

Christian Ostermaier

WALHALLA

DER FREIE- MITARBEITER- VERTRAG

Ein Leitfaden zur Vertragserstellung

eBOOK

REIHE BETRIEBLICHE PRAXIS

Mit englischer
Musterfassung

Entscheidung im Anfrageverfahren ist die Deutsche Rentenversicherung Bund (Clearingstelle). Die Beteiligten, d. h. der Mitarbeiter und/oder der „Auftraggeber“, können schriftlich eine Entscheidung darüber beantragen, ob eine selbstständige Beschäftigung vorliegt.

Für den Antrag stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein Antragsformular zur Verfügung. Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche weiteren Informationen sie für ihre Entscheidung benötigt und setzt eine angemessene Frist, innerhalb derer diese Angaben und Unterlagen beizubringen sind.

Nach Abschluss der Prüfung erhalten die Antragsteller in jedem Fall das Ergebnis per Bescheid mitgeteilt. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses, kann Widerspruch eingelegt werden. Führt auch diese Maßnahme zu fraglichen Ergebnissen, ist in einem weiteren Schritt eine Klage vor einem Sozialgericht möglich.

Falls der Antrag auf Statusfeststellung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird und falls die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis feststellt, so tritt die Versicherungspflicht nicht rückwirkend, sondern erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmt und für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat. Diese muss der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entsprechen; ansonsten beginnt die Versicherung rückwirkend zum Zeitpunkt der Aufnahme der Beschäftigung.

Der Antrag kann zurückgenommen werden.

Verfahren zur Statusklärung durch die Einzugsstelle

Neben dem Anfrageverfahren zur Statusfeststellung kann die Statusklärung durch die Einzugsstelle gemäß § 28h Abs. 2 SGB IV erfolgen. Diese kann auch selbst einen Antrag auf Statusklärung nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund stellen. Sie muss ihn stellen, wenn es sich bei dem Mitarbeiter um einen Ehegatten, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH handelt, da in diesen Fällen in der Regel mit Unklarheiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status zu rechnen ist.

Statusklärung im Rahmen von Betriebsprüfungen

Im Rahmen der Betriebsprüfung beim Auftraggeber durch den zuständigen Rentenversicherungsträger kann ebenfalls eine Statusklärung erfolgen. Betriebsprüfungen finden turnusmäßig alle vier Jahre oder, aufgrund Verlangens des Auftraggebers oder falls

die Einzugsstelle eine alsbaldige Prüfung für erforderlich hält, statt (§ 28p Abs. [1](#) SGB IV).

Falls der Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens zur Statusklärung gemäß § [7a](#) SGB IV feststellt, dass eine Versicherungspflicht während der Beschäftigung besteht, so tritt die Versicherungspflicht rückwirkend ein. Eine Möglichkeit, die Versicherungspflicht auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung hinauszuschieben, gibt es dann nicht mehr.

Abgrenzung im Steuerrecht

Auch für das Steuerrecht ist die Abgrenzung, ob eine Person als freier Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer tätig ist, von großer Bedeutung.

Besteuerung

Die Frage, ob ein „freier Mitarbeiter“ nach steuerlichen Regeln tatsächlich selbstständig tätig oder eigentlich Arbeitnehmer ist, hat Bedeutung für die Besteuerung. Zwar zahlt sowohl ein Selbstständiger als auch ein Arbeitnehmer Einkommensteuer. Für einen Arbeitnehmer hat jedoch der Arbeitgeber die Einkommensteuer in Form der Lohnsteuer direkt vom Lohn einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen, während der Selbstständige die Einkommensteuer selbst an das Finanzamt abführen muss.

Darüber hinaus ist ein Selbstständiger anders als ein Arbeitnehmer zur Zahlung von Umsatzsteuer und – mit Ausnahme der freien Berufe – grundsätzlich von Gewerbesteuer verpflichtet.

Wichtiges Unterscheidungskriterium für die unterschiedlichen Einkommensarten nach dem Einkommensteuergesetz ist die Selbstständigkeit. Diese wird durch das Einkommensteuergesetz nicht definiert. Zu dem Begriff der Selbstständigkeit hat sich jedoch eine ausführliche Rechtsprechung herausgebildet.

Gemäß § 1 Abs. [1](#) Satz 1 LStDV sind Arbeitnehmer „Personen, die im öffentlichen oder privaten Dienst angestellt oder beschäftigt sind oder waren und die in diesem Dienstverhältnis oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn beziehen“.

Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der Dienstnehmer dem Dienstherrn seine Arbeitskraft schuldet; das ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist (§ 1 Abs. [2](#) LStDV). Im Gegensatz hierzu ist nicht Arbeitnehmer, „wer Lieferungen und sonstige Leistungen innerhalb der von ihm selbstständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Inland gegen Entgelt ausführt, soweit es sich um die Entgelte für diese Lieferungen und sonstige Leistungen handelt“ (§ 1 Abs. [3](#) LStDV).

Grundsätzlich besteht eine Indizwirkung der Einordnung im Arbeits- und

Sozialversicherungsrecht für die steuerrechtliche Einordnung (BFH, Urt. v. 20. Januar 1999 – I R 32/98, BB 1999, 1044). Diese Indizwirkung ist jedoch nicht allein ausschlaggebend.

Einkommensteuer

Im Einkommensteuerrecht ändert die Frage, ob es sich um eine selbstständige oder nicht selbstständige Tätigkeit handelt, im Ergebnis nichts an den zu zahlenden Steuern. Im Falle der nicht selbstständigen Tätigkeit ist jedoch der Arbeitgeber, anders als der Auftraggeber, bei jeder Lohnzahlung zur Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer verpflichtet (§ 38 Abs. 3 Satz 1 EStG). Ein Risiko ergibt sich aus einer eventuell falschen Einordnung für den Arbeitgeber/Auftraggeber daraus, dass er gemäß § 42d Abs. 1 Nr. 3 EStG für die Abführung der Steuer haftet; d. h. das Finanzamt kann den Arbeitgeber/Arbeitnehmer zur Zahlung der Steuer heranziehen, sollte der Arbeitnehmer/freie Mitarbeiter die Steuer nicht bezahlen.

Der Arbeitgeber hat dann zwar einen Erstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber/Auftraggeber, trägt jedoch die Last der Durchsetzung und das Risiko, dass dieser nicht über die nötigen finanziellen Mittel verfügt.

Umsatzsteuer

Umsatzsteuer hat nur zu zahlen, wer Unternehmer ist. Jeder Unternehmer ist aber auch verpflichtet, Umsatzsteuer zu erheben. Eine Ausnahme von der Verpflichtung, Umsatzsteuer zu erheben und abzuführen, besteht gemäß § 19 UStG bei Kleinunternehmen, deren Umsatz unter 17.500 Euro pro Jahr liegt.

Ein Nichtunternehmer kann auf seinen Rechnungen keine Umsatzsteuer ausweisen und ist nicht zum Abzug bezahlter Vorsteuer berechtigt. Wenn ein Nichtunternehmer z. B. also, weil ein Arbeitnehmer zu Unrecht als freier Mitarbeiter behandelt worden ist, Umsatzsteuer ausweist, so schuldet er diese trotzdem gemäß § 14c Abs. 2 UStG. Der Irrtum über die Eigenschaft des Unternehmers ist unerheblich (BFH, Urt. v. 8. Dezember 1988 – V R 28/84, BStBl II 1989, 250). Es besteht jedoch die Möglichkeit, einen unzutreffenden Steuerausweis gegenüber dem Rechnungsempfänger zu berichtigen.

Gewerbsteuer

Soweit der freie Mitarbeiter Einkünfte aus Gewerbebetrieb und nicht aus nicht selbstständiger Tätigkeit erzielt, ist er zur Zahlung von Gewerbesteuer verpflichtet. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zu verstehen. Voraussetzung sind die persönliche Selbstständigkeit des Unternehmens und die sachliche Selbstständigkeit des Betriebs.

Bei natürlichen Personen und Personengesellschaften besteht ein Gewerbesteuerfreibetrag

in Höhe von 24.500 Euro (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewStG)

Neben dem Freibetrag in Höhe von derzeit 24.500 Euro wird über die Steuerermäßigung des § 35 EStG die nahezu vollständige Freistellung des Betriebes von der Gewerbesteuerbelastung erreicht. Durch § 35 EStG wird der tatsächlichen Gewerbesteuerbelastung eine entsprechende Entlastung von der Einkommensteuer gegenübergestellt.

Anrufungsauskunft

Soweit für den Auftraggeber/Arbeitgeber Zweifel an der steuerrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit des Arbeitnehmers/freien Mitarbeiters als selbstständige oder abhängige Tätigkeit bestehen, kann der Auftraggeber/Arbeitgeber und nach h. M. auch der Beschäftigte das Betriebsstättenfinanzamt auffordern, darüber Auskunft zu geben, ob und inwieweit die Vorschriften über die Lohnsteuer anzuwenden sind (§ 42e EStG). Eine bestimmte Form ist für diesen Antrag nicht vorgeschrieben.

Die Beteiligten haben einen Rechtsanspruch auf Erteilung dieser Auskunft. Die Auskunft bindet das Betriebsstättenfinanzamt bei der späteren Beurteilung des Sachverhalts. Der Auftraggeber/Arbeitgeber braucht sich jedoch nicht an diese Auskunft zu halten. Falls er sich nicht an die Auskunft hält, riskiert er jedoch, für dieses Verhalten zu haften. Soweit dem freien Mitarbeiter/Arbeitnehmer eine für diesen günstige Auskunft erteilt wurde, kann ein zivilrechtlicher Anspruch gegenüber dem Auftraggeber/Arbeitgeber bestehen, entsprechend der vom Finanzamt erteilten Auskunft zu verfahren.

Die im Rahmen einer Anrufungsauskunft erteilte Auskunft entfaltet unabhängig davon, ob die Anrufungsauskunft dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer erteilt worden ist, für das Veranlagungsverfahren des Arbeitnehmers keine Bindungswirkung.

Folgen falscher Einordnung als „freier Mitarbeiter“

Die Folgen einer falschen Einordnung als „freier Mitarbeiter“ sind vielfältig und betreffen sowohl das Arbeits-, das Sozialversicherungsrecht als auch das Steuerrecht. Außerdem kann eine falsche Einordnung auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Arbeitnehmerstatus

Die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eines „freien Mitarbeiters“ hat arbeitsrechtlich weitreichende Bedeutung. Manche Folgen wirken sich nur auf die Zukunft aus, manche aber auch in die Vergangenheit hinein – mit weitreichenden finanziellen Folgen:

Soweit die Parteien wissentlich und willentlich eine falsche Einordnung getroffen haben,

ist der Vertrag als Scheingeschäft nach § 117 BGB anzusehen und damit nichtig. Da das bei einem Dauerschuldverhältnis zu unpraktikablen Ergebnissen führt, behilft sich die Rechtsprechung mit der Konstruktion des sogenannten faktischen Arbeitsverhältnisses, das dann den Rechtsgrund für die erbrachten Arbeitsleistungen darstellt. Die Parteien können das faktische Arbeitsverhältnis jederzeit durch Loslösungserklärung beenden.

Soweit die Parteien nicht vorsätzlich gehandelt haben, sondern sich in einem Irrtum befanden, ist das Arbeitsverhältnis wirksam. Der Mitarbeiter hat in diesem Fall, wie jeder andere Arbeitnehmer, Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc.

Als Arbeitnehmer hat der Mitarbeiter dann auch den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Um diesen Schutz zu erlangen, reicht es nach der Rechtsprechung aus, wenn er – nachdem er die Kündigung durch seinen Auftraggeber/Arbeitgeber erhalten hat – Kündigungsschutzklage erhebt und damit inzident den Arbeitnehmerstatus geltend macht.

Probleme ergeben sich bei Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft auch hinsichtlich der Höhe der Vergütung. Bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hat der Mitarbeiter nämlich keinen Anspruch darauf, seine bisherige Vergütung, die er als „freier Mitarbeiter“ erhalten sollte, nun als Bruttoarbeitsentgelt zu erhalten. Er hat vielmehr nur Anspruch auf die übliche Arbeitsvergütung. Diese wird in der Regel geringer sein als die Vergütung als „freier Mitarbeiter“ (BAG, Urt. v. 21. Januar 1998 – 5 AZR 50/97, NZA 1998, 594).

Falls die bisherige Vergütung als freier Mitarbeiter geringer ist als das übliche Arbeitsentgelt, hat der Mitarbeiter Anspruch auf die übliche Arbeitsvergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB. Für die Vergangenheit gilt im Ergebnis nichts anderes. Der Arbeitnehmer hat auch für die Vergangenheit Anspruch auf Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc. Er kann also nach erfolgreicher Statusfeststellung die Zahlung entsprechender Leistungen bis zur Verjährungsgrenze (drei Jahre) verlangen.

Hinsichtlich des Entgeltanspruches gilt, wie bereits zuvor dargestellt, nicht die als freier Mitarbeiter vereinbarte Vergütung als Bruttogehalt, sondern vielmehr nur die übliche Vergütung. Soweit die bisher gezahlte Vergütung als freier Mitarbeiter höher ist als die Vergütung eines Arbeitnehmers, so steht dem Arbeitgeber ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB in Höhe der Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Vergütung und der für Arbeitnehmer üblichen Vergütung zu (BAG, Urt. v. 9. Februar 2005 – 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814; BAG, Urt. v. 8. November 2006 – 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321).

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann jedoch gemäß § 814 BGB nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage zum Zeitpunkt der Leistung. Nicht ausreichend ist die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen