

## Freier Mitarbeiter - Bundessozialgericht bestätigt bisherige Rechtsprechung Hohe – aber überwindbare - Hürden aufgestellt

Zur entscheidenden Frage, was eine selbständige Tätigkeit kennzeichne, führt das BSG zunächst Folgendes aus:

„...eine selbständige Tätigkeit (ist) 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.“

Die FM muss danach in der Ausübung ihrer Tätigkeit frei sein:

- Feste Arbeitszeiten waren nicht vereinbart.
- Vertretungsregelungen wurden nicht getroffen.
- Eine Bindung an Öffnungszeiten oder eine Anwesenheitspflicht bestand nicht.
- Ein fester Stundensatz oder ein monatliches Arbeitsentgelt wurden ebenfalls nicht vereinbart.
- Die FM konnte frei entscheiden, ob sie die Behandlung von Patienten, die ihr von der Klägerin angetragen wurde, übernehmen wolle. War das der Fall, nahm sie selbst Terminvereinbarungen und -änderungen mit den Patienten vor.
- Zur Durchführung ihrer überwiegenden Tätigkeit in Form von Hausbesuchen benutzte sie einen eigenen PKW, dessen Kosten für Betrieb und Unterhaltung sie selbst aufbrachte.

Im Rahmen der notwendigen Gesamtwürdigung aller Merkmale kommt das BSG im entschiedenen Fall zu folgendem Ergebnis:

Es deuten zwar einige vom Landessozialgericht festgestellte Indizien auf eine Selbstständigkeit der FM hin. Die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale und fehlende ins Gewicht fallende Merkmale für unternehmerische Freiheiten beziehungsweise ein Unternehmerrisiko der FM geben im Rahmen der Gesamtabwägung jedoch im entschiedenen Fall den Ausschlag für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung.

Für das BSG sprechen für eine **Selbständigkeit** die Freiheiten der FM bei der Ausübung der Tätigkeit:

- Sie war nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden.
- Es bestand keine Anwesenheitspflicht.
- Sie konnte eigene Terminvereinbarungen mit den Patienten treffen.
- Sie benutzte zur Durchführung ihrer Tätigkeit, soweit sie Hausbesuche bei Patienten machte, einen eigenen PKW und brachte dessen Basiskosten für Betrieb und Unterhaltung selbst auf.

- Eine feste Arbeitszeit, ein fester Stundensatz oder ein monatliches Arbeitsentgelt waren nicht vereinbart.

Für eine **abhängige Beschäftigung** sprachen hingegen die Eingebundenheit der FM in die betriebliche Organisation der PI, und zwar auch soweit sie krankengymnastische Leistungen bei Hausbesuchen erbrachte:

- Der Erstkontakt zu den Patienten fand ausschließlich über die PI statt.
- Nur die PI trat nach außen hin als verantwortliche Praxisbetreiberin und gegenüber den Patienten als Heilmittelerbringerin auf.
- Behandlungsangebote an die FM erfolgten ausschließlich durch die PI.
- Die FM führte keine eigene Patientenkartei.
- Die FM verfügte - anders als die PI - nicht über eigene Betriebsräume bzw. über eine eigene Betriebsstätte, auch wenn diese für die Tätigkeit der FM überwiegend nicht erforderlich waren, weil sie regelmäßig Hausbesuche erledigte.
- Für diese Hausbesuche erhielt die FM eine Erstattung ihrer Fahrkosten durch die PI.
- Auch die Behandlungskontakte bei Hausbesuchen wurden von der PI in der beschriebenen Weise organisiert und finanziell abgewickelt.
- Wenn Behandlungen in den Räumen der PI stattfanden, bedurften sie stets der Absprache, wenngleich diese nach dem Vorbringen der Beteiligten reibungslos erfolgten.
- Arbeitsmittel wie Massageliegen, Handtücher, Bestuhlung für die Wartezeit und Ähnliches wurden von der PI zur Verfügung gestellt.

Unternehmerische Freiheiten der FM beziehungsweise ein sie treffendes Unternehmerrisiko waren nach Auffassung des BSG deshalb allenfalls ansatzweise ersichtlich:

- Die FM war zwar auch für einen anderen Auftraggeber tätig und setzte ihren eigenen PKW auch dort ein. Unklar blieb, ob der PKW ausschließlich oder überwiegend gezielt für ihre Tätigkeit als PT angeschafft und eingesetzt wurde.
- Demgegenüber trat die FM im Rahmen der Tätigkeit bei der PI nicht in rechtlich relevantem Maße nach außen unternehmerisch am Markt auf. Vielmehr erbrachte sie ihre Leistungen an Patienten ausschließlich im Namen der PI.
- Es war für die Patienten auch nicht wahrnehmbar, dass die FM selbstständige Physiotherapeutin gewesen sein sollte. Die FM beschäftigte ihrerseits auch kein eigenes Personal. Sie erbrachte ihre Leistung nur in eigener Person und ließ sich nicht durch eigene Mitarbeiter vertreten.
- Sie musste auch kein eigenes Wagniskapital einsetzen. Sie war auch am wirtschaftlichen Erfolg der Praxis nicht eigenständig und unabhängig vom Ausmaß des eigenen persönlichen Arbeitseinsatzes beteiligt.

Zusammenfassend stellte das BSG folgendes fest:

Allein der Umstand, dass ein Mitarbeiter keinen für angestellte Beschäftigte typischen sozialen Schutz erhält, z.B. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub, führt noch nicht zur Annahme eines unternehmerischen Risikos; einem solchen Risiko müssen vielmehr - um sozialversicherungsrechtliche Folgen auslösen zu können - auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft oder größere Verdienstchancen gegenüberstehen; auch aus dem (allgemeinen) Risiko, die eigene Arbeitskraft außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko. Unter Abwägung aller dieser Merkmale führt das Gesamtbild der Tätigkeit der FM zum Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung, so das BSG im Übrigen in ständiger Rechtsprechung.

Ausschlaggebend dafür ist also in erster Linie der Grad der Einbindung der Freien Mitarbeiterin in die Arbeitsabläufe und die Organisationsstruktur der Praxisinhaberin, und zwar auch, soweit sie Hausbesuche wahrnimmt; denn darauf, dass der Betroffene eine Tätigkeit in einer konkreten Betriebsstätte eines Arbeitgebers ausübt, kommt es für die Bejahung von abhängiger Beschäftigung nicht an, solange die zu beurteilende Tätigkeit im Wesentlichen fremdbestimmt organisiert wird. So verhielt es sich hier: Die FM behandelte im Abrechnungsverhältnis zur PI ausschließlich Patienten, deren Behandlung ihr von der PI angetragen wurde. Der erste Kontakt des Patienten zum Leistungserbringer erfolgte ausschließlich über die PI. Dass nach

Behandlungsübernahme durch die FM Terminabsprachen zwischen ihr und den Patienten unmittelbar erfolgten, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Nach außen ("am Markt") trat lediglich die PI in Erscheinung, lediglich die konkrete Durchführung der Behandlung oblag der FM. Damit beschränkte sich das Verhältnis zwischen der PI und der FM nicht auf die bloße Abrechnung der Leistungen gegenüber den Krankenkassen, sondern umfasste weitergehende organisatorische Aspekte: So verfügte die FM nicht über eine eigene Patientenkartei. Die Fahrtkosten, die der FM entstanden, wurden ihr von der PI erstattet. Die FM verfügte über keine eigenen Behandlungsräume. Hinsichtlich der Einbindung in die Organisationsstruktur und in die Arbeitsabläufe der PI gab es von daher aus Sicht des BSG keinen rechtlich bedeutsamen Unterschied im Vergleich zu den "festangestellten" Beschäftigten der PI.

Der Umstand, dass die FM neben ihrer Tätigkeit für die PI auch noch für ein Therapiezentrum tätig war, führte zu keinem anderen Ergebnis. Auch bei abhängig Beschäftigten ist es nicht ungewöhnlich, dass sie für einen weiteren Arbeitgeber erwerbstätig sind (z.B. in Form einer Nebenbeschäftigung), ohne dass sich der sozialversicherungsrechtliche Charakter der ersten Tätigkeit dadurch verändert.

### **Bewertung:**

1. Das Thema Freie Mitarbeiter birgt erhebliche rechtliche Unsicherheiten für Praxisinhaber. Mögliche Folgen können Forderungen zur Nachentrichtung von Steuer- und Sozialversicherungsbeiträgen sein. Die sozialversicherungsrechtliche Nachzahlung gegen den Arbeitgeber ist zwar durch die Verjährung begrenzt, die im Normalfall 4 Jahre, bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen aber 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 SGB V) beträgt. Der Arbeitgeber kann dabei den Freien Mitarbeiter höchstens auf den Arbeitnehmeranteil für 3 Monate in Anspruch nehmen; der Rest geht allein zu Lasten des Arbeitsgebers, also in Höhe von 45 Monatsbeiträgen.
2. Es gibt durchaus Fälle, bei denen der Status des Freien Mitarbeiters anerkannt wird. Das Bundessozialgericht hat in seiner Entscheidung vom 24. März 2016 klar und deutlich aufgezeigt, welche Voraussetzungen in der Zusammenarbeit zwischen Praxisinhaber und Freiem Mitarbeiter erfüllt sein müssen, damit ein Freier Mitarbeiter auch als solcher im Rahmen einer Betriebsprüfung von den Sozialversicherungsträgern anerkannt wird. Die Hürden, die das BSG dabei aufgestellt hat, sind zweifelsohne hoch, aber – bei geschickter Vertragsgestaltung und intelligenter Ausgestaltung der Zusammenarbeit - nicht völlig unüberwindbar, wenn das Vereinbarte so auch gelebt wird.
3. Ein gewisses Restrisiko besteht jedoch immer. Einzige Möglichkeit, dieses Restrisiko bei der Zusammenarbeit mit neuen Freien Mitarbeitern zu minimieren, ist die so genannte Statusfeststellung bezüglich des Freien Mitarbeiters bei der Deutschen Rentenversicherung und dem Finanzamt. Das Ergebnis des Statusfeststellungsverfahrens ist für beide Seiten bindend und schafft Klarheit. Unser Tipp ist deshalb: Lassen Sie sich von Anfang an, vor allem aber im Statusfeststellungsverfahren von einem sachkundigen Rechtsanwalt bei der Ausgestaltung ihrer Zusammenarbeit mit Freien Mitarbeitern beraten. Dies gilt auch, wenn Sie unsicher (geworden) sind, ob der Status Ihres Freien Mitarbeiters hinreichend abgesichert ist. Gerne hilft PHYSIO-DEUTSCHLAND Ihnen bei der Vermittlung von entsprechend spezialisierten Anwälten weiter.

Thorsten Vogtländer (Krankenkassenfachwirt)  
Referat SGB V