



TaylorWessing

Compliance-Webinar

Rechtssicherheit in der Freelancer-Beauftragung

Dr. Anne Förster

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht

Johannes Simon, LL.M. (Durham)

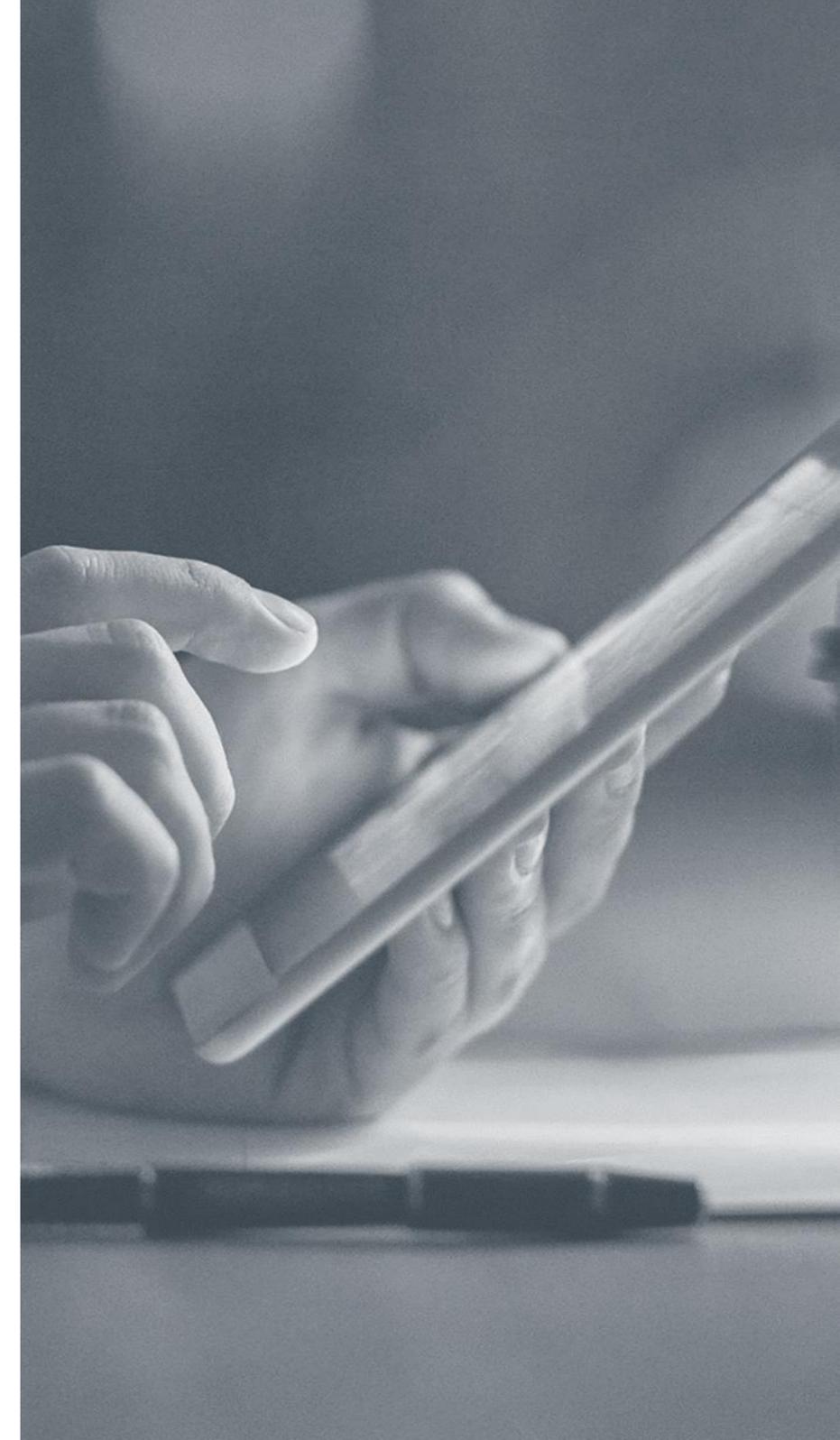
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Jan-Patrick Vogel, LL.M. (Stellenbosch)

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leiter der Praxisgruppe Compliance Taylor Wessing

Schutz vor Scheinselbständigkeit – Freelancer rechtssicher beauftragen.

1	Problemaufriss	3
2	Risikobetrachtung	10
3	Gesetzeslage, jüngere BSG-Rechtsprechung und Ausblick	17
4	Rechtssicherheit durch Prozess	23
5	Die Abgrenzungskriterien im Detail	27



1 | Problemaufriss



Frankfurter Allgemeine

Wirtschaft > Verzweifelt im Angestelltenland

SELBSTÄNDIGE UND FREIBERUFLER

Verzweifelt im Angestelltenland

Von Anna Sophie Kühne
13.12.2024, 18:29 Lesezeit: 7 Min.



WELT

Ticker Suche

HAMBURG & SCHLESWIG-HOLSTEIN

POLITIK IN HAMBURG WETTER STELLENMARKT

RAZZIEN IM NORDEN

Zoll ermittelt wegen Schwarzarbeit und Scheinselbstständigkeit

Von Denis Fengler
Redakteur WELT/WELT AM SONNTAG Hamburg

Stand: 10.12.2024 | Lesedauer: 2 Minuten

Handelsblatt

Immobilien

Razzia bei Engel & Völkers

Die Staatsanwaltschaft Bielefeld verdächtigt den Luxusmakler, für einige seiner Mitarbeiter keine Sozialabgaben abgeführt zu haben. Die rechtlichen Folgen können gravierend sein.

Julian Trauthig, Volker Votsmeier
10.12.2024 - 16:03 Uhr aktualisiert

tagesschau

Sendung verpasst?

Wirtschaft > Unternehmen > Razzia bei Engel & Völkers

Selbständigen wird es in Deutschland schwer gemacht. Viele denken sogar darüber nach, das Land zu verlassen.

Wenn Helge Meyer heute noch mal entscheiden könnte, sagt er, dann würde er Deutschland verlassen. Meyer ist IT-Experte, er berät Firmen dabei, ihre Geschäftsprozesse zu optimieren und zu automatisieren. Und Meyer ist Freiberufler. Er arbeitet gern in seinem eigenen Rhythmus und wählt gern Projekte aus, die ihn wirklich interessieren. Seine Auftraggeber schätzen seine Flexibilität und seine Kenntnisse, die er sich durch die Tätigkeit in vielen verschiedenen Unternehmen erarbeitet hat. Nur einer schätzt Freiberufler wie ihn überhaupt nicht, sagt Meyer: der

Startseite News Politik Regio Unterhaltung Sport Fußball Lifestyle Ratgeber Gesundheit Sex & Liebe Auto Spiele Deals

Razzia bei Engel & Völkers in Hamburg



Der Zoll durchsuchte die Zentrale von Engel und Völkers in Hamburg



Verdacht auf Scheinselbstständigkeit

Razzia bei Engel & Völkers

Stand: 10.12.2024 16:35 Uhr

Der Zoll hat beim Immobilienunternehmen Engel & Völkers Geschäftsräume an mehreren Standorten durchsucht. Es geht um den Verdacht der Scheinselbstständigkeit.

Einsatz künstlicher Intelligenz durch die DRV

Erhebliche Steigerung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit

*„In Zukunft wird die **Künstliche Intelligenz für risikoorientierte Arbeitgeberprüfungen (KIRA)** mit einer Vorauswahl unterstützen. Die Software scannt alle digital vorhandenen Daten der Unternehmen, sucht nach Mustern und identifiziert Auffälligkeiten, wie ungewöhnlich hohe oder niedrige Beiträge oder fehlende Nachweise. KIRA kennzeichnet in den Unterlagen, wo die **Auffälligkeiten zu finden sind**. Mit diesen hilfreichen Informationen entscheiden die Prüfdienstmitarbeitenden, welche Fälle sie schnell bearbeiten können und wo sie die gewonnene Zeit für eine detaillierte Prüfung investieren. Die menschliche Entscheidung ist dabei weiterhin unerlässlich und wertvoll. Die Unterstützung durch KIRA steigert die Effektivität des Prüfdienstes und hilft bei der Abfederung des Fachkräftemangels.“*

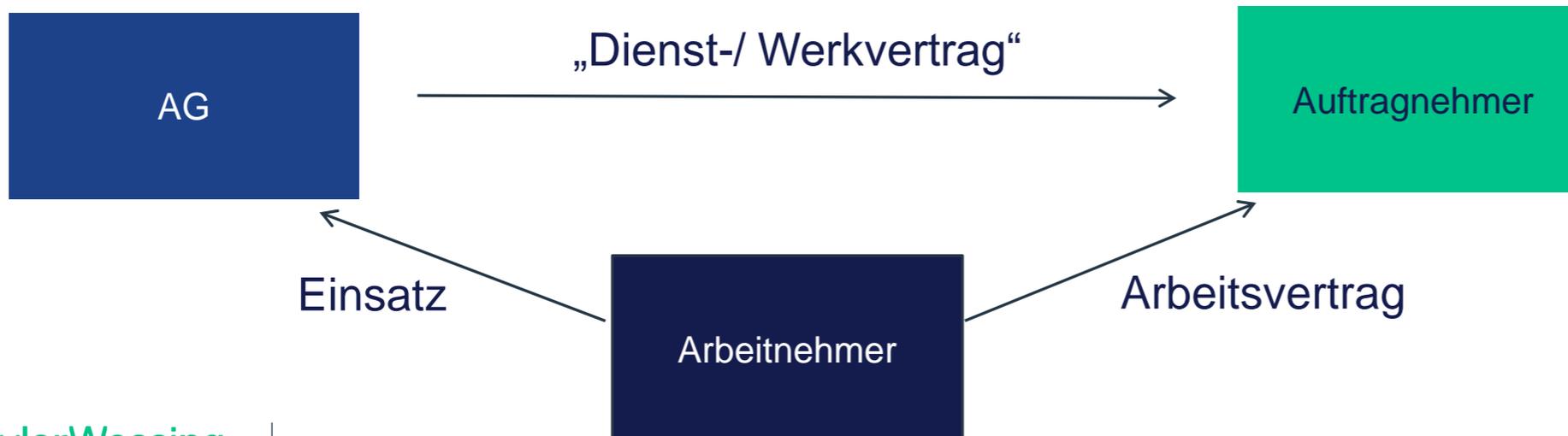
Problemaufriss – Leistungsbeziehungen

1 Risiko Scheinselbständigkeit



Risiko Fehlabbgrenzung
sozialversicherungs- und
lohnsteuerpflichtiges
Beschäftigungsverhältnis
statt Dienst-/Werkvertrag.

2 Risiko verdeckte Arbeitnehmerüberlassung



Risiko Fehlabbgrenzung
Differenzhaftung für Sozial-
versicherung, wenn Lohn-
niveau beim Auftragnehmer
geringer als beim
Auftraggeber und (!)
unterhalb der Beitrags-
bemessungsgrenze.

Problemaufriss

Differenzierung Einsatzmodelle



Direktbeauftragungen vs. sog. Contracting

Direktbeauftragung = Empfänger des Wertschöpfungsbeitrags („Kunde“) des Freelancers ist auch dessen unmittelbarer Vertragspartner.

Contracting = Freelancer ist Subunternehmer eines von dem Kunden beauftragten sog. Providers, dessen Beitrag sich darin erschöpft, den Freelancer zu rekrutieren und zu beauftragen (= kein eigener Wertschöpfungsbeitrag des Providers).

Contracting schützt Kunden nur hinsichtlich etwaiger Lohn- und Umsatzsteuerrisiken; sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Risiken als Gesamtschuld auch vom Kunden zu tragen.

Problemaufriss

Differenzierung Auftragnehmer



Einzelunternehmer // Ein-Mann-GmbH // beauftragte Gesellschaft

Einzelunternehmer (Freelancer) = natürliche Person („der Leistende“) selbst ist Vertragspartner.

„**Ein-Mann-GmbH**“ = juristische Person ist Vertragspartner, aber „der Leistende“ selbst ist Gesellschafter/Geschäftsführer „seiner“ GmbH (andere Gesellschaftsformen analog), ohne sonstige Gesellschafter und ohne beschäftigte Mitarbeiter.

Gesellschaft = statt des oder neben dem Freelancer ist/sind andere Person(en) Gesellschafter/Geschäftsführer der beauftragten juristischen Person und „der Leistende“ wird lediglich von der beauftragten juristischen Person eingesetzt.

Problemaufriss – keine Bereichsausnahmen



Es gibt keine „Bereichsausnahme“; „**Expertenwissen**“ oder „**Dienstleistungen höherer Art**“ schließen Scheinselbständigkeit oder verdeckte Arbeitnehmerüberlassung nicht aus.

- Ausdrücklich BSG, Urteil v. 4. Juni 2019 (B 12 R 11/18 R):

//

Die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder.

//

Ein etwaiger Fachkräftemangel [...] ändert nichts an dem gefundenen Ergebnis. Für Unternehmer bestehende Schwierigkeiten, qualifizierte Beschäftigte zu gewinnen [...] sind für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer Tätigkeit nicht relevant. [...] Finden [Unternehmen] nicht genügend Personal, das bereit ist, ein Arbeitsverhältnis mit dem [Unternehmen] einzugehen, weil die Arbeitsbedingungen als nicht attraktiv angesehen werden (Bezahlung, Arbeitszeiten, Schicht- und sonstige Dienste), können [Unternehmen] und [Fachkraft] die insoweit bestehenden Probleme nicht dadurch lösen, dass sie einen Honorarvertrag vereinbaren.

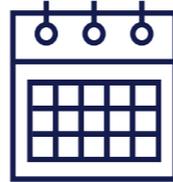
2 | Risikobetrachtung



Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Risikobetrachtung (1)



- Rückwirkendes Entstehen eines Arbeitsverhältnisses. Nachträgliche Ansprüche bspw. auf Urlaub und Entgeltfortzahlung für Krankheit



- **Beitragsnachzahlung zur Sozialversicherung –** Arbeitnehmerbeiträge nur für die letzten 3 Monate rückforderbar
- **Teuerungsfaktor Vorsatz:**
 - Säumniszuschläge (12% p.a.)
 - Nettolohn-Prinzip, d.h. „Hochrechnung“ der ausgezahlten Vergütung auf ein fiktives Bruttoentgelt (Multiplikation mit dem Faktor ca. 1,45)
 - Ausweitung der Verjährung auf 30 Jahre



- **Lohnsteuer-Nachzahlung** 30% des Freelancer-Entgelts (mind. 4 Jahre); Verrechnung mit Einkommenssteuer des Freelancers möglich, aber ungewiss
- **Umsatzsteuer-Nachzahlung** 19% des Freelancer-Entgelts (mind. 4 Jahre); Rückforderung der dem Freelancer gezahlten USt. Möglich, aber ungewiss
- Zinsen auf Steuernachzahlungen (6% p.a.)

Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Risikobetrachtung (2)



- Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge als mögliche **Straftat der verantwortlichen Organe** (§ 266a StGB): bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe/Geldstrafe
- Fehlende Lohnsteueranmeldung und Verkürzung der Umsatzsteuer als mögliche **Straftat der verantwortlichen Organe** (§ 370 AO): bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe/Geldstrafe
- Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge als mögliche **Ordnungswidrigkeit** (§ 8 Abs. 2 SchwbG) mit Geldbuße bis zu 50.000 EUR je Einzelfall.



- **Eintrag in das Gewerbezentralregister** für Unternehmen und verantwortliche Organe (§§ 149 ff. GewO)
- Verlust des Rechts zur **Ausübung der Geschäftsführertätigkeit** (§ 39 GmbHG i.V.m. § 6 GmbHG) für verantwortliche Organe
- Ausschluss von **Vergabeverfahren** der öffentlichen Hand (§§ 123, 124 GWB)

Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Potentielle Risikokalkulation

Bestandteile Nachzahlungsrisiken:

- Möglicher sozialversicherungsrechtlicher Hinterziehungsbetrag (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile) je fehlabgegrenzten Freelancer:
rd. EUR 28.000,00 p.A.
- Jährlich ggf. hinterzogener Umsatzsteuerbetrag:
rd. EUR 20.000,00 p.A.
- Potentieller lohnsteuerrechtlicher Haftungsbetrag:
rd. EUR 30.000,00 p.A.
- Gesamt Hinterziehungsbetrag:
rd. EUR 78.000,00 p. A.

Annahmenbasierte Risikokalkulation:

Legt man eine Anzahl von nur **ca. 30** eingesetzten Freelancern zugrunde bei einer unterstellten **25%igen** Fehlabbgrenzungsquote, d.h. **25%** werden von der DRV als scheinselfständig qualifiziert, ergibt sich ein **Hinterziehungspotential** pro Jahr in Höhe von **rd. EUR 585.000,00**

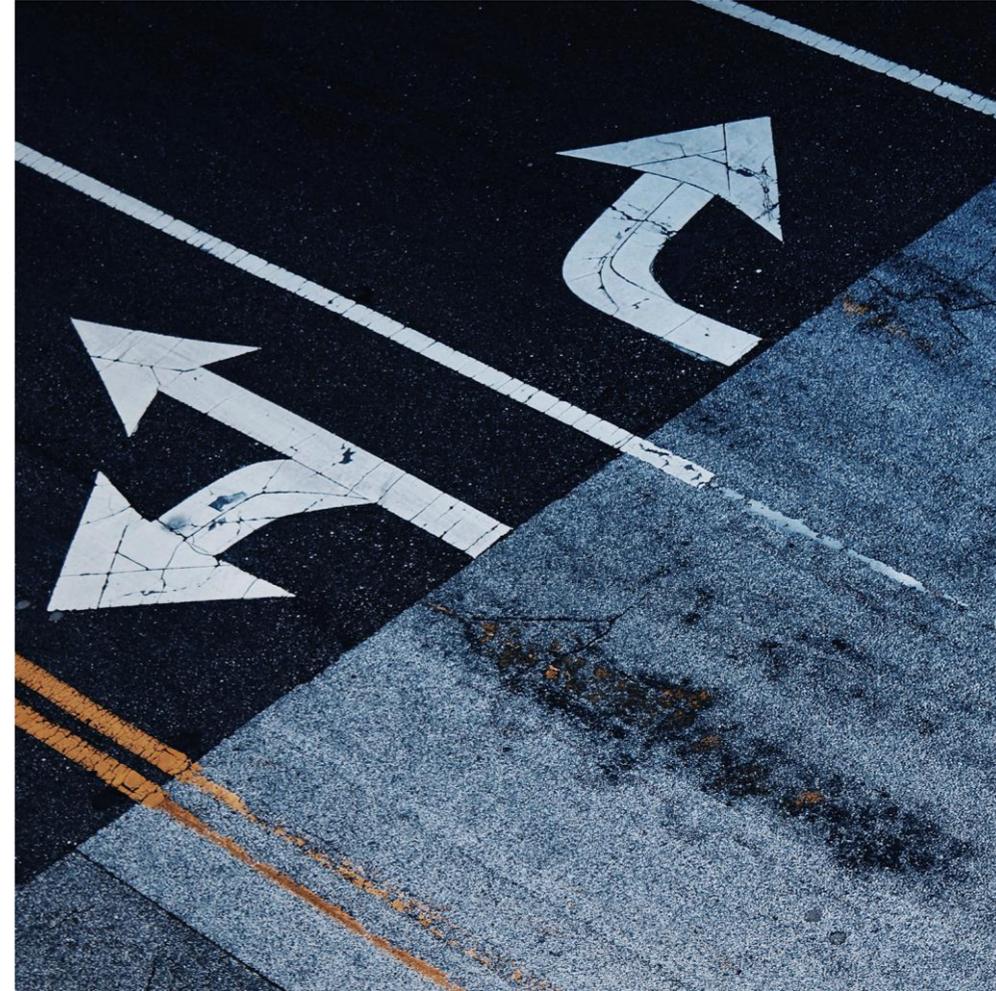
Für den noch nicht verjährten Zeitraum (vier Jahre) beläuft sich, eine kontinuierliche Anzahl eingesetzter Freelancer vorausgesetzt, das Hinterziehungspotential somit auf insgesamt **rd. EUR 2.632.000,00**

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ab einer Hinterziehungssumme von **EUR 1.000.000,00** gegenüber den verantwortlichen Personen zwingend eine Haftstrafe zu verhängen, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Risikobetrachtung (3)

Geschäftsführung als grds. strafrechtlich Verantwortliche

- Vorrangig an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festzumachen; insoweit sind Beitrags- und Steuerhinterziehung **Sonderdelikte**, die grds. nur die verantwortlichen Organe des Trägers begehen können.
- Strafbarkeit kann sich aber über Beihilfetatbestände oder wegen organisatorischer Übertragung der Verantwortlichkeit auch auf andere Personen erstrecken; bspw. **die Rechtsabteilung, Leitung Lohnbuchhaltung, Compliance Officer, Operative mit Projektverantwortung, etc.**



Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Risikobetrachtung (3)

„Wer prüft, haftet nicht...“

Verantwortlichkeitsmaßstab

- Nach neuerer BGH-Rechtsprechung (BGH, Urteil v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 und Beschluss v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18) knüpft die Strafbarkeit der Beitrags- und Steuerhinterziehung schon im subjektiven Tatbestand an die Kenntnis von der Arbeitgebereigenschaft und der damit verbundenen Beitrags- und Steuerschuld an
- Daher kann mangelnder Vorsatz wegen nicht vorwerfbarer Unkenntnis von der Arbeitgebereigenschaft strafausschließend geltend gemacht werden (vgl. zu Anforderungen an Prüfpflicht BGH v. 13.12.2018 – 5 StR 275/18 sowie v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18)

Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung: Risikobetrachtung (3)

Die Verwendung unzureichender Prüfsysteme, verschärft aber den Vorsatzvorwurf, anstatt ihn abzumildern ...
die zwei „Abers“ des BGH ...

Aber 1: Die Verwendung von Fragebögen, kann bei unzureichender Fragestellung, nicht wahrheitsgemäßer Beantwortung und/oder nicht ernsthafter Prüfung den Vorsatz begründen (BGH, vom 13.12.2018 – 5 StR 275/18)

Aber 2: BGH stellt höhere Anforderungen an Strafbarkeit unter eine Organisations- und Prüfpflicht („Erkundigungspflicht“):

//

Jedenfalls bei Kaufleuten, die als Arbeitgeber zu qualifizieren sind, sind auch die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in Bezug auf die arbeits- und sozialrechtliche Situation in den Blick zu nehmen, weil eine Verletzung einer Erkundigungspflicht auf die Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht hindeuten kann. (BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – 1 StR 346/18 Rn. 26)

3

Gesetzeslage, jüngere BSG- Rechtsprechung und Ausblick

Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung

2017 Erziehungshelfer

Selbständige Tätigkeit – „Vergütungshöhe, mehrere Auftraggeber“

2018 Musiklehrer I

Selbständige Tätigkeit – „Mehr Parteiwille, weniger Eingliederung“

2019 Honorararzt

Abhängige Beschäftigung

2022 Musiklehrer II

Abhängige Beschäftigung – „Weniger Parteiwille, mehr Eingliederung“

2023 Notarzt

Abhängige Beschäftigung – „keine eigene Betriebsorganisation“

2024 IT-Berater

Nichtzulassungsbeschwerde beim BSG abgewiesen: Az. B 12 KR 17/23 B

Gesetzeslage, jüngere BSG-Rechtsprechung und Ausblick

- Anpassungsbedarf bestehender Prüfsysteme durch Leiturteile des Bundessozialgerichts (BSG) zur Sozialversicherungspflicht von Honorarkräften.
- Aus Sicht des BSG ist (selbst) eine völlig weisungsfrei tätige Honorarkraft regelmäßig sozialversicherungspflichtig, sofern sie typischerweise in die Arbeitsorganisation des jeweiligen Auftraggebers organisatorisch eingebunden ist.

Festzumachen sei dies – so das BSG – an vier Kriterien:

Keine eigene Betriebsorganisation:

Die Honorarkraft ist in einer Organisation tätig, auf deren Ausgestaltung sie keinen unternehmerischen Einfluss habe

Keine eigenen Betriebsmittel:

Sie nutze die personellen und sachlichen Ressourcen des Auftraggebers und bringe insoweit keine eigenen Betriebsmittel ein

Gleichstellung mit einer angestellten Honorarkraft:

In die Betriebsabläufe des Auftraggebers sei eine Honorarkraft gleichermaßen wie ein Arbeitnehmer eingebunden

Kein unternehmertypisches Gewinn-/Verlustrisiko:

Die Honorarkraft verfüge nicht über unternehmerische Entscheidungsspielräume

Demgegenüber sei das – gegenüber einem Angestellten oftmals deutlich höhere – Honorar nur ein nachrangiges Kriterium.

Auswirkungen für die Praxis – Zukunft und Gegenwart

- Einführung eines Compliance-Prozesses für Fremdpersonal-Beauftragungen, wegen der hohen Risikonähe zwingend; bestehende Compliance-Prozesse müssen anhand der aktuellen Kriterien der Rechtsprechung überprüft werden.
- Umstellung oder Beendigung laufender, nicht rechtskonform abgegrenzter Fremdpersonaleinsätze oder (bloße) sozialversicherungsrechtliche Verbeitragung der eingesetzten Freelancer (sog. „Schweizer Modell“).

Umstellung auf Services
statt personenbezogenes
„Staffing“

Abgrenzbare (Teil-)
Aufgaben statt
Kapazitätserweiterung,
Vakanzenersatz o.ä.

- Unterschiedliche Behandlung in arbeitsrechtlicher vs. sozialversicherungsrechtlicher vs. steuerrechtlicher Hinsicht möglich; BSG grenzt sich insbesondere von der arbeitsgerichtlichen Statusabgrenzung ab und sieht Arbeitsverhältnis nicht als zwingende Grundlage für ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis.
- Folgebetrachtung bei Unterlassen – siehe dargestellte Risiken, aber:
Hoher Aufmerksamkeitsgrad der einschlägigen Presseberichtserstattung zu „Freelancer-Thematik“ könnte zu **Vorsatzvorwurf** führen.
- Proaktives Vorgehen sichert angemessenen Prüf- und damit Anpassungszeitraum in Abstimmung mit dem zuständigen Rentenversicherungsträger.

Auswirkungen für die Praxis – Vergangenheit

- BSG-Rechtsprechung wirkt nicht erst ab „heute“:
Rückwirkende Beurteilung des Einsatzes der Freelancer erforderlich, soweit hieraus noch Sozialversicherungsbeiträge oder Lohn-/Umsatzsteuern offen sein können.
- Ausbleibende Umsetzung für die Vergangenheit löst dargestellte (Vorsatz-) Risiken aus. Verantwortlichkeit ist auf derzeitige Geschäftsführung o.ä. „übergegangen“ („laufende Verbindlichkeiten“), auch wenn seit dem Zeitpunkt des tatsächlichen Einsatzes der Freelancer ein Personalwechsel eingetreten ist.

- Zu betrachtender Zeitraum jeweils die noch nicht verjährten Beitrags- bzw. Steuerjahre:

Jedenfalls 01.01.2020 bis heute (sozialversicherungs-/steuerrechtliche Regelverjährung)

Vorsicht:
Sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfungen für diesen Zeitraum wirken nicht erledigend

- Auch hier: Angemessener Prüf- und damit Anpassungszeitraum in Abstimmung mit dem zuständigen Rentenversicherungsträger usw. möglich.

Legal Tech – Lösung für Beauftragungen in der Zukunft: Der Freelancer Check



Mit dem Fremdpersonal Check erhalten Sie **schnell und kostengünstig** einen **verbindlichen Rechtsrat** über eine technische Lösung.



Risiko wird ausgeschlossen



Risiko wird ausgeschlossen



Risiko wird deutlich gemindert*



Risiko wird ausgeschlossen

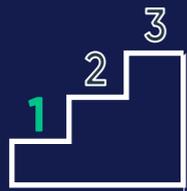
*Sozialversicherungsträger und Finanzbehörden können zu einer anderen Einschätzung kommen, da jedoch alle maßgeblichen Kriterien abgefragt und der Beurteilung zugrunde gelegt werden, werden vermeidbare Fehlbeurteilungen ausgeschlossen. Das Nachzahlungsrisiko wird somit deutlich gemindert.



4

Umsetzungsschritte im Projekt

Umsetzungsschritte im Projekt



Zukunftsbetrachtung

Schritt

Zielsetzung: rechtssichere, d.h. keine Strafbarkeitsrisiken auslösende Beauftragung von Freelancern im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen

Notwendige Umsetzungsschritte:

- 1** Beauftragungs- und Freigabeprozess
- 2** Bestimmung Prozessverantwortliche, Handlungsanweisung, Kriterien-Check, Arbeits- und Prüfhilfen (z.B. Templates, Leistungsbeschreibung)
- 3** Schulungen von Prozessverantwortlichen und Beauftragern/Bedarfsträgern
- 4** Monitoring (Stichproben-Check der freigegebenen Beauftragungen im laufenden Einkaufsprozess)
- 5** ggf. Delegation Unternehmerpflichten

Umsetzungsschritte im Projekt



Schritt

Gegenwartsbetrachtung

- Identifikation von nicht vollständig rechtssicheren, d.h. Strafbarkeits- oder auch nur Beitragsnachzahlungsrisiken auslösenden, aktuell noch laufenden Beauftragungen von Freelancern
- Umstellung dieser laufenden Fälle hin zu vollständig rechtssicheren Beauftragungen oder deren Beendigung (Out-/Insourcing)

1

Identifikation laufender „Risikobeauftragungen“

2

Prüfung durch Task-Force

3

Abstimmung Umstellungsoptionen mit Beauftragern/ Bedarfsträgern

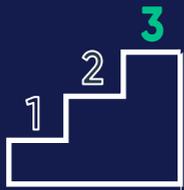
4

Umstellung – Abgrenzungsoptimierung (operativ) vs. Out-/Insourcing

5

ggf. Nachverbeitragung/ Nachversteuerung von Risikobeauftragungen

Verantwortlichkeit und empfohlenes Vorgehen



Schritt

Vergangenheitsbetrachtung

- Identifikation etwaig bestehender sozialversicherungsrechtlicher Nachzahlungspflichten aus dem noch nicht verjährten Zeitraum (1. Januar 2020 bis heute) zwecks Vermeidung einer ggf. strafbaren Nichtumsetzung der Erkenntnisse aus der Umstellung noch laufender Beauftragungen
- Erfüllung der Nachzahlungspflichten per Beitragsnachzahlung und damit Enthftung der Gesellschaftsorgane

1 Behördenabstimmung
(DRV, Finanzamt, ggf.
Staatsanwaltschaft)

2 Vorfilterung, Risiko-Cluster
(Lieferanten-Cluster,
Beauftragungscluster)

3 Ermittlung der Risiko-
beauftragungen

4 Stichprobenprüfung

5 Hochrechnung auf
Beauftragungsvolumen
Cluster-Gesamtheit

6 Berechnung
Nachzahlungen/
Behördenabstimmung

An aerial, high-angle photograph of a busy pedestrian plaza. The ground is paved with light-colored, rectangular tiles. A wide, dark grey diagonal line runs across the plaza, possibly a boundary or a path. Numerous people of various ages and clothing are walking in different directions. Some are in groups, some are alone. A person is pushing a stroller. The overall scene is one of active public space.

5

Die Abgrenzungskriterien im Detail

Abgrenzungskriterien



Die Kriterien im Überblick (1):

- **Keine arbeitsteilige Zusammenarbeit** zwischen dem Freelancer und Dritten, durch welche die eigene Leistung des Freelancers nicht mehr von der Leistung der Dritten unterscheidbar ist („Hand-in-Hand-Arbeit“). Unschädlich ist demgegenüber die zeitlich aufeinander folgende Tätigkeit des Freelancers einerseits und des Auftraggebers oder Dritter andererseits, solange eine zeitliche Zäsur gegeben ist, die dem Freelancer eine eigene Betriebsorganisation ermöglicht („kein unmittelbarer Bandanschluss“).
- **Keine Gleichstellung mit einem Angestellten:** Ist der Freelancer in die Betriebsabläufe des Auftraggebers gleichermaßen wie ein bei diesem angestellter Arbeitnehmer eingebunden?

Türschilder, Organigramme, Telefon-Verzeichnisse, Visitenkarten, E-Mail-Signaturen etc. weisen den Auftragnehmer nicht als Teil der Organisation des Auftraggebers aus.

Keine Teilnahme an den Sozialleistungen des Auftraggebers (Weihnachtsfeier etc.).

- **Unternehmertypisches Gewinn-/Verlustrisiko:** Verfügt der Freelancer über unternehmerische Entscheidungsspielräume, um seine Gewinnchancen zu erhöhen und/oder sein Verlustrisiko zu vermindern?

Abgrenzungskriterien



Die Kriterien im Überblick (2):

- **Eigene Betriebsorganisation:** Ist der Freelancer in einer Organisation tätig, auf deren Ausgestaltung er keinen unternehmerischen Einfluss hat? Allein organisatorische Freiräume zugunsten des Freelancers bei der Ausgestaltung des „wie“ der Tätigkeit (Auswahl zwischen Arbeitsaufgaben, Reihenfolge) begründen noch keinen Selbständigen-Status.
- **Eigene Betriebsmittel:** Nutzt der Freelancer die personellen und sachlichen Ressourcen des Auftraggebers oder bringt er eigene Betriebsmittel (von einiger Bedeutung) ein?
- **Keine Weisungen** in Bezug auf

die Form der Vertragsdurchführung,

die Wahl etwaiger Arbeitsmethoden
oder

die Art und Weise seiner
Leistungserbringung.

Zu beachten ist insbesondere, dass die fortgesetzte Erteilung solcher Weisungen durch den Auftraggeber ebenso wie die Befolgung solcher Weisungen durch den Freelancer den Vertragsstatus nachhaltig gefährden, selbst wenn dieser zu Beginn des Projekts unzweifelhaft war (Stichwort: tatsächliche Durchführung ist maßgeblich).

Abgrenzungskriterien



Die Kriterien im Überblick (3):

- **Arbeitszeitgestaltung**

Ein wesentliches Merkmal der Selbständigkeit des Auftragnehmers / Subunternehmers ist das Recht zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung. Ganz maßgeblich ist es somit, dass der Freelancer nicht zu einer mit ihm zuvor nicht ausgehandelten Arbeitszeit eingeteilt und auch nicht der Verpflichtung unterworfen wird, sich bzw. seine Arbeitszeit bei dem Auftraggeber an- oder abzumelden.

Hiervon unberührt bleiben mit dem Auftraggeber oder Dritten vereinbarte Übergabe-, Abstimmungs- oder Besprechungstermine, soweit diese nicht dem Auftragnehmer einseitig vorgegeben sind.

Abgrenzungskriterien



Die Kriterien im Überblick (4):

- **Arbeitsortflexibilisierung**

In gleicher Weise sollte eine Bindung des Freelancers an einen festen Arbeitsort vermieden werden, soweit sich nicht aus dem Inhalt der Tätigkeit heraus **zwingend** ein bestimmter Arbeitsplatz ergibt; insoweit sind **hohe Anforderungen** zu stellen.

Allerdings kann Auftragnehmer auch zu einem erheblichen Teil in Räumlichkeiten des Auftraggebers arbeiten, wenn der Auftragnehmer dies – nachweislich – frei so wählt und ihm die tatsächliche Rechtsmacht eingeräumt ist, seinen Arbeitsort auch anderweitig zu wählen.

Abgrenzungskriterien



Zentrale Bedeutung der Leistungsbeschreibung:

- Werk- oder dienstvertragsfähige Leistungsbeschreibung zur Konkretisierung des Vertragsinhalts; keine bloße Unterstützungsleistung, keine Tätigkeit „in der Linie“, keine Atomisierung der Leistungsinhalte – kurzum: es wird eine definierte Leistung oder ein definierter Erfolg „eingekauft“ und keine Personalressource.

Die zu erbringende Leistung ist hinreichend detailliert und präzise in dem jeweiligen Projektvertrag oder einer darauf bezugnehmenden Leistungsbeschreibung definiert, so dass der Auftragnehmer ohne weitere Nachfrage seine Leistung aufnehmen kann.

Eine weitergehende Konkretisierung der von dem Auftragnehmer / Subunternehmer zu erbringenden Leistung durch den Auftraggeber ist durchaus zulässig, **soweit die jeweiligen Leistungsinhalte bereits in abstrakter Form in dem jeweiligen Projektvertrag oder der schriftlichen Leistungsbeschreibung genannt sind.**

Ein Austausch oder eine Ergänzung der zu erbringenden Leistungen ist ausschließlich dann und insoweit zulässig, als dass vorhergehend eine entsprechende Vertragsänderung oder -ergänzung vereinbart wird. **Eine einseitige Zuweisung anderer oder zusätzlicher Aufgaben durch den Auftraggeber scheidet aus.**

Abgrenzungskriterien



Erhöhtes Risiko:

- **„Switch-Fälle“:**

Vormalige, insbesondere unmittelbar vorhergehende sozialversicherungspflichtige Beschäftigung des Freelancers und somit der Wechsel („Switch“) in den Freelancer-Status indiziert in der Betriebsprüfungspraxis der DRV/des Zolls die Scheinselbständigkeit.

- **Ersetzung oder Ergänzung von internen Ressourcen:**

Jegliche Kongruenz von Tätigkeiten, die sowohl von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, als auch von Freelancern ausgeübt werden, indiziert in der Betriebsprüfungspraxis der DRV/des Zolls die Scheinselbständigkeit.

Abgrenzungskriterien



Nicht (mehr) von (erheblicher) Bedeutung sind:

- Das sog. 5/6tel-Kriterium, d.h. die Frage ob der Auftragnehmer noch andere Auftraggeber hat, die mehr als 1/6tel seines Auftragsvolumens ausmachen.
- Die Beschäftigung eigenen Arbeitnehmer im Allgemeinen, soweit diese nicht zur Erfüllung des jeweiligen Auftrags eingesetzt sind.
- Das Auftreten des Auftragnehmers am Markt (eigene Homepage, Büroräume etc.), solange sich dies nicht in der Durchführung des konkreten Vertrages betriebsorganisatorisch niedergeschlagen hat (= er ist in seinen Betriebsräumen tätig geworden).
- Die Gestaltung der Vergütung in Form von Stunden- oder Tagessätzen, solange dem Auftragnehmer ein selbstständigentypisches Gewinn- und Verlustrisiko verbleibt.

Abgrenzungskriterien



Abgrenzungsmethodik

- Es gibt kein absolutes Kriterium, anhand dessen eine Abgrenzung der Vertragsarten erfolgen könnte. Durchzuführen ist eine Gesamtschau der genannten Kriterien, die jeweils **bezogen auf die aktuelle Tätigkeit** erfüllt sein müssen.
- Maßgeblich ist die gelebte Vertragswirklichkeit, d.h. wie stellt sich die tatsächliche Zusammenarbeit zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer tatsächlich dar. Anhand der Vertragspraxis muss sich ggf. ein Arbeitsverhältnis erweisen, erst dann (!) kommt es auf die **Bezeichnung im Vertrag** nicht an.
- **Checklisten:** siehe Beispiel aus der Praxis

BGH sieht statische Checklisten ohne Bewertung im Einzelfall als nicht ausreichend an; siehe oben.



Lassen Sie uns in Kontakt bleiben!



Dr. Anne Förster

Salary Partnerin, Fachanwältin für Arbeitsrecht
+49 211 8387-118
A.Foerster@taylorwessing.com

Anne Förster ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und berät nationale und internationale Unternehmen in allen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Ihr Beratungsfokus liegt auf Themen rund um Arbeitnehmerüberlassung und den rechtskonformen Einsatz von Fremdpersonal. Hier verfügt sie über eine langjährige Branchen-Expertise im IT-Bereich und ist sehr erfahren bei der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung agiler Projekte.



Jan-Patrick Vogel, LL.M. (Stellenbosch)

Partner, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Co-Head Fachgruppe Compliance
+49 69 97130-283
J.Vogel@taylorwessing.com

Jan-Patrick Vogel leitet die Industriegruppe Compliance. Er berät nationale und internationale Unternehmen im Arbeits- und Sozialrecht und steht seinen Mandantinnen und Mandanten auch in Gerichtsverfahren zur Seite. Über besondere Expertise verfügt Jan-Patrick Vogel im Arbeitsstrafrecht/ HR-Compliance und begleitet Unternehmen in diesem Kontext umfassend beim Aufbau und Implementierung einer HR Compliance-Organisation sowie bei der repressiven Verteidigung in Fällen unternehmensinterner Straftaten.



Johannes Simon, LL.M. (Durham)

Partner, Fachanwalt für Arbeitsrecht
+49 211 8387-195
J.Simon@taylorwessing.com

Johannes Simon berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts mit Fokus auf Fremdpersonal-Compliance, Personalflexibilisierung, innerbetrieblichen Outsourcing und arbeitsrechtlichen Restrukturierungen. Er koordiniert Arbeitsrechtsteams im Rahmen von komplexen Fremdpersonal-Compliance-Projekten mit Branchenschwerpunkten im Energiesektor, im Rahmen von Infrastrukturprojekten sowie im Finanzdienstleistungssektor.

[Europe](#) > [Middle East](#) > [Asia](#)

[taylorwessing.com](https://www.taylorwessing.com)

© Taylor Wessing 2021

This publication is not intended to constitute legal advice. Taylor Wessing entities operate under one brand but are legally distinct, either being or affiliated to a member of Taylor Wessing Verein. Taylor Wessing Verein does not itself provide services. Further information can be found on our regulatory page at [taylorwessing.com/en/legal/regulatory-information](https://www.taylorwessing.com/en/legal/regulatory-information).