

Dr. Kerstin Reiserer, RAin/FAinArbR

Schluss mit der Angst vor der Scheinselbstständigkeit

Gibt es ein Licht am Horizont?

„Scheinselbstständigkeit“ ist ein Begriff, der den Betrachter zunächst leicht in die Irre führt. Eine Person ist nur dann scheinselbstständig, wenn sie sich als selbstständiger Unternehmer geriert, obwohl sie in Wahrheit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bzw. Arbeitsverhältnisses tätig ist. Die Selbstständigkeit besteht also nur „zum Schein“. Oder anders ausgedrückt: Scheinselbstständigkeit ist der Versuch, eine bisher voll steuerpflichtige und sozialabgabepflichtige Tätigkeit zur Vermeidung der Abgaben aus dem Arbeitsverhältnis in diese (Schein-)Selbstständigkeit zu führen. Die rechtlichen Auswirkungen einer „falschen“ Statusbestimmung sind beträchtlich. Der folgende Beitrag beleuchtet jüngste Judikate, die den Beteiligten mehr Rechtssicherheit bringen könnten.

I. Der schillernde Rechtsbegriff der Scheinselbstständigkeit

Was sich hinter dem schillernden Begriff der Scheinselbstständigkeit rechtlich verbirgt, ist die völlig legitime Frage danach, ob eine bestimmte Tätigkeit, die eine Person leistet oder anbietet, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses¹ oder im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erfolgt. Dabei wird eine wichtige Kernaussage im Bereich der (Schein-)Selbstständigkeit oft übersehen: Viele Tätigkeiten können sowohl in Form eines Arbeitsverhältnisses als auch in Form eines freien Mitarbeiterverhältnisses angeboten und erbracht werden. Ein besonders prägnantes Beispiel hierfür dürfte die Vertriebstätigkeit sein, die zum Teil von angestellten Vertriebsmitarbeitern, zum Teil aber auch von freien Handelsvertretern erbracht wird. Problematisch wird es erst, wenn der Form nach ein freies Mitarbeiterverhältnis begründet wird, der Mitarbeiter aber in Wahrheit wie ein Arbeitnehmer eingegliedert ist, Weisungen seines Vorgesetzten unterliegt usw. Erst dann spielt das Thema der Scheinselbstständigkeit eine Rolle. Erst dann fühlen sich die Sozialversicherungsträger um die Beiträge zur Sozialversicherung betrogen. Und erst dann schreitet der Zoll ein und leitet Ermittlungsverfahren nach § 266a StGB gegen Geschäftsführer, Werks- oder Betriebsleiter ein.

II. Besteht ein Wahlrecht?

Die wohl wichtigste Kernaussage im Bereich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen einerseits und selbstständigen Tätigkeiten andererseits, insbesondere freien Mitarbeitern, ist bisher der Satz: Es besteht *kein* Wahlrecht!

Bei der Frage, ob die Vertragspartner ein freies Mitarbeiterverhältnis abschließen oder eben ein Arbeitsverhältnis, kommt es auf die Bezeichnung des Vertrages oder den Titel des Vertragsverhältnisses *nicht* maßgeblich an. Vielmehr entscheidet über die rechtliche Einordnung

des Rechtsverhältnisses in erster Linie der Geschäftsinhalt, nicht aber die gewünschte Rechtsfolge oder gar die Bezeichnung des Vertrages in der schriftlichen Urkunde. Die Frage an den neu einzustellenden Mitarbeiter: „Wie hätten Sie's denn gerne?“, d. h. ob freie Mitarbeit oder abhängiges Arbeitsverhältnis, wäre also völlig verfehlt.²

Es gibt aber eine weitere wichtige Kernaussage im Bereich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen einerseits und selbstständigen Tätigkeiten, insbesondere freien Mitarbeiterverhältnissen andererseits: Die Vertragsparteien haben ein inhaltliches Entscheidungsrecht. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung der Obergerichte, dass viele Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbracht werden können. Oder anders ausgedrückt: Die Vertragsparteien haben ein inhaltliches Entscheidungsrecht. Es steht ihnen also frei, den tatsächlichen Geschäftsinhalt des Mitarbeitervertrages einvernehmlich festzulegen. Überwiegen die Einzelpunkte, die auf eine wesentliche unabhängige Tätigkeit des freien Mitarbeiters hinweisen, dann kann auch von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausgegangen werden. Legt also der Auftraggeber keinen Wert auf enge zeitliche Vorgaben und auf eine Einbindung des Mitarbeiters in seinen Betriebsablauf, um an dieser Stelle nur zwei der wesentlichen Abgrenzungskriterien kurz anzusprechen, kann der Vertrag als freies Mitarbeiterverhältnis gestaltet werden. Hat der Auftraggeber dagegen ein Interesse daran, den Mitarbeiter zeitlich und örtlich „eng“ zu führen sowie in bestehende Betriebsstrukturen zu integrieren, kommt regelmäßig nur ein Arbeitsverhältnis in Betracht.

III. Tatsächliche Vertragsabwicklung

Ist ein Beschäftigungsverhältnis als freies Mitarbeiterverhältnis bezeichnet, so ergeben sich aus diesem Titel und dem Inhalt des Vertragstextes zunächst erste Indizien für die Vorlage eines freien Mitarbeiterverhältnisses. Gibt es allerdings Anhaltspunkte dafür, dass die getroffenen schriftlichen Vereinbarungen und die praktische Durchführung des Vertrages sich widersprechen, so ist stets letztere, also die tatsächliche Vertragsabwicklung maßgeblich. Dieser Grundsatz, der der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes und des Bundesarbeitsgerichtes entspricht, wird oftmals verkürzt dargestellt, etwa in der Form: Die tatsächliche Vertragsdurchführung hat stets Vorrang gegenüber der schriftlichen Vertragsgestaltung. Richtigerweise muss es heißen, dass die tatsächliche Vertragsabwicklung dann

¹ Zum klassischen Arbeitnehmerbegriff vgl. *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, sowie BAG, 20.1.2010 – 5 AZR 106/09, EzA Nr. 17 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

² StRSpr; vgl. BAG, 22.4.1998 – 5 AZR 342/97, BB 1998, 1956 Ls, NZA 1998, 1336, 1339; BSG, 29.7.2005 – B12 KR 23/13 R, BSGE 1991/216 (stellvertretend für viele weitere Grundsatzentscheidungen).

Vorrang genießt gegenüber dem schriftlichen Vertragstext, wenn die Vertragspartner von der schriftlichen Vertragsgestaltung abweichen. Denn nur dann zieht die Rechtsprechung den Schluss auf den wirklichen Geschäftswillen der Vertragsschließenden aus der tatsächlichen Vertragsabwicklung. Allerdings gilt auch hier eine Grenze: Ein Arbeitnehmer wird nicht allein deshalb zu einem freien Mitarbeiter, weil der Arbeitgeber sein Weisungsrecht über Jahre nicht ausgeübt hat.³

IV. Abgrenzung der Selbstständigkeit von der abhängigen Beschäftigung

Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei dem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Zur Feststellung des Gesamtbildes kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist demnach zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt.⁴ Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die faktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist.

V. Die gesetzliche Neuregelung in § 611a BGB: Alles beim Alten

Der Gesetzgeber hat sich dem Thema der Scheinselbstständigkeit nun zum zweiten Mal intensiv gewidmet mit dem Ziel, klare und einfache Abgrenzungskriterien festzulegen und damit gleichzeitig die Flucht aus den Sozialkassen durch immer mehr freie Mitarbeiterverhältnisse zu stoppen.

1. Das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit

Ende der 1990er Jahre entbrannte erstmals eine heftige juristische Diskussion um das Thema der „Scheinselbstständigkeit“: „Am Standort Deutschland boomt die Scheinselbstständigkeit.“ – so oder ähnlich lauteten Schlagzeilen in der Tagespresse. Je nach Herkunft der Quelle sollten es nur 100 000 oder sogar 500 000 Menschen sein, die als Scheinselbstständige tätig sind. Und immer wieder stand an erster Stelle der Vorwurf: Scheinselbstständigkeit werde bei den Arbeitgebern favorisiert, um den zwingenden Vorschriften des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts zu entgehen.⁵

Angeregt durch diese juristische Diskussion eröffnete denn auch die Bundesregierung nicht zuletzt zum Wohl der leeren Sozialkassen die Ende der 1990er Jahre begonnene Hetzjagd auf die Scheinselbstständigkeit mit dem „Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit“. Mit Hilfe eines 4-Punkte-Kataloges sollten sog. scheinselbstständige Arbeitnehmer den Sozialversicherungskassen wieder zugeführt werden. Außerdem nahm der Gesetzgeber sog. Kleinunternehmer, die keinen eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, als sog. Arbeitnehmerähnliche in die gesetzliche Rentenversicherung mit auf.

2. Das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit

Nach heftigen Reaktionen der betroffenen Wirtschaft und der Verbände stempfte der Gesetzgeber schon nach einigen Monaten das Gesetz zur *Bekämpfung* der Scheinselbstständigkeit wieder ein und kreierte an seiner Stelle das „Gesetz zur *Förderung* der Selbstständigkeit“.⁶ Der eindrucksvolle Wandel in der Wortwahl von „Bekämpfung“ zum Begriff der „Förderung“ wurde untermauert durch die rückwirkende Abschaffung des strengen Vier-Punkte-Kataloges. Seit dieser gesetzlichen Korrektur, die im Dezember 1999 verabschiedet wurde und rückwirkend zum 1.1.1999 in Kraft trat, liegt es also wieder in der Hand der Gerichte, die Klärung eines Vertragsverhältnisses herbeizuführen. Die klassischen Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit, welche die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Sozialgerichte in den zurückliegenden Jahrzehnten aufgestellt und verfeinert hatte, sollten also weiterhin – oder wieder – gelten.

3. Der neue § 611a Abs. 1 BGB

An dieser Situation hat sich auch durch den erst am 1.4.2017 in Kraft getretenen § 611a BGB n. F. nichts geändert. Im Koalitionsvertrag hatten die Koalitionspartner der letzten Regierung noch festgelegt, dass neue gesetzliche Regelungen zur Abgrenzung von Arbeitnehmern zu freien Mitarbeitern aufgestellt werden sollen. An dieser Stelle soll die Gesetzgebungsgeschichte nur sehr verkürzt dargestellt werden: Nach vielen Entwürfen fand § 611a BGB noch kurz vor der Neuwahl Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch und definiert nun erstmals den Arbeitsvertrag. Dabei beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zusammenzufassen und in den Gesetzestext aufzunehmen. Dass der Gesetzgeber gar nicht das Ziel verfolgt hat, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung neue Grundregeln aufzustellen, wird aus der Gesetzesbegründung deutlich:⁷

„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnis-

3 BAG, 25.1.2007 – 5 AZR 49/06, NZA 2007, 580.

4 BSG, 18.7.2013 – L 11 R 1083/12.

5 Ausf. zu der damaligen rechtlichen Diskussion Reiserer, BB 1998, 1258.

6 Ausf. hierzu Reiserer, BB 2000, 94; Hervorhebungen im Text durch die Autorin.

7 BT-Drs. 18 | 9232, 4.

ses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

VI. Die Entscheidung des BSG vom 31.3.2017: ein zarter Hoffnungsschimmer aus Kassel

Das Bundessozialgericht hatte am 31.3.2017⁸ darüber zu entscheiden, ob ein sog. Erziehungsbeistand, der Leistungen im Auftrag der Jugendhilfe vor Ort in einer Familie erbringt, selbstständig oder abhängig beschäftigt tätig war. Der 12. Senat unter Leitung des neuen Präsidenten, Prof. Dr. Schlegel, hat die Abgrenzung geradezu vorbildlich im Rahmen einer umfassenden Abwägung aller maßgebenden Kriterien vorgenommen und kommt zu dem Ergebnis, dass der Erziehungsbeistand selbstständig tätig war. Das an sich ist noch keine Überraschung. Spannend wird es erst auf der letzten Seite der Entscheidungsgründe, wo sich der Senat mit dem Honorar des Erziehungsbeistandes beschäftigt und feststellt, dass das vereinbarte Honorar hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten lag. Dies lasse für den Selbstständigen Eigenvorsorge zu, und zwar sowohl für den Bereich der Krankenvorsorge als auch bei der Altersvorsorge, und das wertet das Bundessozialgericht als gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.

Die Reaktionen in der Fachpresse waren im Anschluss an das Senatsurteil zum Teil noch zurückhaltend. Hey⁹ stellt beispielsweise in Zweifel, ob aus dem vorliegenden Urteil eine Tendenz in der Rechtsprechung dahingehend abzuleiten wäre, dass ein (besonders) hohes Honorar ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit ist, und empfiehlt, die Rechtsprechung des BSG insoweit weiter sorgfältig zu beobachten. Auch Seel¹⁰ konzediert zwar, dass die Honorarhöhe als neues Kriterium in der Abgrenzung genannt wird, betont aber, dass die BSG-Entscheidung nicht dahingehend fehlinterpretiert werden dürfe, dass allein durch die Zusage eines hohen Honorars die Risiken einer Einordnung als abhängige Beschäftigung beseitigt werden können.

Und doch: Das BSG selbst spricht davon, dass die Höhe des Honorars ein „gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit“¹¹ ist. Insoweit ist Steinau-Steinrück/Mühlenhoff,¹² Hartmann¹³ und Uffmann¹⁴ zuzustimmen, die davon ausgehen, dass eine überdurchschnittliche Vergütungshöhe in Zukunft deutlich für eine echte Selbstständigkeit spricht.

VII. Erste Instanzgerichte nehmen den Faden auf

Sehr interessant ist es, einen Blick auf die Rechtsprechung der Sozialgerichte und vor allem der Landessozialgerichte zu werfen, und zwar insbesondere auf die Urteile, die nach der Veröffentlichung der Pressemitteilung zur Entscheidung des BSG vom 31.3.2017 ergingen. Erste Instanzgerichte nehmen das Argument des Bundessozialgerichtes zur Vergütungshöhe auf und beweisen zum Teil den Mut, auch noch einen Schritt weiter zu gehen.

1. LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11.5.2017

In einem Verfahren des LSG Schleswig-Holstein vom 11.5.2017¹⁵ ging es um eine Seniorenresidenz, die neben festangestellten Pflegefach- und Pflegehilfskräften regelmäßig auch freie Pflegekräfte beschäftigte im Rahmen von freien Mitarbeiterverhältnissen.

Die Rentenversicherung stellte anlässlich einer Betriebsprüfung durch Bescheid fest, dass die als freie Mitarbeiter geführten Pflegekräfte als abhängig Beschäftigte im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen und forderte von dem Träger der Seniorenresidenz ca. 160.000 Euro Beiträge nach. Die Sozialversicherung begründete ihre Entscheidung damit, dass die Pflegeleistungen ausschließlich in den Stationen bzw. Wohnbereichen der Residenz erfolgten, dass sie dabei in die Betriebsabläufe eingegliedert gewesen seien und letztlich dem Weisungsrecht der Residenz unterliegen würden. Während das Sozialgericht Itzehoe den Bescheid der Rentenversicherung noch ganz aufhob, hatte die Beklagte, der Träger der Seniorenresidenz, vor dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht nur zum Teil Erfolg.

Mit dem ersten Leitsatz stellt das LSG die erfreuliche These auf, dass Pflegekräfte ihre Tätigkeit in Pflegeheimen grundsätzlich in abhängiger Beschäftigung oder als Selbstständige erbringen können. Unter Berücksichtigung der besonderen Tätigkeit der Pflegekräfte arbeitet das LSG in der Folge heraus, dass das Merkmal der betrieblichen Eingliederung für Pflegekräfte keine überzeugende Abgrenzung im Rahmen der Statusfeststellung Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter darstellt. Denn Pflegekräfte sind in beiden Konstellationen nach Zusagen ihres Pflegeeinsatzes notwendigerweise in einem gewissen Ausmaß in den Arbeitsprozess bzw. Dienstzeitplan der Pflegeeinrichtung eingegliedert. Denn nur so ist eine qualitätsgesicherte Pflege gewährleistet, und Störungen im Ablauf der Versorgung können vermieden werden. Es sind Essenszeiten der Heimbewohner zu beachten, Dokumentationspflichten gegenüber den Krankenversicherungen zu erfüllen und Pflegestandards zu berücksichtigen. Auch muss nach Schichtende eine Übergabe erfolgen, die gewährleistet, dass besondere Vorkommnisse kommuniziert werden. Und im Notfall muss auf die Mithilfe von anderen Pflegekräften zurückgegriffen werden. Denn eine Pflegekraft arbeitet in einer Pflegeeinrichtung nicht völlig isoliert und unabhängig von betrieblichen Organisationsstrukturen.

Wegen dieser besonderen Zwänge der vorgegebenen betrieblichen Ordnung stellt das LSG in den Fällen der Pflegekräfte zur Abgrenzung einer selbstständigen Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung wesentlich darauf ab, ob die Pflegekräfte neben der Tätigkeit in dem streitgegenständlichen Pflegeheim auch für andere Auftraggeber in nicht geringem Umfang tätig waren. Aber auch die Höhe der Vergütung soll unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 31.3.2017 ein gewichtiges Indiz bei Statusfeststellungen vergleichbarer Art sein.

Erfreulicherweise stützt das LSG seine Entscheidung auf einen weiteren Gesichtspunkt, der bisher bei der Abgrenzung zwischen freier Mitarbeit und abhängiger Beschäftigung von dem Gericht nicht herangezogen wurde: die Höhe der Vergütung. Man müsse, so das LSG,

⁸ BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555 m. BB-Komm. Hey, BB 2017, 2560.

⁹ BB 2017, 2555, 2560.

¹⁰ NWB 2017, 2528, 2531.

¹¹ BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555, 2559; Hervorhebung im Text durch die Autorin.

¹² NJW-Spezial 2018, 114.

¹³ NWB 2017, 4016.

¹⁴ NZA 2018, 265, 266 f.

¹⁵ LSG Schleswig-Holstein, 11.5.2017 – L5 KR 73/15. Von demselben Tag gibt es zwei Parallelentscheidungen mit den Az. L5 KR 74/15 u. L5 KR 90/15.

der sich wandelnden Arbeitswelt Rechnung tragen, in der die Tendenz der Unternehmen besteht, immer mehr Arbeitsbereiche an freiberufliche Mitarbeiter zu vergeben und nur unter dieser Voraussetzung überhaupt Arbeitsgelegenheit schaffen zu wollen. Es soll also maßgeblich darauf abgestellt werden, ob das Honorar deutlich über der üblichen Vergütung eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers liegt und dadurch angemessene Eigenvorsorge zulässt.

Besonders erfreulich ist der Umstand, dass das LSG auch die besondere Arbeitsmarktbrisanz im Bereich der Pflegekräfte berücksichtigt. Hierzu ein wichtiges Zitat aus der Entscheidung:

„Andererseits darf nicht übersehen werden, dass in bestimmten Branchen, wie z.B. auch der Pflege, offensichtlich ein Arbeitskräftemangel vorherrscht, der es erfordert, den Wunsch der Pflegekraft nach einer freiberuflichen Tätigkeit zu akzeptieren, um ausreichend qualifiziertes Personal im Betrieb einsetzen zu können.“

In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des LSG zu Grunde lag, hatte die freiberufliche Pflegekraft zunächst einen Stundenlohn von 22,00 Euro, der deutlich über der Vergütung einer vergleichbaren sozialversicherungspflichtig beschäftigten Pflegekraft lag, was das BSG als gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit ansah. In der Folgezeit hatte sich allerdings die vertragliche Grundlage zwischen den Parteien verändert. Die Pflegekraft verpflichtete sich zu einer wöchentlichen Tätigkeit in Höhe von 40 Stunden und erhielt hierfür eine deutlich geringere Pauschalvergütung von 2500 Euro monatlich. Außerdem konnte sie wegen des Arbeitsvolumens auch nicht mehr für andere Pflegeeinrichtungen tätig sein. Damit war sie wirtschaftlich allein von der Pflegeeinrichtung abhängig und erhielt eine Vergütung, die der einer sozialversicherungspflichtig beschäftigten Pflegekraft entsprach. Dies führte letztlich dazu, dass der Senat bis zu der Vertragsänderung eine freiberufliche Tätigkeit bejahte, mit Abschluss der Arbeitsvereinbarung zur Reduzierung der Vergütung aber ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis begründet wurde.

SG Hannover vom 10.1.2018

In der Entscheidung des SG Hannover vom 10.1.2018¹⁶ ging es um die Frage der Sozialversicherungspflicht bzw. -freiheit einer auf Honorarbasis in einem Krankenhaus tätigen Anästhesistin. Das erkennende Gericht kam dabei zum Ergebnis, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Zunächst konzidierte das Sozialgericht unter Verweis auf die Entscheidung des BSG vom 31.3.2017, dass die unternehmerische Tätigkeit einer Ärztin nicht mit größeren Investitionen in Form von der Anschaffung von Werkzeugen, Arbeitsgeräten und Arbeitsmaterialien verbunden sei. Das Fehlen solcher Investitionen sei aber bei reinen Dienstleistungen gerade kein ins Gewicht fallendes Indiz für oder gegen eine unternehmerische Tätigkeit. Das Sozialgericht konzentrierte sich im Weiteren darauf, dass die Ärztin bei einem Stundensatz von 85,00 Euro tatsächlich in der Lage gewesen sei, von der vertraglich zugelassenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, andere Vertragsärzte zu beauftragen und damit einen unternehmerischen Gewinn zu erzielen. Aber auch die deutliche Differenz der Vergütung zu vergleichbaren Tariflöhnen an sich wertete das Sozialgericht Hannover als wichtiges Indiz für die selbstständige Tätigkeit. Damit hat auch das SG Hannover die neuen Ansatzpunkte des BSG aufgenommen und im Rahmen der rechtlichen Würdigung konsequent fortgesetzt.

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Die Auseinandersetzung um die Thematik der Scheinselbstständigkeit wird auch in Zukunft vor allem die Auftraggeber freier Mitarbeiter, selbstständiger Subunternehmer oder freier Handelsvertreter beschäftigen. Ob es nun im Rahmen einer Betriebsprüfung ist, ein ehemaliger freier Mitarbeiter versucht, sich ins Arbeitsverhältnis einzuklagen, oder ob der Zoll im Rahmen Aufsehen erregender Durchsuchungen kistenweise Unterlagen beschlagnahmt, es bleibt ein brisantes Thema. Für Auftraggeber zeichnet sich allerdings ein Licht am Horizont ab, ausgelöst durch die Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 31.3.2017: die Höhe der Vergütung, als neues Abgrenzungskriterium. Liegt die Vergütung des freien Mitarbeiters deutlich über dem Gehalt eines angestellten Mitarbeiters mit dem vergleichbaren Aufgabengebiet, spricht dies neuerdings für eine selbstständige Tätigkeit. Denn diese Vergütung erlaubt dem freien Mitarbeiter, die Kosten für die Kranken- und Rentenvorsorge finanziell selbst zu tragen. Und wenn es den Tatsachen entspricht, ist zu empfehlen, in Zukunft in irgendeiner nachweisbaren Form zum Ausdruck zu bringen, dass es dem Wunsch des freien Mitarbeiters entsprach, den Vertrag der freien Mitarbeit zu wählen und zu dokumentieren, dass die Arbeitsmarktlage dem Auftraggeber gar keine andere Wahl lässt, als hier zuzustimmen. Dieses Argument dürfte vor allem dann greifen und im Rahmen der Prüfung relevant werden, wenn der Auftraggeber neben den freien Mitarbeitern auch festangestellte Arbeitnehmer hat, die eine ähnliche Tätigkeit ausüben. Und um diese zarte Pflanze richtig zum Blühen zu bringen, wird es nun Aufgabe der betroffenen Unternehmer sein, sich in Scheinselbstständigkeitsauseinandersetzungen auf dieses neue Argument zu stützen. Die Erfahrungen der Autorin dieses Beitrages sind allesamt positiv, und zwar sowohl in den Verhandlungen mit dem Zoll der Verhandlungsgegner als auch vor den Sozialgerichten. Ob das Argument dagegen schon bei den Arbeitsgerichten angekommen ist, erscheint fraglich. Daneben gilt es, die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes, aber auch der Instanzgerichte weiter zu beobachten. Denn dieses Argument gibt den Vertragspartnern nicht nur ein kleines Stückchen Sicherheit zurück. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit und damit letztlich auch das Wahlrecht der Vertragspartner nehmen wieder an Fahrt auf und bieten dem Wunsch des Gesetzgebers, die Sozialkassen zu füllen, Paroli.

Insofern ist die Auffassung von Frau Prof. *Uffmann* zu teilen, die hofft, dass der mutige Schritt des BSG, die Vergütungshöhe für die Abgrenzung zwischen Selbstständigen und Arbeitnehmern ins Spiel zu bringen, sich durchsetzen wird.¹⁷

Dr. Kerstin Reiserer ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Mitbegründerin der Kanzlei RB Reiserer Biesinger Rechtswaltsgesellschaft mbH, Heidelberg. Lehrbeauftragte an der Universität Mannheim. Autorin zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referentin bei großen Fachtagungen.



¹⁶ SG Hannover, 10.1.2018 – S 14 R 32/16.

¹⁷ NZA 2018, 265, 266 f.