

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, all slightly out of focus, creating a sense of depth and activity in a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
April 2024**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**„Ohne Arbeit kein Lohn“, oder: Was gilt im Home-Office?**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Einheit des Verhinderungsfalls**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**ArbG Heilbronn: „Digital Native“ ist ein Indiz für eine Altersdiskriminierung**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit – Urteil des BSG zu „Pool-Ärzten“**

## Neues aus der Rechtsprechung

### „Ohne Arbeit kein Lohn“, oder: Was gilt im Home-Office?

*Es gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Nur ausnahmsweise ist trotz nicht erbrachter Arbeitsleistung Lohn zu zahlen, etwa nach den Regeln des Entgeltfortzahlungsgesetzes oder des Bundesurlaubsgesetzes. In der Praxis können sich aber für den Arbeitgeber Zweifel ergeben, ob der Arbeitnehmer, der sich formal „im Dienst“ befindet, seine Arbeitsleistung wirklich erbracht hat. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn der Mitarbeiter im Außendienst oder im Home-Office tätig ist. Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern befasste sich in seinem Urteil vom 28. September 2023 (Az. 5 Sa 15/23) mit einem Fall, in dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unterstellte, im Home-Office keine Arbeitsleistung erbracht zu haben, und daher gezahltes Gehalt zurückforderte und noch ausstehendes Gehalt einbehielt. Entscheidend war, wer die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass und in welchem Umfang der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllt.*

Der Arbeitgeber betreibt eine Tagespflegeeinrichtung. Die in Vollzeit als Pflegemanagerin tätige Arbeitnehmerin hatte insbesondere die Aufgabe, das Qualitätshandbuch und andere für das Pflegemanagement erforderliche Unterlagen zu überarbeiten. Sie war berechtigt, einen erheblichen Teil ihrer Arbeitsleistung im Home-Office zu erbringen. Arbeitsbeginn und -ende sollten dabei erfasst werden.

Der Arbeitgeber warf der Arbeitnehmerin vor, Arbeitszeiten von rund 300 Stunden angegeben zu haben, ohne irgendwelche objektivierbaren Arbeitsnachweise hierfür vorgelegt zu haben. Er forderte die Rückzahlung des Lohnes für diese Home-Office-Stunden und erklärte vorsorglich die Aufrechnung gegen offene Lohnansprüche. Die Arbeitnehmerin klagte auf Zahlung und verwies insbesondere auf E-Mails, die sie aus dem Home-Office an Vorgesetzte übersandt hatte und denen teilweise Überarbeitungsfassungen des Qualitätshandbuchs beigelegt waren, die die zwischenzeitliche weitere Überarbeitung seitens der Arbeitnehmerin widerspiegelten.

Das Arbeitsgericht Stralsund (Urteil vom 23.11.2022, Az. 11 Ca 180/22) und das LAG Mecklenburg-Vorpommern gaben der Arbeitnehmerin Recht. Das LAG betont als Ausgangspunkt zwar den Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. So habe die Arbeitnehmerin zunächst darzulegen, dass sie überhaupt tätig geworden sei. Allerdings trage der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, dass und in welchem Umfang die Arbeitnehmerin ihre Arbeitspflicht

nicht erfüllt habe. Erst auf den entsprechenden Prozessvortrag des Arbeitgebers müsse die Arbeitnehmerin substantiiert erwidern.

Im vorliegenden Fall zeigten die von der Arbeitnehmerin vorgelegten E-Mails, dass die Arbeitnehmerin im Home-Office Arbeitsleistungen erbracht habe. Die Behauptung des Arbeitgebers, die Arbeitnehmerin habe überhaupt keine Arbeitsleistung im Home-Office erbracht, sei daher nicht zu halten. In diesem Kontext verweist das LAG darauf, dass nach herrschender Meinung für die Arbeitnehmerleistung ein subjektiver Maßstab gilt. Der Arbeitnehmer schulde nicht etwa ein irgendwie objektiviertes Maß an Arbeitsleistung, etwa „mittlerer Art und Güte“, sondern genüge seiner Leistungspflicht, wenn er „unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit“ arbeite. Daher sei unerheblich, ob die Arbeitnehmerin die Arbeiten in der gewünschten Zeit oder in dem gewünschten Umfang erledigt habe. Der Arbeitgeber hätte vielmehr darlegen müssen, wie viele Arbeitsstunden die Arbeitnehmerin für die von ihr dargelegten Arbeiten maximal hätte aufwenden müssen bzw. für wie viele der im System hinterlegten 300 Stunden keine Arbeitsleistung ersichtlich sei. An dieser erforderlichen Darlegung des Arbeitgebers fehle es.

Die Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern entspricht den üblichen Bewertungsmaßstäben. Das LAG entschied sich dagegen, spezielle Darlegungs- und Beweislastregeln für die Arbeit im Home-Office zu entwickeln, wie sie vereinzelt von Stimmen in der Literatur gefordert werden. Wir gehen davon aus, dass die Auffassung des LAG Mecklenburg-Vorpommern sich in der Arbeitsgerichtsbarkeit durchsetzt; die Praxis sollte sich darauf einstellen.

Dass der Arbeitnehmer keinerlei Arbeitsleistung erbracht hat, wird ein Arbeitgeber allenfalls ausnahmsweise für kurz bemessene Zeiträume darlegen können. Soweit es um den Umfang geht, hat der Arbeitgeber im Prozess nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn er darlegen kann, wie viele Arbeitsstunden die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsleistung maximal in Anspruch genommen haben kann. Idealerweise hat der Arbeitgeber in angemessener Weise und unter Berücksichtigung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers konkrete Anforderungen gegenüber dem Arbeitnehmer formuliert und der Arbeitnehmer dokumentiert, welche Arbeitsleistungen er pro Tag erbracht hat. Fehlt es an einer solchen Vorbereitung, muss

der Arbeitgeber im Prozess im Detail darlegen, wie viele Arbeitsstunden der Arbeitnehmer für die von ihm behauptete Arbeitsleistung maximal benötigt haben kann.



### Neues aus der Rechtsprechung

#### **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Einheit des Verhinderungsfalls**

*Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG erfordert, dass ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Dieser Anspruch ist auf die Dauer von sechs Wochen begrenzt. Dies gilt nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls auch dann, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls die Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.*

§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG gewährt dem Arbeitnehmer einen gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch, auch wenn der Arbeitnehmer nicht seine Arbeitsleistung erbringt. Voraussetzung für diesen gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch ist, dass der Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Der Anspruch wird grundsätzlich für eine Dauer von sechs Wochen gewährt.

Jede neue Erkrankung des Arbeitnehmers, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, begründet einen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Eine solche neue Erkrankung liegt dann vor, wenn die Krankheit eine andere Ursache hat und nicht auf denselben Grundlagen beruht.

Besonderheiten bestehen dann, wenn sich die verschiedenen zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankungen zeitlich überlappen. Erkrankt ein Arbeitnehmer während einer bestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an einer neuen Krankheit, so geht die Rechtsprechung davon aus, dass es sich hierbei um eine einheitliche Arbeitsunfähigkeit handelt. Durch die neue Erkrankung wird also kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch ausgelöst, sog. Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls.

In diesem Feld spielte auch der am 31.01.2024 entschiedene Fall des LAG Mecklenburg-Vorpommern (Az. 2 Sa 20/23):

Die klagende Arbeitnehmerin war im Zeitraum zwischen dem 06.10.2021 und 16.01.2022 (Sonntag) aufgrund einer neurologischen Erkrankung arbeitsunfähig. Am Samstag, dem 15.10.2021 übergab sie die erste Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Zeitraum vom 06.10.2021 bis 07.11.2021. Die am 17.01.2022 eingereichte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erstreckte sich auf den Zeitraum 17.01.2022 bis 31.01.2022. Die Klägerin teilte der beklagten Arbeitgeberin bereits am 15.10.2021 mit, dass sie sich in onkologische Behandlung begeben müsse. Die Klägerin reichte zudem eine ärztliche Bescheinigung vom 16.01.2022 ein, wonach die neurologische Behandlung am 16.01.2022 beendet worden sei.

Die Klägerin war der Auffassung, dass ab dem 17.01.2022 ein neuer Sechs-Wochen Zeitraum begonnen habe, für den der Entgeltfortzahlungsanspruch gegolten habe. Sie hat behauptet, dass die neurologische Erkrankung, aufgrund derer sie bis zum 16.01.2022 arbeitsunfähig war, ausgeheilt gewesen sei. Ab dem 17.01.2022 habe eine Chemotherapie begonnen, die zwingend zur Arbeitsunfähigkeit geführt habe. Während der neurologischen Untersuchung sei zunächst der Verdacht, dann die Diagnose einer Tumorerkrankung erhoben worden. Es habe jedoch nicht die Diagnose einer Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit ab dem 17.01.2022 geführt, sondern die ab diesem Zeitpunkt eingeleitete Chemotherapie.

Die Beklagte vertrat die Auffassung, dass die Erkrankung, die zur Arbeitsunfähigkeit ab dem 17.01.2022 geführt habe, bereits vor diesem Zeitpunkt bestanden habe und die erste Erkrankung nicht am

16.01.2022 ausgeheilt gewesen sei. Die Klägerin sei vielmehr durchgehend erkrankt gewesen.

Die Klage auf den Entgeltfortzahlungsanspruch wurde in erster Instanz abgewiesen. Auch in zweiter Instanz wurde die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Arbeitsunfähigkeit ab dem 17.01.2022 habe keinen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch begründet. Der Klägerin sei es nicht gelungen, zu beweisen, dass die neue Erkrankung erst zu einem Zeitpunkt die Arbeitsunfähigkeit ausgelöst hat, zu dem die vorangegangene krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war.

Die Klägerin trifft insoweit jedoch die Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte hat bestritten, dass die Arbeitsunfähigkeit infolge der ersten (neurologischen) Erkrankung beendet war, bevor die Arbeitsverhinderung wegen der zweiten (onkologischen) Erkrankung am 17.01.2022 aufgetreten ist. Meldet sich der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluss an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum erneut mit einer Erstbescheinigung arbeitsunfähig krank und bestreitet der Arbeitgeber unter Berufung auf den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls, dass die Arbeitsunfähigkeit infolge der „neuen“ Krankheit erst jetzt eingetreten sei, hat der Arbeitnehmer als anspruchsbegründende Tatsache darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die neue Arbeitsunfähigkeit erst zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, zu dem die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war.

Eine Einheit des Verhinderungsfalls liegt dann nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich arbeitet oder wenn er zwischen den beiden Krankheiten arbeitsfähig war, tatsächlich aber nicht arbeiten konnte, weil er nur wenige, außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig war.

Für die Darlegung und den Nachweis von Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit könne sich der Arbeitnehmer zunächst auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stützen. Bringe der Arbeitgeber jedoch gewichtige Indizien vor, dass sich die Erkrankungen überschneiden können, so sei der Beweiswert der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Der Arbeitnehmer müsse dann vollen Beweis dafür erbringen, dass die erste Arbeitsunfähigkeit bereits beendet war, bevor die erneute Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist.

Ein wichtiges Indiz für die Einheit des Verhinderungsfalls liege vor, wenn die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich unmittelbar aufeinander folgten oder wenn zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liege. In diesen Fällen sei es dem Arbeitgeber nahezu unmöglich, konkrete Anhaltspunkte zur Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Bescheinigungen vorzutragen. Es sei deshalb dem Arbeitnehmer zuzumuten, die Behauptung, es lägen voneinander zu trennende Verhinderungsfälle vor, durch konkreten Vortrag zu den Krankheitsursachen sowie zum Ende bzw. Beginn der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit zu konkretisieren und hierfür gegebenenfalls vollen Beweis zu erbringen.

Diese Anforderungen hat die Klägerin im hiesigen Fall nicht erfüllt. Sie habe nicht dargelegt, dass die erste (neurologische) Erkrankung ab dem 17.01.2022 ausgeheilt gewesen sei. Sie habe lediglich dafür Beweis angeboten, dass die Behandlung am 16.01.2022 abgeschlossen worden sei. Dies sei aber nicht damit gleichzustellen, dass die Erkrankung auch ausgeheilt gewesen sei.

Das Urteil des LAG Mecklenburg-Vorpommern reiht sich damit in die höchstrichterliche Rechtsprechung ein. Das Gericht fordert eine nachvollziehbare Darlegung der Tatsachen, dass eine neue, die Arbeitsunfähigkeit begründende, Erkrankung vorliegt. Dieser substantiierte Vortrag muss sich sowohl auf das Ende der ersten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als auch auf den Beginn der neuen zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung beziehen.





## Neues aus der Rechtsprechung

### ArbG Heilbronn: „Digital Native“ ist ein Indiz für eine Altersdiskriminierung

*In seinem Urteil vom 18. Januar 2024 (Az. 8 Ca 191/23) sprach das Arbeitsgericht Heilbronn dem Kläger eine Entschädigung wegen Altersdiskriminierung in Höhe von 7.500,- Euro zu. Dabei bewertete das Gericht die Verwendung des Begriffs „Digital Native“ als ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters.*

Bei dem Kläger handelte es sich um einen im Jahre 1972 geborenen Diplomwirtschaftsjuristen. Das beklagte Unternehmen ist ein international agierendes Handelsunternehmen im Bereich Sportartikel. Im April 2023 schrieb die Beklagte auf zahlreichen Internetplattformen eine Position als „Manager Corporate Communication (m/w/d) Unternehmensstrategie in Vollzeit unbefristet“ aus. Unter anderem wies die Anzeige den folgenden Text aus:

*„Als Digital Native fühlst Du Dich in der Welt der Social Media, der datengetriebenen PR, des Bewegtbildes und allen gängigen Programmen für DTP, CMS, Gestaltung und redaktionelles Arbeiten zu Hause.“*

Der Kläger bewarb sich über ein Portal auf diese Stelle und erhielt eine Absage per E-Mail. Nach einer ersten erfolglosen vorgerichtlichen Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs klagte der Kläger auf **Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 37.500,- Euro**.

Der Kläger machte dabei geltend, dass die Verwendung des Begriffs „Digital Native“ ein **Indiz für eine Altersdiskriminierung** darstelle. Die Beklagte erwiderte, dass der Kläger als Wirtschaftsjurist überqualifiziert gewesen sei. Er habe ausweislich seines Lebenslaufs zuletzt Führungspositionen bekleidet. Bei der ausgeschriebenen Position habe es sich jedoch um eine **einfache Sachbearbeiterstelle** gehandelt. Dies habe sich auch darin widerspiegelt, dass der Kläger eine Gehaltsvorstellung in Höhe von 90.000,- Euro Bruttojahresgehalt hatte. Die ausgeschriebene Stelle war mit 60.000,- Euro im Jahr dotiert gewesen. Der letztlich eingestellte Bewerber erhielt ein jährliches Bruttogehalt in Höhe von 58.000,- Euro.

Das Arbeitsgericht Heilbronn gab der Klage dem Grunde nach statt, allerdings in der Höhe nur im Umfang von 7.500,- Euro. Zunächst stellte das Gericht fest, dass die formalen Voraussetzungen für die

Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG eröffnet waren; insbesondere lag durch die Ablehnung der Bewerbung eine benachteiligende Behandlung vor. Das Gericht hat weiter ausgeführt, dass zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) ein **Kausalzusammenhang** bestehen muss. Dabei reiche eine **bloße Mitursächlichkeit** aus.

Wenn eine Partei Indizien darlegt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, sieht § 22 AGG eine **Erleichterung der Darlegungslast sowie eine Beweislastumkehr** vor. Dies führt dazu, dass die andere Partei – regelmäßig also das Unternehmen – einen sog. Vollbeweis dafür erbringen muss, dass die Ablehnung des Bewerbers ausschließlich aus anderen als die in § 1 AGG genannten Gründen erfolgte. Dies gelingt nur selten.

Das Gericht hat festgestellt, dass die Stellenausschreibung ein Indiz für eine Diskriminierung enthielt. Unter einem „Digital Native“ (zu Deutsch: digitaler Eingeborener) werde im **allgemeinen Sprachgebrauch** eine „Person, die mit digitalen Technologien aufgewachsen ist und in ihrer Benutzung geübt ist“ (Duden) oder auch eine „Person der gesellschaftlichen Generation bezeichnet, die in der digitalen Welt aufgewachsen ist“ (Wikipedia) verstanden. Insofern unterscheidet sich dieser Begriff beispielsweise von dem Begriff „Digital Immigrant“, also Personen, die sich auf andere Art und Weise in die digitalen Medien eingearbeitet haben. Das Gericht ist zum Zwischenergebnis gelangt, dass der Begriff „Digital Native“ im gängigen Sprachgebrauch eine **generationenbezogene Konnotation** aufweist. Mit der Verwendung dieses Begriffs habe die Beklagte gezeigt, dass sie jemanden suche, der diese Eigenschaft regelmäßig von Natur aus als „Eingeborener“ mitbringt. **Hierdurch seien nicht Bewerber aller Altersgruppen mit diesen Fähigkeiten angesprochen worden.**

Nach Ansicht des Arbeitsgerichts ist es der Beklagten nicht gelungen, die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters auszuräumen. Weder konnte sie vortragen, dass der Kläger eine formale Qualifikation nicht aufweist, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist. Noch hat sie den vollständigen Bewerbungsprozess in einer Art und Weise dargestellt, wonach eindeutig alle Bewerber nach objektiven Kriterien sortiert und ggf. aussortiert wurden. Eine Überqualifikation des Klägers war nach Ansicht des Gerichts jedenfalls nicht offensichtlich gegeben.

Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung hielt das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung in Höhe von 1,5 auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbaren Bruttomonatsverdiensten, also 7.500,- Euro für angemessen. Dabei ist es von dem vorgesehenen Budget von 60.000,- Euro Bruttojahresgehalt ausgegangen. Es hat zu Gunsten der Beklagten berücksichtigt, dass mit dem verwendeten Begriff „Digital Native“ nur ein **einzelner Hinweis** auf eine Altersdiskriminierung enthalten war, welcher zudem **nicht prominent**, z.B. in der Überschrift, sondern mitten im Text platziert war.

Es handelt sich zwar „nur“ um ein erstinstanzliches Urteil. Dieses ist jedoch gut begründet und wird insbesondere sog. AGG-Hopper „motivieren“. Daher sollten Unternehmen **dringend prüfen**, ob ihre Stellenausschreibungen den durchaus geläufigen Begriff „Digital Native“ enthalten.



### Neues aus der Rechtsprechung

#### **Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit – Urteil des BSG zu „Pool-Ärzten“**

*Die Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Scheinselbstständigkeit befindet sich in einem Umbruch. Rechtliche Unsicherheiten bestehen insbesondere, da der Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht nicht mit dem Beschäftigtenbegriff im Sozialversicherungsrecht gleichzusetzen ist. Weder dem Gesetzgeber noch den Gerichten ist es bisher gelungen, eindeutige Vorgaben für eine*

*Abgrenzung zu entwickeln. Das Bundessozialgericht (BSG) hat nun mit einer Entscheidung zu einem „Pool-Arzt“ im vertragszahnärztlichen Notdienst ein weiteres Mal Scheinselbstständigkeit angenommen, ohne eindeutige Maßstäbe aufzuzeigen (Urteil vom 24. Oktober 2023, Az. B 12 R 9/21 R).*

## **Der Sachverhalt**

Der klagende Zahnarzt aus Baden-Württemberg hatte 2017 seine Praxis verkauft und war seitdem auch nicht mehr zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassen. In den folgenden Jahren übernahm er überwiegend am Wochenende immer wieder Notdienste, die von der Kassenzahnärztlichen Vereinigung (KZV) über ein „Notdienstzentrum“ organisiert wurden. Dort wurde er mit Geräten und Material ausgestattet; außerdem wurden ihm zahnmedizinische Fachangestellte als Unterstützung zugewiesen. Bezüglich der Einteilung der Schichten durfte der Kläger Wünsche äußern, auf deren Grundlage ein Dienstplan erstellt wurde. Für seine Einsätze erhielt er ein festes Stundenhonorar.

Aufgrund von Unstimmigkeiten setzte die KZV den Kläger nicht mehr zu Notdiensten ein. Der Kläger wollte daraufhin zunächst vor den Arbeitsgerichten u.a. feststellen lassen, dass es sich bei der Notdiensttätigkeit um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hat. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht wiesen die Klage mit der Begründung ab, dass der Kläger einer selbstständigen Tätigkeit nachgegangen sei.

Auch vor den Sozialgerichten wurde in erster und zweiter Instanz entschieden, dass kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und damit auch keine Versicherungspflicht bestehen. Mit seiner Revision hatte der Kläger vor dem BSG nun jedoch Erfolg.

## **Die Entscheidung des BSG**

Das BSG hat entschieden, dass allein die Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst nicht automatisch zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zwingt. Vielmehr sei eine Gesamtabwägung der konkreten Umstände vorzunehmen. Somit kam der 12. Senat zu dem Ergebnis, dass der Kläger abhängig beschäftigt und versicherungspflichtig war.

Maßgebliche Vorschrift in diesem Zusammenhang ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Die Norm setzt nach ständiger Rechtsprechung des BSG eine

persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber voraus. Ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs.1 SGB IV vorliegt, hänge davon ab, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen. Dabei seien stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls entscheidend.

Der Zahnarzt sei auf die Räumlichkeiten sowie auf die zur Verfügung gestellte personelle und materielle Ausstattung angewiesen und somit in die Arbeitsorganisation des KZV eingegliedert, ohne selbst unternehmerische Einflussmöglichkeiten zu haben. Darüber hinaus spreche auch die individuelle Vereinbarung der Einsätze und die stundenweise Bezahlung gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Der Kläger verfüge auch nicht über eine Abrechnungsbefugnis, die eigentlich für das Vertragszahnarztrecht typisch ist. Nach einer Gesamtwürdigung dieser Aspekte ist der Kläger nach Ansicht des BSG „abhängig beschäftigt“ im Sinne des Sozialversicherungsrechts und unterliegt daher der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Das BSG betont in seiner Entscheidung, dass der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff von dem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff abweichen kann. Das liegt insbesondere daran, dass im Arbeitsrecht den privatautonomen Entscheidungen der Vertragsparteien große Bedeutung zukomme, während die Träger der Sozialversicherung Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind und daher aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke nicht die Vereinbarungen der Parteien berücksichtigen können. Die Entscheidungen der Arbeitsgerichte hätten daher keine Relevanz für die Sozialgerichte.

### **Die Folgen**

Das BSG erkennt selbst, dass „ein nachvollziehbares Bedürfnis der Betroffenen nach Verwaltungsvereinfachung und erhöhter Rechtssicherheit durch abstrakte, einzelfallüberschreitende Aussagen“ besteht. Allerdings weist auch diese Entscheidung einen hohen Einzelfallbezug auf und ist daher nicht geeignet, die bestehende Unsicherheit über die Scheinselbstständigkeit im Arbeits- oder Sozialversicherungsrecht zu beseitigen. Trotzdem bietet das BSG Leitlinien für die rechtliche Einschätzung des jeweiligen Einzelfalls; jedenfalls auf andere Pool-Ärzte dürfte die Entscheidung übertragbar sein.

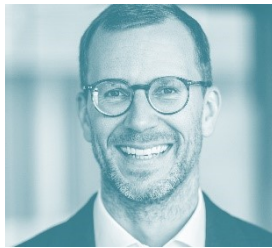
## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.  
Telefon: +49 221 65065-129  
[sebastian.kruells@loschelder.de](mailto:sebastian.kruells@loschelder.de)



Dr. Baris Güzcel  
Telefon: +49 221 65065-129  
[baris.guezel@loschelder.de](mailto:baris.guezel@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)