

Stellungnahme

Zur Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Juli 2019

Seite 1

Einleitung

Unternehmen sind in verschiedenen Bereichen auf die Unterstützung externer IT-Spezialisten angewiesen. In der IT-Branche selbst und in Startups werden externe IT-Experten insbesondere in der Softwareentwicklung und -programmierung sowie in der IT-Beratung eingesetzt. Die digitale Transformation erhöht den Bedarf an IT-Fachwissen aber auch in den sogenannten Anwenderbranchen, z. B. im Maschinenbau oder bei Banken- und Versicherungen. Die Bedeutung externer IT-Spezialisten nimmt für die Unternehmensstrategie und -entwicklung im Zuge von Industrie 4.0 und der damit einhergehenden Anforderungen an Flexibilität und Innovation stetig zu.

Bisher haben Unternehmen Personalengpässe in IT-Projekten oftmals mit dem kurzzeitigen Einsatz von Fremdpersonal überbrückt. Seit dem 1. April 2017 hat sich nun die gesetzliche Grundlage dafür geändert. Mit der Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) beabsichtigte der Gesetzgeber den Missbrauch von Leiharbeit und Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und prekären Arbeitsverhältnissen vorzubeugen. Das Gesetz gilt allerdings nicht nur für Problem-Branchen mit Lohndumping, sondern auch für die Digitalwirtschaft. Dort arbeiten hoch qualifizierte Spezialisten mit einer Vergütung weit oberhalb des Niveaus des Niedriglohnssektors.

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. Der Einsatz von externen IT- und Digitalisierungsexperten in agilen Teams ist durch gesetzliche Rahmenbedingungen jedoch beschränkt und birgt erhebliche Risiken für die beauftragenden Unternehmen.

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

Bitkom
Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Christoph Busch
Bereichsleiter Arbeit & Innovation
T +49 30 27576-233
c.busch@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 2|7

Agile Methoden

Die aus der Softwareentwicklung stammenden „Agilen Methoden“ (z.B. „Scrum, Kanban, Design Thinking) werden seit einiger Zeit vermehrt auch in verschiedensten Abteilungen deutscher Unternehmen angewendet. Agilität bezeichnet die Fähigkeit von Unternehmen schnell, effektiv und gewinnbringend auf sich ändernde Gegebenheiten reagieren zu können. Unternehmen müssen verschiedene Rahmenbedingungen in Bezug auf Führungsebene, Mitarbeiter und Unternehmenskultur erfüllen, um ein agiles Projekt erfolgreich durchzuführen. Wenn dies gelingt, kann ein Unternehmen durch die Anwendung agiler Methoden der Zusammenarbeit beispielsweise den Kundenbezug erhöhen sowie Produktivitätssteigerungen realisieren.

Agile Teams erarbeiten sich in einem kreativen und innovativen Prozess ihre Aufgabenstellung selbst - und parallel sofort die Lösung. Durch die Vernetzung im agilen Team können die kollektiven Erfahrungen bei der Entscheidungsfindung und Problemlösung genutzt werden. Zudem zählt die Förderung durchlässiger Hierarchien zu den agilen Kriterien sowie „atmende“ Systeme und Verfahren, die schnell und flexibel Veränderungen im Markt aufnehmen und darauf adäquat reagieren können.

Agile Prinzipien wie Transparenz und Selbstorganisation reduzieren also die Notwendigkeit von Weisungen traditioneller, strenger hierarchisch organisierter Formen der Zusammenarbeit, da Aufgaben auf Basis der durch einen „Product Owner“ definierten Prioritäten und Produktanforderungen vom Entwicklungsteam selbstorganisiert bearbeitet werden. Aufgaben werden also „vom Team selbst“ entwickelt und nicht angewiesen. Ein Beispiel für ein anderes Rollenverständnis ist z.B. in der Rolle des Scrum Masters erkennbar. Dieser hat kein Weisungsrecht gegenüber dem Entwicklungsteam, sondern unterstützt das Entwicklungsteam bei der Selbstorganisation und der Anwendung von Scrum Prinzipien.

Von dieser Umstellung auf agile Methoden ist auch die Zusammenarbeit von Unternehmen mit externen Experten betroffen, die sie bei IT-Projekten unterstützen. Der externe IT-Experte arbeitet dabei auf operativer Ebene im Unternehmen. Um agile Methoden anzuwenden, müsste der Externe Teil eines gemischten Teams sein, in das sowohl Externe als auch interne Mitarbeiter des Unternehmens eingebunden sind. (gemischte Teams). Dies vor allem für den Wissenstransfer unerlässlich: Das Wissen zu dem entwickelten Produkt soll im Unternehmen verbleiben und nicht ausschließlich bei Externen angesiedelt werden.

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 3|7

Konflikt mit aktuellen gesetzlichen Regelungen

In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zur Novelle des AÜG (BT-Drs. 18/10064) wurde festgehalten, „dass mit der Definition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG die derzeitige Rechtslage nicht geändert werden solle, etwa bei der Beauftragung von Beratungsunternehmen. Das Gesetz ziele nicht darauf ab, die unternehmerische Tätigkeit beispielsweise von Beratungsunternehmen einzuschränken. 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. [...] Dies habe man auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich aufgegriffen.“

In der Praxis haben die aktuellen rechtlichen Vorgaben allerdings dazu geführt, dass einige Unternehmen ein Verbot von gemischten Teams vorsehen oder umfangreiche Leitfäden für die Zusammenarbeit eingeführt haben. Wieder andere Unternehmen verzichten bei manchen Projekten gar ganz auf die Anwendung agiler Methoden mit Externen oder haben derartige Aktivitäten ins Ausland verlagert. Es besteht die berechtigte Sorge, dass die als Werk- oder Dienstvertrag ausgestalteten Leistungen im Streitfall – mangels Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert wird mit der Folge, dass der Auftraggeber als „neuer“ Arbeitgeber der Fremdkräfte angesehen wird.

Für die Unternehmen selbst ist es schwierig sicher zu stellen, dass eine Zusammenarbeit mit dem Dienstleister als Dienst-/Werkvertrag oder verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu klassifizieren ist. Die Bezeichnung des Vertragstyps spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Maßgebliche Abgrenzungskriterien sind die Weisungsausübung durch den Auftraggeber und die Eingliederung in dessen Betriebsorganisation.

Weisungen stehen in agilen Teams zwar zunächst weniger im Fokus, da es keine klassischen Hierarchien gibt und Aufgaben auf Basis der Produkthanforderungen vom Team eigenständig abgeleitet und formuliert werden. Aufgaben werden also „aus dem Team heraus“ entwickelt und nicht von oben angewiesen.

Weit schwieriger zu beurteilen ist jedoch die Frage, ob aufgrund der Besonderheiten der agilen Arbeitsmethodik eine *Eingliederung* von in die Betriebsorganisation eines Auftraggebers im Rahmen einer agilen Zusammenarbeit angenommen werden könnte.

Agile Teams zeichnen sich gerade dadurch aus, dass die Teams eng abgestimmt zusammenarbeiten. Freie Mitarbeiter oder Arbeitnehmer von externen Dienstleistern arbeiten

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 4|7

im Regelfall „Hand in Hand“ mit den eigenen Arbeitnehmern des Unternehmens. Derartige Fremdkräfte haben in gemischten agilen Teams dieselbe Stellung inne wie eigene Arbeitnehmer und üben auch dieselben Tätigkeiten aus. Über die für eine agile Arbeitsmethode typischen täglichen Abstimmungsrunden („Daily“) findet eine enge Einbindung in den Arbeitsprozess statt. Häufig arbeitet das agile Team auch gemeinsam in einem Raum und nutzt unterschiedslos die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel. Dies alles deutet auf eine Eingliederung in den Betrieb des Unternehmens hin und begründet das Risiko einer Scheinselbstständigkeit oder einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung.

Die „klassischen“ Kriterien der Eingliederung berücksichtigen allerdings die Sachzwänge und Besonderheiten agiler Methoden nicht. Eine enge, insbesondere räumliche Zusammenarbeit zwischen dem eigenen und fremden Personal ist für den Erfolg agiler Projekte unerlässlich.

Nimmt man eine Eingliederung von externen IT-Experten in die Betriebsorganisation aufgrund der Anwendung agiler Methoden an, könnten damit erhebliche (!) Risiken für das beauftragende Unternehmen aufgrund von Scheinselbstständigkeit (Freelancer) oder verdeckter/illegaler Arbeitnehmerüberlassung (Dienstleister) bestehen.:

- Strafbarkeit der Geschäftsführung (§ 266a StGB; bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe)
- Hohe Bußgelder und Gewinnabschöpfung
- Nachzahlung Sozialversicherungsbeiträge plus Säumniszuschläge (4-30 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)

Folgen

Aufgrund dieser Risiken und mangels richtungsweisender Rechtsprechung zur Zulässigkeit der agilen Zusammenarbeit in gemischten Teams mussten die Unternehmen sehr strenge Compliance-Vorgaben entwickeln, um eine Eingliederung von Externen zu vermeiden .

Die häufig sehr restriktiven Vorgaben sehen vor, dass interne Mitarbeiter und Externe nicht so eng zusammenarbeiten können, wie es für die erfolgreiche und zeitnahe Umsetzung eines IT-Projektes in Anwendung agiler Arbeitsmethodik eigentlich erforderlich wäre. Agile Methoden werden dadurch stark beschränkt.

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 5|7

Der dadurch erschwerte Wissenstransfer beeinträchtigt die Entwicklung des Produktes und die der Mitarbeiter. IT-Projekte können oft 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.

Das hohe Innovationspotential externer IT-Kräfte aufgrund ihrer vielfältigen Engagements ist für die Unternehmen im Digitalgeschäft von größter Bedeutung. Dieses Potential kann aufgrund der Beschränkungen durch Compliance-Vorgaben nicht voll ausgeschöpft werden.

Die Anstellung der IT-Experten ist keine Lösung. IT-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 IT-Experten, 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 Durchführung Statusfeststellungsverfahrens nach § 7 a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund sorgt nicht für Rechtssicherheit bei den Auftraggebern. Die regelmäßige Dauer eines Statusfeststellungsverfahrens ist im Übrigen mit der Veränderungsgeschwindigkeit in agilen Projekten nicht kompatibel. Unternehmen ist daran gelegen, etwaige Risiken bereits bei der Etablierung agiler Teams auszuschließen oder zumindest auf ein akzeptables Maß zu minimieren. Der Abschluss eines Statusfeststellungsverfahrens würde das Projekt meist überdauern.

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).

Jegliche in Frage kommenden Vertragsgestaltungen (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, Werk- oder Dienstvertrag) bergen Fallstricke in der Praxis und bieten daher nicht die notwendige Rechtssicherheit.¹

¹ s. auch Bitkom Leitfaden zum Fremdpersonaleinsatz im IT-Sourcing
<https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/20171221-Bitkom-Praxisleitfaden-Fremdpersonaleinsatz-im-IT-Sourcing-Fina.pdf>

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 6|7

Lösungsvorschläge

Um die in der Digitalwirtschaft gängigen und etablierten Arbeitsmethoden in Zukunft rechtssicher anwenden zu können, sind gesetzliche Anpassungen notwendig. Hierzu zählen die Einführung von Ausnahmetatbeständen mit Positivkriterien wie beispielsweise die Einkommenshöhe und der 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.

Denkbar wäre auch eine Sozialversicherungspflicht für alle. Diese scheint allerdings nur ein auf lange Sicht realistisches Vorhaben und sollte daher eine subsidiäre Maßnahme sein.

Dringend notwendig ist zudem eine Modernisierung des Statusfeststellungsverfahrens. Dabei sollen die Anerkennung von Einkommenshöhe und angemessener Altersvorsorge als gewichtige Indizien gelten. Der Abwägungsvorgang und die Gewichtung einzelner Indizien müssen im Kontext von agilen Methoden auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. Sinnvoll wäre die Ausgestaltung des Verfahrens in Form eines zukunftsgerichteten Bescheides unter Zugrundelegung der oben genannten Kriterien. Damit verbunden sein sollte darüber hinaus eine Beschleunigung des Verfahrens, sodass geplante Projekte zeitnah realisiert werden können. Auch eine Ausweitung des Statusfeststellungsverfahrens auf Dreieckskonstellationen wäre praxisgerecht.

Es müssen klare Handlungsanleitungen durch die DRV entwickelt werden, die die Besonderheiten bei agilen Methoden berücksichtigen. Diese müssen Niederschlag in den behördeninternen Fachlichen Weisungen/Richtlinien finden und Verbindlichkeit für alle relevanten Behörden haben.

Für die Erstellung branchenweit akzeptierter Richtlinien bietet Bitkom seine Unterstützung an.

Stellungnahme Evaluation des AÜG

Seite 7|7



Bitkom vertritt mehr als 2.600 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.800 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.