



TaylorWessing

# Fremdpersonalcompliance – das BSG zieht die Zügel (weiter) an!

14. Februar 2024 | Dr. Anne Förster und Dr. Oliver Bertram

Privat und vertraulich

# Agenda

1	Problemaufriss	3
2	Aktuelle Rechtsprechung zum Fremdpersonaleinsatz	8
3	Auswirkungen für die Praxis	17



# 1 | Problemaufriss

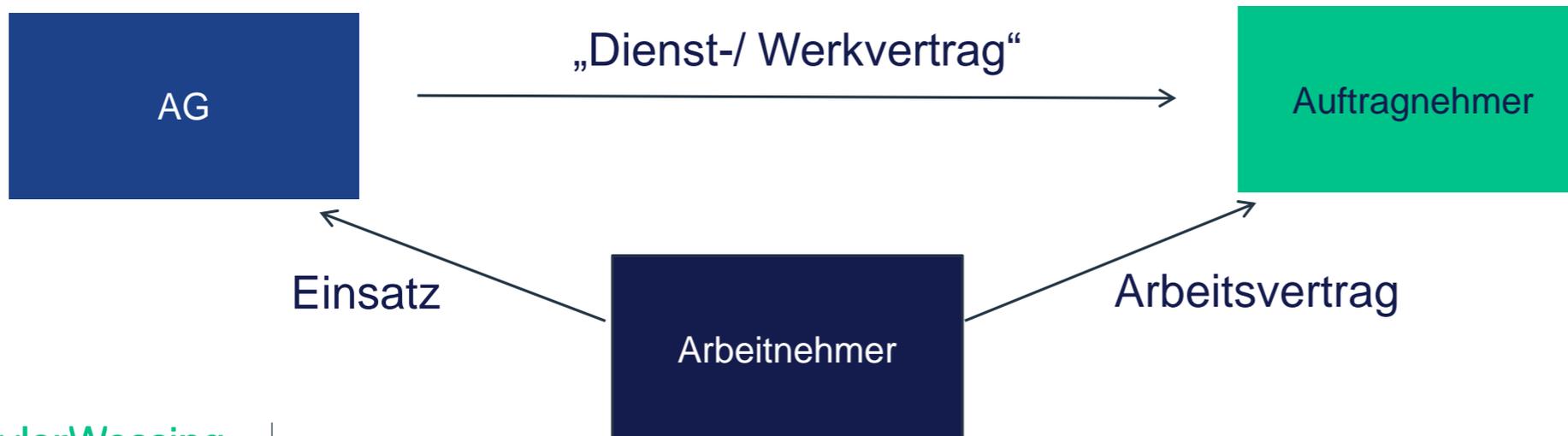
# Fremdpersonalcompliance – Problemaufriss

## 1 Risiko Scheinselbständigkeit



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

## 2 Risiko verdeckte Arbeitnehmerüberlassung



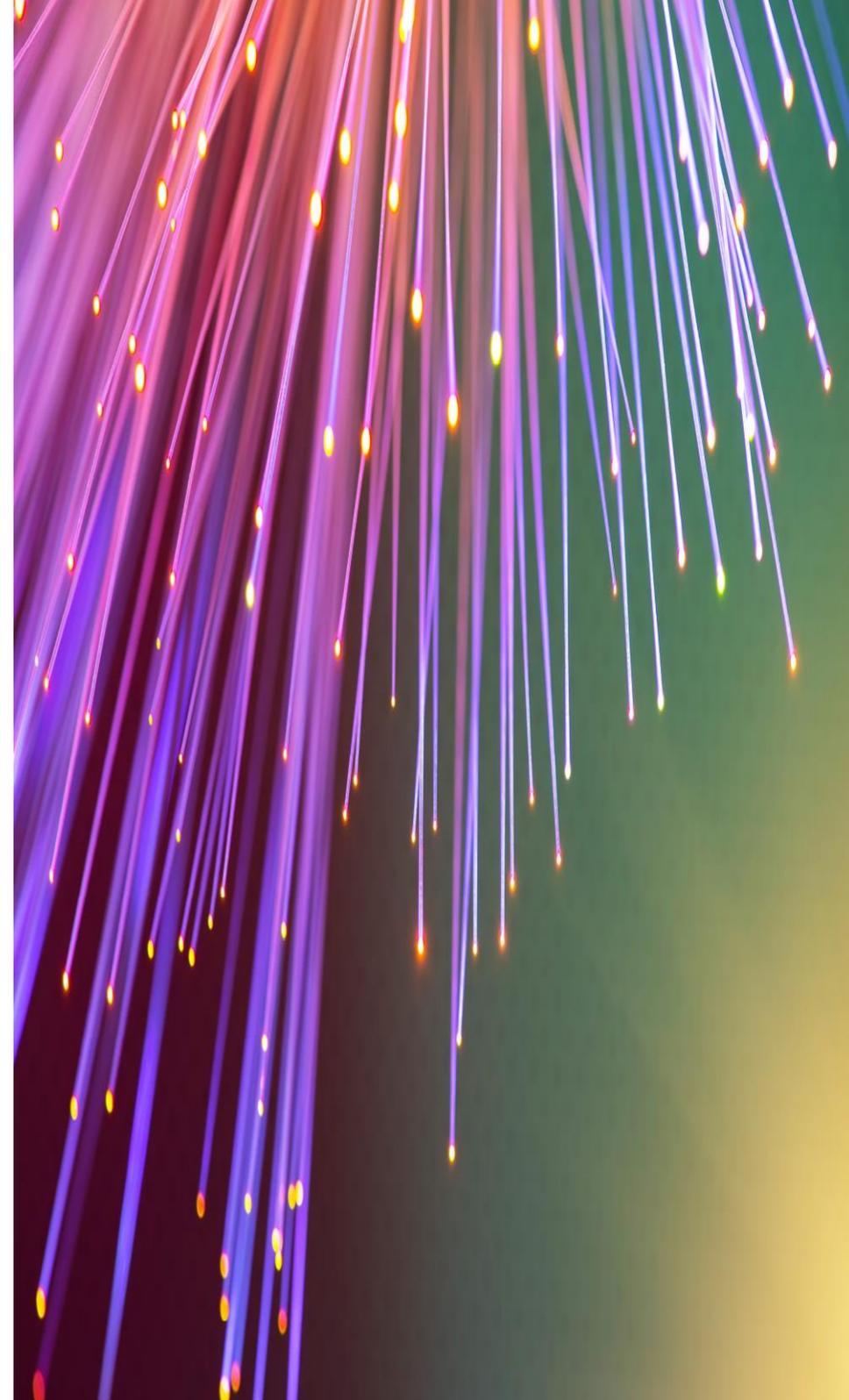
Risiko Fehlabbgrenzung:  
Differenzhaftung für  
Sozialversicherung, wenn  
Lohnniveau beim Auftrag-nehmer  
geringer als beim Auftraggeber  
und (!) unterhalb der  
Beitragsbemessungsgrenze.

# Fremdpersonalcompliance – Problemaufriss

- Bei Beauftragungen von IT-Dienstleistungen gibt es keine „Bereichsausnahme“; „**Expertenwissen**“ oder „**Dienstleistungen höherer Art**“ schließen Scheinselbstständigkeit 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.“



# Fremdpersonalcompliance – Problemaufriss



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 von ca. 1,45)
- Ausweitung der Verjährung auf 30 Jahre



**Lohnsteuer-Nachzahlung**

30 - 45% 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.)

# Fremdpersonalcompliance – Problemaufriss



Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge als mögliche **Straftat der verantwortlichen Organe** (§ 266a StGB): bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

Fehlende Lohnsteueranmeldung und Verkürzung der Umsatzsteuer als mögliche **Straftat der verantwortlichen Organe** (§ 370 AO): bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge als mögliche **Ordnungswidrigkeit** (§ 8 Abs. 2 SchwbG) mit Geldbuße bis zu 50.000 EUR je Einzelfall.



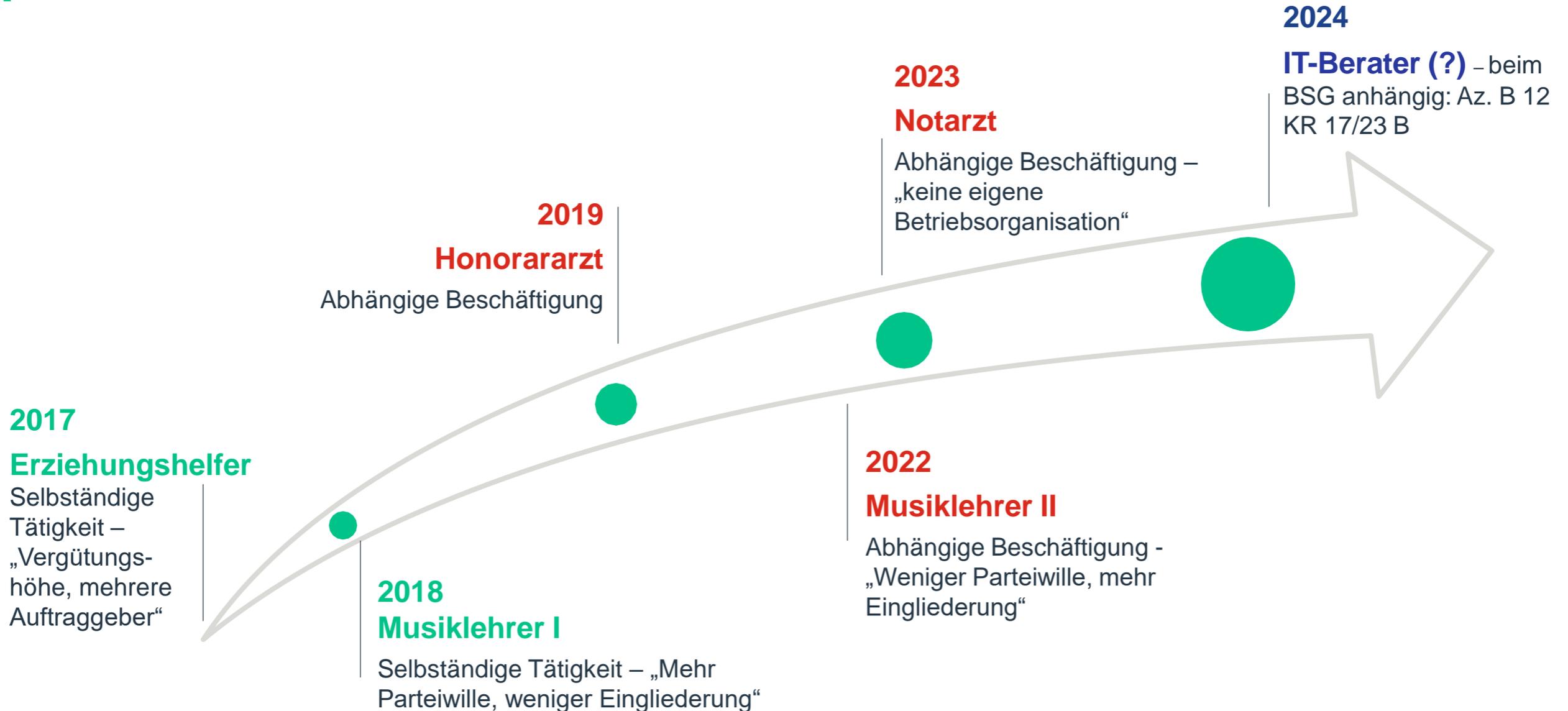
**Eintrag in das Gewerbezentralregister** für Unternehmen und verantwortliche Organe (§§ 149 ff. GewO).

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).

## 2 | Aktuelle Rechtsprechung zum rechtskonformen Fremdpersonaleinsatz

# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung



# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung

## Honorararzt-Entscheidung (BSG, Urteil vom 04.06.2019 - B 12 R 11/18 R):

Ob eine selbstständige Tätigkeit vorliegt ist vornehmlich durch das

- eigene Unternehmerrisiko,
- das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte,
- die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und
- die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.



# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung

## Musiklehrer- Entscheidung II (BSG, Urteil vom 28. Juni 2022 - B 12 R 3/20 R):

- Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung schließt es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Person – als selbstständig oder beschäftigt – allein die Vertragsschließenden entscheiden. Über zwingende Normen kann nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden.
- Der Ausschluss einer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und von Urlaubsansprüchen sowie die vertraglich geregelte Pflicht der Beigel., Einkommensteuer abzuführen und für eine Krankenversicherung sowie Altersversorgung selbst Sorge zu tragen, sind lediglich Ausdruck der Intention der Kl., eine selbstständige Tätigkeit zu wollen; unternehmerische Freiheiten sind damit nicht verbunden.



# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung



## LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 18.12.2021, L 8 BA 1374/20 („IT-Berater/Scrum“)

- **Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu.** Ausgangspunkt für die Beurteilung ist demnach zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt
- **Keine Eingliederung des Klägers** insbesondere deswegen, weil der Kläger aufgrund seiner Spezialkenntnisse eine Sonderstellung im Projekt eingenommen habe. Er sei daher bereits nicht mit anderen (festangestellten) Mitarbeitern im Projekt vergleichbar gewesen.
- **Hohes Tageshonorar** (im Vergleich zu festangestellten Mitarbeitern des Auftraggebers)
- **Unternehmerrisiko:** IT-Unternehmen war nicht zu einer Mindestabnahme verpflichtet und konnte Zusammenarbeit jederzeit beenden. Der Kläger habe unternehmerische Investitionen getätigt (Fortentwicklung seiner Spezialkenntnisse, von ihm gegründete Softwareentwicklungsgesellschaft), habe einen Marktauftritt und sei während des streitgegenständlichen Projektes auch für andere Auftraggeber tätig gewesen.

# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung



## SG Berlin, Urteil v. 22.6.2022, S 28 BA 126/20 („IT-Berater/Scrum“)

- Scrum-Meetings (alle zwei Wochen) kein Indiz für die Eingliederung in die Betriebsorganisation – ist Bestandteil moderner Softwareentwicklung. **„Es handelt sich insoweit um eine Arbeitstechnik im Rahmen der Softwareentwicklung, die nicht allein dazu führt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 in die Betriebsorganisation der Klägerin eingliedert war.“**
- Im Bereich der Softwareentwicklung ist die Bewertung einer fertiggestellten Komponente allein durch Testung möglich. **Dies führt nicht dazu, dass jegliche Softwareentwicklung abgrenzbarer Komponenten zu einer Eingliederung in den Arbeitsprozess führt.**
- **Entscheidend ist, dass der Beigeladene zu 1 bei seiner Tätigkeit selbst nicht an regulatorische Rahmenbedingungen der Klägerin gebunden war...** Daneben war der Beigeladene zu 1 frei in der Wahl der zu übernehmenden Projekte. Er wählte die Projekte, die seinem Fachgebiet entsprachen.
- **Unternehmerrisiko (+):** IT-Berater betrieb eigene Werbung und Akquise und legte seine Stundenlöhne selbst fest. Dabei kalkulierte er auch einen höheren Stundenlohn für die Tätigkeit am Betriebsort der Klägerin. **„Allein die Tatsache, dass er bei seiner überwiegend geistigen Tätigkeit kein Risiko des Verlustes von Kapital haben kann, lässt das unternehmerische Risiko nicht entfallen.“**

# Aktuelle Entwicklung in der (BSG-)Rechtsprechung

## LSG Berlin, Urteil v. 26.1.2023, L 4 KR 550/16 („IT-Berater“) – nunmehr anhängig beim BSG

- Aufgabe der Rechtsprechung ist es auch, die herkömmlichen Kriterien für die Statusabgrenzung entsprechend den Entwicklungen in der Arbeitswelt teleologisch weiterzuentwickeln. In diesem Zusammenhang lässt sich feststellen, dass Freiheiten über Ort und Zeit der Tätigkeit in der modernen Arbeitswelt nicht zwingend für eine selbständige Tätigkeit sprechen.
- Ein rein faktisches, nicht rechtlich gebundenes und daher jederzeit abänderbares Verhalten ist im Rahmen der Statusabgrenzung nicht allein maßgeblich. **Wird eine doppelte Schriftformklausel vereinbart, verlieren Vereinbarungen nicht deshalb an Bedeutung, weil die Beteiligten etwas anderes „gelebt“ haben.** Andernfalls wäre dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht genüge getan.
- IT-Spezialisten, die in selbst gewählter Arbeitsstätte, z.B. in der eigenen Wohnung, tätig und hierbei auf Hard- und Software ihres Arbeitgebers bzw. dessen Kunden angewiesen sind, können Heimarbeiter i.S.v. § 12 Abs. 1 HS 2 SGB IV sein.



# 3 | Auswirkungen für die Praxis

# Auswirkungen für die Praxis – Zukunft und Gegenwart

- Einführung eines Compliance-Prozesses für Fremdpersonal-Beauftragungen, insbesondere von IT-Spezialisten 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 zu erwartenden BSG-Rechtsprechung zu „IT-Spezialisten“ könnte unmittelbar nach Erlass der Entscheidung zu **Vorsatzvorwurf** führen.
- Proaktives Vorgehen kann angemessenen Prüf- und damit Anpassungszeitraum in Abstimmung mit dem zuständigen Rentenversicherungsträger usw. sichern.

# Auswirkungen für die Praxis - Vergangenheit

- BSG-Rechtsprechung wirkt nicht erst ab „heute“ (Abgrenzung zur Dozenten-Fallgruppe, vgl. Besprechungsergebnis der Sozialversicherungsträger vom 4. Mai 2023). 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.

**Herzlichen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!**

Ihre Fragen



## Unsere nächsten Online-Events



8. Februar – 14. März 2024:

**6 Sessions – 6 Best Practices**

Green Advertising, CBAM, LkSG, Sustainable Finance, Recht auf Reparatur, ESG-Reporting



28. Februar 2024:

**Die HR Compliance-Falle: Herausforderungen und Lösungen bei der Vermeidung von Scheinselbstständigkeit**

Mit Dr. Robert Bauer und Jan-Patrick Vogel

# Ihre Arbeitsrechtsexpertin für den Fremdpersonaleinsatz

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.

Außerdem verfügt sie über besondere Expertise in Fragen der betrieblichen Mitbestimmungsrechte (einschließlich der Verhandlungen mit Betriebsräten) sowie der Beratung von Unternehmen im Rahmen von Umstrukturierungsprozessen, insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsübergängen.



**Dr. Anne Förster**

Salary Partner  
Düsseldorf

+49 211 8387-118  
a.foerster@taylorwessing.com

---

## Beratungsschwerpunkte

- Arbeitsrecht
- Fremdpersonal-Compliance

# Ihre Arbeitsrechtsexpertin für den Fremdpersonaleinsatz

Oliver Bertram berät als Arbeitsrechtler nationale und internationale Unternehmen sowie Arbeitgeberverbände in allen Fragen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts, insbesondere bei der Verhandlung und Gestaltung von Tarifverträgen und Konzepten zur Personal-, Entgelt- und Arbeitszeitflexibilisierung. Er ist spezialisiert auf die vertragliche und tatsächliche Gestaltung des Einsatzes flexibler Personalreserven (Zeitarbeit, Interim Management, Freelancer, Outsourcing durch Werk-/Dienstverträge) und komplexe Projekte zur Sicherstellung der HR-Compliance.

Als langjähriger Head of HR bei Taylor Wessing Deutschland kennt Oliver Bertram die arbeitsrechtlichen Themen seiner Mandanten auch aus der Brille des Unternehmensjuristen.



Häufig empfohlen für Arbeitsrecht, [JUVE 2019](#)

„Hat v.a. bei AÜG u. Fremdpersonaleinsatz einen Überblick über Materie u. Fallstricke, der dtl.weit so nicht zu finden ist“, [JUVE 2017](#)



**Dr. Oliver Bertram**

Partner  
Düsseldorf

+49 211 8387-221  
[o.bertram@taylorwessing.com](mailto:o.bertram@taylorwessing.com)

## Beratungsschwerpunkte

- Arbeitsrecht
- Fremdpersonal-Compliance

[Europa](#) > [Mittlerer Osten](#) > [Asien](#)

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

© Taylor Wessing 2023

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter [taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information](https://taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information) zu finden.