

Auf einen Blick

Gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte schaffen!

Deutschlands Wirtschaft kämpft mit den Auswirkungen der **Corona-Krise**. Davon unberührt sind die IT-Branche sowie die jeweiligen IT-Bereiche in den einzelnen Unternehmen, in der öffentlichen Hand sowie in allen anderen Organisationen. Diese **IT-Branchen und -Bereiche** sind gerade, aber nicht nur in Corona-Zeiten eine **tragende Säule der deutschen Wirtschaft**. Zugleich wird klar, dass die Digitalisierung ohne **IT-Fachkräfte** nicht gelingen wird: Denn letztere nehmen eine klare **Schlüsselposition** dabei ein. Entsprechend müssen wir ihnen **möglichst gute Beschäftigungsbedingungen** bieten, die auf ihre **Bedürfnisse eingehen**. IT-Fachkräfte **lehnen eine abhängige Beschäftigung ab** und genießen ihre **Freiheiten** u.a. mit Blick auf **Beschäftigungsort, -zeit sowie weisungsfreies Arbeiten**. Dies ist nur als Selbstständiger möglich.

Bitkom-Bewertung

Ohne (zufriedene) IT-Fachkräfte – keine Digitalisierung: Unser Ziel muss es daher sein, gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte, aber auch Auftraggeber im Sozialversicherungs- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht zu schaffen.

Das Wichtigste

Gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte und Unternehmen bei der Digitalisierung zu schaffen, bedeutet, dass wir ihren Wünschen und Bedürfnissen gerecht werden und daher **bessere, rechtssichere Bedingungen für IT-Fachkräfte und Auftraggeber** in Deutschland schaffen müssen. Aus diesem Grund sollen IT-Fachkräfte bei Vorliegen von gewissen **Positivkriterien selbst entscheiden** können, **ob** sie sozialversicherungsrechtlich **als abhängig Beschäftigte** gelten wollen. Flankierend müssen **IT-Fachkräfte vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ausgenommen** werden.

Bitkom-Zahl

86 Prozent der befragten Unternehmen

fordern mit Blick auf das geltende Sozialversicherungsrecht und die damit verbundene Problematik mit IT-Freelancern eine Gesetzesänderung, die mehr Rechtssicherheit bietet (Bitkom-Mitgliederumfrage 2020).

Stellungnahme

Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz!

04. März 2021

Seite 2

Zugleich Auswertung der Ergebnisse der Bitkom-Mitgliederumfrage zur Rechtslage bei der Beauftragung von IT-Freelancern

Zusammenfassung

Deutschlands Wirtschaft kämpft mit den Auswirkungen der **Corona-Krise**. Davon unberührt sind die IT-Branche sowie die jeweiligen IT-Bereiche in den einzelnen Unternehmen, in der öffentlichen Hand sowie in allen anderen Organisationen. Diese **IT-Branchen und -Bereiche** sind gerade, aber nicht nur in Corona-Zeiten eine **tragende Säule der deutschen Wirtschaft**. Die **Dringlichkeit der Digitalisierung** zeigt sich in der Corona-Krise auch einmal mehr. Zugleich wird klar, wie dringend wir für die Digitalisierung **IT-Fachkräfte** brauchen: Denn letztere nehmen eine klare **Schlüsselposition** bei der Digitalisierung ein.

Allerdings: Deutschlands Digitalisierung leidet erheblich unter dem **IT-Fachkräftemangel**: 2020 waren **86.000 Stellen für IT-Spezialisten in Deutschland unbesetzt** (Bitkom-Fachkräftestudie 2020). Ob in der **Wirtschaft, Verwaltung, Behörden und Wissenschaft**, überall werden IT-Fachkräfte, insbesondere auch IT-Freelancer gesucht. Dieser IT-Fachkräftemangel wird zusätzlich noch durch **schlechte rechtliche Rahmenbedingungen** im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht für IT-Fachkräfte verschärft:

Die Beschäftigung von IT-Freelancern ist aufgrund der aktuellen Rechtslage mit größeren Herausforderungen und Risiken für die Auftraggeber und damit Unternehmen verbunden, als man vielleicht erwarten würde: Es besteht keine Rechtssicherheit und immer wieder steht hier der Vorwurf von **strafbewährter (!) Scheinselbstständigkeit** im Raum, was für Unternehmen und Auftragnehmer absolut untragbar ist. Die aktuelle Rechtslage ist wirtschaftsschädigend und gerade in Zeiten der dringenden Digitalisierung noch weniger tragbar als je zuvor:

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

Dr. Lisa Allegra Markert
Referentin Arbeitsrecht & Arbeit 4.0
T 030 27576-243
l.markert@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 3|8

- Die Unternehmen sind mit ihrer Forderung an die Politik nicht allein: Die Beschäftigung als IT-Freelancer ist insbesondere auch ein Wunsch der IT-Freelancer: Diese **lehnen eine abhängige Beschäftigung ab** und genießen ihre **Freiheiten als Selbstständige** u.a. mit Blick auf **Beschäftigungsort, -zeit sowie weisungsfreies Arbeiten**. Anders als der durchschnittliche Solo-Selbstständige haben IT-Freelancer einen **durchschnittlichen Bruttojahresumsatz von etwa 120.000 Euro**, was es ihnen ermöglicht, Vermögen anzuhäufen und für das Alter vorzusorgen und was sie auch tatsächlich tun ([„Solo-Selbstständige IT-Spezialisten – Einkommenssituation und Altersvorsorge“ Allensbach-Studie 2017](#)). Die Nachfrage nach ihnen ist groß, was den IT-Spezialisten auch bewusst ist und ihnen ermöglicht, in jeglicher Hinsicht gute Konditionen zu verhandeln. **Bzgl. der Schutzbedürftigkeit und ihrer Interessenslage** sind sie damit **nicht mit anderen Solo-Selbstständigen vergleichbar**. Es besteht kein Anlass, ihnen kein Wahlrecht bzgl. der Art der Beschäftigung – abhängige Beschäftigung gegenüber Selbstständigkeit – zu geben.
- Die Rechtslage bei der Beschäftigung von IT-Fachkräften ist nicht nur im Sozialversicherungsrecht problematisch – neben der strafbewährten Scheinselbstständigkeit droht regelmäßig auch das **Problem verdeckter Arbeitnehmerüberlassung**: Dienstleister, die IT-Fachkräfte vermitteln, müssen aufgrund der unklaren Rechtslage stets Bedenken haben, dass die Beschäftigung der IT-Freelancer als abhängige Beschäftigung und damit verdeckte Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert wird – u.a. dann mit der Folge eines erheblichen Bußgelds. Zugleich wird die Überlassung von IT-Fachkräften, die Arbeitnehmer bei einem Dienstleister sind, durch die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) deutlich erschwert, obwohl diese strengen Regularien des AÜG bei diesen hochqualifizierten Fachkräften überhaupt nicht erforderlich sind.

Dazu im Einzelnen:

1. Erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Folgen für Unternehmen im Falle der strafbewährten Scheinselbstständigkeit

- Eine Beschäftigung von IT-Freelancern bei Betriebsprüfungen oder Statusfeststellungsverfahren führt in vielen Fällen dazu, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund eine abhängige Beschäftigung (auch bekannt als Scheinselbstständigkeit) feststellt. Diese Feststellung wiederum führt dazu, dass die Unternehmen die arbeitgeber- und arbeitnehmerseitig zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge für die

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 4|8

Zeiten der Beschäftigungen übernehmen muss (§ 28g SGB IV). Hinzukommt ein Säumniszuschlag von 12 % (pro Jahr, § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV) sowie nicht selten ein Strafverfahren gemäß § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen).

- Diese Nachzahlungen sind erheblich und können existenzvernichtend sein, ein Strafverfahren für die Geschäftsführung äußerst riskant und nicht zuletzt rufschädigend. Einschlägige sozialgerichtliche Rechtsprechung zu IT-Freelancern, auf die sich beklagte Unternehmen berufen können, gibt es bisher nicht, so dass Unternehmen vielfach häufig die Nachzahlungen leisten, bevor sie sich auf langjährige mühsame Verfahren vor den Sozialgerichten einlassen: Nicht selten vergehen allein bis zur ersten mündlichen Verhandlung vor dem (überlasteten) Sozialgericht zwei Jahre.

2. Ergebnisse der Bitkom-Mitgliederumfrage

Wir haben im Dezember 2020 unsere Mitgliedsunternehmen¹ zu der Problematik der Sozialversicherungspflicht von IT-Freelancern befragt:

- Unabhängig von ihrer Größe **beschäftigen 90% der befragten Unternehmen IT-Freelancer.**
- Die befragten Unternehmen beschäftigen **durchschnittlich etwa 150 IT-Freelancer pro Jahr.** Die Spreizung lag dabei zwischen 2 und 4000 IT-Freelancern pro Unternehmen.

Die Zahl der beauftragten IT-Freelancer in den Unternehmen ist erheblich – entsprechend bedeutsam ist die geschilderte sozialversicherungsrechtliche Problematik für die Unternehmen, die IT-Freelancer beauftragen. Daher verwundert es nicht, wenn

- **knapp 90% der befragten Unternehmen eine Gesetzesänderung fordern, die mehr Rechtssicherheit bietet,**
- **und 86% sagen, die aktuelle Rechtslage biete keine Rechtssicherheit.**

Deutliche **69%** äußern auch, dass eine **Beschleunigung des Statusfeststellungsverfahrens allein nicht genügt**, um die geltende Rechtslage zu beheben.

¹ 52 Mitgliedsunternehmen haben sich an der Bitkom-Umfrage im Dezember 2020 beteiligt.

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 5|8

Die aktuelle Rechtslage ist auch Grund für viele Unternehmen, IT-Projekte ins Ausland zu verlagern, wo es eine sichere Rechtslage gibt.

Die Eindrücke aus der Bitkom-Mitgliederumfrage decken sich im Übrigen im Wesentlichen auch mit den Ergebnissen der Befragungen des Bundesverbands Selbständiger Wissensarbeit („[Bewertung der rechtlichen Rahmenbedingungen beim Einsatz \(solo-\) selbständiger Wissensarbeiter](#)“ aus dem Jahr 2020).

3. Schlussfolgerung: Endlich Klarheit im Sozialgesetzbuch schaffen

Die Umfragen und Studie bestätigen alle die erheblichen Schwierigkeiten, die das geltende Sozialversicherungsrecht für Unternehmen sowie IT-Freelancer verursacht.

Konsequenz daraus kann nur sein, die **Rechtslage zu ändern** und bessere, rechtssichere Bedingungen für IT-Freelancer und Auftraggeber in Deutschland zu schaffen. Ansonsten werden noch mehr Projekte ins Ausland verlagert, so dass wir IT-Fachkräfte langfristig ans Ausland verlieren und unsere hiesigen Talente nicht mit guten Projekten fördern und halten können. Dies wiederum mit der Folge, dass die **Digitalisierung Deutschlands nicht vorankommt**.

Sofern der Gesetzgeber an der bisherigen Differenzierung im Sozialversicherungsrecht zwischen abhängig Beschäftigten und Selbstständigen festhalten möchte – was vermutlich rechtsgestalterisch der geringste Aufwand wäre –, könnte der **Gesetzgeber beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff ansetzen** und die Rechtssicherheit erhöhen, indem er **Positivkriterien im Gesetz festlegt**.

Bei IT-Freelancern besteht, wie bereits dargelegt, – anders als bei manch anderem Solo-Selbstständigen – **nicht die Gefahr von prekären Beschäftigungsbedingungen**. Sie sind auch allgemein deutlich weniger schutzbedürftig, so dass ihnen **nicht der Status der abhängigen Beschäftigung gesetzlich auferlegt** werden darf. Durch die Formulierung von Positivkriterien könnte man den Bedürfnissen der Unternehmen und IT-Freelancer deutlich besser gerecht werden. Dies schließt nicht aus, dass man den IT-Freelancern weiterhin ein **Wahlrecht** lässt, welches Beschäftigungsform sie bevorzugen.

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 6|8

Als kumulative Positivkriterien bieten sich an:

- Die **Aufstellung einer Verdienstgrenze**. Diese könnte sich an der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung (2021: 85.200 Euro) orientieren. Das wäre auch nicht ungewöhnlich im Sozialversicherungsrecht, da das Sozialversicherungsrecht z.B. bei der gesetzlichen Krankenversicherung an diese Verdienstgrenze anknüpft. Bei einer Beschäftigung in Teilzeit wäre eine anteilige Berechnung vorzunehmen.
- Der **Nachweis einer angemessenen Altersvorsorge**
- **Werbende Tätigkeit gegenüber Dritten**
- **Gewerbeanmeldung, sofern kein freier Beruf**
- **Erbringung von Diensten höherer Art** in Anlehnung an § 627 BGB bzw. besonderes Know-how des Erwerbstätigen. Assistenz Tätigkeiten, die im **Rahmen eines IT-Projekts** auch anfallen können, sollen z.B. nicht erfasst werden.

Im Ergebnis müssen IT-Freelancer insgesamt von der Sozialversicherungspflicht ausgenommen werden.

Weitere Erläuterungen und Ausführungen zu dieser Problematik finden Sie auch in unserem **Rechtsgutachten zur Statureinordnung projektbezogen eingesetzter, hochqualifizierter externer Spezialisten – dargestellt am Beispiel sog. IT-Freelancer**: https://www.bitkom.org/sites/default/files/2020-09/rechtsgutachten-prof.-stoffels_statureinordnung-externer-it-spezialisten.pdf

Dieser Lösungsvorschlag stellt eine Möglichkeit dar, die Rechtslage zu verbessern. Wir sind zugleich auch für andere Lösungsvorschläge mit gleicher Zielrichtung offen.

4. Weitere Schlussfolgerung: IT-Fachkräfte aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) ausnehmen

Flankierend zur Änderung im Sozialversicherungsrecht muss auch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz angepasst werden:

IT-Freelancer dürfen nicht irrtümlicherweise vom Zoll als Arbeitnehmer und damit Leiharbeiter qualifiziert werden (zu den Folgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung gehört u.a. ein empfindliches Bußgeld).

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 7|8

Zugleich müssen IT-Fachkräfte, die als abhängige Beschäftigte über Dienstleister eingesetzt werden, vom AÜG ausgenommen werden. Hier braucht es also einerseits Rechtssicherheit und andererseits eine Ausnahme vom AÜG für IT-Fachkräfte, die über Dienstleister beschäftigt werden.

Zum Zweck des AÜG heißt es im BeckOK ArbR/Kock, 58. Ed. 1.12.2020, AÜG § 1 Rn. 1, 2:

- „[...] Diese (Anm. gemeint sind Leiharbeitnehmer) werden teilweise auch bei längeren Einsatzdauern zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt als vergleichbare Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb (BT-Drs. 18/9232, 1).
[...] Die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs soll dabei geschärft, Missbrauch von Zeitarbeit verhindert, die Stellung von Leiharbeitern gestärkt und die Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbetrieb erleichtert werden.“
(Unterstreichung durch Verf.)

Dieser Auszug aus dem Kommentar verdeutlicht, dass das AÜG insbesondere dazu konzipiert ist, Leiharbeitnehmer zu schützen, die u.a. aufgrund einer häufig schlechteren Bezahlung und einer insgesamt schwächeren Position am Markt besonders schutzbedürftig sind. Diese **Schutzzwecke** und die entsprechenden Regulierungen **passen jedoch nicht bei IT-Fachkräften als hochqualifizierte Fachkräfte und Gutverdiener mit großem Freiheitsbedürfnis.**

Insofern müssen angestellte IT-Fachkräfte vom AÜG ausgenommen werden. So kennt das AÜG auch bereits Ausnahmen, z.B. in § 1 Abs. 3 AÜG. Befürchtet man aufgrund einer dann neu zu schaffenden Ausnahme im AÜG eine mögliche Benachteiligung der IT-Fachkräfte, kann auch durch anderweitige gesetzliche Schutzmechanismen – ohne dass das komplette AÜG eingreift – ihr Schutz sichergestellt werden, z.B. durch die **Offenlegung und den Vergleich des Gehalts** eines Arbeitnehmers und das des Dienstleistungsunternehmers an seinen Arbeitnehmer. Zudem kann sich der Auftraggeber verpflichten, den Mitarbeitern des Dienstleistungsunternehmens z.B. den **Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen** (wie im Rahmen von § 13b AÜG) zu ermöglichen, um auch so eine Ungleichbehandlung zwischen eigenen Arbeitnehmern und Mitarbeitern des Dienstleistungsunternehmens zu vermeiden.

Stellungnahme Deutschlands Digitalisierung braucht gute Rahmenbedingungen für IT-Fachkräfte im Sozialversicherungsrecht und Arbeitnehmer- überlassungsgesetz!

Seite 8|8

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 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.