks zwischen unterschiedlichen Unternehmen.
- Flankierend dazu ist der Agile (Entwicklungs-)Vertrag als eigener Vertragstypus im BGB einzuführen.

Dies muss von folgenden Anpassungen im Sozialversicherungsrecht begleitet werden:

- Ergänzung in § 7 Abs. 1 SGB IV, dass eine Beschäftigung dann nicht vorliegt, wenn ein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB an der Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks zwischen unterschiedlichen Unternehmen vorübergehend mitwirkt (Agiles Arbeiten).
- Zur rechtlichen Absicherung von Solo-Selbstständigkeit und Selbstständigkeit allgemein muss ein Prozedere greifen, bei dem der (Solo-)Selbstständige kumulativ vorliegende Kriterien zu seiner Einstufung als Selbstständiger nachweist, zu denen auch der Nachweis einer Altersvorsorge gehört.

3.9 Regelungen im Arbeitsschutz

Das Schutzniveau bei Vorschriften des Arbeitsschutzes entspricht dem eines jeden Arbeitsverhältnisses in Deutschland. Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer sind nicht schlechter gestellt.

Denn das Arbeitsschutzgesetz normiert einerseits die Pflicht zur Zusammenarbeit der beteiligten Arbeitgeber sowie andererseits eine Vergewisserungspflicht des Arbeitgebers im Einsatzbetrieb, dass der Vertragsarbeitgeber von Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmern angemessene Anweisungen hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit erteilt hat. Auf diese Weise wird ein hinreichendes Schutzniveau sichergestellt.

3.10 Bestehende Sanktionsmechanismen

Soweit es sich bei der vertraglichen Umsetzung nicht um eine Werk- und Dienstvertragsgestaltung, sondern um verdeckte Zeitarbeit handelt, sehen verschiedene Gesetze weitreichende Sanktionen vor.

Zwischen Einsatzunternehmen und „Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer“ kommt kraft Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ein Arbeitsverhältnis zustande, insofern insbesondere keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf Seiten des Werk- bzw. Dienstvertragsunternehmens besteht und/oder gegen die Höchstüberlassungsdauer verstoßen wurde.

Dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb steht bei Scheinwerkverträgen auch heute schon eine Mitbestimmung über § 99 BetrVG und eine Eingriffsmöglichkeit über § 101 BetrVG zu. In Fällen von Scheinwerkverträgen liegt Zeitarbeit vor; der Betriebsrat im Einsatzbetrieb kann damit bei erforderlicher, aber unterlassener Mitbestimmung die Aufhebung der personellen Maßnahme (Einstellung) beim Arbeitsgericht beantragen.

Zeitarbeit ohne erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit Geldbußen bis 30.000,00 Euro geahndet wird. Bei Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, aber Vorenthalten zum Beispiel eines erforderlichen Equal Pay kann die Geldbuße bis 500.000,00 Euro betragen.

Darüber hinaus bestehen umfangreiche bußgeldbewehrte Meldepflichten, die insbesondere über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – nachrangig zudem über das Mindestlohngesetz – auch Sachverhalte des internationalen Arbeitereinsatzes erfassen.

Wer ausländische Mitarbeiter ohne entsprechende Erlaubnis einsetzt, erwirkt nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch eine Geldbuße und unter bestimmten Umständen nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz eine Geld- oder Freiheitsstrafe.

Soweit an sich in Deutschland zu entrichtende Sozialversicherungsbeiträge vorenthalten werden, kann eine Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch vorliegen.

Im Übrigen stehen Ordnungswidrigkeiten und Straftatbestände nach weiteren Gesetzen und Verordnungen im Raum.

Bei fehlgeschlagener freier Mitarbeit entsteht grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb mit der Konsequenz, dass auch ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt.

Deutsche Gesetze und Verordnungen sehen damit ein engmaschiges und mit empfindlichen Bußgeldern oder Strafen bewehrtes Sanktionssystem vor. Das System wird durch umfangreiche Überwachungs- und Prüfbefugnisse des Zolls und der Sozialversicherungsträger umgesetzt. Eine Verschärfung von Regelungen verspricht keine weitergehenden Erfolge.

Ansprechpartner/Impressum

Katharina Hörmann

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-236

katharina.hoermann@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Oktober 2024