

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Anmerkung zu BSG Urteil vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R

I. Einleitung

Stand: 08.11.2023, 21:26 Uhr

„Kassenärztliche Vereinigung kündigt 400 Bereitschaftsärzten

Die Kassenärztliche Vereinigung Schleswig-Holstein hat zum 31. Dezember insgesamt 400 sogenannten Poolärzten gekündigt. Das teilte die KVSH am Mittwoch mit. Hintergrund sei ein Urteil des Bundessozialgerichts.

In dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) in Kassel (Hessen) wurde ein Honorararzt aus Baden-Württemberg als sozialversicherungspflichtig eingestuft. In diesem Fall muss die dortige Kassenärztliche Vereinigung dann den Arbeitgeberanteil an die Rentenversicherung abführen. Das sei für Schleswig-Holstein nicht zu finanzieren, sagte ein Sprecher NDR Schleswig-Holstein. Es bestehe das Risiko, dass weitere Urteile auch in Schleswig-Holstein folgten. Daher die vorsorgliche Kündigung zum Jahresende¹

„Kassenärztliche Vereinigungen sind in Deutschland gemäß § 77 Abs. 5 SGB V Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen alle Vertragsärzte und Vertragspsychotherapeuten angehören müssen. Sie sind für die vertragsärztliche Versorgung der Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherungen zuständig.“²

Das waren die Schlagzeilen Ende des letzten Jahres. So verhalten sich die Kassenärztlichen Vereinigungen bundesweit – weit weg vom Weihnachtsfrieden – in Reaktion auf die Entscheidung des 12. Senats des BSG zum sog. Poolarzt³. Hunderte Dienstverträge wurden beendet.

II. Entscheidung des BSG vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R

Der 12. Senat des BSG hatte am 24.10.2023 in einem Fall über die Frage der abhängigen Beschäftigung bzw. selbständigen Betätigung eines klagenden Zahnarztes, der in Baden-Württemberg am vertragszahnärztlichen Notdienst teilgenommen hatte, zu entscheiden.

Die – wie der Senat in der Pressemitteilung betont – **Entscheidung im Einzelfall** kommt zum für die Fachwelt wenig überraschenden Ergebnis, dass der nicht niedergelassene Zahnarzt, der an der vertragsärztlichen Notversorgung teilnimmt, „nicht automatisch selbständig“ sei.

Folgendes kann gegenwärtig zu der Entscheidung mitgeteilt werden:

1. Öffentlich bekanntgemachter Sachverhalt

Ausweislich der Terminvorschau vom 17.10.2023⁴ ging es um folgenden Fall:

„Seit dem Verkauf seiner Praxis im Jahr 2017 verfügt der klagende Zahnarzt nicht mehr über eine Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung. Ab 20. Januar 2018 bis einschließlich 19. April 2019 war er an bestimmten Tagen für die beigeladene KZV Baden-Württemberg als Zahnarzt im Rahmen des Notdienstes überwiegend am Wochenende tätig. Die Tätigkeit fand in durch die KZV angemieteten und durch diese mit Geräten, Material und Personal ausgestatteten Räumlichkeiten eines Notfalldienstzentrums statt. Der Notdienst wurde sowohl durch an der zahnärztlichen Versorgung teilnehmende Zahnärzte als auch durch nicht hierfür zugelassene Zahnärzte – wie den Kläger – durchgeführt. Der Kläger konnte der KZV seine Bereitschaft zur Übernahme konkreter Schichten erklären. Hiervon ausgehend teilte sie ihn nach ihrem Ermessen zu konkreten Schichten ein. Während einer Schicht waren neben dem Kläger ein bis zwei zahnmedizinische Fachangestellte anwesend, die Assistenz- und Dokumentationstätigkeiten ausführten. Die Vergütung des Klägers richtete sich nach der jeweiligen Schicht (zum Beispiel Tag- oder Nachtschicht) und lag pro Stunde zwischen 34 Euro und 50 Euro. Die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund verneinte das Vorliegen von Sozialversicherungspflicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung.“

Klage und Berufung, gerichtet auf Feststellung der Versicherungspflicht, sind erfolglos geblieben. Das Landessozialgericht hat angenommen, es fehle an einem Beschäftigungsverhältnis vor allem deshalb, weil der Kläger durch die KZV mittels eines (mitwirkungsbedürftigen) Verwaltungsakts zum vertragszahnärztlichen Notdienst herangezogen worden sei und er gemäß § 75 Abs 1b Satz 5 SGB V für die Dauer des Notdienstes an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilgenommen habe. Dieses Rechtsverhältnis sei nahezu vollständig durch öffentlich-rechtliche Normen geprägt. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision. Dass er nicht

¹ <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Kassenaerztliche-Vereinigung-kuendigt-400-Bereitschaftsaerzten,poolaeerzte102.html>; siehe unter anderem auch <https://www.kv-rlp.de/praxis/niederlassung/aerztlicher-bereitschaftsdienst/sozialversicherungspflicht>; <https://www.kvbawue.de/praxis/notfalldienst/dienstpflichtorganisation/poolaeerzte>; <https://www.ardmediathek.de/video/panorama-3/poolaeerzte-ist-der-notfalldienst-in-gefahr/ndr/Y3JpZDovL25kci5kZS82OWI1NTE1Zi1iY2UzLTRlZTgtODc4Yy02NmFmZDYyNTNhN2M>.

² https://de.wikipedia.org/wiki/Kassen%C3%A4rztliche_Vereinigung.

³ „Jeder Arzt, der nicht durch seine vertragsärztliche Zulassung zum Bereitschaftsdienst verpflichtet ist, gilt damit als Poolarzt. Beispielsweise: Sicherstellungsassistenten / Entlastungsassistenten, Im Krankenhaus tätige Ärzte / Ermächtigte, Berentete Ärzte, Privatärzte“, <https://www.kvhb.de/praxen/nachrichten/detail/poolarzt-urteil-wer-betroffen-ist-und-wer-nicht>.

⁴ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_33.html.

vollumfänglich an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilgenommen habe, zeige sich schon darin, dass er über keine Abrechnungsbefugnis verfügt habe, sondern stundenweise vergütet worden sei.“⁵

2. Auslöser des Streitfalls – ein Klassiker

Der Auslöser gehört in die Kategorie „Klassiker“, aus mehreren Gründen.

a. Alles ist so lange gut, bis es nicht mehr gut ist:

„Es kam zu Unstimmigkeiten mit Blick auf Behandlungsmodalitäten, speziell Wurzelbehandlungen an Molaren. Der Zahnarzt weigerte sich, eine ‚persönliche Erklärung‘ zu einzelnen Behandlungsinhalten zu unterzeichnen, woraufhin ihn die KVZ nicht mehr zu Notdiensten einteilte.

Deshalb zog er vor das Arbeitsgericht Mannheim. Dort wollte er feststellen lassen, dass es sich bei seiner Notdiensttätigkeit um ein Arbeitnehmerverhältnis gehandelt habe und forderte von der KVZ BW unter anderem die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Urlaubsabgeltung.“⁶

b. Erfolglos (!) hatte der Zahnarzt nach Unstimmigkeiten mit dem Auftraggeber, hier der KVZ Baden-Württemberg, den Arbeitsrechtsweg zwecks Feststellung seiner Arbeitnehmer-eigenschaft beschritten.

Ebenso ohne Erfolg blieben zunächst seine Bemühungen zur Statusfeststellung bei dem SG Stuttgart und dem LSG Baden-Württemberg.

3. Divergenzen zwischen arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Statusfeststellung

Die Annahme, bei der Beurteilung des Status von abhängig Beschäftigten bzw. Selbständigen gebe es keine Divergenzen zwischen Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit ist jedoch verfehlt, worauf die Verfasserin bereits verschiedentlich hingewiesen hat und was sich anhand der hier besprochenen Entscheidung belegen lässt.

Divergenzen zeigten sich in der Vergangenheit schon deutlich bei anderen Entscheidungen des BSG im „Medizinsektor“, z. B. der sog. Honorararztscheidung und der Leitentscheidung des 12. Senats des BSG zum sog. Honorarpfleger⁷.

Der 12. Senat des BSG hatte bei der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von Honorarärzten gar ausgeführt, die arbeitsgerichtliche Einordnung sei für ihn „unbeachtlich“. In seiner Leitentscheidung zum Status des Honorararztes hatte der 12. Senat im Hinblick auf die Merkmale der Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers und die Weisungsabhängigkeit klargestellt:

„Die Bedeutung des Merkmals der Eingliederung in § 7 Abs 1 S 2 SGB IV wird nicht durch die Änderung von § 611a BGB mit Wirkung vom 1.4.2017 (Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017, BGBl I 258) in Frage gestellt. Die Eingliederung ist dort in der Definition des Arbeitsvertrages zwar nicht mehr genannt. Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass das Kriterium für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr von Bedeutung sei, sondern allein die Weisungsbefug-

nis des Arbeitgebers entscheide (zur Entstehungsgeschichte von § 611a BGB instruktiv Stindt, NZS 2018, 481 ff; zum Verhältnis der Topoi Weisungsbindung, fremdbestimmte Arbeit und persönliche Abhängigkeit im Arbeitsrecht Preis, NZA 2018, 817 ff; für ein Festhalten am Kriterium der Eingliederung Wank, AuR 2017, 140, 143 f; für ein Fortleben des Merkmals als Erscheinungsform der Fremdbestimmung Preis in ErfK, 19. Aufl 2019, § 611a BGB RdNr 41; Jousens in BeckOK Arbeitsrecht, Stand 1.6.2019, § 611a BGB RdNr 25). Die für das Sozialversicherungsrecht maßgebende Vorschrift des § 7 Abs 1 S 2 SGB IV hat der Gesetzgeber jedoch nicht geändert. Zudem ist der Gesetzesbegründung zu § 611a BGB zu entnehmen, dass Vorschriften, die eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich festzulegen, unberührt bleiben sollen (BT-Drucks 18/9232 S 31).

Auch wenn die Weisungsgebundenheit der beigeladenen Ärztin bei der Durchführung der jeweiligen Dienste eingeschränkt war, ist sie vorliegend nicht völlig entfallen. Sie unterlag in ihrer Tätigkeit als Anästhesistin bereits aufgrund der Regelung in § 3 des Vertrages zumindest einem Weisungsrecht des Klägers im Hinblick auf die konkrete Ausführung ihrer Tätigkeiten. Ergeben sich etwa Arbeitsort und/oder Arbeitszeit bereits aus vertraglichen Vereinbarungen oder mit einer Tätigkeit verbundenen Notwendigkeiten, kommt es darauf an, ob nach den konkreten Vereinbarungen ein Weisungsrecht hinsichtlich aller Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit besteht oder aber ausgeschlossen ist, und sich die Fremdbestimmtheit der Arbeit auch nicht über eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation vermittelt (BSG Urteil vom 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R - BSGE 120, 99 =

⁵ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_33.html.

⁶ Ärzteblatt online, Beitrag vom 24.10.2023, Bundessozialgericht: Poolärzte nicht automatisch selbstständig, ärzteblatt.de; Verfahrensgang: SG Stuttgart, Ur. v. 8.9.2020 - S 7 BA 108/20; LSG Baden-Württemberg, Ur. v. 20.7.2021 - L 11 BA 3136/20.

⁷ BSG Urteil v. 4.6.2019 - B 12 R 11/18 Rn. 17: „Der Begriff des Honorararztes ist nicht legaldefiniert und umfasst verschiedene Ausübungsformen und Vertragsgestaltungen. Er wird im Sprachgebrauch der Verfahrensbeteiligten verwendet, um Tätigkeiten zu beschreiben, die die Vertragsparteien als freiberuflich bzw selbstständig verstehen. Nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG ist - hinsichtlich der Leistungs- und Abrechnungsbefugnis - unter einem Honorararzt ein zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätiger (Fach-)Arzt zu verstehen, der aufgrund eines Dienstvertrages im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für einen Krankenhausträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Beleg- oder Konsiliararzt tätig zu sein (BGH Urteil vom 16.10.2014 - III ZR 85/14 - BGHZ 202, 365; BGH Urteil vom 10.1.2019 - III ZR 325/17 - NJW 2019, 1519 = Juris RdNr 13; BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 3.3.2015 - 1 BvR 3226/14 - Juris RdNr 14). Abzugrenzen ist der Begriff des Honorararztes dem nach von denjenigen der Beleg- und Konsiliarärzte, für die andere vergütungsrechtliche Vorgaben und regulatorische Rahmenbedingungen gelten. Es kann offenbleiben, unter welchen Umständen Beleg- und Konsiliarärzte im Krankenhaus im Einzelnen sozialversicherungsrechtlich selbstständig tätig sind.“; BSG Urteil v. 7.6.2019 - B 12 R 6/18 R. Dazu Klötzer-Assion in: Klötzer/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, 4. Kapitel, Rn. 25 f.

SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 30 <Rackjobbing II>). Der konkrete Inhalt, die Durchführung und die Dauer der von der beigeladenen Ärztin geschuldeten Untersuchung, Vorbereitung und Aufklärung der Patienten, die Durchführung von Lokal-, Regional- und Allgemeinanästhesien sowie die fachärztliche Nachsorge und Betreuung der Patienten bedurften der näheren Konkretisierung. Sie musste für die Tätigkeit auf einer bestimmten Station bzw in einem bestimmten Operationssaal eingeteilt werden und ihre Arbeitsleistung unter Führung eines Ober- oder Chefarztes sowie in Abstimmung und arbeitsteiligem Zusammenwirken mit den anderen Mitarbeitern erbringen. Auch in zeitlicher Hinsicht war die beigeladene Ärztin von den organisatorischen Vorgaben des Klinikbetriebes abhängig und konnte die Arbeit nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt abrechnen, sondern musste die ihr zugewiesenen Aufgaben erledigen.“⁸

4. Stringente Fortführung der Rechtsprechungslinie des 12. Senats des BSG

Der 12. Senat des BSG beendete den Rechtsstreit um das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV im hier besprochenen „Poolarzt -Fall“ und gab dem Kläger recht.

Die Entscheidung steht konsequent in der Reihe mit vorangegangenen Urteilen.⁹

In Bezug auf Notärzte im Rettungsdienst entschied der 12. Senat des BSG in drei Fällen im Jahr 2021 ebenfalls, diese seien regelmäßig sozialversicherungspflichtig beschäftigt.¹⁰ Dem folgt auch eine Entscheidung des LSG Niedersachsen zu Piloten im Rettungsdienst vom 28.4.2022.¹¹

Im Bereich der Poolärzte, Bereitschaftsärzte, Honorarärzte und -pfleger sowie Notärzte im Rettungsdienst ist eine selbstständige Tätigkeit und damit der Abschluss entsprechender Verträge nicht mehr rechtssicher möglich.

Die Entscheidungsgründe im jüngsten Fall liegen noch nicht vor und bleiben zwecks vertiefter Analyse abzuwarten.

Der Pressemitteilung zum Termin lässt sich aber schon entnehmen, dass der 12. Senat des BSG entschieden hat,

„dass allein die Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst nicht automatisch zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zwingt. Vielmehr ist auch dann eine Gesamtabwägung der konkreten Umstände vorzunehmen. Danach war der Kläger wegen seiner Eingliederung in die von der Kassenzahnärztlichen Vereinigung organisierten Abläufe beschäftigt. Hierauf hatte er keinen entscheidenden, erst recht keinen unternehmerischen Einfluss. Er fand eine von dritter Seite organisierte Struktur vor, in der er sich fremdbestimmt einfügte. Auch wurde der Kläger unabhängig von konkreten Behandlungen stundenweise bezahlt. Er verfügte bereits nicht über eine Abrechnungsbefugnis, die für das Vertragszahnarztrecht eigentlich typisch ist. Dass der Kläger bei der konkreten medizinischen Behandlung als Zahnarzt frei und eigenverantwortlich handeln konnte, fällt nicht entscheidend ins Gewicht. Infolgedessen unterlag der Zahnarzt bei der vorliegenden Notdiensttätigkeit aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht.“¹²

Als wesentlichen Aspekt für eine abhängige Beschäftigung des Pool-Arztes im Sinne des § 7 SGB IV soll in die Gesamtabwägung eingestellt worden sein, dass dieser nicht hatte selbst abrechnen können, nicht in der Lage gewesen sei, Aufwand und Ertrag zu beeinflussen.¹³

Das Merkmal der unternehmerischen Betätigung wird vom Senat einmal mehr besonders gewichtet, während die Weisungsabhängigkeit – oder hier -Weisungsfreiheit eine weniger gewichtige Rolle spielte.

Der Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland e.V. zitiert mit Blick auf Abgrenzungsfragen in einer Meldung den Vorsitzenden des Bundesverbands der Honorarärzte Schäfer, der sagte: „Es geht gar nicht um die einzelnen Kriterien. Eigentlich geht es um eine politische Debatte, die auf der Ebene der Sozialgerichte geführt wird. Es fehlt an einer eindeutigen gesetzlichen Definition, was Selbstständigkeit ist.“¹⁴

5. Fazit

Anders als andere Wirtschaftszweige haben Ärzte eine Lobby. So fordert Ullmann, Mitglied im BDI-Vorstand und gesundheitspolitischer Sprecher der FDP im Bundestag eine Reform. Es bedürfe einer Gesetzesinitiative, „um dieses drängende Problem zu lösen und die Zukunft des Notdienstes zu sichern.“ Es sei „unerlässlich“, eine „nachhaltige und faire Lösung für die Sozialversicherung der Poolärzte“ zu finden und „gleichzeitig die Qualität und Verfügbarkeit der Notdienste“ aufrecht zu erhalten.¹⁵

a. Der Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e.V. fordert in seiner Stellungnahme vom 3.11.2023 eine Änderung des § 7 SGB IV, dem ein 5. Absatz angefügt werden soll:

„Die Tätigkeit im Rahmen einer auf Gesetz beruhenden vertraglichen Kooperation ist keine Beschäftigung.“

Und: § 23c SGB IV, der in Absatz 2 die Notärzte im Rettungsdienst dahingehend privilegiert, als deren Einnahmen nicht beitragspflichtig sind¹⁶,

⁸ Urteil vom 4.6.2019, B 12 R 11/18 R, Rn. 29, 30 abgerufen unter: https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/2019_06_04_B_12_R_11_18_R.html.

⁹ Ausführlich Baade/Reiserer, Der selbständige „Pool-Arzt“ als Anfang vom Ende des Bereitschafts-dienstes – ein Weckruf?, DStR 2023, 2624 ff.

¹⁰ B 12 KR 29/19 R, B 12 R 9/20 R, B 12 R 10/20 R.

¹¹ L 12 BA 29/19.

¹² https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_35.html.

¹³ Ärzteblatt online, Beitrag vom 24.10.2023, Bundessozialgericht: Poolärzte nicht automatisch selbstständig, ärzteblatt.de.

¹⁴ Lesetipp Urteil zu „Pool-Ärzten“, „Der Senat schafft die freie Mitarbeit praktisch ab“, 18. Dezember 2023, <https://www.vgsd.de/urteil-zu-pool-aerzten-der-senat-schafft-die-freie-mitarbeit-praktisch-ab>.

¹⁵ BDI aktuell 12/2023/1/2024.

¹⁶ Eingefügt am 11.4.2017 mit dem Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung.

„wenn diese Tätigkeiten neben

1. einer Beschäftigung mit einem Umfang von regelmäßig mindestens 15 Stunden wöchentlich außerhalb des Rettungsdienstes oder
2. einer Tätigkeit als zugelassener Vertragsarzt oder als Arzt in privater Niederlassung ausgeübt werden“,

solle auf Tätigkeiten von Ärzten, die auf gesetzlicher Kooperation beruhen, ebenfalls erstreckt werden.¹⁷ Auch die Hessische Landesärztekammer fordert eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht.¹⁸

b. Mit der Einfügung einer weitergehenden gesetzlichen Definition der Beschäftigung in § 7 SGB IV ist nach Auffassung der Verfasserin eher nicht zu rechnen.

Zur Erinnerung:

1999

Mit Wirkung zum 1.1.1999 hatte der Gesetzgeber in § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. Abgrenzungskriterien eingefügt, welche die Feststellung einer Beschäftigung im Sinne der Vorschrift erleichtern sollten.

§ 7 Abs. 4 SGB IV a.F. ließ seinerzeit bei Personen, die erwerbsmäßig tätig sind und

1. im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen;
2. regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind;
3. für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen, insbesondere Weisungen des Auftraggebers unterliegen und in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sind; oder
4. nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten

die Vermutung zu, dass sie gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, wenn mindestens zwei der genannten vier Merkmale vorliegen (sog. zwei-von-vier-Regel).

Dieser „Kriterienkatalog“ wurde sehr schnell, schon nach einem Jahr rückwirkend durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 26.11.1999¹⁹ geändert.

Gemäß § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. konnte eine Beschäftigung im Sinne der Norm vermutet werden, wenn drei der folgenden fünf Merkmale vorlagen:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat DM 630,- übersteigt.

2. Sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.
3. Ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.
4. Ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.
5. Ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte (sog. drei-von-fünf-Regel).

§ 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV galt seinerzeit nicht für Handelsvertreter. Die Vermutung konnte widerlegt werden. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vermutungsregelung war jedoch, dass eine erwerbsmäßig tätige Person ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder nach § 196 Abs. 1 SGB VI nicht erfüllte. Im Übrigen hatte der Sozialversicherungsträger im Rahmen der Amtsermittlung die entsprechenden Feststellungen zu treffen.

2003

Durch Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002²⁰ wurde § 7 Abs. 4 SGB IV mit Wirkung vom 1.1.2003 nochmals angepasst. Nunmehr war für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421l SGB III (Existenzgründerzuschuss) beantragten, widerlegbar zu vermuten, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses galten diese Personen als selbständig Tätige.

Die Regelung hielt nicht lange. Dazu der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags:

„Diese Vermutungsregelung hat in der Praxis aufgrund des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine weitere Bedeutung erlangt und wurde daher durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl. I S. 4621) mit Wirkung vom 01.01.2003 auf-

¹⁷ Stellungnahme <https://www.bda.de/docman/alle-dokumente-fuer-suchindex/oeffentlich/aktuelles-1/2743-stellungnahme-kooperationen-scheinselbstaendigkeit-bda-1/file.html> Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e. V. (BDA) zu gesetzlich geforderten ärztlichen Kooperationen im Gesundheitswesen (§§115b, 115f, 115g_neu SGB V) / Scheinselbstständigkeitsvorwurf, <https://www.bda.de/docman/alle-dokumente-fuer-suchindex/oeffentlich/aktuelles-1/2743-stellungnahme-kooperationen-scheinselbstaendigkeit-bda-1/file.html>.

¹⁸ Pressemitteilung vom 27.10.2023, <https://www.bundesaeztekammer.de/presse/aktuelles/detail/hessischer-aeztekammerpraesident-fordert-befreiung-der-poolaezte-von-der-sozialversicherungspflicht>.

¹⁹ BGBl. 2000 Teil I Nr. 1 vom 10. Januar 2000.

²⁰ BGBl. 2002 Teil I Nr. 87 vom 30. Dezember 2002, S. 4621.

gehoben. Die bisherige Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV wurde durch eine neue Vermutungsregel zu Gunsten der Selbstständigkeit der sog. „Ich-AG“ (Existenzgründerzuschuss nach § 421 I des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitslosenversicherung - SGB III) ersetzt. Sie hat mit dem Auslaufen der Ich-AG zum 30.06.2006 (Fünftes Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 22.12.2005 - BGBl. I 3676) nur noch

übergangsweise Bedeutung. Es gilt nunmehr weiterhin unverändert der Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV mit den von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätzen.“²¹

2009

§ 7 Abs. 4 SGB IV wurde aufgehoben.

III. Gegenwart und Zukunft – europäische Initiativen gescheitert

Wirtschaftsverbände machen sich seit Längerem für die Wiedereinführung des Kriterienkatalogs in § 7 SGB IV stark und wenden sich gegen den Missbrauch von Werkverträgen.

In § 611a BGB hat der Gesetzgeber nach kontroverser Diskussion die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Statusabgrenzung nicht kodifiziert.

Mansdörfer fordert vor dem Hintergrund der straf- und bußgeldrechtlichen Haftung eine Revision und die Wiedereinführung von Kriterien in § 7 SGB IV.²²

Die von allen Akteuren gewünschte Rechtssicherheit wird vermutlich dadurch nicht erreicht. Die Reform des Statusfeststellungsverfahrens in § 7a SGB IV bleibt hinter den Erwartungen zurück. Private Anbieter, die als Innovations - Champions 2024 ausgezeichnet sind, stellen Zertifikate für Selbstständige aus und bieten eine Art digitales Statusfeststellungsprogramm parallel zum behördlichen Verfahren an.²³ Ohne als KI - Muffel gelten zu wollen, lässt sich aus Perspektive der Strafverteidigung und der Beratung zur Contractor Compliance doch zur Vorsicht raten.

Und schließlich: Bereits vor drei Jahren hatte die EU-Kommission einen Entwurf für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vorgelegt (COM(2021) 762 final)²⁴.

Auch in dem Richtlinienvorschlag war der Versuch unternommen, Abgrenzungskriterien aufzunehmen.²⁵ Der zuletzt vorliegende Kompromiss wurde als „fauler Kompromiss“²⁶ bezeichnet. Kritisiert wurde unter anderem eine gesetzliche Vermutung für ein Arbeitsverhältnis nach Artikel 4 des Richtlinienvorschlags:

Gesetzliche Vermutung

(1) Das Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die die Arbeitsleistung im Sinne des Absatzes 2 kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese

Plattform leistet, wird rechtlich als Arbeitsverhältnis angesehen. Zu diesem Zweck legen die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Rechts- und Justizsystem einen Rahmen für Maßnahmen fest.

Die gesetzliche Vermutung gilt in allen einschlägigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Die zuständigen Behörden, die die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften überprüfen oder durchsetzen, können sich auf diese Vermutung stützen.

(2) Die **Kontrolle der Arbeitsleistung** im Sinne von Absatz 1 ist so zu verstehen, dass sie mindestens zwei der folgenden Punkte vorsieht:

a) effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;

b) Aufforderung der Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber dem Empfänger der Dienstleistung bzw. in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;

c) Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;

d) effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben abzuweisen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;

e) effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenteam aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.

(3) Die Mitgliedstaaten ergreifen unterstützende Maßnahmen, um die wirksame Umsetzung der in Absatz 1 genannten gesetzlichen Vermutung zu gewährleisten; dabei gilt es die Auswirkungen auf Start-up-Unternehmen zu berücksichtigen, die Erfassung echter Selbstständiger zu vermeiden und das nachhaltige Wachstum digitaler Arbeitsplattformen zu unterstützen. Dabei müssen sie insbesondere:

²¹ Ausarbeitung WD 6 - 3000-166/07, Abschluss der Arbeit: 20.9.2007, Fachbereich WD 6: Arbeit und Soziales

<https://www.bundestag.de/resource/blob/412804/aebb9a2d5f1dc0a4698447732d953c86/WD-6-166-07-pdf-data.pdf>.

²² Solo- oder scheinselfständig? Die Rechtsprechung zu § 266a StGB, § 7 SGB IV bedarf der Revision!, jM 2020, 123 ff.

²³ Certified Independent Professional, <https://cip-scheinselbstaendigkeit.de>.

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A762%3AFIN>; siehe dazu BR-Drs. 846/21 vom 11.3.22 zur mangelnden Datenlage.

²⁵ Erwägungsgründe 20 - 25 COM(2021) 762 final; siehe auch <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/platform-work-eu/>.

²⁶ „Fauler Kompromiss: Mit Beweislastumkehr und unklarem Plattform-Begriff sollen schwächste Punkte der Richtlinie bleiben“, Update, 09.02.2024, <https://www.vgsd.de/vorlaeufige-einigung-zur-plattform-richtlinie-eu-will-beschaeftigung-bei-zwei-erfuellten-kriterien-vermuten/>.

a) sicherstellen, dass Informationen über die Anwendung der gesetzlichen Vermutung in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Weise öffentlich zugänglich gemacht werden;

b) Leitlinien für digitale Arbeitsplattformen, Personen, die Plattformarbeit leisten, und Sozialpartner aufstellen, damit diese die gesetzliche Vermutung verstehen und umsetzen können, einschließlich in den Verfahren zur Widerlegung dieser Vermutung gemäß Artikel 5;

c) Leitlinien für Durchsetzungsbehörden aufstellen, damit diese proaktiv nicht regelkonforme digitale Arbeitsplattformen ausmachen und verfolgen können;

d) die Kontrollen und Inspektionen vor Ort, die von den Arbeitsaufsichtsbehörden oder den für die Durchsetzung des Arbeitsrechts zuständigen Stellen durchgeführt werden, verstärken, wobei sicherzustellen ist, dass diese Kontrollen und Inspektionen verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sind.

(4) Bei Vertragsverhältnissen, die vor dem in Artikel 21 Absatz 1 genannten Datum eingegangen wurden und zu dem in Artikel 21 Absatz 1 genannten Datum noch laufen, gilt die in Absatz 1 genannte gesetzliche Vermutung nur für den Zeitraum ab diesem Datum.

Die in Artikel 4 Abs. 2 Richtlinienvorschlag zur Vermutung eines Arbeitsverhältnisses geforderte „Kontrolle“ erinnert an das Merkmal der Weisungsgebundenheit in § 7 SGB IV und die „zwei-von-vier“-Regel, kommt ebenfalls bekannt vor. Erfolgt unter der belgischen Ratspräsidentschaft keine Einigung zu den Europawahlen im Juni 2024, käme es wegen Diskontinuität nicht mehr zur Umsetzung des ambitionierten Vorhabens.

Nun ist der Richtlinienvorschlag vom Tisch.²⁷ Die erforderliche notwendige qualifizierte Mehrheit der Mitgliedstaaten wurde verfehlt. Deutschland hatte sich bei der Abstimmung enthalten. Im nationalen Recht ist die Entscheidung des BAG²⁸ für die Einordnung von „Crowd-Workers“ bis auf weiteres wohl der einzige Anhaltspunkt in Statusabgrenzungsfragen zum Thema Plattformarbeit.

²⁷ https://www.haufe.de/personal/arbeitsrecht/eu-richtlinie-plattformarbeit_76_558202.html.

²⁸ BAG, Urt. v. 1.12.2020 - 9 AZR 102/20; dazu auch Mahnhold „Work on Demand in Zeiten des ‚Arbeitens 4.0‘“ in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, Kapitel 7.

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Rechtsprechungsübersicht: Wichtige Entscheidungen der Sozialgerichte 2021–2023 zum Thema Scheinselbständigkeit

„Pool-Arzt“ im ärztlichen Notdienst der KZV

BSG B 12 R 9/21 R vom 24.10.2023

Ein Zahnarzt im vertragszahnärztlichen Notdienst ist nicht automatisch selbstständig. Daher unterliegt er der Versicherungspflicht. Ein Zahnarzt im Notdienst, der an die organisatorischen Abläufe der Kassenzahnärztlichen Vereinigung gebunden ist und ein festes Stundenhonorar erhält, sei als abhängig Beschäftigter anzusehen, auch wenn er medizinisch eigenverantwortlich handeln kann.

Fitnesstrainer: Freie Mitarbeit

Bayerisches LSG, Beschl. v. 18.8.2023 - L 7 BA 72/23 B ER

Kursleiter in Fitnessstudios gelten als abhängig beschäftigt.

Sozialversicherungspflicht bei Vertragsbeziehungen mit Ein-Personen-Kapitalgesellschaft

BSG, 20.7.2023 - B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R
und B 12 BA 4/22 R

Feststellung der abhängigen Beschäftigung trotz Auftragsverhältnis zur Ein-Personen-Kapitalgesellschaft.

Hessisches LSG, Urt. v. 18.11.2021 - L 1 BA 25/21

Keine Feststellung der abhängigen Beschäftigung trotz Auftragsverhältnis zur Ein-Personen-Kapitalgesellschaft, Honorarpflegekräfte (aufgehoben BSG BSG, 20.7.2023 - B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R).

Ein-Personen-UG, Pflege

Sächsisches LSG, Urt. v. 15.11.2022 - L 9 BA 38/19

Solounternehmer in der UG ohne eigene Arbeitnehmer ist abhängig beschäftigt.

Yoga-Kursleiter

Hessisches LSG, Beschl. v. 28.6.2023 - L 2 R 214/22

Beratertätigkeit, Lehrertätigkeit

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV: Feststellung der Selbständigkeit, Feststellung der Versicherungspflicht nach Wegfall der Versicherungsfreiheit nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 SGB VI.