

Hinweise

zur Verwendung des Freien-Mitarbeiter-Vertrages für Nicht-Berufsangehörige

Derzeit werden von der Deutschen Rentenversicherung offenbar sämtliche als „freie Mitarbeiter“ tätigen Steuerberater als „abhängig Beschäftigte“ und damit als sozialversicherungspflichtig beurteilt. Ohne dass sich die Gesetzeslage verändert hätte, spitzen sowohl die Deutsche Rentenversicherung als auch die Rechtsprechung die Prüfung der in der nachstehenden Checkliste genannten Kriterien zur Beurteilung der Beschäftigung auf den Punkt „eigenes Unternehmerrisiko“ zu. Da im Dienstleistungsbereich üblicherweise der Einsatz von Betriebsmitteln gegen null tendiert (Betriebsmittel sind in diesen Fällen oft nur Schreibtisch, Computer und Telefon), kann auf diese Weise in nahezu allen Fällen ein eigenes Unternehmerrisiko verneint werden. Aus dem fehlenden Unternehmerrisiko wird dann die abhängige Beschäftigung hergeleitet. Der häufig vorgebrachten Argumentation, der vermeintlich freie Mitarbeiter sei nicht in den Betrieb eingegliedert und auch nicht weisungsgebunden, halten DRV und Rechtsprechung entgegen, dies sei bei sog. Diensten höherer Art üblich und spreche daher nicht gegen eine abhängige Beschäftigung.

Die vorstehend dargestellten Argumente sind auf Nicht-Berufsangehörige genauso anwendbar wie auf Steuerberater.

Vor diesem Hintergrund muss auch vor der Beschäftigung von Nicht-Berufsangehörigen als „freien Mitarbeitern“ ausdrücklich gewarnt werden. Es ist davon auszugehen, dass diese bei einer Prüfung durch die DRV oder im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens als abhängig Beschäftigte qualifiziert werden.

In jedem Fall ist bei eigenen Änderungen und Ergänzungen des Vertrages Vorsicht geboten.

I. Allgemeine Hinweise

- § 611a BGB enthält die Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist danach, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Das Gesetz sieht weiter vor, dass es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht ankommt, wenn die tatsächliche Durchführung des Vertrages zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.
- Die Bezeichnung oder eigene Einstufung als freier Mitarbeiter reicht allein für die Annahme einer freien Mitarbeit nicht aus. Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine freie Mitarbeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist entsprechend der Regelung in § 611a BGB nicht nur die vertragliche Vereinbarung, sondern immer auch eine Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall. Da sowohl Umstände vorliegen können, die für freie Mitarbeit, aber auch für ein Beschäftigungsverhältnis sprechen können, ist der Schwerpunkt der Tätigkeit entscheidend. Die Verträge sind in der Regel in der Betriebsprüfung oder im Anfrageverfahren (s. u.) vorzulegen. Diese können somit ein erstes Indiz für das Vorliegen einer Beschäftigung sein. Es ist darauf zu achten, dass die vertraglichen Vereinbarungen in den Steuerberaterpraxen tatsächlich auch gelebt werden.
- Berücksichtigt werden sollten bereits beim Vertragsabschluss stets die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen im Falle einer festgestellten abhängigen Beschäftigung. So haftet der Auftraggeber als alleiniger Beitragsschuldner für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Rahmen der gesetzlichen Verjährungsfristen. Nur im Rahmen des Beitragsabzugs kann ein Anspruch gegen den freien Mitarbeiter geltend gemacht werden.
- Die Regelungen zur „Scheinselbstständigkeit“ haben in erster Linie sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen. Allerdings kann dies ggf. auch arbeitsrechtliche Folgen (z. B. Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Mutterschutz) nach sich ziehen. Nicht selten hat eine zunächst vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem freien Mitarbeiter vor den Arbeitsgerichten geendet. Bereits von daher empfiehlt es sich, einen in der Praxis mittlerweile fast üblichen Abschluss von Zusatzvereinbarungen zu einem freien Mitarbeitervertrag zu vermeiden. Zu bedenken sind immer auch sowohl steuerrechtliche Folgen als auch mögliche strafrechtliche Konsequenzen (§ 370 AO, § 266a StGB).
- Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Ihre Mandanten nicht möchten, dass Akten und private Daten durch freie Mitarbeiter mit nach Hause genommen und damit hinsichtlich drohender Beschlagnahme schutzlos gestellt werden. Vor diesem Hintergrund sollten Sie vor der Beauftragung eines freien Mitarbeiters eine diesbezügliche Zustimmung der Mandanten einholen. Es handelt sich hierbei nicht um eine Frage, die den Vertrag zwischen dem freien Mitarbeiter und Ihnen betrifft, sondern nach Auffassung der Bundessteuerberaterkammer vielmehr um eine berufsrechtliche Pflicht Ihrerseits, die ausschließlich Ihr Verhältnis zu Ihren Auftraggebern betrifft.
- Soweit dem freien Mitarbeiter nur ein Einzelauftrag erteilt wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vereinbarung eines zwei Jahre andauernden Auftragschutzes (vgl. Ziff. 9) von der Rechtsprechung als unverhältnismäßig beurteilt wird. Bislang stehen einschlägige Urteile aus.
- Stellt sich nachträglich heraus, dass ein als Freier MA behandeltes Vertragsverhältnis tatsächlich ein Arbeitsverhältnis war, kann der Auftraggeber grds. zu viel gezahlte Honorare zurückfordern. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann dem freien MA jedoch Vertrauensschutz zugutekommen, insbesondere dann, wenn der Auftraggeber die freie Mitarbeit gleichsam oktroyiert hat, ohne dem MA eine Wahlmöglichkeit zu lassen.
- Es muss sichergestellt werden, dass die vertraglichen Vereinbarungen zur Selbstständigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit auch tatsächlich gelebt werden und keine „schleichende Eingliederung“ stattfindet, die dann zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führt.

II. Checkliste

Folgende Merkmale werden von der Deutschen Rentenversicherung und der Rechtsprechung als **Merkmale einer abhängigen Beschäftigung** gewertet:

- persönliche Abhängigkeit** aufgrund von
 - Weisungsbefugnis des Auftraggebers bzgl. Durchführung und Art der Tätigkeit, Zeit und Ort,
 - Eingliederung in den Betrieb bzw. die Organisationsstruktur des Auftraggebers: z. B. feste Anwesenheitszeiten; Verwendung einer Zeiterfassung; zwingende Teilnahme an Kanzleibesprechungen oder Fortbildungen; Verpflichtung, in den Räumen des Auftraggebers zu arbeiten; keine eigenen Geschäftskonten; freiem Mitarbeiter wird von Auftraggeber Dienstwagen zur Verfügung gestellt.

Eine freie Mitarbeit liegt ferner nicht vor, wenn der Mitarbeiter

- nicht befugt ist, seine Arbeitsleistung von anderen Personen erbringen zu lassen (**Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung**);
- **keine eigenen Arbeitnehmer** bzw. nur einen geringfügig Beschäftigten beschäftigt;
- **kein Unternehmerrisiko** trägt, d. h. insbesondere die Bindung der Vergütung an den tatsächlichen Erfolg der Tätigkeit fehlt;
- an nur einen Auftraggeber gebunden wird (Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsklausel); es ist ihm nicht möglich, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein;
- nicht bzw. nur über geringe eigene **Betriebs- und Produktionsmittel** verfügt;
- gegenüber dem Kunden nicht mit eigenem **Logo**, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auftreten darf;
- die **gleiche Tätigkeit** beim Auftraggeber **vorher als Arbeitnehmer** ausgeübt hat;
- **regelmäßige, gleichbleibende Zahlung** anstelle einer Umsatzbeteiligung erhält;
- einen Anspruch auf **Urlaub und Entgeltfortzahlung** hat;
- einem **direkten Vorgesetzten** unterstellt ist, der den Arbeitsablauf regelt;
- nicht über eine eigene **Betriebsstätte** verfügt;



- **jederzeitigen Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeiten** durch den Auftraggeber unterliegt (z. B. Betriebsfunk, Online-Dienste);
- nicht **Mitglied in Organisationen** ist (z. B. IHK, Handwerkskammer);
- weitreichenden **Kontroll- und Mitspracherechten** des Auftraggebers unterliegt
 - bzgl. Produktions- und Betriebsmitteln,
 - bzgl. Ablehnung von Aufträgen,
 - bzgl. Preiskalkulation,
 - bzgl. Werbemaßnahmen, Kundenakquisition;
- umfangreicher **Berichtspflicht** unterliegt;
- Einkünfte erzielt, die **vom Finanzamt als Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit bewertet** werden.

III. Verfahren zur Feststellung des Erwerbsstatus (§ 7a SGB IV)

Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) kann bei bestehenden Zweifeln an dem Status des freien Mitarbeiters (abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig) von beiden Vertragsparteien – auch unabhängig voneinander – auf schriftlichen Antrag ein sogenanntes Verfahren zur Feststellung des Erwerbsstatus durchgeführt werden. Die DRV hält unter www.deutsche-rentenversicherung-bund.de das Antragsformular sowie weitere Erläuterungen zu diesem Verfahren bereit.

Durch das Verfahren kann der Status des freien Mitarbeiters frühzeitig geklärt werden. Im Falle einer abhängigen Beschäftigung können so später zum einen hohe Beitragsnachforderungen vermieden werden; zum anderen kann im Verfahren zur Feststellung des Erwerbsstatus die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der DRV eintreten. Dies setzt voraus, dass innerhalb eines Monats das Verfahren bei der DRV beantragt wird, der Beschäftigte zustimmt, und er ab Aufnahme der Tätigkeit bereits anderweitig eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat.

Mit Entscheidung oder Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht (z. B. durch Ankündigung einer Betriebsprüfung) ist das Verfahren zur Feststellung des Erwerbsstatus jedoch ausgeschlossen. Die DRV prüft von Amts wegen, ob eine abhängige oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Vor einer endgültigen Entscheidung gibt die DRV den Beteiligten die beabsichtigte Entscheidung bekannt und gewährt den Beteiligten bei einer nicht beantragten und somit abweichenden Entscheidung rechtliches Gehör. Die Beteiligten können binnen einer von der DRV gesetzten Frist alle Tatsachen vorbringen, die die begehrte Entscheidung stützen. Der Widerspruch gegen eine von der DRV erlassene, aber nicht beantragte Entscheidung hat aufschiebende Wirkung.

IV. Einzelne Erläuterungen zum Freien-Mitarbeiter-Vertrag für Nicht-Berufsangehörige

Freier Mitarbeiter

Als freie Mitarbeiter dürfen natürliche Personen i. S. d. § 3 StBerG sowie – unter den Voraussetzungen des § 17 BOSTB (in der Fassung vom 01.08.2022) – auch nicht Berufsangehörige in einer Steuerberatungspraxis tätig werden. Mit ehemaligen Angestellten sollte eine freie Mitarbeit grundsätzlich nicht vereinbart werden. Sollte dies dennoch unbedingt notwendig sein, sollten jedenfalls weitreichende Änderungen der tatsächlichen Gegebenheiten erfolgen.

zu Ziff. 1 Vertragsgegenstand

Durch die eingeräumte Möglichkeit, Einzelaufträge auch abzulehnen, wird deutlich, dass der freie Mitarbeiter keiner für ein Arbeitsverhältnis typischen allgemeinen Dienstpflicht unterliegt und er insoweit zeitlich weisungsfrei ist (vgl. auch § 63 StBerG). Der Abschluss eines Rahmenvertrages könnte für eine auf Dauer angelegte Tätigkeit für den Auftraggeber und somit für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Von daher sollten die an den freien Mitarbeiter vergebenen Aufträge entsprechend inhaltlich und zeitlich abgrenzbar sein.

zu Ziff. 2 Vergütung

zu (2)

Vereinbarungen über Sonder- bzw. Einmalzahlungen, Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall und vermögenswirksame Leistungen sind ein sicheres Indiz für ein Anstellungsverhältnis. Darüber hinaus sprechen z. B. die Übernahme von Fortbildungskosten, von Telekommunikationskosten, von Kosten für bereitgestellte Dienstfahrzeuge gegen ein eigenes unternehmerisches Risiko des freien Mitarbeiters. Hier könnten ggf. Reisekosten (Übernachtungen, Fahrten mit dem eigenen Pkw des freien Mitarbeiters) gesondert vergütet werden.

zu (3)

Die fehlende Vergütung dieser Kosten spricht für das eigene unternehmerische Risiko und eine fehlende Eingliederung des freien Mitarbeiters in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers.

zu (4)

Angesichts der Ähnlichkeit mit Gehaltszahlungen sollte auf monatliche Rechnungsstellungen oder Abschlagszahlungen durch den Auftraggeber verzichtet werden.

zu (5)

Aufgrund der Ähnlichkeit des § 616 BGB (Vergütungspflicht des freien Mitarbeiters bei Dienstverhinderung) mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall der Arbeitnehmer empfiehlt es sich, die Anwendbarkeit auszuschließen.

zu (6)

Rentenversicherungspflichtig ist auch ein selbstständig Tätiger, wenn er mit Ausnahme von geringfügig Beschäftigten keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt, und er auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist. Auf Antrag kann sich der freie Mitarbeiter von der Versicherungspflicht befreien lassen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI).

Bei festgestellter Scheinselbstständigkeit kann zu Unrecht ausgewiesene Umsatzsteuer vom vermeintlichen freien Mitarbeiter zurückgefordert werden. Dieser kann seinerseits Erstattung beim FA beantragen. Sollte zu viel gezahltes Honorar aufgrund einer angenommenen Selbstständigkeit einer möglichen Rückforderung unterliegen, sind die ersparten Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung anzurechnen (BAG v. 04.12.2024 – 5 AZR 272/23).

zu Ziff. 7 Haftung/Versicherung

Der Auftraggeber sollte sich entsprechend absichern, da nur er gegenüber dem Mandanten haftet. Damit im Ernstfall der volle Versicherungsschutz besteht, sollte der Auftraggeber darauf achten, dass seinem Versicherer neben der Anzahl der Angestellten auch die genaue Anzahl der freien Mitarbeiter bekannt ist, damit eine geeignete Risikoeinstufung vorgenommen werden kann. Ggf. ist eine Deckungserweiterung der bestehenden Berufshaftpflichtversicherung erforderlich.

zu Ziff. 10 Auftragsschutz

Achtung! 1. Die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote ist immer mit einigen Gefahren verbunden, da diese üblicherweise in Arbeitsverträgen vereinbart werden. Auch wenn die grundlegenden Wertmaßstäbe der §§ 74 ff. HGB zwar unmittelbar nur für Angestellte, nicht aber für freie Mitarbeiter gelten, sind diese über § 138 BGB i. V. m. Art. 12 GG auch für freie Mitarbeiter zu beachten.

2. Sowohl die zu leistenden Entschädigungen bzw. Vertragsstrafen als auch die vereinbarten Jahresfristen (**höchstens 2 Jahre**) dürfen nicht übermäßig sein, d.h. sie müssen in einem angemessenen Verhältnis u. a. zu der Dauer des Freien-Mitarbeiter-Vertrages sowie der zurückliegenden Zeit des Freien-Mitarbeiter-Vertrages stehen.

zu Ziff. 11 Dauer des Vertrages

zu (1)

1. Bei Abschluss eines Rahmenvertrages (Ziff. 1) ist auch eine Kündigungsmöglichkeit notwendig (vgl. auch §§ 620 Abs. 1, 621 BGB).
2. Zwar bedürfen nach der Neufassung des § 623 BGB nur Arbeitsverträge einer schriftlichen Kündigung. Die Schriftform empfiehlt sich allein aus Beweisgründen aber auch bei sonstigen Verträgen.

zu Ziff. 12 Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens gem. § 7a SGB IV

In den Fällen, in denen etwa im Rahmen einer Betriebsprüfung die Versicherungspflicht festgestellt wird, beginnt die Beitragspflicht **mit der Aufnahme der Beschäftigung**. Klagen gegen einen derartigen Bescheid kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Es ist daher dringend zu empfehlen, grundsätzlich innerhalb einer Frist von einem Monat nach Beginn der Beschäftigung ein Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV einzuleiten, weil nur auf diese Weise ggf. eine rückwirkende Beitragspflicht vermieden werden kann.

zu (2)

Nur der freie Mitarbeiter kann letztlich dieser Mitwirkungsverpflichtung nachkommen. Änderungen in seinen Verhältnissen sind nur ihm bekannt (z. B. regelmäßige Anzahl der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer, weitere Auftraggeber, andere soziale Absicherung), sodass letztlich er das Verfahren verzögern könnte.

zu (3)

Vgl. § 7a Abs. 6 SGB IV. Erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der DRV tritt im Falle einer festgestellten abhängigen Beschäftigung die Versicherungspflicht ein, wenn der freie Mitarbeiter gegenüber der DRV diesem späteren Beginn zustimmt und der freie Mitarbeiter anderweitig gegen Krankheit und Alter abgesichert gewesen ist. **Achtung:** Diese vertragliche Zustimmungsvereinbarung kann lediglich eine Warnfunktion für den freien Mitarbeiter haben. Mangels Wirksamkeit der Erklärung gem. § 32 Abs. 1 SGB I wird die DRV durch eine solche Erklärung nicht gebunden.