

Positionspapier des Wirtschaftsforums der SPD e.V.

## Wettbewerbsfähigkeit sichern, Innovationskraft stärken: Eine digitale Arbeitswelt bedarf des rechtssicheren Einsatzes von Digitalisierungsexperten

### Präambel

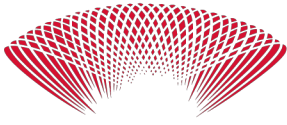
Der digitale Fortschritt und das Erfordernis von schnellen und flexiblen Anpassungen im IT-Bereich haben die Arbeitswelt in Deutschland verändert. Für komplexe Vorhaben hat sich die Anwendung agiler Methoden durchgesetzt, um den Anforderungen gerecht zu werden. Gleichzeitig sind Unternehmen bei umfangreichen IT-Projekten auf das Know-how Externer angewiesen. Der Einsatz von externen Experten in agilen Teams ist durch gesetzliche Rahmenbedingungen jedoch stark beschränkt und birgt erhebliche Risiken für die beauftragenden Unternehmen. Es ist daher nötig, Rechtssicherheit beim Einsatz von externen IT- und Digitalisierungsexperten (im Folgenden „Digitalisierungsexperten“) zu erlangen – auch damit Deutschland ein attraktiver Standort für digitale Innovationen bleibt.

Bei den Digitalisierungsexperten handelt es sich um wirtschaftlich unabhängige Personen mit hohem Einkommen. Damit fallen diese nicht unter die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürftigkeit, die grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden soll.

### 1. Agile Methoden

Die aus den USA stammenden „Agilen Methoden“ (z.B. „Scrum“) werden seit einiger Zeit vermehrt auch in den IT- und Entwicklungsabteilungen deutscher Unternehmen angewendet. Agilität bedeutet, dass Spezialisten in verschiedenen Rollen ohne Hierarchiestufen eng in Teams über längere Zeit an einem Ort zusammenarbeiten und in kurzen, z.B. zwei-wöchigen Rhythmen („Sprints“) ein Produkt inkrementell (d.h. schrittweise) entwickeln.

Das heißt, in der Regel gibt es vorher kein vollständiges „Pflichtenheft“ mit einer Aufzählung aller zu erfüllenden Anforderungen eines IT-Produkts (wie z.B. beim linearen „Wasserfallmodell“), sondern das agile Team erarbeitet sich in einem kreativen und innovativen Prozess seine Aufgabenstellung selbst – und parallel sofort die Lösung. Am Ende der zeitlichen Einheiten stehen funktionierende Zwischenergebnisse, die dann Schritt für Schritt weiterentwickelt werden. Die Flexibilität beruht auf der Interaktion der Beteiligten und weniger auf bestimmten Werkzeugen. Durch die Vernetzung im agilen Team können die kollektiven Erfahrungen bei der Entscheidungsfindung und Problemlösung genutzt werden.



Vorteile der agilen Methoden: Schnelle Anpassung bei neuen Anforderungen, Flexibilität, sofortige Fehlerbehebung, von Anfang an ein funktionierendes Produkt, starke Identifikation der Entwickler mit „ihrem“ Produkt.

Die Umstellung auf agile Methoden betrifft auch die Zusammenarbeit von Unternehmen mit externen Experten, die sie bei IT-Projekten unterstützen. Der externe Digitalisierungsexperte arbeitet im Unterschied zu sonstigen Beratern (z.B. Unternehmensberatern) auf operativer Ebene im Unternehmen. Um agile Methoden optimal umsetzen zu können, müsste der Externe Teil eines Teams sein, in das sowohl Externe als auch interne Mitarbeiter des Unternehmens eingebunden sind (gemischte Teams). Gemischte Teams sind vor allem für den Knowledge-Transfer erforderlich: Das Wissen zu dem entwickelten Produkt soll im Unternehmen verbleiben und nicht ausschließlich bei Externen angesiedelt werden. Eine transparente Kommunikation innerhalb des gemischten Teams soll Wissensinseln vermeiden.

## 2. Definition „Externe“

Von der Problematik betroffen sind Freelancer („Solo-Selbstständige“/Freie Mitarbeiter) und Dienstleister mit eigenen festangestellten Mitarbeitern, die auf Basis eines Dienst- oder Werkvertrags projektbasiert bei den Auftraggebern vor Ort eingesetzt werden.

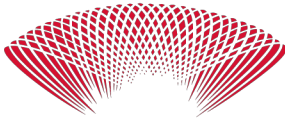
## 3. Problemschwerpunkt

Bei der juristischen Abgrenzung zwischen Freelancer und Arbeitnehmer sowie zwischen Dienst-/Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung spielen Weisungen durch den Auftraggeber und eine Eingliederung in dessen Betriebsorganisation eine maßgebliche Rolle.

Weisungen stehen in agilen Teams weniger im Fokus, da es keine klassischen Hierarchien gibt und Aufgaben auf Basis der Produkthanforderungen vom Team abgeleitet und formuliert werden. Aufgaben werden also „aus dem Team heraus“ entwickelt und nicht angewiesen. Allerdings arbeiten die Teams teilweise in einer Gesamtorganisation, in der Weisungen erfolgen, die sich im Einzelfall auch auf das Team auswirken können.

Das Merkmal der Eingliederung wird vor allem im Sozialversicherungsrecht herangezogen (§ 7 Abs. 1 SGB IV).

Die Frage, ob eine Eingliederung von Externen in die Betriebsorganisation eines Auftraggebers im Rahmen einer agilen Zusammenarbeit angenommen werden könnte, lässt sich schwerer beantworten. Die „klassischen“ Kriterien der Eingliederung berücksichtigen die Sachzwänge und Besonderheiten agiler Methoden nicht.



Für eine Eingliederung können nämlich laut Kriterienkatalog der Deutschen Rentenversicherung (DRV) und Rechtsprechung u.a. folgende Aspekte sprechen:

- Arbeitsteiliges Zusammenwirken mit internen Mitarbeitern
- Tätigkeiten, die auch von internen Mitarbeitern erledigt werden
- Tätigkeit beim Auftraggeber vor Ort
- Betriebsmittel vom Auftraggeber/Zugriff auf Systeme
- Erhebliche/r Dauer und Umfang der Tätigkeit

#### **4. Risiken**

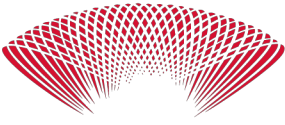
Wenn eine Eingliederung von externen Digitalisierungsexperten in die Betriebsorganisation aufgrund der Anwendung agiler Methoden angenommen werden würde, könnten eine Scheinselbstständigkeit (Freelancer) oder verdeckte/illegale Arbeitnehmerüberlassung (Dienstleister) und damit erhebliche (!) Risiken für das beauftragende Unternehmen bestehen:

- Strafbarkeit der Geschäftsführung (§ 266a StGB; bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe)
- Hohe Bußgelder und Gewinnabschöpfung
- Nachzahlung Sozialversicherungsbeiträge plus Säumniszuschläge (vier bis 30 Jahre rückwirkend) und Nachzahlung der Lohnsteuer
- Sonstige steuerrechtliche Konsequenzen (Unrichtigkeit Steuererklärung)
- Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen
- Entstehen eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes nach AÜG bzw. Klagen vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses
- Reputationsverlust (Schwarzarbeit/Beschäftigung von Scheinselbstständigen)

#### **5. Folgen**

Aufgrund der o.g. Risiken und mangels richtungsweisender Rechtsprechung zur Zulässigkeit der agilen Zusammenarbeit in gemischten Teams mussten die Unternehmen sehr strenge Compliance-Vorgaben entwickeln.

Durch die internen Compliance-Vorgaben wird eine Eingliederung vermieden. Die restriktiven Vorgaben sehen vor, dass interne Mitarbeiter und Externe nicht so eng zusammenarbeiten können, wie es für die erfolgreiche Umsetzung eines IT-Projektes erforderlich wäre. Einige Unternehmen sehen ein Verbot von gemischten Teams vor oder haben umfangreiche Leitfäden für die Zusammenarbeit eingeführt. Wieder andere Unternehmen verzichten bei manchen Projekten gar ganz auf die Anwendung agiler Methoden mit Externen oder haben derartige Aktivitäten ins Ausland verlagert.



Die Anwendung agiler Methoden wird dadurch stark beschränkt:

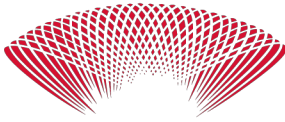
Der fehlende Knowledge-Transfer aufgrund der Trennung von internen Mitarbeitern und externen Digitalisierungsexperten beeinträchtigt die Entwicklung des Produktes und die der Mitarbeiter. IT-Projekte können nicht oder nur mit zeitlichem Verzug fertiggestellt werden. Geschwindigkeit in der IT-Entwicklung ist jedoch entscheidend für die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und für den Digitalisierungsfortschritt in Deutschland.

Hinzu kommt, dass externe Kräfte aufgrund ihrer vielfältigen Engagements über ein hohes Innovationspotenzial verfügen, welches für die Unternehmen im Digitalgeschäft von größter Bedeutung ist. Dieses Potenzial kann aufgrund der Beschränkungen durch Compliance-Vorgaben nicht voll ausgeschöpft werden.

## 6. Alternativen

- Die **Anstellung der Digitalisierungsexperten** ist nur scheinbar eine Lösung. Freelancer hängen häufig an ihrem Status und haben ihr Leben auf die Selbstständigkeit ausgerichtet. Sie schlagen daher lukrative Angebote einer Festanstellung zumeist aus, auch weil sie als Freelancer in Zeiten von Fachkräftemangel deutlich höhere Tagessätze fordern können. Der Markt für Digitalisierungsexperten, die sich anstellen lassen würden, ist leer. Teilweise benötigen die Unternehmen für Projekte auch ein spezielles Know-how, welches auf dem freien Arbeitsmarkt nicht verfügbar ist und zwingend extern eingekauft werden muss.
- Die **Arbeitnehmerüberlassung** nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) stellt ebenfalls keine geeignete Alternative dar. Freelancer wollen sich häufig aus eigener Überzeugung weder beim Auftraggeber noch bei einem Verleihunternehmen anstellen lassen (s.o.). Viele Dienstleister sehen sich nicht als „Verleiher“. Zudem ist die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten nach dem AÜG zu kurz für komplexe IT-Projekte.
- Auch ein (**agiler**) **Werkvertrag** ist nur beschränkt geeignet, die Risiken zu minimieren:

Merkmale Werkvertrag	Merkmale agile Methoden
Auftragnehmer schuldet ein vorab spezifiziertes Arbeitsergebnis (= Werk/ Erfolg)	Erfolg ist nicht definierbar; inkrementelle Entwicklung des Produktes
Verantwortung für die Leistung liegt beim Auftragnehmer	Verantwortung für die Leistung liegt beim Auftraggeber („Product Owner“)
Arbeitsergebnis unterliegt Abnahme	Mangels eines vorab definierten Werkes ist keine Abnahme möglich



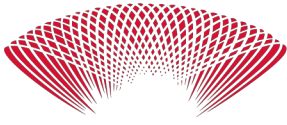
Gewährleistungsrechte	Geltendmachung von Gewährleistungsrechten kommt bei einer Beteiligung des Auftraggebers (= gemischte Teams) nicht in Frage
Fälligkeit des Werklohns erst nach (Teil-) Abnahme des Werkes	In Ermangelung eines Werkes: Fälligkeit nach Erbringung der Leistung

- Die Durchführung eines **Statusfeststellungsverfahrens bei der Clearing-Stelle** sorgt nicht für Rechtssicherheit bei den Auftraggebern. Die Anwendung starrer und nicht zeitgemäßer Abgrenzungskriterien führt häufig zu unsachgemäßen Ergebnissen. Werden Rechtsmittel gegen die Bescheide eingelegt, dauern Prozesse vor den Sozialgerichten viele Jahre. Die Statusfeststellungsverfahren müssen für jedes einzelne Auftragsverhältnis durchgeführt werden. Aufgrund der Einzelfallprüfungen lassen die Ergebnisse keinerlei Rückschlüsse auf vergleichbare Fälle zu.

Das Risiko einer verdeckten/illegalen Arbeitnehmerüberlassung bei Beauftragung eines Dienstleisters mit eigenen Mitarbeitern kann zudem nicht vorab durch ein Statusfeststellungsverfahren geprüft werden. Gleiches gilt, wenn ein Freelancer über eine Agentur eingesetzt wird. Auch in diesem Fall ist der Auftraggeber selbst nicht antragsberechtigt (sondern nur die Agentur).

## 7. Lösungsansätze

- Gesetzliche Anpassungen und Einführung von Ausnahmetatbeständen mit Positivkriterien, z.B. Einkommenshöhe und Nachweis einer angemessenen Altersvorsorge. Vor allem durch fixe Einkommensgrenzen könnte Rechtssicherheit geschaffen werden. Die Anwendbarkeit des SGB IV durch Freigrenzen (Einkommenshöhe) einzuschränken, ist ein Vorgehen, das es für die gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) bereits gibt.
- Harmonisierung der gesetzlichen Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen und daran anknüpfender Prüfkriterien.
- Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzlichen Sozialversicherungszweige und Sicherstellung der Straffreiheit (§266a StGB – damit wäre das Interesse der Solidargemeinschaft an der Absicherung der Sozialversicherung erfüllt).
- Modernisierung des Statusfeststellungsverfahrens:
  - Anerkennung von Einkommenshöhe und angemessener Altersvorsorge als gewichtige Indizien
  - Der Abwägungsvorgang und die Gewichtung einzelner Indizien müssen im Kontext von agilen Methoden auf ihre Tauglichkeit überprüft werden



- Ausgestaltung des Verfahrens in Form eines „Forward-Bescheides“ (unter Zugrundelegung von wesentlichen Kriterien wie Einkommenshöhe und angemessener Altersvorsorge)
- Beschleunigung des Verfahrens
- Schaffung klarer Handlungsanleitungen durch die DRV (Richtlinien etc.) in Bezug auf die Besonderheiten bei agilen Methoden
- Erweiterung der Möglichkeiten, ein Statusfeststellungsverfahren durchzuführen (Ausweitung auf Dreieckskonstellationen).
- Berücksichtigung agiler Arbeitsmethoden bei der Aus- und Fortbildung von Prüfern zuständiger Behörden.
- Änderung der behördeninternen Fachlichen Weisungen/Richtlinien bzgl. des AÜG: Ausnahme für IT-Berater/agile Methoden; verbindlich auch für Zoll und DRV.
- Sukzessive Weiterentwicklung bestehender Prüfverfahren auf Einladung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter Beteiligung der Sozialversicherungsträger, der Finanzbehörden und der Wirtschaft, beispielsweise durch Entwicklung eines positiven Prüfkriterienkatalogs.