

## SOZIALVERSICHERUNG

## Scheinselbstständige im Gesundheitswesen

von StB Catrin Stockhausen, Korbach

| In vielen Bereichen des Gesundheitswesens werden freie Mitarbeiter beschäftigt. Das reicht von der selbstständigen ambulanten Pflegekraft über freie Therapeuten bis zum „freien“ Stationsarzt. In diesem Zusammenhang stellt sich das Problem: Ab wann ist davon auszugehen, dass der „Freie“ scheinselfständig ist? Der Beitrag beleuchtet das Problem anhand zahlreicher Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung. |

### 1. Die sozialgerichtliche Sicht

Ob jemand eine Leistung als Selbstständiger oder als Arbeitnehmer erbringt, kann im Einzelfall umstritten sein, vor allem, wenn die Tätigkeit üblicherweise von Arbeitnehmern durchgeführt wird/wurde. Finanziell steht einiges auf dem Spiel, denn Arbeitnehmer sind kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig. Kommt die Rentenversicherung durch eine Betriebsprüfung nach § 28p SGB IV zu dem Ergebnis, dass es sich um eine scheinselfständige Tätigkeit handelt, fordert sie die Sozialversicherungsbeiträge nach.

#### 1.1 Einbindung und Weisungsgebundenheit

Nach der BSG-Rechtsprechung liegt eine nicht-selbstständige Beschäftigung vor, wenn die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird. Das ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und mit seiner Tätigkeit einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung erfassenden Weisungsrecht unterliegt (vgl. BSG 25.4.12, B 12 KR 24/10 R). Dabei kann sich die Weisungsgebundenheit insbesondere bei Diensten höherer Art zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern, weswegen auch eine weitgehend freie Ausgestaltung der Tätigkeit mit dem Status als Arbeitnehmer vereinbar ist (z. B. See-wald in Kasseler Kommentar, § 7 SGB IV, Rz. 74, m.w.N.).

Dagegen ist eine selbstständige Tätigkeit gekennzeichnet durch

- ein eigenes Unternehmerrisiko,
- das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte,
- die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und
- die im Wesentlichen freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit.

#### 1.2 Gesamtbild der Verhältnisse

Ob eine abhängige Beschäftigung oder Selbstständigkeit vorliegt, richtet sich danach, welche der genannten Merkmale bei Betrachtung des Gesamtbilds der Verhältnisse überwiegen. Bei der Abwägung müssen alle nach Lage des Einzelfalls relevanten Indizien berücksichtigt und innerhalb einer Gesamtschau gewichtet und gegeneinander abgewogen werden. Das kann bei manchen Tätigkeiten – z. B. in Bereichen, in denen persönliche Zuwendung Gegenstand zu erbringender Dienste ist – dazu führen, dass sie nach den jeweiligen Umständen sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden können (vgl. BSG 25.4.12, B 12 KR 24/10 R).

Einbindung  
und Weisungs-  
gebundenheit

Alle relevanten  
Indizien betrachten

Zur Feststellung des Gesamtbilds haben die tatsächlichen Verhältnisse nicht automatisch Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden. Zwar hat das BSG (22.6.05, BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 5 Rz. 7) ausgeführt, dass beim Abweichen der Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen letztere den Ausschlag geben. Jedoch hat es diese Aussage in Zusammenfassung älterer Entscheidungen nachfolgend präzisiert (insbesondere BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 Rz. 17; ebenso BSG 25.1.06, B 12 KR 30/04 R und BSG 28.5.08, B 12 KR 13/07 R). Dem Willen der Vertragsparteien kommt indizielle Bedeutung dann zu, wenn er den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen (BSG 28.5.08, B 12 KR 13/07 R).

**PRAXISHINWEIS** | Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis, so wie es rechtlich zulässigerweise tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist das Vertragsverhältnis, so wie es sich aus den Vereinbarungen ergibt oder sich aus der gelebten Beziehung erschließen lässt. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung, so wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung, so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG 11.3.09, B 12 KR 21/07 R; BSG 28.9.11, B 12 R 17/09 R).

Eine im Widerspruch zur Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen.

## ■ Beispiele zur Abgrenzung aus der jüngeren Rechtsprechung

### 1. Einbindung in den Klinikbetrieb

- **Stationsärzte** einer Klinik sind keine freiberuflichen Honorarkräfte, sondern abhängig beschäftigt, wenn sie in die Arbeitsorganisation der Station eingliedert sind und kein Unternehmerrisiko tragen. Die betroffenen Ärzte hatten innerhalb der vereinbarten Arbeitszeiten wie ihre angestellten Kollegen Patienten behandelt, Dokumentationen und Berichte gelesen und geschrieben sowie an Visiten und Besprechungen teilgenommen (SG Dortmund 20.2.15, S 34 R 2153/13, PFB Nachricht vom 18.3.15).
- **Honorarärzte**, die in den Stationsalltag einer Klinik eingebunden sind, einen festen Stundenlohn erhalten, kein unternehmerisches Risiko tragen, nicht am Gewinn- und Verlust beteiligt sind und auch kein eigenes Kapital oder eigene Betriebsmittel einsetzen, sind abhängig beschäftigt. Dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers laut Honorararztvertrag eingeschränkt war, ist aber bei Diensten höherer Art (Arzt) üblich und dann gerade kein Argument für eine Freiberuflichkeit (LSG Niedersachsen-Bremen 16.12.15, L 2 R 516/14, Christmann, PFB Nachricht vom 10.6.16).

Feststellung des Gesamtbilds

Widerspruch zwischen Vertrag und den tatsächlichen Verhältnissen

- Ein niedergelassener Arzt, der als **Honorararzt** eigene Patienten im Krankenhaus operiert, die Verantwortung für seine Patienten weitgehend dem Krankenhaus überlässt und sein Honorar unabhängig davon erhält, ob die Rechnungen des Krankenhauses bezahlt werden, ist abhängig beschäftigt und nicht einem Belegarzt vergleichbar (LSG Berlin-Brandenburg 17.5.17, L 1 KR 118/16, PFB Nachricht vom 23.6.17).
- Eine **Krankenschwester im Op-Dienst** ist in der Regel abhängig beschäftigt und somit sozialversicherungspflichtig. Eine weisungsfreie Tätigkeit als Krankenschwester im Op-Dienst ist weitgehend ausgeschlossen (LSG Hessen 26.3.15, L 8 KR 84/13).
- **Pflegekräfte auf einer Intensivstation** werden dort regelmäßig als Arbeitnehmer tätig. Der Krankenpfleger hatte in diesem Fall auf der Basis von „Dienstleistungsverträgen“ in den Intensivstationen verschiedener Krankenhäuser gearbeitet (LSG NRW 26.11.14, L 8 R 573/12; ähnlich für eine **Krankenschwester für Intensivpflege und Anästhesie**, selbst wenn sie wegen ihrer Ausbildung, ihrer Erfahrung oder, weil es schlicht an Ärzten fehlte, mehr Freiheiten als üblich gehabt haben sollte: LSG Hessen 7.7.16, L 8 KR 297/15, PFB Nachricht vom 26.8.16, ebenso SG Heilbronn 1.2.17, S 10 R 3237/15, PFB Nachricht vom 22.6.17).
- Bei einem **Notarzt** kommt es insbesondere auf die konkrete Organisationsstruktur der am Notdienst Beteiligten (Arzt, Krankenhaus, Träger des Rettungsdienstes selbst etc.) an. So ging das LSG Niedersachsen-Bremen (18.12.13, L 2 R 64/10) von einer abhängigen Beschäftigung aus, das LSG Berlin-Brandenburg (20.3.15, L 1 KR 105/13, Sedlaczek, PFB 16, 272) hingegen von einer selbstständigen Tätigkeit. Der **Rettungsassistent** untersteht aber während des Einsatzes den Weisungen des Arztes und ist abhängig tätig (LSG Baden-Württemberg 20.3.13, L 5 R 2329/12).
- Allerdings können **Bereitschaftsärzte im Nachtdienst** in einer Klinik selbstständig tätig sein, obwohl sie dieselbe Arbeit ausüben wie die angestellten Klinikärzte (LSG Stuttgart 23.5.17, L 11 R 771/15, PFB Nachricht vom 7.7.17).

## 2. Einbindung in den Heimbetrieb

- Eine **Altenpflegerin**, die für mehrere Heime tätig ist und vertraglich die Haftung für Pflegefehler übernommen hat, ist freiberuflich tätig (LSG Schleswig-Holstein 4.11.16, L 5 KR 162/16 B ER, PFB Nachricht vom 2.12.16). Bereits in mehreren Entscheidungen hat das LSG Schleswig-Holstein (24.3.11, L 5 KR 48/09; 29.10.08, L 5 KR 35/08; 5.9.13, L 5 KR 124/11) darüber geurteilt, ob Pflegekräfte in Pflegeeinrichtungen beitragspflichtig oder selbstständig tätig waren; siehe auch LSG Hessen 16.5.17, L 1 KR 551/16, PFB Nachricht vom 10.7.17 zur **Pflegefachkraft** in einem Pflegeheim.

## 3. Einbindung in den Betrieb einer Arztpraxis

- Eine Radiologin, die als **Urlaubsvertretung** in einer radiologischen Praxis Röntgenbilder schriftlich befundet, ist keine sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerin. In der Gesamtabwägung sprach für eine selbstständige Tätigkeit vor allem die fehlende konkrete Eingliederung der Ärztin in die Praxis bei ansonsten weitgehend nicht aussagekräftigen Indizien für eine abhängige Beschäftigung (LSG Baden-Württemberg 21.2.17, L 11 R 2433/16, PFB-Nachricht vom 26.4.17).

Einbindung in den Stationsalltag

Konkrete Organisation des Notdienstes entscheidend

- Ein Arzt, der in einer genehmigten Nebentätigkeit für niedergelassene Ärzte zwei- bis dreimal im Monat den **Nachtdienst** übernimmt, ist kein Arbeitnehmer und mithin selbstständig, wenn er nicht in den Arbeitsablauf der Praxis eingegliedert ist und keinen Weisungen der Praxisinhaber unterliegt. Dass der Arzt nur geringfügig eigene Betriebsmittel einsetzt (z. B. Nutzung eigenen Pkws) ist unschädlich, weil der niedrige Betriebsmitteleinsatz bei geistigen Tätigkeiten häufig anzutreffen ist (LSG Rheinland-Pfalz 20.4.16, L 4 R 318/14, PFB-Nachricht vom 9.6.16).

## 2. Sonderfälle

Abschließend sei noch auf zwei Sonderfälle hingewiesen.

### 2.1 Freie Mitarbeit bei Therapeuten

In der Vergangenheit hatten einige Landessozialgerichte bei der Abgrenzung freie Mitarbeit versus abhängige Beschäftigung ein Merkmal besonders hervorgehoben: Rechnet der Therapeut als freier Mitarbeiter einer zugelassenen Praxis selbstständig gegenüber den Kostenträgern ab, verfügt er also über eine eigene Zulassung als Heilmittelerbringer i. S. des § 124 SGB V? Wer das nicht tat (und das waren viele), wurde als scheinselfständig eingestuft.

Das BSG (24.3.16, B 12 KR 20/14 R) hat dem die Grundlage entzogen: § 124 Abs. 1 SGB V habe keine über das Leistungs- und Leistungserbringerrecht der GKV hinausgehende „übergeordnete“ Wirkung. Er wirke sich nicht auf die sozialversicherungs- und beitragsrechtliche Rechtslage aus. § 124 Abs. 1 SGB V habe keinen Einfluss darauf, ob eine Beschäftigung i. S. von § 7 Abs. 1 SGB IV vorliege. Das BSG stellt sich damit explizit gegen LSG Bayern 13.2.14, L 5 R 1180/13 B ER und LSG Baden-Württemberg 14.10.15, L 4 R 3874/14. Bescheide der DRV, die sich auf eine fehlende Zulassung der §§ 124 und 125 SGB V stützen, können erfolgreich angefochten werden (Sedlaczek, PFB 16, 316).

### 2.2 Junior-Partner in freier Praxis

Gefährlich ist es auch, die Stellung eines Mitgesellschafters so weit einzuschränken, dass er kein wirtschaftliches Risiko mehr trägt und nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg beteiligt ist. Im Sachverhalt des LSG Baden-Württemberg (23.11.16, L 5 R 1176/15) stellte zudem der Senior-Partner über sein Sonderbetriebsvermögen die Praxiseinrichtung zur Verfügung. Er rechnete allein ab und die Junior-Partnerin war im Innenverhältnis stark beschränkt (zu den Einzelheiten vgl. PFB Nachricht vom 6.12.16 und Koch PFB 17, 92). Dass die Ärztin keine (Fach-)Weisungen erhalte, sei typisch für „höhere Dienste“. Die Freiheit des selbstständigen Unternehmers zeige sich darin jedoch nicht.

#### ↘ WEITERFÜHRENDE HINWEISE

- Praktische Probleme bei Honorärärzten und bei freiberuflichen Mitarbeitern in Physiotherapie- und Ergotherapie-Praxen (Sedlaczek, PFB 16, 272)
- Die freie Mitarbeit bei einem Therapeuten ist wieder möglich! (Sedlaczek, PFB 16, 316)
- Säumniszuschläge für Sozialversicherungsbeiträge (Sedlaczek PFB 17, 3)
- Abgrenzung der Tätigkeit eines Vertrags(zahn)-arztes als Junior-Partner in „freier Praxis“ zur Scheinselbstständigkeit (Koch, PFB 17, 92)

Freie Mitarbeit beim  
Therapeuten

Keine Unternehmer-  
stellung