

BSG: (Schein-) Selbstständigkeit von freiberuflichen Notärzten

Die aktuelle Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG, Beschluss vom 01.08.2016, Az. B 12 R 19/15 B) sorgt bei den Notärzten und den Rettungsdienstorganisationen für Verunsicherung. Ist nun jegliche Notarztstätigkeit auf Honorarbasis automatisch als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu werten?

Vorinstanz: LSG Mecklenburg-Vorpommern

Zunächst ein Blick zurück: Das Landessozialgericht (LSG) Mecklenburg-Vorpommern hatte zu entscheiden, ob ein externer Notarzt, der aufgrund einer „Honorarvereinbarung“ mit dem DRK tätig geworden ist, als selbstständig einzustufen ist. Die Einsätze erfolgten nach Absprache und Bedarf, wobei in der Honorarvereinbarung eine Vergütung für die Tätigkeit i.H.v. 450 € für einen 24-Stundendienst festgelegt wurde. Mit diesem Honorar waren laut Vertrag sämtliche Kosten wie Fahrtkosten, Spesen etc. abgegolten. Der Notarzt war über das DRK im Rahmen der Betriebshaftpflichtversicherung mitversichert.

In dem vom DRK und dem Notarzt indizierten Statusfeststellungsverfahren stufte die Deutsche Rentenversicherung (DRV) diese Tätigkeit als abhängiges, sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ein. Die dagegen erhobene Klage vor dem Sozialgericht Neubrandenburg war zunächst erfolgreich (Urteil vom 21.09.2011). Doch die von der DRV eingelegte Berufung zum LSG führte zu einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils. Das LSG Mecklenburg-Vorpommern kommt in seiner Entscheidung vom 28.04.2015 (Az. L 7 R 60/12) zu dem Ergebnis, dass der externe Notarzt abhängig beschäftigt gewesen ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer (abhängigen) Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV: *„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“*

In den Entscheidungsgründen führt das LSG aus: *„Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem die Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dieses Weisungsrecht kann eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Bei untergeordneten und einfachen Arbeiten ist eher eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vorrangig durch das eigene Unternehmensrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei*

gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen, das heißt, es kommt auf eine qualitative Bewertung der Gesamtumstände an."

- **Eingliederung**

Nach Ansicht des LSG war der externe Notarzt durch die Verrichtung seiner Dienste in die entsprechende Organisation auch eingegliedert, *„letztlich genauso wie dies bei einem bei der Klägerin tätigen „angestellten“ Arzt im Rahmen seines Bereitschaftsdienstes gewesen ist. Insofern vermochte der Senat keine entscheidungsrelevanten Unterschiede bei Ableistung des Dienstes durch den Beigeladenen zu 1. (= externer Notarzt) gegenüber im gleichen Zeitraum angestellten Ärzten der Klägerin (=DRK), die regelmäßig einen entsprechenden Bereitschaftsdienst verrichteten, zu erkennen.“*

- **Fehlendes Unternehmerrisiko**

Das Risiko des externen Notarztes, etwa bei fehlendem Bedarf in geringerem Umfang eingesetzt zu werden, stellt zwar ein Unternehmerrisiko dar, dies tragen aber alle Arbeitnehmer, die „auf Abruf“ beschäftigt werden – so das LSG.

Ein eigenes Unternehmerrisiko war für das LSG nicht erkennbar. Zwar war der Notarzt nicht verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Einsätzen zu absolvieren. Allerdings *„handelt es sich bei dem bloßen Recht, die Übernahme eines angebotenen Bereitschaftsdienstes als Notarzt abzulehnen bzw. auch bei fehlendem Bedarf in geringerem Umfang eingesetzt zu werden, nicht um ein typisches Unternehmerrisiko. Kennzeichen hierfür ist nämlich, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft, verbunden mit der Gefahr des Verlustes, eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen oder persönlichen Mittel also gerade ungewiss ist“*. Dies konnte das LSG bei dem externen Notarzt nicht erkennen.

- **Pauschale Vergütung**

Weiterer „Knackpunkt“ war die pauschale Vergütung für die Notarztdienste. Das Entgelt war aber, *„wie auch bei sonst abhängigen Beschäftigten, typisch allein vom zeitlichen Einsatz abhängig, nicht hingegen etwa auch von der Güte bzw. dem Erfolg der verrichteten Dienste“*. Der externe Notarzt hatte *„keine Möglichkeiten, durch etwa eigene Entscheidungen die Höhe seines, ihm für die jeweilige Schicht zustehenden Verdienstes, zu beeinflussen“*, was das LSG ebenfalls monierte.

- **Betriebsmittel**

Weiterhin hat der externe Notarzt keine maßgeblich eigenen Betriebsmittel eingesetzt. Dazu führt das LSG aus: *„Zwar mag es sein, dass der Kläger seinen eigenen „Arztkittel“ und gegebenenfalls auch einen Notarztkoffer selbst bei Verrichtung dieser Dienste „gestellt“ hat. Die maßgeblichen Betriebsmittel, etwa die entsprechenden Rettungsgeräte, Einsatzfahrzeuge etc., sind jedenfalls nicht von dem Kläger selbst „gestellt“ worden. Ob sich diese Geräte oder Fahrzeuge im Eigentum des Landkreises befunden haben, wie der Kläger vorgetragen hat, ist letztlich unerheblich. Sie wurden ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellt.“*

Nach alledem geht das LSG Mecklenburg-Vorpommern von einer abhängigen Beschäftigung aus und ließ die Revision zum Bundessozialgericht nicht zu.

Nichtzulassungsbeschwerde: Beschluss des BSG

Gegen die Nichtzulassung der Revision hat das DRK Beschwerde bei dem BSG erhoben, mit der Behauptung das LSG sei von der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere von folgendem Rechtssatz abgewichen:

„Die Zuordnung einer Tätigkeit nach dem Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden“.

Das BSG konnte anhand der vorgebrachten Argumente allerdings nicht hinreichend erkennen, dass das LSG von diesem Rechtssatz abgewichen sei und ließ deshalb die Revision nicht zu (Beschluss vom 01.08.2016, Az. B 12 R 19/15 B). Mit anderen Worten: Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde aus rein formalen Gründen zurückgewiesen. Inhaltlich hat sich das BSG zu dem konkreten Fall nicht geäußert; es wurde also nicht festgestellt, ob die Entscheidung des LSG Mecklenburg-Vorpommern richtig oder falsch ist.

Entscheidung des LSG: Für alle freiberuflichen Notärzte verbindlich?

Die Entscheidung des LSG Mecklenburg-Vorpommern betraf nur die konkret entschiedene Fallkonstellation und hat keinerlei unmittelbare Fernwirkung in andere Bundesländer. Wie das Bundessozialgericht in dem Beschluss auch deutlich gemacht hat, kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an.

Während das LSG Mecklenburg-Vorpommern in dem Urteil vom 28.04.2015 ebenso wie das LSG Niedersachsen-Bremen in dem Urteil vom 18.12.2013 (Az. L 2 R 64/10) selbständige Tätigkeit des Honorararztes verneinte, kam das LSG Berlin-Brandenburg in dem Urteil vom 20.03.2015 (Az. L 1 KR 105/13) zu dem gegenteiligen Ergebnis. Die Gerichtsentscheidungen sind in der BDA-Urteilssammlung abrufbar: <https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilssammlung-public.html>.

Die Rechtsprechung ist also sehr unterschiedlich, da es eben stets auf die Umstände des Einzelfalles ankommt und keine pauschale, allgemeingültige Aussage getroffen werden kann.

Prophylaxe möglich?

Um nicht später (z.B. im Rahmen der Betriebsprüfungen bei den Rettungsdienstorganisationen) in Konflikt mit der DRV zu geraten, sollte jeder Notarztvertrag eingehend überprüft werden.

Die von den Gerichten zugrunde gelegten Abgrenzungskriterien zwischen einer angestellten und selbständigen Tätigkeit haben wir in dem BDAktuell JUS-Letter vom Juni 2016 zusammengefasst (Anästh Intensivmed 2016;57:353-358 =

<https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/aktueller-jahrgang.html>). Dort sind auch die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer scheinselbstständigen Tätigkeit näher dargestellt.

Wer im Vorfeld Rechtssicherheit erhalten möchte, kann ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung initiieren. Alternativ käme auch eine (Teilzeit-) Anstellung bei dem bisherigen Auftraggeber in Betracht.

Lösung durch den Gesetzgeber in Sicht?

In Österreich gab es eine ähnliche Entwicklung der Rechtsprechung, die dann zu Engpässen in der Notarztversorgung führte. Dort wurde nun Anfang dieses Jahres der Gesetzgeber aktiv. Nach dem neuen § 49 Abs. 3 Z 26a ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) fallen Entgelte für die Tätigkeit als Notarzt/Notärztin im landesgesetzlich geregelten Rettungsdienst nicht unter den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff, sofern diese Tätigkeit weder den Hauptberuf noch die Hauptquelle der Einnahmen bildet (<http://www.oegern.at/notarzdienste-in-zukunft-als-freiberufliche-taetigkeit-gesetzesnovelle-in-begutachtung/>).

Ob der deutsche Gesetzgeber hier „nachzieht“, bleibt abzuwarten. In der Ärztezeitung wurde am 11.11.2016 berichtet, dass sich zwischenzeitlich das Bundesgesundheitsministerium der Angelegenheit angenommen hat und zusammen mit dem Bundesarbeitsministerium prüft, welche Änderungen im Sozialversicherungsrecht nötig wären, um Honorarkräfte im Rettungsdienst unter Umständen von der Sozialversicherungspflicht auszunehmen.

Auf Initiative der Länder Rheinland-Pfalz und Mecklenburg-Vorpommern hat sich der Bundesrat in seiner Sitzung vom 25.11.2016 mit einer EntschlieÙung zur Sicherung der notärztlichen Versorgung auf dem Land befasst. Die beiden Bundesländer fordern in dieser EntschlieÙung die Bundesregierung auf, einen Gesetzesentwurf – entsprechend den österreichischen Regelungen – vorzulegen, der es honorarärztlich tätigen Notärzten ermöglicht, ohne Sozialversicherung zu arbeiten. Der Bundesrat hat die EntschlieÙung in den Ausschuss für Arbeit und Soziales sowie den Gesundheitsausschuss überwiesen. Erst wenn alle Fachausschüsse ihre Beratungen beendet haben, entscheidet der Bundesrat endgültig über die EntschlieÙung. Feste Fristvorgaben gibt es dafür nicht. Insofern wird sicherlich noch viel Zeit vergehen, bis eine Lösung des Gesetzgebers vorliegt.

Ass. iur. Evelyn Weis
Juristin und Versicherungsreferentin
des Berufsverbandes Deutscher Anästhesisten (BDA)
Roritzerstraße 27, 90419 Nürnberg
Tel.: 0911/93378 -17 / - 19 / -27
Fax: 0911/3938195
Mail: lustitiare@bda-ev.de
Versicherung@bda-ev.de