

# Wenn der Selbstständige tatsächlich Arbeitnehmer ist

## Zur Qualifizierung von Tätigkeiten als abhängige Beschäftigung

*Um die Fragen, ob eine (zahn-)ärztliche Tätigkeit als Selbstständiger oder als abhängige Beschäftigung ausgeübt wird, war es in der letzten Zeit ruhig geworden. Nun ist durch zwei Gerichtsentscheidungen wieder Bewegung in die Sachlage gekommen.*

Das Bundessozialgericht hatte in einer Entscheidung vom Juni 2010 wesentliche Grundsätze formuliert, welche Voraussetzungen für eine Tätigkeit in Freier Praxis gemäß § 32 Abs.1 Satz 1 der Zulassungsverordnung bestehen. Zu Fragen der in diesem Zusammenhang bestehenden Problemstellung des sozialversicherungsrechtlichen Status hatte es sich in dieser Entscheidung jedoch nicht geäußert, da Gegenstand der Klage der Rückforderungsbescheid erbrachter ärztlicher Leistungen war. In jüngerer Zeit kam es zu zwei instanzgerichtlichen Entscheidungen zu diesem Problemkreis. So hatte das Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG BW) in einer Entscheidung vom 12. Dezember 2014,

Az. L 4 R 1333/13 festgestellt, dass in dem entschiedenen Fall der Juniorpartner einer zahnärztlichen Gemeinschaftspraxis tatsächlich Arbeitnehmer sei, da er eine abhängige Beschäftigung ausgeübt habe. Bereits vorher hatte sich das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln in einer Entscheidung vom 11. August 2014, Az. 6 Ta 192/14 zur Arbeitnehmereigenschaft eines zahnärztlichen Vorbereitungsassistenten geäußert.

### **Stellung eines Juniorpartners in der Berufsausübungsgemeinschaft**

In dem vom LSG BW entschiedenen Fall ging es im Nachgang zu einer Sozialversicherungsaußenprüfung unter anderem um nachveranlagte Beiträge zur Arbeitslosenversicherung. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Zahnarzt hatte als Seniorpartner mit einem weiteren Zahnarzt (Juniorpartner) einen Vertrag über eine zahnärztliche Berufsausübungsgemeinschaft abgeschlossen. Der Senior brachte seine Praxis als Sonderbetriebsver-



Foto: fotolia.com/K.-P. Adler

Hat der Juniorpartner einer Praxis keinerlei vertraglich fixierte Mitbestimmungsrechte in der Berufsausübungsgemeinschaft, zum Beispiel eine Kontovollmacht, oder ein nennenswertes Unternehmensrisiko, dann läuft er Gefahr, nicht als Selbstständiger angesehen zu werden.

mögen in die Gemeinschaftspraxis ein. Er stellte den Junior im Innenverhältnis von allen vertraglichen Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelpraxis frei. Darüber hinaus wurde für bestimmte Geschäfte eine persönliche Haftung des Juniors auch für die Zukunft ausgeschlossen. Die Geschäftsführung der Gemeinschaftspraxis sowie der Zugriff auf das Konto blieben dem Seniorpartner vorbehalten. Das LSG BW stellte nun fest, dass der Juniorpartner eine abhängige Beschäftigung ausgeübt hat.

Der Junior sei in die Betriebsorganisation eingegliedert gewesen, da er seine Tätigkeit in der Berufsausübungsgemeinschaft ausübte, die Praxiseinrichtung und Materialien nutzte und mit dem dortigen Personal und dem Kläger zusammenarbeitete. Hierbei hatte er sich auch mit Blick auf die Öffnungszeiten und den Urlaub mit dem Kläger und dem Personal abzusprechen. Die fehlenden Weisungen durch den Senior gegenüber dem Junior seien vorliegend auch kein Kennzeichen für die Tätigkeit als selbstständiger Zahnarzt, da dies für die Tätigkeit als Zahnarzt kennzeichnend sei.

Entscheidend sei, dass der Junior kein wesentliches ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko trug. Maßgeblich hierfür sei, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist. Da der Juniorpartner kein Kapital in die Praxis einbringe, nicht an dem bisherigen Patientenstamm der Einzelpraxis beteiligt werde und auch keine vertragliche Haftung übernehme, könne kein wesentliches wirtschaftliches Risiko begründet werden. Die Tatsache, dass der Junior nach dem Vertrag einen Anteil in Höhe von 30 v.H. seines Umsatzes erhielt, bewertete das LSG als garantierte Vergütung. Ein Unternehmerrisiko lasse sich auch nicht darauf stützen, dass sich der Juniorpartner gegebenenfalls Regressansprüchen ausgesetzt sah, denn insoweit handle es sich um Ansprüche, die letztlich jeder Arbeitnehmer gewärtigen muss, wenn ihm ein Fehler bei der Arbeit unterlaufe. Das Risiko von Degressionskürzungen und Budgetüberschreitungen sei ein Spezifikum, das jeden Arzt und Zahnarzt treffen könne. Darin könne ebenfalls kein Unternehmerrisiko gesehen werden. Das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können, weil nicht genügend Patienten da seien, sei ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur Zeitverträge bekomme oder auf Abruf arbeite und nach Stunden bezahlt werde oder unständig Beschäftigter sei. Zum echten Unternehmerrisiko werde das Wagnis, kein Entgelt



In einem weiteren Urteil stellte das Gericht fest, dass die Assistenzzeit keiner freiberuflichen Tätigkeit entspricht, sondern einem Angestelltenverhältnis. Bereits die Regelungen, die im Assistenzvertrag festgehalten sind, sind charakteristisch für ein Arbeitsverhältnis.

zu erzielen, deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt werde, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfielen oder früher getätigte Investitionen brach lägen. Dies sei hier nicht der Fall.

Für eine selbstständige Tätigkeit des Juniors und ein Unternehmerrisiko spräche auch nicht die Tatsache, dass er nach seinem Ausscheiden eine Abfindung erhalte. Diese Abfindung resultierte aus den vom Juniorgesellschafter für die Praxis rekurrerten Patienten, für die er entschädigt werden sollte. Es war nicht so, dass er hierdurch einen Anteil an der ursprünglichen Praxis erhielt. Es handelte sich um den Zuwachs, den er selbst der Praxis erbracht hatte. Die Abfindung entspreche im Grunde einer Provision, wie sie nicht unüblich sei.

Die Funktion des Seniorpartners als desjenigen, der allein über die Berufsausübungsgemeinschaft bestimmte, zeige sich auch darin, dass der Juniorpartner aufgrund seiner Nichtbeteiligung am Gesellschaftskapital im Rahmen der Geschäftsführung nicht gleichberechtigt gewesen sei. Er sei nur alleine geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt, sofern die Gemeinschaftspraxis im Einzelfall nicht mit einem höheren Betrag als 2.000 Euro verpflichtet werde und kein Dauerschuldverhältnis begründet werde. Auch auf das Gemeinschaftskonto der Berufsausübungsgemeinschaft hatte der Juniorpartner kein eigenes Zugriffsrecht, sondern nur gemeinsam mit dem Seniorpartner oder mit einem mit diesem zu bestimmenden Dritten, während dieser alleine auf dieses Konto zugreifen konnte. Der Seniorpart-

ner hätte nach Ausscheiden des Juniorpartners auch alleine oder mit einem neuen Partner die Praxis fortführen können, während dies dem Juniorpartner nach Ausscheiden des Klägers nicht zugestanden hätte.

Das LSG BW hat hier die Merkmale einer Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit geprüft. Die Entscheidung erging in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung der Sozialgerichte in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Dabei ist auffällig, dass die Voraussetzungen an die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit teilweise deutlich enger gesehen werden, als es das Bundessozialgericht im Juni 2010 unter zulassungsrechtlichen Gesichtspunkten als notwendig erachtet hatte. Ob eine finanzielle Beteiligung an der Berufsausübungsgemeinschaft als Voraussetzung der Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos erforderlich ist, hatte das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung ausdrücklich offen gelassen. Es bleibt festzuhalten, dass eine Juniorpartnerschaft in der dem LSG BW vorliegenden Form regelmäßig als abhängige Beschäftigung einzustufen sein dürfte. Bei entsprechender Konstellation sollten die Verträge möglichst geprüft werden.

### **Stellung eines Vorbereitungsassistenten**

In dem vom LAG Köln entschiedenen Fall ging es der Sache nach um die Frage, ob der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit eröffnet war. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der klagende Zahnarzt war in der Zahnarztpraxis des beklagten Praxisinhabers auf der Grundlage eines sogenannten Assistentenvertrages als Vorbereitungsassistent tätig. Das Arbeitsgericht hatte den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für zulässig erklärt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände als Arbeitnehmer für den Beklagten tätig geworden. Gegen diesen Beschluss hatte sich der Vorbereitungsassistent gewandt, da im Assistentenvertrag von einer freiberuflichen Tätigkeit ausgegangen worden war. Die Eröffnung des Arbeitsrechtswegs hatte das LAG Köln bestätigt.

Das LAG hatte ausgeführt, dass der klagende Vorbereitungsassistent sowohl nach Maßgabe des zugrundeliegenden Vertrages als auch nach der praktischen Durchführung der Beschäftigung als Arbeitnehmer des Beklagten anzusehen sei. Soweit in dem Assistentenvertrag von freiberuflicher Tätigkeit beziehungsweise freier Mitarbeit die Rede sei, stehe dies in offenem Widerspruch zu Regelungen,

die für ein Arbeitsverhältnis typisch sind. So sei die wöchentliche Arbeitszeit mit durchschnittlich 40 Stunden angegeben. Für die Arbeit in diesem Umfang sollte der Assistent eine monatliche Vergütung in Höhe von 2.400 Euro erhalten. Weiter sei ein Erholungsurlaub von 25 Werktagen jährlich vorgesehen, währenddessen das vereinbarte Honorar – wenn auch als Vorschuss – fortgezahlt werden sollte. Bei einer Dienstverhinderung wegen Krankheit müsste eine ärztliche Bescheinigung spätestens am dritten Tag vorgelegt werden. Auch im Krankheitsfall sei eine Entgeltfortzahlung bis zum Ende der sechsten Woche vorgesehen. Die Bezeichnung als Vorschuss ändere nichts an der Feststellung, dass hier eine vergütungsmäßige Absicherung wie im Arbeitsverhältnis erfolgen sollte.

Vor allem aber sprächen die Bezeichnung des Vertrages selbst und die Art der ausgeübten Tätigkeit für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Der Kläger sollte als Vorbereitungsassistent und eben nicht als freier Zahnarzt tätig werden. Dabei unterläge er naturgemäß den Weisungen des Beklagten als des verantwortlichen Praxisinhabers. Die Pflichtenstellung des Klägers käme in dem Vertrag darin zum Ausdruck, dass er seine Leistungen nach Absprache mit dem Auftraggeber unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange zu erbringen hätte. Dabei wäre er auch hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit in den Praxisbetrieb eingebunden. Eine vereinbarte Regelung „Der Assistent kann seine Arbeitszeit frei bestimmen; jedoch unter Berücksichtigung der üblichen Sprechzeiten der Praxis sowie der Patienten- beziehungsweise betrieblichen Belange“ sei widersprüchlich und damit unbeachtlich. Die angebliche Freiheit bei der Bestimmung der Arbeitszeit stünde damit lediglich auf dem Papier, zumal wenn berücksichtigt werde, dass der Kläger im Durchschnitt 40 Stunden pro Woche arbeiten müsste. Er sei damit auf die Einhaltung der Praxiszeiten angewiesen.

Die vorliegende Entscheidung zeigt auch hier, dass die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt oder nicht, durch die Rechtsprechung in vielen Fällen anders beurteilt wird als von den vertragschließenden Parteien. Die Einordnung eines freien Mitarbeiters als abhängig Beschäftigten führt dann in der Regel zur Nachforderung von Steuern und Sozialabgaben beim Arbeitgeber.

Dirk Lörner  
Assessor

KZVB-Geschäftsbereich Recht und Verträge