

Die Flucht in das Arbeitsverhältnis kann teuer werden – für alle Beteiligten

Wird durch die Arbeitsgerichtsbarkeit rechtskräftig festgestellt, dass das Dienstverhältnis eines freien Mitarbeiters sich in der Vergangenheit und für die Zukunft als Arbeitsverhältnis darstellt, ergeben sich daraus sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlich eine Reihe von Abwicklungsfragen. Mit der Frage der arbeitsrechtlichen Rückabwicklung hatte sich das BAG in einer neueren Entscheidung (Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18) zu befassen.

Stellt sich heraus, dass ein freies Dienstverhältnis ein Arbeitsverhältnis war und ist, entfällt in aller Regel auch die für das freie Dienstverhältnis vereinbarte Vergütungsregelung. Somit kann der Auftraggeber grundsätzlich in den Grenzen von Verjährungs- und Verwirkungsregeln das Entgelt, das er für das freie Dienstverhältnis vereinbart und bezahlt hat, zurückfordern, muss sich allerdings das anrechnen lassen, was er für ein Arbeitsverhältnis zu bezahlen gehabt hätte. Gibt es keine tariflichen oder sonstigen Regeln für die Vergütung der Tätigkeit des Beschäftigten als Arbeitnehmer, führt dies zur Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB und damit zu einem Anspruch auf die übliche Vergütung (ständige Rechtsprechung des BAG, Rdnr. 27). Die für die freie Mitarbeit vereinbarte Vergütung ist in aller Regel erheblich höher als die, die der Auftraggeber für ein Arbeitsverhältnis bezahlt hätte, und zwar aus folgenden Gründen:

- Eine für freie Mitarbeit ausdrücklich getroffene Vergütungsvereinbarung kann nicht ohne Weiteres auch im Arbeitsverhältnis als maßgeblich angesehen werden. Andernfalls bliebe außer Acht, dass die Vergütung von Personen, die selbstständige Tätigkeiten erbringen, typischerweise zugleich Risiken abdecken soll, die der freie Mitarbeiter anders als ein Arbeitnehmer selbst trägt. Dies betrifft nicht nur Risiken, gegen die Arbeitnehmer durch die gesetzliche Sozialversicherung abgesichert sind. Freie Mitarbeiter müssen zudem mehr in Rechnung stellen, da sie von Gesetzes wegen gegen den Verlust des Vergütungsanspruchs bei Arbeitsausfall deutlich weniger geschützt sind als Arbeitnehmer. So haben sie bspw. keinen Anspruch auf bezahlten Mindesturlaub, Feiertagsvergütung sowie außerhalb von § 616 BGB Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und Vergütung in den Fällen des § 615 Satz 3 BGB.

Außerdem finden auf sie eine Vielzahl von Arbeitnehmerschutzbestimmungen, etwa das KSchG, keine Anwendung und ihnen kommen die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung mit den damit verbundenen Privilegien nicht zugute. Darüber hinaus müssen sie in aller Regel auf die Vergütung auch die entsprechende Mehrwertsteuer bezahlen, die allerdings auch dem Auftraggeber im Zusammenhang mit der Vergütungsrechnung in Rechnung gestellt wird (Rdnr. 26).

- Sind freie Mitarbeiter gem. § 2 Satz 1 Ziff. 9 SGB VI rentenversicherungspflichtig, tragen sie die entsprechenden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung selbst (§ 169 Ziff. 1 SGB VI).

Deshalb ist in der Praxis die für freie Mitarbeit gezahlte Vergütung häufig dreimal so hoch wie die Vergütung, die für ein Arbeitsverhältnis in gleicher Tätigkeit geschuldet würde (so auch der Sachverhalt in der vorliegenden Entscheidung).

Risiko für Dienstnehmer

In der o. g. Entscheidung hat das BAG zu Recht entschieden, dass der Dienstnehmer die Differenz zwischen der geschuldeten Arbeitsvergütung (zzgl. der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung) und der tatsächlich gezahlten Summe (einschließlich USt.) nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung an den Auftraggeber zurückzahlen hat, und zwar in den Grenzen von Verjährungs- und Verwirkungsvorschriften für die gesamte Dauer der ursprünglich als freies Dienstverhältnis angenommenen Laufzeit. Nur in Ausnahmefällen kann durch Auslegung der Dienstvereinbarung angenommen werden, dass die hohe Dienstvergütung auch für den Fall geschuldet sein soll, dass es sich in Wahrheit um ein Arbeitsverhältnis handelt (Rdnr. 27).

Der Bereicherungsanspruch des Auftraggebers ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB (Rdnr. 29). Dem Anspruch des Auftraggebers steht nach dem BAG § 814 BGB nicht entgegen, da dem Auftraggeber nicht entgegengehalten werden kann, er habe positiv gewusst, zur Leistung der freien Dienstvergütung nicht verpflichtet gewesen zu sein (Rdnr. 35). Allerdings wird der Arbeitnehmer die gezahlte Umsatzsteuer zurückfordern können, da er sie als Nichtunternehmer nicht geschuldet hatte.

Die Flucht in das Arbeitsverhältnis kann aber auch für den Auftraggeber teuer werden. Dieser schuldet nämlich für die gesamte Rückabwicklungszeit bis zur Verjährungsgrenze von vier Jahren (§ 25 Abs. 1 SGB IV) nicht nur die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, sondern auch die Arbeitnehmeranteile, also den gesamten Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§§ 28d, 28e SGB IV, § 253 SGB V, § 174 Abs. 1 SGB VI). Den Beitragsanteil des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber nur durch Entgeltabzug nach § 28g Satz 2 SGB IV geltend machen und nur grundsätzlich im Auszahlungsmoment oder bei den drei folgenden Auszahlungsterminen. Bei späteren Auszahlungsterminen darf der Abzug nicht nachgeholt werden. Ist das Vertragsverhältnis – wie im obigen Streitfall – durch Kündigung des Mitarbeiters beendet, kann der Auftraggeber nach Beendigung überhaupt keine Rückerstattung der Arbeitnehmeranteile verlangen.

Risiko für Unternehmen

Hierbei ist zu beachten, dass die Sozialversicherungspflicht auf der Basis eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 Abs. 1 SGB IV entsteht, was in aller Regel aber nicht zwingend mit einem Arbeitsverhältnis identisch sein muss. Dies belegt z. B. die Sozialversicherungspflicht von Fremdgeschäftsführern in der GmbH, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH aber nicht als Arbeitnehmer gelten. Die Arbeitnehmereigenschaft richtet sich für den obigen Rückforderungsanspruch ausschließlich nach § 611a BGB.

UNSER AUTOR



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
München