

# Kurz kommentiert

## Selbstständige Tätigkeit als IT-Berater

Vor dem LSG Baden-Württemberg (Urt. v. 20.4.2021 – L 9 BA 1381/18) stritten die Parteien darüber, ob ein freiberuflicher IT-Berater in Wahrheit abhängig beschäftigt war und daher dem Sozialversicherungsregime unterfiel.

Der IT-Berater hatte einen Dienstvertrag mit einem Beratungsunternehmen für die Automobilbranche abgeschlossen. Dieses Beratungsunternehmen wiederum hatte sich aufgrund eines Rahmenvertrags „CAx-Managed Service“ zur Erbringung von IT-Leistungen gegenüber der D-AG verpflichtet. Es setzte den IT-Berater als Subunternehmer ein. In einem Dienstvertrag hatten die Parteien die zu erbringenden Dienstleistungen näher beschrieben und dafür eine Vergütung nach Stunden i. H. v. 56 Euro Stundensatz vereinbart, maximal jedoch 1.680 Stunden pro Jahr. Sowohl das Beratungsunternehmen als auch der IT-Consultant beantragten im Wege eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV die Feststellung, dass keine abhängige Beschäftigung vorliegt.

Sowohl die erste als auch die zweite Instanz bestätigten, dass der Kläger selbstständig tätig war. Das Gericht prüfte gem. der ständigen Rechtsprechung, ob der IT-Consultant

1. in den Betrieb des Beratungsunternehmens oder aber der D-AG eingegliedert war und dabei
2. einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistungen umfassenden Weisungsrecht des Auftraggebers unterlag.

Ausgangspunkt der Prüfung sind die Vereinbarungen, die die Beteiligten getroffen haben. So dann muss festgestellt werden, ob diese auch in

der vereinbarten Weise praktiziert wurden. Das Gericht stellte zunächst fest, dass die vereinbarten Beratungs- und Dienstleistungen im Projekt CAx-Managed Service nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern grundsätzlich auch als freie Mitarbeit möglich sind. Dabei ist nicht entscheidend, ob der freie Berater auch für andere Auftraggeber tätig ist oder war. Im Einzelnen umfasste die Dienstleistung den Support bei der Implementierung/Weiterentwicklung standardisierter IT-Prozesse, die Durchführung definierter Use-Cases, die Aktualisierung von Dokumentationen, die Einführungsberatung und methodische Beratung der Gesamtfahrzeugkonstruktion sowie die Beantwortung von Fragen zur Systemumstellung im Rahmen einer Hotline bzw. eines Ticketing-Systems. In dieses System konnte sich der IT-Experte jederzeit einbuchten, er war in seiner Arbeitszeit frei. War er nicht erreichbar, blieben die seinen Bereich betreffenden Fragen entweder liegen oder ein anderer Mitarbeiter des Auftraggebers versuchte, die Anfrage zu beantworten. Der Umstand, dass der IT-Consultant aufgrund von Sicherheitsvorgaben der D-AG ein Laptop des Endkunden nutzte und auch die verwendete Software durch den Endkunden gestellt wurde, war nicht abträglich. Der freie Mitarbeiter hatte die Möglichkeit, eigenes qualifiziertes Personal einzusetzen. Ein unmittelbares Weisungsrecht des Auftraggebers ihm gegenüber war vertraglich ausgeschlossen und er haftete gegenüber dem Auftraggeber für die durch ihn oder seine Mitarbeiter verursachten Schäden.

Das Gericht sah in der Konstruktion auch keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, denn die Verpflichtung des Beratungsunternehmens gegenüber der D-AG erschöpfte sich nicht in der Zurverfügungstellung des Klägers als Arbeitnehmer. Die Vertragsparteien sind im Dienstvertrag

ausdrücklich von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen. Die vertraglichen Verpflichtungen wurden auch so gelebt, wie sie vereinbart waren. So war der Kläger nicht verpflichtet, an Meetings oder Besprechungen mit weiteren Mitarbeitern des Auftraggebers teilzunehmen, sondern konnte seine Arbeit frei gestalten, indem er sein Expertenwissen zum Einsatz brachte. Dass er den Ort der zu erbringenden Leistung nicht frei wählen konnte, da er aufgrund der Sicherheitsvorgaben des Endkunden diese in dessen Räumlichkeiten erbringen musste, folgt aus der Natur der Sache, insbesondere auf den seitens des Endkunden vorgegebenen Sicherheitsvorkehrungen und ist kein zwingendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Soweit er Leistungsnachweise zu erstellen hatte, ist dies bei selbstständiger Tätigkeit und bei Bezahlung nach geleisteten Stunden nicht unüblich und diente der Abrechnung.

Ein fachliches Weisungsrecht bestand bereits deswegen nicht, weil die vereinbarten Beratungs- und Dienstleistungen gerade auf den Spezialkenntnissen beruhten. Für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit des Klägers sprach aus Sicht der Richter auch der relativ hohe Stundensatz i. H. v. 56 Euro. Aufgrund geänderter gesellschaftlicher und technischer Rahmenbedingungen sei kennzeichnend für eine betriebliche Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Auftraggebers bei Tätigkeiten, die keine fachlichen Weisungen erfordern, die Steuerung des Arbeitsablaufs durch organisatorische und koordinierende Maßnahmen durch den Auftraggeber, jedenfalls dann, wenn die zu beurteilende Tätigkeit Teil eines größeren Projekts ist, das der Auftraggeber von einem Endkunden übernommen hat. In diesem Bereich ist es möglich, Teile des Auftrags an Subunternehmer zu vergeben, die ihrerseits wiederum selbstständig tätig werden. Es genügt dann, wenn der Auftraggeber seinem Subunternehmer einen Rahmen vorgibt.

Auch die Vergütung auf Stundenbasis war kein ausschlaggebendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Wenn es um eine reine Dienstleistung geht, ist anders als bei der Erstellung eines ma-

Anzeige

Kongress  
Arbeitsrecht  
Was Praktiker wissen müssen

**17. KONGRESS  
ARBEITSRECHT**

15. UND 16. FEBRUAR 2022 | BERLIN & VIRTUELL

teriellen Produkts ein erfolgsabhängiges Entgelt aufgrund der Eigenheiten der zu erbringenden Leistung nicht zu erwarten. Außerdem ist bei reinen Dienstleistungen, die im Wesentlichen nur

- Know-how,
- Arbeitszeit und
- Arbeitsaufwand

voraussetzen, unternehmerisches Tätigwerden nicht mit größeren Investitionen in Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden. Entsprechendes gilt für die Frage einer Betriebsstätte. Ihr Fehlen ist nur dann von Bedeutung, wenn sie bei Tätigkeiten der fraglichen Art zu erwarten oder notwendig ist.

## Vorwirkender Kündigungsschutz bei Elternzeitverlangen

Nach § 18 Abs. 1 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen. Der Kündigungsschutz beginnt frühestens acht Wochen vor Beginn einer Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes und frühestens 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes.

Ein Fitnesstrainer, der in einem Fitnessstudio beschäftigt war, das mangels Vorliegen der erforderlichen Anzahl der Beschäftigten nicht dem KSchG unterlag, beantragte im Januar 2019 Elternzeit für die Zeitabschnitte 26.5.2019 bis 25.6.2019 sowie 26.4.2020 bis 25.5.2020. Am 20.4.2020 kündigte der Arbeitgeber ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt.

Die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage war in zweiter Instanz erfolgreich. Denn der Kläger genoss auch für den zweiten Teilabschnitt der Elternzeit den Kündigungsschutz des § 18 BEEG. Der Studiobetreiber argumentierte, dass sich der Kündigungsschutz nur auf den ersten Abschnitt der Elternzeit bezogen habe, nicht jedoch auf weitere, zeitlich bereits festgelegte Elternzeitabschnitte.

Diese Sichtweise teilte das LAG Mecklenburg-Vorpommern (Urt. v. 13.4.2021 – 2 Sa 300/20) nicht. Die Auslegung des Gesetzes ergebe, dass der vorwirkende Kündigungsschutz in allen Fällen zu gewähren ist, in denen die Elternzeit auf ein Verlangen zurückgeht. Der Gesetzgeber habe bei den Neuregelungen der Elternzeit auf die veränderten Wünsche junger Eltern mit dem Ziel von mehr Flexibilisierung eingehen wollen. So wurde die Möglichkeit der Übertragung eines Zeitraums von bis zu 24 Monaten ohne Zustimmung des Arbeitgebers in den Zeitraum zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes geschaffen. Zugleich sollte ein effektiver Kündigungsschutz gewährleistet werden. Da die Kündigung sechs Tage

vor dem zweiten Elternzeitabschnitt ausgesprochen worden war, war sie demnach unheilbar nichtig.

Das Gericht ließ wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage die Revision zu.

## Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Der Inhaber der einzigen Allgemeinarztpraxis am Ort beschäftigte vier angestellte Mitarbeiterinnen. Er hatte für die Zeit vom Freitag, 3.4.2020 bis Ostermontag, 13.4.2020 eine Praxisschließung geplant und allen Mitarbeiterinnen Urlaub erteilt. Nachdem am 18.3.2020 eine Arzthelferin positiv auf das Coronavirus getestet worden war, ordnete das Gesundheitsamt Quarantäne für alle Beschäftigten einschließlich des Arztes bis einschließlich 2.4.2020 an. Am 27.3.2020 wandte sich der Arzt via Kurznachrichtendienst an seine Angestellten mit folgendem Vorschlag: Er habe lange überlegt, aber man könne nicht nach zwei Wochen Quarantäne die Praxis für eine weitere Woche komplett zusperren. Entweder man müsse den Urlaub um eine Woche verschieben oder mit Schichten arbeiten und mit weniger Personal. Mit diesem Vorstoß erregte der Arzt den Unmut seiner Angestellten, die an dem geplanten Urlaub festhalten wollten. Eine von ihnen twitterte: „Mit uns wird gar nichts gesprochen. Uns wird angeordnet. Das funktioniert so nicht, da auch ich eine Familie habe. [...] Ich bin immunsupprimiert und ich brauche gesundheitliche Pausen! Und das auch ohne Homeoffice. Ich kann nächste Woche nicht.“ Der Arzt hielt an der Praxisöffnung fest. Am 3.4.2020, dem ersten Tag der Öffnung, twitterte die Arzthelferin: „Guten Morgen, ich brauche heute eine Pause, ich hatte gestern Clusterkopfschmerzen und heute auch wieder. Und I... geht es auch nicht gut.“ Auch die Kolleginnen brachten zum Ausdruck, dass sie Urlaub nehmen wollten. Die Klägerin wurde vom 3.4.2020 bis 9.4.2020 arbeitsunfähig krankgeschrieben, zwei weitere Mitarbeiterinnen exakt für denselben Zeitraum ebenfalls. Als die Arzthelferin am 14.4.2020 wieder in die Praxis kam, kündigte der Arzt fristlos. Er machte geltend, die Mitarbeiterin habe sich arbeitsunfähig krankschreiben lassen, ohne krank zu sein. Er unterlag in zwei Instanzen, das LAG Nürnberg (Urt. v. 27.7.2021 – 7 Sa 359/20, rk.) gab der Kündigungsschutzklage mit folgender Begründung statt:

Das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit kann einen wichtigen Grund an sich für eine außerordentliche Kündigung darstellen, wenn der Arbeitnehmer sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt. Ein solcher Arbeitnehmer begeht regelmäßig sogar einen voll-

endeten Betrug. Im konkreten Fall war das Gericht jedoch nicht davon überzeugt, dass die Arzthelferin anlässlich ihrer Krankschreibung wusste, dass sie nicht arbeitsunfähig erkrankt war und sie die arbeitsunfähig krankschreibende Ärztin über ihren Gesundheitszustand täuschte. Einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Dieser kann erschüttert werden durch entsprechende Tatsachen, die der kündigende Arbeitgeber vortragen muss. Gelingt ihm dies, muss sich der Arbeitnehmer konkret zu seiner Erkrankung und der dadurch bedingten Arbeitsunfähigkeit einlassen. Gelingt dem Arbeitnehmer dieser konkrete Sachvortrag, ist es wiederum Sache des Arbeitgebers, diesen zu widerlegen.

Das Gericht nahm immerhin an, dass der Beweiswert der Krankschreibung erschüttert war aufgrund deren Vorgeschichte. Dass alle drei vom Urlaubswiderruf betroffene Arbeitnehmerinnen für denselben Zeitraum erkrankten und dieser Zeitraum exakt den ursprünglich geplanten Urlaub abdeckt, „lasse sich nur schwer mit Launen des Zufalls in Einklang bringen“ und erschüttert damit den Beweiswert. Allerdings hatte die Klägerin auf ihre Immunsuppression hingewiesen und zudem vorgetragen, dass sie an aplastischer Anämie leide, einer schweren Knochenmarkserkrankung. Sie hatte zudem ihre Ärztin von der Schweigepflicht entbunden, die als Zeugin beklundete, dass sie das von der Klägerin geschilderte Krankheitsbild für vollkommen plausibel gehalten habe.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München