

## I.

### Einleitung

Bei der Beschäftigung von ärztlichen oder nichtärztlichen Mitarbeitern besteht oft auf beiden Seiten das Interesse, den Vertrag nicht als Arbeitsverhältnis auszugestalten, sondern die Form der freien Mitarbeit zu wählen. Die Vorteile für beide Seiten liegen auf der Hand: der monatliche Lohnsteuerabzug sowie Sozialversicherungsbeiträge werden vermieden; die nachgefragte Arbeitsleistung kann – für beide Seiten – äußerst flexibel gestaltet werden; einer kurzfristigen Beendigung des Vertragsverhältnisses stehen keine Kündigungsfristen entgegen – falls doch, sind sie vertraglich vereinbart und können im gegenseitigen Einvernehmen problemlos abbedungen werden.

Gerade die Möglichkeit, die Beiträge zur Sozialversicherung zu sparen, reizt aber auch immer wieder zum Missbrauch, so dass zu klären ist, unter welchen Bedingungen es sich bei einer Beschäftigung um eine echte freie Mitarbeit oder um sog. Scheinselbständigkeit handelt, die eigentlich wie ein echtes Arbeitsverhältnis zu behandeln wäre. Es ist also zu prüfen, wie sich ein freier Mitarbeiter, der als selbständiger Unternehmer für den Geschäftsherrn tätig wird, und ein abhängig Beschäftigter unterscheiden.

## II.

### Abgrenzungskriterien für die Scheinselbständigkeit

#### 1.) Scheinselbständigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

Das BSG legt bei der Einstufung eines Beschäftigungsverhältnisses den Schwerpunkt auf die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Auftraggeber, während der BGH mehr Gewicht auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des Auftragnehmers legt. Das BAG fügt dem noch die „soziale Schutzbedürftigkeit“ hinzu.

Sozialrechtlich ist somit entscheidend, ob der Auftragnehmer nach den tatsächlich gelebten Verhältnissen

- hinsichtlich Arbeitszeit, -ort und Art der Erledigung der Aufgaben an Weisungen des Auftraggebers gebunden ist;
- in zeitlicher oder örtlicher Hinsicht oder sonst in die Betriebsabläufe des Auftraggebers eingebunden ist;
- Betriebs- und Arbeitsmittel des Auftraggebers in Anspruch nimmt;
- eigenes unternehmerisches Risiko trägt.

## **2.) Scheinselbständigkeit im Lichte des Zivil- und Arbeitsrechts**

Arbeits- und zivilrechtlich ist die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Arbeitgeber Hauptunterscheidungsmerkmal. Diese liegt vor, wenn der Dienstverpflichtete auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist. Zusätzlich ist erforderlich, dass er sich derart an den Dienstberechtigten gebunden hat, dass bei Ausbleiben seiner Aufträge die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen würde. Daneben spielen die oben erwähnten Punkte eine Rolle, sowie – im Falle des BAG – die soziale Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten, die dann gegeben ist, wenn er von seiner Stellung her letztlich einem Arbeitnehmer gleich steht.

## **3.) Scheinselbständigkeit nach dem Steuerrecht**

Bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit abhängig oder selbständig ausgeübt wird, greift der BFH die obigen Kriterien auf, fügt jedoch noch neue hinzu, wie Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall, Urlaubsanspruch und die Notwendigkeit der engen ständigen Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern. Für Selbständigkeit sprechen hingegen insbesondere Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative.

Besonderen Wert legt der BFH bei der Abgrenzung auf die beiden letztgenannten Merkmale. Das Unternehmerrisiko trägt, wer an Gewinn und Verlust der eigenen Tätigkeit unmittelbar beteiligt ist. Das betrifft sowohl das Vergütungs- als auch das Vermögensrisiko: der Selbständige erhält in den Ausfallzeiten – sei es durch Krankheit, sei es durch Umsatz – keine Vergütung. Sein Umsatz mindert sich und damit auch der Ertrag seiner Tätigkeit. Die Beteiligung am je nach Erfolg wachsenden oder schrumpfenden Wert des Unternehmens wiederum spiegelt das Vermögensrisiko des Unternehmers wieder. Für die Unternehmerinitiative wiederum ist entscheidend, ob der Beschäftigte durch Akquise, Gestaltung und Qualität der von ihm angebotenen Produkte oder Dienstleistungen, Werbung etc. die Verwertungschancen seiner Leistungsangebote selbst maßgeblich beeinflussen kann.

### **III.**

#### **Folgen der Aufdeckung der Scheinselbständigkeit**

Wird die Scheinselbständigkeit aufgedeckt, kann es zu gravierenden Folgen kommen, die meistens den (eigentlich) Arbeitgeber härter treffen als den Beschäftigten.

a) Der Auftraggeber steht im Falle der steuerrechtlichen Scheinselbständigkeit plötzlich gem. § 42d EStG als Steuerschuldner für die Einkommenssteuer seines Beschäftigten dem Finanzamt zur Verfügung – die Verjährungsfrist für noch nicht per Bescheid festgesetzte Steuern beträgt im Regelfall immerhin 4 Jahre.

**b)** Auch sozialrechtlich kann einiges auf den Auftraggeber zukommen: Das Risiko, einen Beschäftigten fehlerhaft als nicht sozialversicherungspflichtig zu behandeln, obwohl er tatsächlich der Sozialversicherungspflicht unterliegt, trägt der Arbeitgeber. Er haftet den Sozialversicherungsträgern zuvörderst für die vom Arbeitnehmer zu entrichtenden Beiträge für die letzten vier Jahre. Der Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer Anspruch kann nur durch Abzug vom Arbeitslohn geltend gemacht werden und ist überdies auf die drei folgenden Monate beschränkt.

**c)** Arbeitsrechtlich wiederum bringt die Einstufung als Scheinselbständigkeit einen Nachvergütungsanspruch mit sich: sofern die Vergütung des „freien Mitarbeiters“ unter dem Tariflohn oder unter der ortsüblichen Vergütung lag, wird für die Zeit der Tätigkeit rückwirkend der tarifvertragliche Lohn geschuldet.

**d)** Schließlich drohen bei der Beschäftigung scheinselbständiger ärztlicher Mitarbeiter auch Regresse der Kassenärztlichen Vereinigung: entpuppt sich ein offiziell als Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis aufgenommener Vertragsarzt im Nachhinein als Scheingesellschafter – mithin Angestellter – so steht fest, dass in den betroffenen Quartalen als Berufsausübungsgemeinschaft gegenüber der KV abgerechnet wurde, ohne hierzu berechtigt zu sein. Leistungen des Scheingesellschafters wurden wie die eines Vertragsarztes in freier Praxis vergütet, ohne dass dies den tatsächlich gelebten Verhältnissen entsprach. Der KV ist es daher möglich, die Honorare zu kürzen und zu regressieren, wobei aus Vereinfachungsgründen das Honorar bis auf den Fachgruppendurchschnitt zurückgeführt werden kann.