

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

Was ist neu?

Auch wenn die Forderungen der AEDSW, Partner-Verbände und vielen tausenden aktiven Selbständigen in dem neuen Gesetzesentwurf nicht im Detail aufgegriffen worden sind, so haben wir doch einen wichtigen Etappensieg erreicht:

Die Politik hat begriffen, dass das Projektgeschäft und der Einsatz von hochqualifizierten externen Experten eine wichtige Komponente für die Aufrechterhaltung bzw. Wiedererlangung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft ist und dass eine Arbeitsmarktregulierung einer Differenzierung zwischen den beteiligten Gruppen bedarf. Vor diesem Hintergrund hat der Ausschuss für Arbeit und Soziales in seiner Beschlussempfehlung ([BT Drucksache 18/10064](#)) festgestellt:

[...] 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. [...]

Dieses Bekenntnis der Politik zeigt eindeutig, dass zwischen Missbrauchsfällen von prekär Beschäftigten und dem Einsatz von freiwilligen, gut bezahlten externen Experten, die als Freiberufler tätig werden, unterschieden werden muss. Auch renommierte Rechtswissenschaftler wie Prof. Dr. Gregor Thüsing, Direktor des Instituts für Arbeitsrecht der Universität Bonn, interpretieren diese Darstellung als klare „Absage der allzu schnellen Eingemeindung von Selbständigen in den Arbeitnehmerstatus“ und führt weiter dazu aus: „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, das 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 und andere externe Wissensarbeiter in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt sind, als „in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingebunden“ beurteilt zu werden. Auch wenn die Klarstellung des Bundestags-Ausschusses nicht in der konkreten Gesetzesbegründung steht, so hat sie vergleichbares Gewicht im Rahmen einer Gesetzesinterpretation, da sie zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers zwingend herangezogen werden muss.

Was bleibt?

Dennoch: Trotz des klaren und eindeutigen Bekenntnisses des Gesetzgebers zum Projektgeschäft und der daraus resultierenden möglichen Interpretationsrelevanz für zukünftige Abgrenzungsfragen, spiegelt der neue § 611a 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.

Das Festhalten am Status Quo artikuliert der Gesetzgeber auch im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „Denn die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutschland unverändert“.

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.

Im Vergleich zum Vorgängerentwurf mit seinem korsettartigen Kriterienkatalog – welcher schlimmstenfalls zu einem faktischen Berufsverbot für freiwillig Selbstständige geführt hätte (und der Grund dafür war, dass wir als ADESW mit den Partnerverbänden mit der Kampagne „Expertenarbeit retten“ aktiv werden mussten) – ist der Erhalt des Status Quo in Verbindung mit dem klaren Statement der Politik für das Projektgeschäft ein Erfolg. Es wird in Zukunft (das Gesetz tritt zum 1. April 2017 in Kraft vorbehaltlich der Entscheidung des Bundesrats am 25.11.2016) weiterhin auf eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände abgestellt ohne – wie noch im Vorentwurf – einzelne Kriterien herauszuheben. Prof. Dr. Gregor Thüsing erklärt in diesem Kontext: „Maßgeblich ist die persönliche Abhängigkeit, die typologisch anhand von

Hilfsindizien begründet werden muss. Es gibt keine notwendigen und keine hinreichenden Kriterien. Die Sichtung des Einzelfalls ist erforderlich.“

Die Bedeutung und Notwendigkeit einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände und damit von branchenspezifischen Besonderheiten und Einzelfällen wird auch durch die Formulierung in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales nochmals gestärkt. Es darf damit also nicht von der Erfüllung einzelner Kriterien direkt auf einen Arbeitsvertrag geschlossen werden.

Was ist weiterhin zu tun?

Allerdings bedeutet dies auch, dass die Abgrenzung einer Tätigkeit als abhängig Beschäftigter, die eines Werkvertragsnehmers oder freien Dienstnehmers (Freelancer) aufgrund von unscharfen Abgrenzungskriterien und praxisuntauglichen Rahmenbedingungen leider weiterhin in jedem Einzelfall bewertet werden muss. Das Bekenntnis der Politik zum Projektgeschäft ist ohne Zweifel ein erster Erfolg, es bedeutet aber gerade mit Blick auf das praxisuntaugliche und dringend reformbedürftige Statusfeststellungsverfahren keine unmittelbare Verbesserung. Inwieweit die klaren Worte des Bundestagsausschusses in Zukunft auch mittelbar auf die Prüfpraxis der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund – welche als Exekutivorgan der Sozialverwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung der Sozial- und nicht der Arbeitsgerichte gebunden ist – ausstrahlen 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 aufrechterhalten.

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 betriebsmittelarmen Dienstleistungsbranche 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-vorhandenen Schutzbedürftigkeit durch Dokumentation der Einkünfte (beispielsweise durch Überschreiten einer bestimmten Beitragsbemessungsgrenze vergleichbar Krankenversicherungsschwelle) und Maßnahmen zur Sicherstellung der eigenen Altersvorsorge.

Wie geht es weiter?

Voraussichtlich am 25. November 2016 wird sich der Bundesrat mit dem Gesetz befassen, welches dann am 1. April 2017 in Kraft treten soll. Da das Gesetz nicht zustimmungspflichtig ist, ist es eher unwahrscheinlich, dass das Gesetz nicht verabschiedet werden wird. Im Gesetz ist vorgesehen, dass bereits während der nächsten Legislaturperiode, im Jahr 2020, eine Evaluierung der Gesetzestexte stattfinden soll.

Wir bedanken uns für Ihr Interesse und freuen uns, wenn Sie – als freier Experte/in, als Auftraggeber/in oder als sonstig Betroffene/r – unsere Kampagne Experten-Arbeiten-stärken (www.experten-arbeit-stärken.de) (weiterhin) unterstützen. Bei weiteren Fragen, Anmerkungen oder Anregungen können Sie uns gerne per Email (info@adesw.de) kontaktieren.

Allianz für selbständige Wissensarbeit (ADESW)
November 2016

Die Allianz für selbständige Wissensarbeit (ADESW) vereint führende Dienstleister für den projektbasierten Einsatz hochqualifizierter, selbständiger Wissensarbeiter sowie hierzu assoziierte Partner. 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 KMU's und Start-ups sowie Bundesbehörden und andere öffentliche Auftraggeber, profitieren von dieser Expertise. (www.adesw.de)

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Inhalte dieses Dokuments ausdrücklich nicht als Rechtsberatung zu verstehen sind sondern nur eine allgemeine Einschätzung darstellen. Sie ersetzen keine Beratung und Prüfung im konkreten Fall durch eine hierzu befähigte Person. Dieses Dokument wurde sorgfältig nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und es wird keine Gewähr dafür übernommen, dass die hier getätigten Äußerungen den Sachverhalt umfassend darstellen.