

Unterscheidung: Freie Mitarbeit und Freier Beruf



Definition der freien Mitarbeit:

Für „freie Mitarbeit“ gibt es keinen gesetzlich geregelten Vertragstyp. Unter freier Mitarbeit versteht man ein Vertragsverhältnis, das nicht im Rahmen eines klassischen Arbeitsvertrages, sondern in Form eines freien Dienstvertrages (§ 611 BGB) oder als Werkvertrag (§ 631 BGB) ausgestaltet wird.

Die Abgrenzung zur Stellung als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer ist in § 611a BGB geregelt. Sie richtet sich nicht nach der Bezeichnung im Vertrag, sondern nach den tatsächlichen Umständen der Zusammenarbeit. Entscheidend ist, ob eine persönliche Abhängigkeit zum Auftraggeber besteht. Diese zeigt sich insbesondere in der Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation, bei der Zeit, Ort oder Inhalt der Tätigkeit vorgegeben werden.¹

Freie Mitarbeit ist dagegen durch größere Autonomie gekennzeichnet, etwa bei der Wahl von Arbeitszeit, Arbeitsort und Vorgehensweise. In der Praxis spielt sie vor allem bei projektbezogenen Aufgaben und in der Kreativwirtschaft eine Rolle.

Die rechtliche Bewertung erfolgt jeweils im Einzelfall anhand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Merkmale. Dabei hat die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses mehr Gewicht als dessen formale Bezeichnung.²

¹ Vgl. hierzu Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.01.2010 – 5 AZR 106/09;
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 301/10;

² Vgl. hierzu Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §§ 611, 611a, 631 ff.;
Haufe Online: „Freie Mitarbeiter“ (ID: HI521144)

Vergleich: Freie Mitarbeit vs. Arbeitsverhältnis

Kriterium	Freie Mitarbeit	Arbeitsverhältnis
Rechtsgrundlage	Freier Dienstvertrag (§ 611 BGB) oder Werkvertrag (§ 631 BGB)	Arbeitsvertrag (§ 611a BGB)
Weisungsgebundenheit	Keine oder nur gering, hohe Selbstbestimmung	Stark ausgeprägt, Arbeitgeber bestimmt Arbeit
Arbeitsorganisation	Eigenständig, nicht in die Organisation des Auftraggebers eingegliedert	Eingliederung in fremdbestimmte Organisation
Arbeitszeit/-ort	Frei wählbar (sofern vertraglich nicht eingeschränkt)	Vorgaben durch den Arbeitgeber
Vergütung	Honorar (nach Aufwand oder Ergebnis)	Lohn oder Gehalt, meist monatlich fest
Kündigungsschutz	Kein gesetzlicher Kündigungsschutz	Kündigungsschutzgesetz anwendbar
Sozialversicherung	Selbstversicherungspflicht (ggf. KSK, freiwillig)	Pflichtversicherung über Arbeitgeber

Praktischer Anwendungsbereich der freien Mitarbeit

Der Anwendungsbereich erstreckt sich auf Unternehmen aller Größenordnungen und nahezu sämtlicher Branchen. Für diese Vertragsgestaltung kommen insbesondere Tätigkeiten in Betracht, die außerhalb des Betriebes des Unternehmens zu erbringen sind oder für den Betrieb lediglich eine Ergänzungs- oder Hilfsfunktion erfüllen.

Möglichkeiten der Vertragsgestaltung bei freien Mitarbeiter:innen

- **Freier Dienstvertrag (gem. §§ 611 ff. BGB):** Freie Mitarbeiter:innen verpflichten sich zur Erbringung einer Leistung, die Auftraggeber:innen zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Hier wird also eine Tätigkeit geschuldet.
- **Werkvertrag (gem. §§ 631 ff. BGB):** Die Werkunternehmer:innen verpflichten sich darin zur Herstellung des versprochenen Werkes, wobei diese sich eigener Arbeitnehmer:innen oder dritter Unternehmer:innen bedienen kann (Subunternehmer:innen) und die Besteller:innen zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Hier wird ein Erfolg geschuldet.

Beide Vertragsarten können sowohl eine freiberufliche als auch eine gewerbliche Tätigkeit begründen.

Vor- und Nachteile der freien Mitarbeit im Vergleich zum Arbeitsverhältnis:

Vorteile für die Auftraggeber:innen	Vorteile für die freien Mitarbeiter:innen
Keine Bezahlung einer Vergütung im Krankheitsfall	Freie Wahl der Arbeitszeit
Keine Bezahlung von Urlaubsgeld	Freie Wahl des Arbeitsortes, kein zugewiesener Arbeitsplatz
Keine Bezahlung einer Überstundenvergütung	Weisungsungebundenheit vom Auftraggeber (Unabhängigkeit vom Auftraggeber bzw. von der Auftraggeberin)
Keine Bezahlung von betrieblichen Sozialleistungen	Keine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin
Keine Zahlung einer Abfindung im Falle der Vertragsbeendigung	
Wirtschaftliches Risiko tragen die freien Mitarbeiter:innen	

WICHTIG:

- Liegen die genannten Kriterien der freien Mitarbeit nicht oder teilweise nicht vor, so kann auf **Scheinselbständigkeit** geschlossen werden.
- Wer einen Vertrag über eine freie Mitarbeit abschließt, übt nicht automatisch eine freiberufliche Tätigkeit aus. **Freie Mitarbeit** darf nicht mit **freiberuflicher Tätigkeit** gleichgesetzt werden!





Definition von Freien Berufen:

„Die Freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“ § 1 Abs. 2 PartGG

Praktischer Anwendungsbereich

Eine freiberufliche Tätigkeit im steuerrechtlichen Sinne wird nach § 18 Abs.1 Nr. 1 EStG in Katalogberufe und den Katalogberufen ähnliche Berufe differenziert. Darüber hinaus gibt es sogenannte Tätigkeitsberufe. Die Freiberufler:innen haben ihren Status aufgrund der Tätigkeitsinhalte in wissenschaftlichen, schriftstellerischen, unterrichtenden und erzieherischen Berufsbildern.

Vorteile einer freiberuflichen Tätigkeit im Vergleich zum Gewerbe

- Gewerbesteuerfreiheit
- Keine Buchführungspflicht
- Keine Aufzeichnungspflicht
- Pauschalbeträge für Betriebsausgaben
- u.a.

Freie Mitarbeit oder freiberuflicher Tätigkeit?

Freie Mitarbeit und freiberufliche Tätigkeit unterscheiden sich grundlegend bezüglich Rechtsrahmen, Tätigkeitsart und steuerlicher Behandlung. Freie Mitarbeit bezeichnet die Vertragsform, während „freiberufliche Tätigkeit“ eine bestimmte Berufsgruppe aus steuerrechtlicher Sicht charakterisiert und im Gesetz klar definiert ist (§ 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG). Ein Freier Beruf setzt zwingend besondere Qualifikationen voraus (meist akademisch oder künstlerisch) und umfasst z. B. Ärzte, Ingenieure, Journalisten oder Künstler u.v.m. Freiberufler unterliegen keinem Gewerberecht, sind von der Gewerbesteuer befreit und müssen keine doppelte Buchführung betreiben. Der Status als Freiberufler wird vor allem durch die Art der Tätigkeit und das Vorliegen persönlicher Verantwortung und schöpferischer Leistung bestimmt.

Im Rahmen eines Gründungsvorhabens ist es erforderlich, die Tätigkeit beim Finanzamt anzumelden und dabei anzugeben, ob man in einem Freien Beruf tätig wird. Da die Einstufung als Freier Beruf bestimmte rechtliche und steuerliche Folgen hat (z.B. kann es zu Nachzahlungen von Gewerbesteuer kommen, wenn man irrtümlich angegeben hat, in einem Freien Beruf tätig zu sein), sollte vor der Anmeldung der Tätigkeit eine fachliche Beratung in Anspruch genommen werden. Diese Beratung hilft, Unsicherheiten bei der Einordnung der eigenen Tätigkeit zu vermeiden und sich korrekt zu positionieren.



Gefördert durch:



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales



B.E.S.S.E.R.

aus Mitteln des Ausgleichsfonds

Hinweis: Das Institut für Freie Berufe und Social Impact übernehmen keine Garantie dafür, dass die in diesen Unterlagen bereitgestellten Informationen vollständig, richtig und in jedem Fall aktuell sind. Beide Organisationen behalten sich das Recht vor, ohne vorherige Ankündigung Änderungen oder Ergänzungen der bereitgestellten Informationen vorzunehmen. Auf keinen Fall haften das Institut für Freie Berufe und Social Impact für konkrete, mittelbare und unmittelbare Schäden oder Schäden, die durch fehlende Nutzungsmöglichkeiten, Datenverluste oder entgangene Gewinne – sei es aufgrund der Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen, durch Fahrlässigkeit oder eine andere unerlaubte Handlung – im Zusammenhang mit der Nutzung von Dokumenten oder Informationen bzw. der Erbringung von Dienstleistungen entstehen, die aus dieser Information zugänglich sind.