



FREIE MITARBEIT IM ARCHITEKTURBÜRO

Beschäftigungsverhältnisse auf Basis einer freien Mitarbeiterschaft sind bei Architekten sowie allgemein im Bereich der freien Berufe sehr verbreitet. Der freie Mitarbeiter ist kein Arbeitnehmer sondern im Grundsatz ein selbständiger Subplaner.

Die Motive für den Abschluss freier Mitarbeiter-Verträge liegen auf Seiten des Auftraggebers häufig in der größeren Flexibilität beim Arbeitskräfteeinsatz. Der freie Mitarbeiter bevorzugt diese Beschäftigungsform wegen der Möglichkeit zu selbständigem und eigenverantwortlichem Handeln. Er unterliegt nicht den Zwängen und Weisungen eines Arbeitgebers.

▪ **UNTERSCHIEDE FREIER MITARBEITER /ARBEITNEHMER**

In der nachfolgenden Übersicht werden die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Arbeitsverhältnis und der freien Mitarbeiterschaft stichwortartig dargestellt:

Arbeitnehmer

- abhängige, weisungsgebundene Tätigkeit
- Dienstvertrag (Arbeitsvertrag)
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers
- Kündigungsschutz gemäß §§ 620 ff. BGB sowie in dessen Anwendungsbereich nach dem Kündigungsschutzgesetz
- besonderer Kündigungsschutz bei Schwangerschaft, nach der Geburt, in der Elternzeit und bei Schwerbehinderung
- Anspruch auf Elternzeit nach dem BEEG
- Urlaubsanspruch
- Abführung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber (mit eigener Haftung des Arbeitgebers für deren Einbehalt)
- Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Arbeitslosenversicherung)
- Absicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung
- evtl. Anwendung von Tarifverträgen
- eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung
- Anspruch auf Zeugniserteilung
- bei nachfolgender Arbeitslosigkeit: Arbeitslosengeld I
- Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis
- Eintragung in die Architektenliste als »angestellter Architekt«



Freier Mitarbeiter

- eigenes Unternehmerrisiko mit freier Entfaltungsmöglichkeit
- Dienstvertrag oder Werkvertrag (abhängig von der geschuldeten Leistung)
- freie Wahl hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung
- leistungsabhängiges Einkommen
- eigene Arbeitsorganisation, Verwendung eigener Arbeitsmittel, eigenes Büro
- uneingeschränkte Möglichkeit, für andere Auftraggeber tätig zu werden
- steuerliche Vorteile (Betriebsausgabenabzug statt Werbungskosten/erweiterte steuerliche Absetzungsmöglichkeit/Vorsteuerabzugsberechtigung)
- eigenständige soziale Absicherung
- vertragliche Haftung (Berufshaftpflichtversicherung)
- kein Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch, Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
- bei »Arbeitslosigkeit«: Arbeitslosengeld II
- Zuständigkeit der Zivilgerichte für Streitigkeiten aus dem Auftragsverhältnis
- Eintragung in die Architektenliste als »freischaffender« Architekt.

▪ ABGRENZUNG FREIER MITARBEITER /ARBEITNEHMER

Aufgrund der oben aufgezeigten erheblichen Unterschiede bedarf es einer Abgrenzung zwischen dem Arbeitnehmerverhältnis und der freien Mitarbeiterschaft. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV sind wesentliche Anhaltspunkte für ein Arbeitsverhältnis die Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers. Darüber hinaus bestand bis zum 31.03.2003 ein Katalog mit fünf Kriterien, anhand derer die Abgrenzung vorzunehmen war. Dieser Kriterienkatalog wurde zum 01.04.2003 abgeschafft. Gleichwohl können die Merkmale immer noch als Orientierungshilfe verwendet werden und sollen daher im Folgenden erläutert werden. Für eine Qualifizierung als Arbeitnehmer spricht:

1. Die betreffende Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 400 Euro übersteigt.
2. Sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.
3. Ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.
4. Die Tätigkeit dieser Personen lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.
5. Die Tätigkeit der betreffenden Person entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Zu 1 Das Merkmal der Regelmäßigkeit bringt zum Ausdruck, dass die kurzfristige Beschäftigung eigener Arbeitnehmer nicht für eine Selbständigkeit sprechen. Umgekehrt sind jedoch auch kurzzeitige Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses unschädlich.



Zu 2 Die Dauerhaftigkeit ist insbesondere bei projektbezogenen Tätigkeiten zu verneinen. Für die Dauerhaftigkeit ist vielmehr ein Dauerauftragsverhältnis oder ein regelmäßig wiederkehrendes Auftragsverhältnis erforderlich. Das Merkmal »im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig« ist erfüllt, soweit der freie Mitarbeiter mindestens 5/6 seiner Gesamteinkünfte aus der zu beurteilenden Tätigkeit erzielt. Im Ergebnis darf keine vertragliche oder faktische ausschließliche Bindung an einen Auftraggeber vorliegen.

Zu 3 Nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichtes ist im Planungsbereich nicht davon auszugehen, dass die entsprechenden Tätigkeiten regelmäßig von angestellten Architekten verrichtet werden. Es ist vielmehr üblich, hierfür auch freie Mitarbeiter einzusetzen.

Zu 4 Zu den typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört insbesondere das Erbringen von Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, die eigenständige Entscheidungsfreiheit über Fragen der Einstellung von Personal, den Einsatz von Kapital sowie Art und Umfang der Akquisition. Insgesamt muss der freie Mitarbeiter eine unternehmerische Entscheidungsfreiheit besitzen.

Von einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation und eine Weisungsgebundenheit im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist insbesondere auszugehen, wenn der »freie Mitarbeiter« unentgeltlich die Betriebsmittel des Auftraggebers (z. B. Telefon, Büroräume, Sekretariat, PC) nutzt. Die Weisungsabhängigkeit äußert sich vor allem durch Vorgaben zur Arbeitszeit, Arbeitsart und zum Arbeitsort, durch ein Verbot, eigene Kunden zu akquirieren, durch eine Pflicht, alle Aufträge anzunehmen oder den Ausschluss der Freiheit, Preise für die eigene Leistung selbst zu gestalten.

▪ ANFRAGEVERFAHREN

Trotz der vorstehend genannten Kriterien kann die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Daher hat der Gesetzgeber ein Anfrageverfahren (§ 7 a SGB IV) geschaffen, in dem verbindlich über den Status des Betroffenen entschieden werden kann. Das Verfahren wird durch schriftlichen Antrag eines Beteiligten (Auftraggeber/freier Mitarbeiter) eingeleitet. Der Antrag lautet auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Zuständige Stelle ist die Deutsche Rentenversicherung Bund (Ruhrstraße 2, 10704 Berlin, Telefon 0800 10004800). Sie fordert unter Fristsetzung die Beteiligten zur Vorlage der benötigten Angaben und Unterlagen auf. Diese Frist sollte unbedingt eingehalten werden, da ansonsten eine Vermutungswirkung zu Gunsten eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses entsteht. Die DRVB unterrichtet die Beteiligten über die beabsichtigte Entscheidung und gibt Gelegenheit, sich dazu zu äußern. Nach Durchführung dieses Anhörungsverfahrens trifft die DRVB ihre Entscheidung.

Diese ist für sämtliche Sozialversicherungsträger verbindlich. Wird ein abhängiges Arbeitsverhältnis festgestellt, so beginnt die Versicherungspflicht der Sozialversicherung grundsätzlich mit dem Tag des Eintrittes in das Beschäftigungsverhältnis. Abweichend hiervon kann die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung der DRVB eintreten, wenn der Antrag nach § 7 a Abs. 1 SGB IV spätestens einen



Monat nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wurde, der Beschäftigte dem späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht zustimmt und er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die in der Art den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

Die Entscheidung der DRVB kann mittels Widerspruch und Klage angefochten werden. Im Übrigen ist zu beachten, dass das Anfrageverfahren ausgeschlossen ist, wenn die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren auf Statusfeststellung eingeleitet hat. Hierfür genügt beispielsweise die Ankündigung einer Betriebsprüfung oder die Übersendung eines Fragebogens.

▪ **KONSEQUENZEN EINER FALSCHEN QUALIFIZIERUNG (»SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT «)**

Die Konsequenzen einer unzutreffenden Qualifizierung des Vertragsverhältnisses als freie Mitarbeiterschaft können sehr erheblich sein.

Der als Arbeitnehmer einzustufende Betroffene genießt, trotz der Absicht der Beteiligten ein freies Mitarbeiterverhältnis zu begründen, nunmehr sämtliche arbeitsrechtlichen Schutzrechte. Insbesondere greift innerhalb seines Anwendungsbereiches das Kündigungsschutzgesetz. Eine Kündigung bedarf somit einer sozialen Rechtfertigung und kann durch das Arbeitsgericht überprüft werden. Des Weiteren kommen die Regelungen zum Mutterschutz, zur Sozialversicherung, zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, evtl. Tarifverträge sowie sonstige Arbeitnehmerschutzvorschriften zum Tragen.

In steuerrechtlicher Hinsicht ist das Finanzamt befugt, die nicht abgeführte Lohnsteuer nachzufordern, wobei ein Zugriff sowohl auf den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer möglich ist. Auch der fälschliche Ansatz von Betriebsausgaben im Rahmen der Einkommensbesteuerung kann rückgängig gemacht werden und zu einer Nachzahlungspflicht führen. Hat der Arbeitgeber in Bezug auf das Vertragsverhältnis zum vermeintlichen freien Mitarbeiter Vorsteuerabzüge vorgenommen, so können auch diese unberechtigt abgezogenen Beträge zurückgefordert werden. Gleiches gilt für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge. Die nachträgliche Abführung dieser Beiträge schuldet grundsätzlich der Arbeitgeber auch hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils. Ein Rückgriff auf den Arbeitnehmer ist nur eingeschränkt möglich. Besonderheiten gelten jedoch hinsichtlich der Rentenversicherungsbeiträge zu berufsständischen Versorgungswerken. Nachentrichtungsansprüche verjähren – außer in den Fällen absichtlicher Hinterziehung – in vier Jahren. Bei vorsätzlichem Handeln stehen zudem noch strafrechtliche Konsequenzen aus der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266 a StGB sowie der Hinterziehung von Steuern gemäß §§ 370, 378 Abgabenordnung im Raum.

RA Markus Prause
Architektenkammer Niedersachsen