- Der freie Mitarbeiter beschäftigt keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer.
- Es liegt eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Auftraggeber vor.
- Es erfolgt eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers.
- Es liegt keine unternehmerische Tätigkeit am Markt vor.
- Andere Angestellte des Unternehmers verrichten eine ähnliche Arbeit.
- Der freie Mitarbeiter hat einen festen zugewiesenen Arbeitsplatz und feste Arbeitszeiten.
- Er erhält bezahlten Urlaub.

Mitunternehmerschaft

Initiative und Risiko

Derzeit ist beim Bundesfinanzhof (BFH) unter dem Aktenzeichen VIII R 63/13 eine Entscheidung des Finanzgerichtes Düsseldorf anhängig, in der es um die Mitunternehmerschaft geht. Damit eine mitunternehmerische Gesellschaft vorliegt, müssen deren Gesellschafter auch Mitunternehmer sein. Ebenso wie der Begriff der Mitunternehmerschaft, sind auch die Voraussetzungen für einen Mitunternehmer nicht gesetzlich festgelegt. Selbst der BFH schließt eine abschließende Definition aus und verweist vielmehr auf eine unbestimmte Anzahl von Merkmalen, die ein Mitunternehmer zu erfüllen hat. Dazu gehört vor allem die Möglichkeit, eine unternehmerische Initiative (Mitunternehmerinitiative) entfalten zu können und ein unternehmerisches Risiko (Mitunternehmerisiko) tragen zu müssen.

Mitunternehmerinitiative

Eine unternehmerische Initiative ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erfolg einer Praxis durch eigene Entscheidungen beeinflusst werden kann. Da die Praxis in der Regel gemeinsam geführt wird, ist keine Einzelbefugnis erforderlich. Jedoch muss der Gesellschafter in der Lage sein, an unternehmerischen Entscheidungen teilzuhaben. Dies ist zum Beispiel möglich durch das Recht zur Geschäftsführung beziehungsweise Vertretung, ein Stimmrecht bei Beschlüssen sowie einen Zustimmungsvorbehalt. Da auch die Initiative schwächer ausgeprägt sein kann und darf, wird keine Berechtigung zur Geschäftsführung gefordert. Die eher geringen Stimm-, Kontroll- beziehungsweise Widerspruchsrechte, die ein Kommanditist entfalten kann, sind nach der Rechtsprechung für eine Mitunternehmerinitiative noch ausreichend.

Mitunternehmerisiko

Ein unternehmerisches Risiko drückt sich darin aus, dass das Unternehmen auf eigene Rechnung geführt wird und der Unternehmer damit eine Fehlentscheidung zu tragen hat. Ein Gesellschafter erntet somit seinen Anteil an einem unternehmerischen Erfolg oder Misserfolg. Er erhält den Gewinn daraus oder trägt den Verlust, bis hin zum Verlust des eingesetzten Kapitals.

Ob ein Unternehmerrisiko gegeben ist, zeigt sich vor allem daran, dass ...

- eine Beteiligung am Betriebsvermögen einschließlich der stillen Reserven besteht,
- der Gewinn oder Verlust anteilig getragen wird und
- die jeweilige gesellschaftsrechtliche Haftung besteht.

Jedes der obigen Merkmale muss vorliegen. Ist ein einzelnes Merkmal stark ausgeprägt, kann ein anderes Merkmal schwächer ausgeprägt sein, ohne dass dies gegen eine Mitunternehmerschaft spricht. Für die Praxis werden die Merkmale der Haftung, Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung sowie eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Geschäftswert im Regelfall den Ausschlag geben.

Kathrin Eggert, Steuerberaterin

Liegen mindestens drei Merkmale vor, wird in der Regel eine Scheinselbstständigkeit angenommen.

Folgen für die Berufsausübungsgemeinschaft

Haftung bis zu vier Jahre rückwirkend ab Aufnahme der Tätigkeit des Scheinselbstständigen für die gesamten Sozialversicherungsbeiträge inklusive Arbeitnehmeranteil.

- Der Arbeitgeber (BAG) ist im Außenverhältnis zu den Sozialversicherungsträgern alleiniger Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28 e Absatz 1 SGB IV), und
- bei vorsätzlichem Handeln setzt sich der Arbeitgeber dem Straftatbestand des § 266 a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) aus. Dies wird mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren oder einer Geldbuße geahndet.
- Der Arbeitgeber haftet für die nicht abgeführte Lohnsteuer auf die Honorare an den Scheinselbstständigen, soweit dieser seiner Pflicht zur Einkommensteuerzahlung nicht nachgekommen ist.