

Betriebsprüfung aktuell

## Freie Mitarbeiter: Gefahren der Scheinselbstständigkeit erkennen

**Wichtig für:**   
**Alle Planungsbüros**

Mehrere Leser haben uns informiert, dass bei steuerlichen Betriebsprüfungen vor allem die Honorare an Freie Mitarbeiter und Subplaner intensiv beleuchtet wurden. Diese Prüfungen haben zwei Konsequenzen: Zum einen Kontrollmitteilungen an das Finanzamt des „Freien“, ob dieser die Einkünfte ordnungsgemäß versteuert hat. Zum zweiten Nachforschungen, ob der „Freie“ auch wirklich ein Freier Mitarbeiter ist oder als Scheinselbstständiger einzustufen ist. Im letzteren Fall drohen Ihnen – als Arbeitgeber – Nachzahlungen von Lohnsteuer und SV-Beiträgen. Diese sollten Sie vermeiden.

### Neuregelung im Sozialgesetzbuch

**Seit 2009 kommt es vor allem auf zwei Kriterien an**

Wichtig für die Beurteilung „Selbstständigkeit ja oder nein“ ist eine Änderung im Sozialgesetzbuch IV (SGB) aus dem Jahr 2009. Seitdem ist entscheidend, ob die Tätigkeit nach Weisungen eines Auftraggebers ausgeführt wird bzw. eine Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers erfolgt ist (§ 7 SGB IV). Diese beide Kriterien wiederum hängen von den vertraglichen Vereinbarungen und dem Auftreten des Freien ab.

#### Vertragliche Verhältnisse

Grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal ist, dass nicht die Arbeitskraft im Allgemeinen, sondern Know-how für einen bestimmten Zeitraum angeboten wird. Ob dies tatsächlich so ist, wird auf Basis der folgenden Punkte konkretisiert.

- Die Wahl des Orts und der Zeit der Leistungserbringung erfolgt grundsätzlich frei. Der Auftraggeber kann keine Vorgaben machen. Allenfalls können gewisse Zeiträume vereinbart werden.
- Das Honorar für jeden Auftrag wird neu verhandelt, wobei allerdings Rahmenverträge abgeschlossen werden können.

**HOAI-Unterschreitung bei Rahmenverträgen möglich**

**Wichtig:** Bei Rahmenverträgen bzw. einer ständigen Geschäftsbeziehung können die Mindestsätze der HOAI unterschritten werden (Oberlandesgericht Stuttgart, Urteil vom 21.9.2010, Az: 10 U 50/10;Abruf-Nr. 104215).

- Die Aufträge können frei gewählt werden, der Auftragnehmer kann auch Aufträge ablehnen. Ein Ausschluss der Annahme weiterer Aufträge von Dritten erfolgt nicht.
- Der Auftrag wird weitgehend selbstständig erfüllt, vertragliche Vorgaben bilden lediglich einen Rahmen. Es wird keine Tätigkeit

nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers wahrgenommen. Ebenso erfolgt keine Einbeziehung in ein Zeiterfassungssystem des Auftraggebers.

- Mitarbeiter-Vergünstigungen werden nicht gewährt.
- Das Honorar wird nur bei tatsächlicher Leistungserbringung und nicht bei Erkrankung oder Abwesenheit (Urlaub) fällig.

**Wichtig:** Auch Familienangehörige des Auftraggebers können für ihn als Freie Mitarbeiter tätig werden, das war im alten Recht noch anders. Unschädlich ist es jetzt auch, wenn der Selbstständige zuvor beim Auftraggeber als Arbeitnehmer angestellt war.

**Auch Ex-Mitarbeiter können Freie Mitarbeiter werden**

### **Unternehmerisches Auftreten des Selbstständigen**

Die folgenden Punkte dienen als Kriterien für die Bestätigung eines unternehmerischen Auftretens:

- Der Selbstständige besitzt ein eigenes Firmenschild, eigene Geschäftsräume, eigenes Briefpapier oder Visitenkarten. Ebenso ist eine eigene E-Mail Adresse, besser noch eine eigene Domain und eine eigene Homepage vorhanden.
- Die eigene Ausstattung wird selber finanziert. Diese ist in der Bilanz des Selbstständigen aktiviert (Computer, Notebook, Software, Online-Anschluss, Telefon, Pkw).
- Der freie Mitarbeiter trägt das unternehmerische Risiko; sowohl bezüglich eventueller Mängel der Leistung als auch hinsichtlich der Haftung.
- Der Freie pflegt ständig eigene Kontakte zu potenziellen Auftraggebern.
- Der Freie macht weniger als 5/6 seines Gesamtumsatzes mit (s)einem Auftraggeber.
- Der Freie beschäftigt eigene Arbeitnehmer (das heißt mehr als eine 400-Euro-Kraft).

**Der Freie übernimmt die Haftung für seine Leistung**

### **Folgen der Scheinselbstständigkeit**

Eine Scheinselbstständigkeit hat sozialversicherungsrechtliche, arbeitsrechtliche und steuerrechtliche Folgen.

#### **Sozialversicherungsrechtliche Folgen**

Sozialversicherungsrechtlich gelten Scheinselbstständige als Arbeitnehmer, sodass der Arbeitgeber Beiträge zur Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung) entrichten muss.

**Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen**

**Rückwirkende  
Haftung droht**

**Beachten Sie:** Hierbei kann der Arbeitgeber rückwirkend für bis zu 30 Jahre (bei vorsätzlicher Hinterziehung), ansonsten für vier Jahre, zur Zahlung des Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteils verpflichtet werden. Der Arbeitnehmer (= Freie) haftet für maximal drei Monate.

**Wichtig:** Abweichende Regressregelungen zwischen den Parteien sind unwirksam. Vor der Clearingstelle der Deutsche Rentenversicherung Bund (DRB – ehemals BfA) können die Beteiligten eine Klärung der Statusfrage erreichen. Das Anfrageverfahren ist jedoch nur möglich, wenn die DRB im Zeitpunkt der Antragstellung selbst noch kein Verfahren eingeleitet hat.

**Der Freie kann  
Arbeitnehmer-  
Rechte einklagen**

**Arbeitsrechtliche Folgen**

Wird Scheinselbstständigkeit festgestellt, kann der Scheinselbstständige seinen Arbeitnehmerstatus einklagen. Gewinnt er vor dem Arbeitsgericht, ist der vermeintlich Selbstständige nun Angestellter mit Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall neben der Sozialversicherungspflicht.

**Steuerrechtliche Folgen**

Die Veränderung der Verhältnisse wird auch steuerrechtliche Konsequenzen haben. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer haben die neue Situation steuerrechtlich nachzuvollziehen und haften für die Nachzahlungen als Gesamtschuldner. Sie können also beide zur Zahlung der Außenstände in voller Höhe aufgefordert werden.

**Wichtig:** Das Finanzamt ist nicht an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gebunden und umgekehrt.

Scheinselbstständige müssen beachten, dass sie als Arbeitnehmer den Lohn-/einkommensteuerrechtlichen Regelungen unterliegen und durch diese Tätigkeit fortan keine Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit (§ 18 Einkommensteuergesetz) mehr erzielen.

Darüber hinaus schuldet der vermeintliche Auftragnehmer gegebenenfalls die auf seinen bisherigen Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 14c Absatz 2 Umsatzsteuergesetz, während ein Vorsteuerabzug für den Auftraggeber nicht in Betracht kommen würde.

**Konsequenz für die Praxis**

**Checkliste auf  
Seite 21 abarbeiten**

Wer sicher sein will, dass der freie Mitarbeiter, den er beschäftigt, nicht plötzlich zwangsweise bei ihm auf der „Payroll“ steht und er für ihn Sozialversicherungsbeiträge nachentrichten muss, sollte folgende Checkliste abarbeiten.

Wenn die Kreuzchen in der linken Spalte überwiegen, spricht vieles dafür, dass tatsächlich das gewünschte freie Mitarbeiterverhältnis vorliegt.

**Checkliste**

| Tatbestand   | ja | nein |
|--|----|------|
| Der Auftragnehmer ist nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert.  |    |      |
| Der Auftragnehmer arbeitet nicht nur im Büro des Auftraggebers.  |    |      |
| Der Auftragnehmer ist weisungsfrei.  |    |      |
| Der Auftragnehmer kann seine Arbeitszeit frei einteilen.   |    |      |
| Überstunden werden nicht oder nur in Ausnahmefällen bezahlt.   |    |      |
| Der Auftragnehmer muss mit dem Auftraggeber keine Urlaubsregelungen treffen.   |    |      |
| Der Auftragnehmer ist unabhängig in der Wahl des Orts, an dem er den Auftrag erledigt.                                       |    |      |
| Der Auftragnehmer arbeitet in der Regel in eigenen Räumen.   |    |      |
| Der Auftraggeber verzichtet auf Einzelkontrolle.   |    |      |
| Der Auftragnehmer kann frei entscheiden über die Art und den Umfang der Tätigkeiten, die er übernimmt.                       |    |      |
| Der Auftragnehmer hat die Freiheit, auch Aufträge abzulehnen.  |    |      |
| Der Auftragnehmer kann über seine freien (Leistungs-)Kapazitäten frei verfügen.  |    |      |
| Der Auftragnehmer kann seinerseits Hilfskräfte zur Auftrags erledigung einsetzen.  |    |      |
| Der Auftragnehmer hat die Freiheit, auch für andere Unternehmen tätig zu werden.   |    |      |
| Der Auftragnehmer trägt ein Unternehmerrisiko.   |    |      |
| Der Auftragnehmer hat ein Haftungsrisiko – nicht nur für sich selbst, sondern auch für die von ihm eingesetzten Hilfskräfte. |    |      |
| Der Auftragnehmer hat eine eigene Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen.   |    |      |
| Es sind kurze Kündigungsfristen im Vertrag vereinbart worden.  |    |      |
| Die Vergütung erfolgt leistungsbezogen.  |    |      |
| Es erfolgt keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.   |    |      |
| Der Auftragnehmer nutzt eigene Arbeitsmittel.  |    |      |

**Weiterführende Hinweise**

- Mustervertrag für Freie Mitarbeit, in „myIWW“ ([www.iww.de](http://www.iww.de)) im „Online-Service“ unter „Musterverträge“ Stichwort „Vertrag für Freie Mitarbeit“
- Zusammenarbeit mit Freien Mitarbeitern, Werk- oder Dienstvertrag und die Haftung, Wirtschaftsdienst Ingenieure & Architekten 7/2010, Seite 19
- Zusammenarbeit mit Freien Mitarbeitern, Versicherungsrechtliche Fragen, Wirtschaftsdienst Ingenieure & Architekten 8/2010, Seite 18



**Mustervertrag  
in „myIWW“**