

Genossenschaft & Soloselbständigkeit

A. Die Genossenschaft als Rechtsform

Das deutsche Genossenschaftswesen, das seinen Ursprung in den von Schulze-Delitzsch und Raiffeisen in der Mitte des 19. Jahrhunderts gegründeten landwirtschaftlichen Genossenschaften und Darlehensvereinen hat, beruht auf der Leitidee, sich zum Zweck der **Mitgliederförderung durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb** nach den Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverwaltung, Selbstverantwortung und gegenseitiger Solidarität zusammenzuschließen.

Die Rechtsform der Genossenschaft ist durch das GenG kodifiziert und gehört rechtlich zu den Vereinen. Neben der zwingenden Verpflichtung, den Erwerb oder die Wirtschaft der Mitglieder zu fördern, ist es der Genossenschaft gestattet, auch deren sozialen oder kulturellen Belange durch **gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb** Rechnung zu tragen. Zu den Begriffsmerkmalen einer Genossenschaft gehören demnach die Vermehrung ihrer Einnahmen oder Verminderung ihrer Ausgaben als Hauptzweck. Das heißt auch, dass die Mitglieder einen wirtschaftlichen Vorteil (Erhöhung ihrer Einnahmen oder Verminderung ihrer Ausgaben) durch Inanspruchnahme der Einrichtungen der Genossenschaft und nicht nur durch Verteilung einer Kapitaldividende erlangen müssen (genossenschaftliches Förderprinzip im Gegensatz zum erwerbswirtschaftlichen Prinzip der Gewinnmaximierung). Mit dem Förderzweck korreliert ein genossenschaftliches Mitgliedsrecht, die Leistungen oder Einrichtungen der eG in Anspruch zu nehmen. Bei dem genossenschaftlichen Förderzweck handelt es sich um das „charakteristische Merkmal der Rechtsform“ (BT-Drs. 16/1025, 81) einer Genossenschaft. Der Fördererfolg muss nicht allen Mitgliedern zuteilwerden, sofern die Förderung allen Mitgliedern angeboten wurde (Lang/Weidmüller/Schulte Rn. 29). Ob eine eG ihrem Förderzweck gerecht geworden ist, schlägt sich nicht in der Bilanz der eG nieder, sondern nur in den (nicht notwendig betriebswirtschaftlichen) **Ergebnissen der Mitglieder**.

Die Genossenschaft wird zur Erfüllung ihrer Förderleistungsfähigkeit praktisch immer unternehmerisch an Märkten tätig und führt daher einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Ein Gewerbe muss nicht betrieben werden. Dass der Geschäftsbetrieb gemeinschaftlich sein muss, bedeutet nicht, dass die Genossenschaft keinen eigenen Geschäftsbetrieb hat und ihre Geschäfte nur gemeinsam mit ihren Mitgliedern führen darf. Die Förderleistungen

erbringt allein die Genossenschaft selbst. Der Begriff „gemeinschaftlich“ steht entstehungsgeschichtlich für „genossenschaftlich“ und weist auf den Genossenschaftsgrundsatz der Selbsthilfe hin.

Die Verhältnisse der Genossenschaft und ihrer Mitglieder richten sich nach der Satzung, die nur in ausdrücklich vorgesehenen Fällen vom Gesetz abweichende Regelungen treffen darf.

Der Unternehmensgegenstand einer Genossenschaft umfasst den Gegenstand ihres Geschäftsbetriebes, durch den sie den **Erwerb, die Wirtschaft oder soziale oder kulturelle Belange ihrer Mitglieder fördert**. Er wird vom Gegenstand der Förderleistungen an die Mitglieder unterschieden und muss mit dem genossenschaftlichen Förderzweck in Einklang stehen (BGH 8.10.1969, BGHZ 53, 1 (2); vgl. zum Ganzen *Schulte* in Lang/Weidmüller GenG, § 1 Rn. 2 ff.).

Die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des GenG haben u.a. Genossenschaften für verschiedene freie Berufe wie für Architekten, Genossenschaften des Gesundheitssektors, Energiegenossenschaften, oder EDV-Genossenschaften hervorgebracht.

B. Grundsätze zur Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbständigen Tätigkeit

Die Frage der Scheinselbständigkeit, d.h. ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen. Denn es handelt sich um einen offenen Typusbegriff, der nur durch eine größere und unbestimmte Zahl von Merkmalen beschrieben werden kann. Die Sozialgerichtsbarkeit ist sich mit den verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten ebenso wie mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit darin einig, dass die Begriffsbestimmung des Beschäftigten über die Anknüpfung an den Typus des Beschäftigten und die typusbildenden Elemente zu erfolgen hat. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Absatz 1 S. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach **Weisungen** und eine **Eingliederung** in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Absatz 1 Satz 2 SGB IV). Das Bundessozialgericht hat in ständiger Rechtsprechung (vgl. Urteile vom 04. Juni 1998 B 12 KR 6/97 R, vom 12. Februar 2004, B 12 KR 26/02 R, juris) die Merkmale einer Beschäftigung und diejenigen einer selbstständigen Tätigkeit sowie die Grundsätze, nach denen die

festgestellten Tatsachen gegeneinander abzuwägen sind, weiter entwickelt. Nach der Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (vgl. stellvertretend BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 B 12 KR 30/04 R, juris). Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Allerdings kann dieses Weisungsrecht - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur funktionsgerechten dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene **Unternehmerrisiko**, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestellte Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das **Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, wobei alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind** (stellvertretend BSG, Urteil vom 22. Juni 2005 B 12 KR 28/02, juris).

Das Gesamtbild bestimmt sich dabei nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem **Vertragsverhältnis** der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen **tatsächlich vollzogen** worden ist. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist.

Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende **Rechtsmacht** (BSG 08.08.1990, 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; BSG 08.12.1994, 11 RAr 49/94, SozR 3-4100 § 168 Nr. 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG 01.12.1977, 12/3/12 RK 39,74, BSGE 45, 199, 200 ff; BSG 04.06.1998, B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 13; BSG 10.08.2000, B 12 KR 21/98 R,

BSGE 87, 53, 56 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 15; jeweils m. w. N.). **Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist** (vgl. hierzu insgesamt BSG 29.08.2012, B 12 KR 25/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17 und B 12 KR 14/10 R, juris).

Insbesondere bei den freien Berufen haben sich angesichts moderner Arbeitsformen in jüngster Zeit massive Abgrenzungsschwierigkeiten herauskristallisiert, die zu einer einzelfallbezogenen, divergenten Rechtsprechung geführt haben. Vor allem – aber nicht nur – im Gesundheitswesen besteht eine große Rechtsunsicherheit. So spielt in den deutschen Kliniken die Tätigkeit von Honorarärzten aufgrund des erheblichen Fachärztemangels heute eine große Rolle. Vielfach werden Honorarärzte zur Abdeckung des ärztlichen Versorgungsauftrags hinzugezogen, da anders teilweise eine medizinische Versorgung nicht mehr gewährleistet werden kann. Aber auch die großen Flexibilisierungsmöglichkeiten sind ein Grund dafür, warum sie nicht angestellt, sondern lieber selbständig tätig sein wollen. Insofern stellt sich derzeit v.a. im medizinischen Bereich verstärkt die Frage der Scheinselbständigkeit. Die Rechtsprechung zum Status von Honorarärzten generell ist uneinheitlich: Teilweise wird Honorarärzten die Selbständigkeit bestätigt, teilweise wird eine abhängige Beschäftigung angenommen mit der Folge, dass der formal als selbständig eingesetzte Honorararzt sich im Nachhinein als scheinselbständig herausstellt. Bei der Entscheidung orientieren sich die Gerichte regelmäßig an den althergebrachten Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit, urteilen aber letztlich einzelfallbezogen (vgl. zuletzt für Notärzte LSG Mecklenburg-Vorpommern 28.04.2015, L 7 R 60/12 einerseits; LSG Baden-Württemberg 19.04.2016, L 11 R 2428/15 andererseits). Insoweit wäre es begrüßenswert, wenn eine höchstrichterliche Entscheidung oder eine gesetzliche Regelung Klärung in die eine oder andere Richtung herbeiführen würde.

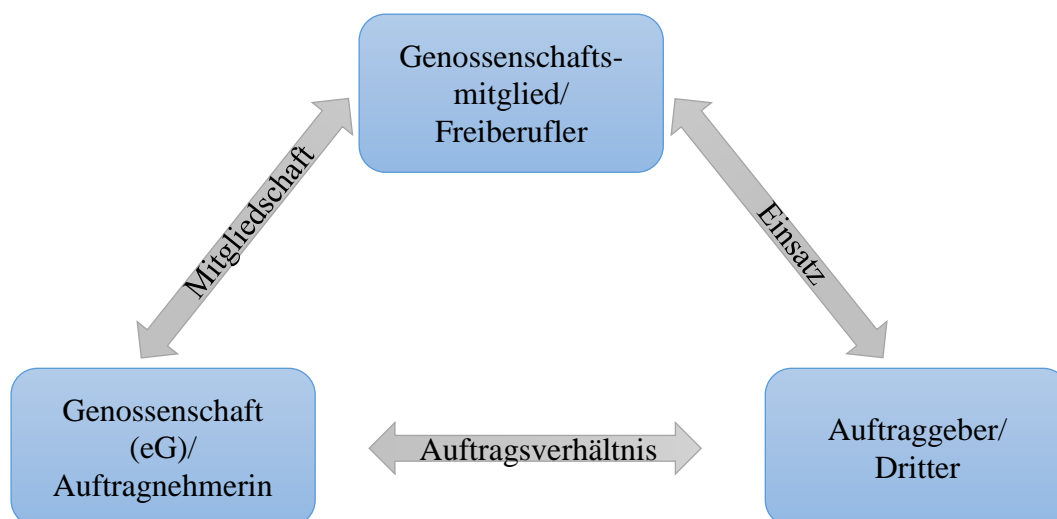
C. Organisation von Freiberuflern in Genossenschaften – ein Modell

Trotz fehlender Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status ist es angesichts der dargestellten Beurteilungsmaßstäbe den Mitgliedern freier Berufe gleichwohl jederzeit möglich, sich gesellschaftsrechtlich zu organisieren und in diesem Rahmen ihre Dienstleistungen anzubieten, also – entsprechend dem Sinn und Zweck einer Genossenschaft entsprechend – sich zur Förderung ihrer wirtschaftlichen Belange zusammenzuschließen und sich hierfür der von ihnen zu diesem Zweck geschaffenen

Organisationsform zu bedienen. Mit ihren erleichterten Gründungsvoraussetzungen seit der GenG-Novelle 2006 wurde die eG als eine Rechtsform erkannt, um neue Märkte zu erschließen. Neben dem Energiesektor, auf dem sich z.B. regionale Energieversorger als eG organisieren (vgl. George/Bonow, ZfgG 2009, ZFGG Jahr 2009 Seite 119 ff.; Menke, ZfgG 2009, ZFGG Jahr 2009 Seite 175 ff.), ist auch hier vor allem – aber nicht nur – an den Gesundheitsmarkt zu denken, in dem sich Leistungserbringer in Ärzte-, Labor- oder Einkaufsgenossenschaften zusammengeschlossen haben. Zudem können seit dem 01.01.2004 sogenannte medizinische Versorgungszentren (MVZ) gemäß § 95 Absatz I 1 SGB V in der Rechtsform der eG betrieben werden. Diese Möglichkeit ist bereits deshalb naheliegend, da die eG mit ihren Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Solidarität (vgl. unter A.) zumeist dem Leitbild ärztlicher Tätigkeit entspricht.

Das Modell und Wesen einer Genossenschaft von Freiberuflern

Das Modell einer Genossenschaft für die Berufsausübung von Freiberuflern kann wie folgt ausgestaltet sein, wobei als Voraussetzung vorangestellt wird, dass dieses Modell – wie oben beschrieben – von den Beteiligten tatsächlich praktiziert und gelebt werden muss:



Die eG der Freiberufler wird als Anbieterin der Erbringung der gemäß in der Satzung der eG als Unternehmensgegenstand bezeichneten Dienstleistung am Markt tätig. Zwischen einem Auftraggeber und der eG wird ein Dienstleistungsrahmenvertrag über die von der Genossenschaft als Auftragnehmerin zu erbringenden Dienstleistungen durch Mitglieder der eG abgeschlossen, der die näheren Konditionen und Bedingungen festlegt.

Die eG ist in diesem Modell ein Unternehmen von Freiberuflern in Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft, ähnlich einer Berufsausübungsgemeinschaft. Wie dort nehmen alle Mitglieder regelmäßig an dem unternehmerischen Risiko, den unternehmerischen Entscheidungen und an dem gemeinschaftlich erwirtschafteten Gewinn teil, wobei bei einer eG, wie dargestellt, weniger die Gewinnerzielungsabsicht, sondern vielmehr der gemeinsame Förderzweck der Mitglieder im Vordergrund steht. Die Satzung der eG wird durch den gesetzlich zuständigen genossenschaftlichen Prüfverband genehmigt und die Genossenschaft im Genossenschaftsregister eingetragen.

Die Genossenschaft im Sinne des GenG ist eine juristische Person, die mit der Unterzeichnung der Satzung durch mindestens drei Gründungsmitglieder entsteht, aber erst durch Eintragung in das Genossenschaftsregister Rechtsfähigkeit erlangt. Sie ist Formkaufmann und damit Kaufmann im Sinne des HGB (§§ 17 Abs. 2 GenG, 6 Abs. 1 HGB). Sie steht damit anderen Gesellschaftsformen (GmbH, OHG, etc.) gleich und ist berechtigt, im Sinne ihres Förderzweckes Verträge zu schließen. Allen Freiberuflern steht es in grundgesetzlich garantierter Koalitionsfreiheit zu, auch Genossenschaften als Berufsausübungsgemeinschaften zu gründen und zu betreiben.

Die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft (eG) ermöglicht den Freiberuflern als deren Mitglieder, verschiedene zentrale Dienste wie z. B. Buchhaltung, Abrechnung, Qualitätsmanagement, Werbung etc. durch eine gemeinsame Infrastruktur zentral zu bündeln und abzuwickeln. Entsprechend dem GenG und der Satzung der eG haben alle Freiberufler, welche Mitglied der eG werden wollen, ggf. ein Eintrittsgeld an die Genossenschaft und mind. einen Geschäftsanteil gemäß der Satzung zu zahlen. Damit erwirbt jedes Mitglied ein Geschäftsguthaben und ist damit unter Einsatz eigenen Kapitals wirtschaftlich an der Genossenschaft beteiligt. Mit Zahlung des Geschäftsanteils und ggf. des Eintrittsgeldes wird jedes Mitglied sofort und ohne Einschränkung gleichberechtigtes und vollwertiges Mitglied der eG. Durch ihre Mitgliedschaft sind die in der eG organisierten Freiberufler an Gewinn und Verlust, an dem Goodwill und an dem Substanzvermögen der eG beteiligt, wie dies auch für das Tragen des wirtschaftlichen Risikos bei klassischen Berufsausübungsgemeinschaften der Fall ist.

Die Einnahmen der Genossenschaft werden an alle Mitglieder entsprechend ihrer zur Auftragsdurchführung erbrachten Leistung ausgeschüttet, soweit Überschüsse erwirtschaftet werden, stehen diese den Genossenschaftsmitgliedern nach Erstellung einer Jahresbilanz zu. Die gemäß Dienstleistungsrahmenvertrag mit dem Auftraggeber vereinbarten Dienstleistungen werden durch die Genossenschaft als Auftragnehmerin und juristische Person erbracht und zentral durch die eG z.B. nach Zeitaufwand abgerechnet. Nach Ausgleich der Abrechnung durch die Auftraggeberin kehrt die Genossenschaft diesen Betrag an das jeweils tätig gewordene Genossenschaftsmitglied entsprechend dem tatsächlich erbrachten Leistungsumfang aus, ggf. nach Abzug von Verwaltungskosten, da jedes Mitglied von der Bündelung der zentralen Dienste bei der Genossenschaft profitiert, indem dort, wie bereits erwähnt, z.B. die Buchhaltung, Abrechnung etc. durchgeführt werden, das einzelne Mitglied damit entlastet und der genossenschaftliche Förderzweck für die Mitglieder erreicht wird. Dies entspricht dem satzungsmäßigen Zweck einer Genossenschaft, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder, also der Freiberufler, sowie deren sozialen Belange im Rahmen der Erbringungen der Dienstleistungen, wie es Unternehmensgegenstand einer Genossenschaft ist, zu fördern. Dies folgt dem geschilderten genossenschaftlichen Grundsatz der Selbsthilfe, wonach sich die Mitglieder in freiem unternehmerischem Entschluss zusammenschließen, um sich unter Aufbringung der notwendigen Mittel gegenseitig zu fördern.

1) Vertragsbeziehungen

Die konkrete Beauftragung von Mitgliedern der Auftragnehmerin durch den Auftraggeber gestaltet sich nach einem Dienstleistungsrahmenvertrag. Der Auftraggeber teilt der Genossenschaft als Auftragnehmerin z.B. seinen Bedarf an Dienstleistungen zur Abdeckung von Arbeitsspitzen oder Personallücken, ggf. unter der Nennung von Spezifikationen, mit. In der Folge teilt die Genossenschaft als Auftragnehmerin ihren zur Auftragsdurchführung geeigneten Mitgliedern die Anfrage des Auftraggebers mit, damit deren Mitglieder in eigener unternehmerischer Freiheit entscheiden können, ob sie den Auftrag durchführen wollen. Soweit kein Mitglied der Auftragnehmerin zur Leistung bereit ist, kommt ein konkretes Auftragsverhältnis nicht zustande, die Auftragnehmerin ist dann vertraglich nicht zur Leistung verpflichtet. Es besteht für das Mitglied keinerlei Verpflichtung, eine bestimmte Anzahl von Aufträgen zu übernehmen, weder gegenüber dem Auftraggeber, noch gegenüber der eG. Die eG kann gegenüber den Mitgliedern keinerlei Direktionsrecht im Sinne des Arbeitsrechtes ausüben und ist deshalb andererseits nicht zu Leistungen im Verhinderungs-

oder Krankheitsfall verpflichtet. Zwischen der eG und ihren Mitgliedern besteht kein Vertragsverhältnis, vielmehr ausschließlich das gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaftsverhältnis, dessen Ausgestaltung im Wesentlichen durch das GenG vorgegeben ist. Es ist nach diesem Modell auch möglich, dass ein Auftraggeber das Genossenschaftsmitglied, welches sich zur Leistungserbringung bereit erklärt hat, ablehnen kann. In diesem Fall kann die eG oder das Mitglied berechtigt sein, dem Auftraggeber andere Mitglieder – dessen Annahme vorausgesetzt – zwecks Auftragsdurchführung vorzuschlagen.

Zwischen den Mitgliedern der Auftragnehmerin, also den Freiberuflern, und dem Auftraggeber besteht kein individuelles Vertragsverhältnis. Ein Vertragsverhältnis besteht ausschließlich zwischen der eG und der Auftraggeberin. Grundlage der Kooperation ist ausschließlich ein Dienstleistungsrahmenvertrag.

Die konkrete Ausführung der Dienstleistung als Auftragsdurchführung zwischen der eG und dem Auftraggeber ist im Falle eines solchen Kooperationsmodells also durch folgende vertraglichen Kennzeichen geprägt:

- die eG erbringt als juristische Person die Dienstleistung mit Hilfe ihrer Mitglieder, welche nicht Angestellte der eG sind
- alle Mitglieder sind unabhängig und selbständig; es bestehen lediglich die genossenschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten
- es gibt keine Pflicht der Mitglieder, die Aufträge durchzuführen
- ein Vertrag wird ausschließlich zwischen Auftraggeber und eG abgeschlossen

2) Das Genossenschaftsmitglied als Arbeitnehmer der eG?

Haben sich Freiberufler gemeinsam mit anderen zur Gründung einer Genossenschaft zwecks gemeinsamer Berufsausübung entschlossen, ist diese für die die Zwecke der Erbringung der Dienstleistungen durch ihre Mitglieder gegründet. Nach dem genossenschaftlichen Prinzip muss jedes Mitglied durch die Zeichnung von Geschäftsanteilen und die Zahlung von Eintrittsgeldern diese Genossenschaft mitfinanzieren.

Beschäftigt die eG nach arbeitsrechtlichen (und auch sozialversicherungsrechtlichen) Maßstäben abhängig Beschäftigte (z.B. für die Buchhaltung etc.), gelten diese Mitarbeiter der Genossenschaft nach § 2 Satz 2 Nr. 3 SGB VI auch als Arbeitnehmer der Gesellschafter, also der Mitglieder der Genossenschaft. Denn alle Mitglieder der Genossenschaft finanzieren mit ihren Einnahmen die gemeinsame Infrastruktur (die Geschäftsstelle und das Personal) der eG.

Selbstverständlich können aber auch Genossenschaftsmitglieder abhängig Beschäftigte der Genossenschaft sein. Dies ist häufig bei Produktivgenossenschaften der Fall, der sozialversicherungsrechtliche Status ist dabei aber ebenfalls nach den oben dargestellten Grundsätzen festzustellen. Überwiegen die Kriterien für eine abhängige Beschäftigung, besteht auch grundsätzlich eine Sozialversicherungspflicht. Ist das Verhältnis aber rein korporationsrechtlich ausgestaltet im Sinne einer Mitgliedschaft bei einer eG, bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen Mitglied und eG nur auf Basis von § 18 GenG. Dies bedeutet, dass die Satzung zunächst das Rechtsverhältnis regelt. Statuiert auch diese kein Austauschverhältnis bzw. keine Arbeitspflicht, in welcher Form auch immer, bestehen auch keine anderen vertraglichen Absprachen, und ist der eG keine Rechtsmacht eingeräumt, die Art und Weise der Dienstleistungserbringung durch die Mitglieder zu bestimmen, können - soweit die Rechtsbeziehung auch so praktiziert wird – die Mitglieder keine abhängig Beschäftigten der eG sein.

In Konsequenz davon scheidet in dieser Konstellation auch eine Arbeitnehmerüberlassung der eG an den Auftraggeber aus, weil eben Genossenschaftsmitglieder und keine Arbeitnehmer eine Dienstleistung erbringen. Mitglieder einer eG gelten grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AÜG (Agentur für Arbeit, GA AÜG § 1 Ziffer 1.1.2 Abs. 7).

3) Mehrere Auftraggeber

Nach dem Verständnis dieses Modells einer Genossenschaft von und für Freiberufler können diese auch, aber eben nicht nur für „ihre“ eG tätig sein. Die eG wird als Dienstleistungserbringer für verschiedene Auftraggeber je nach Auftrag tätig, aber auch deren Mitglieder sind durch das gesellschaftsrechtliche Verhältnis in keiner Weise in ihrer Berufsfreiheit beschränkt. Es ist jedem Genossenschaftsmitglied unbenommen, neben seinem Engagement in „seiner“ Genossenschaft in jedweder Form seine Kenntnisse und Fähigkeiten zu verwerten, sei es in einem Arbeitsverhältnis, also einer abhängigen

Beschäftigung (z.B. als angestellter Arzt in einer Klinik), als Einzelunternehmer (z.B. als Arzt mit eigener Praxis), sei es als freier Mitarbeiter etc.. Die Anzahl der weiteren Verwertungsmöglichkeiten der Schaffenskraft des Mitgliedes ist durch seine Beteiligung an der eG nicht begrenzt, soweit keinerlei Bindung eines Mitglieds besteht, nur für die eG exklusiv tätig zu sein.

4) Weisungsrecht

Die eG und deren die beauftragte Dienstleistung erbringenden Mitglieder dürfen in dem dargestellten Modell in keiner Weise von dem Auftraggeber oder dessen Erfüllungsgehilfen kontrolliert werden, ein Weisungsrecht muss – um eine abhängige Beschäftigung zu verneinen – ausgeschlossen sein.

Dies basiert auf der Annahme, dass der Freiberufler in der Art und Weise der Auftragsausführung lediglich seinem Gewissen und den ggf. bestehenden berufsrechtlichen Anforderungen verpflichtet ist. Vorgaben können ggf. bestehen hinsichtlich der Nutzung von z.B. medizinischen Geräten, sofern und soweit sie von einem Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Im Gesundheitswesen werden naturgemäß oft die in der Klinik vorhandenen medizinischen Gerätschaften genutzt, schon aus hygieschutzrechtlichen Gründen. Soweit die Tätigkeit des Freiberuflers primär nicht auf sächliche Betriebsmittel, welche der Auftraggeber zur Verfügung stellt, sondern auf besondere Fachkenntnisse zur Aufgabenbewältigung angewiesen ist, kann eine Nutzung von Sachmitteln kein Kriterium für eine Weisungsabhängigkeit sein.

Besteht seitens des Auftraggebers keine Weisungskompetenz, entspringt die Pflicht zur gewissenhaften Durchführung des Engagements nicht dem Weisungsrecht des Auftraggebers oder eines Dritten. Sie resultiert aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben, die rein organisatorischer Art sind und den Kernbereich der Handlungsfreiheit des Tätigen nicht tangieren. Unter Umständen hat das ausführende Mitglied außerdem auch die entsprechenden berufsstandesrechtlichen Vorschriften einzuhalten.

Nach dem Verständnis des dargestellten Genossenschaftsmodells sind die Mitglieder der eG, welche in deren Namen tätig werden, nicht an Arbeitszeiten und Anwesenheitszeiten des Auftraggebers gebunden. Durch den Auftraggeber werden keine Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit gemacht. Die Anwesenheitszeit und Dauer der Auftragsdurchführung richtet

sich nach den konkreten Notwendigkeiten des Auftrags. Die Zeit der Auftragsdurchführung wird unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Auftraggebers bestimmt. Etwaige Pausen werden durch das Mitglied der Auftragnehmerin selbst bestimmt. Dementsprechend werden auch nur die tatsächlich aufgewendeten Leistungszeiten berechnet und gemäß vertraglicher Grundlage zwischen Auftragnehmerin und Auftraggeberin honoriert.

5) Eingliederung

Im Rahmen des mitgliedschaftlichen Engagements des jeweiligen Freiberuflers für die eG darf keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers erfolgen, wenn und soweit weiterhin eine Selbständigkeit des Freiberuflers weiterhin gewährleistet sein soll. Dabei müssen allerdings Absprachen in naturgemäß arbeitsteiligen Prozessen angemessen berücksichtigt werden, wenn ansonsten z.B. die Erfolgsaussichten des Arbeitsergebnisses gefährdet würden. In diesen Fällen ist eine etwaige Eingliederung nicht Ausdruck einer Unselbständigkeit, sondern Teil der gerade arbeitsteilig im Team zu erbringenden geschuldeten Leistung.

Als Kriterium für eine abhängige Beschäftigung werden häufig, soweit vorhanden, Dienstpläne herangezogen. Im Dienstplan des Auftraggebers steht im dargestellten Modell i. d. R. nicht der Name des Genossenschaftsmitgliedes, sondern der Firmenname der eG als Auftragnehmerin. Abweichungen können und müssen möglich sein, soweit dies zum Einen aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen, d.h. Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates des Auftraggebers zwingend erforderlich ist, ebenso wie z.B. für die konkrete Durchführung von ärztlichen Dienstleistungen bei Notfällen.

6) Außenwirkung

Die Auftragnehmerin als eingetragene Genossenschaft übernimmt für ihre Mitglieder die Öffentlichkeitsarbeit und Bewerbung der satzungsmäßigen Dienstleistungen. Die Mitglieder werden bei der Erbringung der Dienstleistung in und unter dem Namen der eG tätig und tragen Namensschilder der eG.

7) Unternehmerisches Risiko

Eine selbständige Tätigkeit ist nach den Leitlinien der Rechtsprechung stets auch durch das Vorhandensein eines unternehmerischen Risikos gekennzeichnet. Hat der Freiberufler als Selbständiger – ggf. auch nur in eher geringem Maße - ein für Selbständigkeit sprechendes

Unternehmerrisiko zu tragen, spricht dies gegen eine abhängige Beschäftigung. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (siehe dazu BSG 28.09.2011, B 12 R 17/09 R, juris; BSG 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400, § 7 Nr. 15). Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüber stehen.

Häufig setzen Genossenschaftsmitglieder als Freiberufler im Wesentlichen ihre Arbeitskraft und weniger Kapital ein. Aus dem allgemeinen Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, folgt allerdings noch kein Unternehmerrisiko wegen der einzelnen Einsätze (BSG 28.09.2011, B 12 R 17/09 R, juris); dies gilt auch im Hinblick darauf, dass Anschlussangebote ungewiss sind. Erhält das Genossenschaftsmitglied nur eine Vergütung für tatsächlich geleistete Dienste und hängt damit der Gesamtverdienst vom zeitlichen Umfang seines Einsatzes ab, sprechen auch pauschale Vergütungen nicht gegen eine Selbstständigkeit. Eine feste Vergütung z.B. nach Stunden bietet sich sogar für diverse Dienstleistungen an und ist weder ein Argument für noch gegen die Selbstständigkeit; ein Risiko, Arbeitsleistungen zu erbringen ohne eine Vergütung dafür zu erhalten, spricht jedenfalls für eine selbstständige Tätigkeit (LSG Berlin-Brandenburg, 20.03.2015, L 1 KR 105/13, NZS 2015, 630). Im Krankheits- oder Urlaubsfall würde keine Vergütung durch den Auftraggeber oder der eG an ihr Mitglied gewährt werden. Vielmehr wird in diesen Fällen durch den Freiberufler selbst oder ggf. durch die eG – denn auch dafür wurde sie von den Mitgliedern gegründet - versucht, ein anderes Mitglied zur Erbringung der vereinbarten Dienstleistungen zu akquirieren; sollte dies scheitern, entfällt die Leistungspflicht der eG als Auftragnehmerin vollständig. Entsprechend schuldet der Auftraggeber nicht das vertragliche Honorar, und die eG kann im Verhältnis zum Mitglied nichts auskehren. Auf diese Weise trägt der Freiberufler im Rahmen seiner mitgliedschaftlichen Dienstleistungserbringung auch das Risiko des Zahlungsausfalls bei Leistungsunfähigkeit des Auftraggebers, aber auch das Risiko der Zahlungsverweigerung bei Schlechtleistung. Des Weiteren kann ein Freiberufler auch während der Durchführung des Auftrages wegen Schlechtleistung von der weiteren Erbringung der Arbeitsleistung abberufen werden. Hiermit findet auch ganz klar eine Abgrenzung zum Arbeitnehmer statt.

Wenn und soweit also der Freiberufler als Genossenschaftsmitglied angesichts fehlender Kontrollen durch die eG und durch den Auftraggeber, vor allem aber auch durch die völlig freie Übernahme von Dienstleistungen größere Freiräume und damit einen größeren Entscheidungs- und Handlungsspielraum im Rahmen seiner freiberuflichen Tätigkeit hat, spricht dies für eine selbständige Tätigkeit. Er kann den Einsatz seiner Arbeitskraft selbst steuern; er allein entscheidet in dem dargestellten Genossenschaftsmodell, wann, wo und wie häufig er tätig wird.

Auch die Genossenschaft als juristische Person trägt ein eigenes Unternehmerrisiko, da der unternehmerische Erfolg von den Aufträgen ihrer Auftraggeber abhängig ist. Aufgrund der mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehung und des Kapitaleinsatzes der Mitglieder bei der Genossenschaft trägt damit außer dem oben geschilderten unternehmerischen Risiko auch jedes einzelne Mitglied ein individuelles unternehmerisches Risiko. Jedes Mitglied hat finanzielle Mittel für die Gründung und Tätigkeit der Genossenschaft eingesetzt, in dem Geschäftsanteile und ggf. Eintrittsgelder gezahlt wurden.

Es entspricht den genossenschaftlichen Grundsätzen und dem Typus von Freiberuflergenossenschaften, dass alle Mitglieder das unternehmerische Risiko der Geschäftstätigkeit der Genossenschaft tragen. Über die Verwendung des Jahresüberschusses oder die Deckung des Jahresfehlbetrages entscheiden alle Mitglieder im Rahmen der Generalversammlung gemeinsam (§§ 43, 48 Abs. 1 GenG).

Im Übrigen sind viele Freiberufler gehalten, eine eigene Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten, das Haftungsrisiko ist des Weiteren weitestgehend vertraglich gestaltbar.

D. Abschließende Anmerkungen und Erläuterungen:

Das vorgestellte Modell einer Genossenschaft ist eine Organisationsform für selbständige Freiberufler, die sich als Mitglieder dieser eG zum Zwecke der gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Die Freiberufler als Mitglieder der Genossenschaft sind gleichberechtigt und bestimmen selbst über „Wohl und Wehe“ ihres Unternehmens, der eG. Die Umsätze der Genossenschaft kommen unmittelbar auch den einzelnen Mitgliedern und dem gemeinsamen Förderzweck zugute. Nach dem genossenschaftlichen Selbstverwaltungsgrundsatz sind die Freiberufler als Mitglieder aufgerufen, sich über ihre Teilnahme an der Generalversammlung, ihre Bereitschaft zur Übernahme von Verwaltungssämtern und andere Formen an der Verwaltung der eG zu beteiligen und damit

ihr Schicksal selber mit zu gestalten. Ausdruck des Selbstverwaltungsgrundsatzes ist das Prinzip der Selbstorganschaft.

Ein Teil der Umsätze jedes Mitglieds fließt in die Finanzierung des laufenden Geschäftsbetriebes der Genossenschaft und in den Aufbau sonstiger Gemeinschaftsleistungen. Über die Verwendung der Finanzmittel entscheiden mindestens einmal jährlich die Generalversammlung und damit die Mitglieder selbst.

Dieses Demokratieprinzip ist gerade für die Rechtsform der eG strukturprägendes Prinzip. Ausdruck findet dies in der genossenschaftlichen Gewaltenteilung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Mitgliederversammlung. Auch das genossenschaftliche Gleichheitsgebot folgt urdemokratischen Grundprinzipien.

Das Verhältnis zwischen Mitglied und eG wird durch ein besonderes Treueverhältnis geprägt. Dies spiegelt sich nicht nur im Gleichheitsgebot, sondern auch darin, dass der Ausschluss des Mitglieds nur bei Vorliegen besonderer gesetzlich oder statutarisch vorgegebener Gründe möglich und eine Kündigung der Mitgliedschaft durch die eG ausgeschlossen ist.

Neben ihrem mitgliedschaftlichen Engagement für die Genossenschaft als Anbieter der satzungsmäßigen Dienstleistung sind die Mitglieder der Genossenschaft weiterhin in ihrer Berufsausübung vollkommen frei.

Der Umfang und die Zeiteinteilung bei der Auftragsdurchführung stehen im freien Ermessen des ausführenden Mitglieds. Selbstverständlich sind dabei die konkrete Anfrage sowie die Belange der Auftraggeberin und die konkreten Erforderlichkeiten angemessen zu berücksichtigen.

Freiberufler kommen ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Krankenversicherungspflicht nach, häufig besitzen sie auch eine Absicherung für die Rente, insbesondere in den Kammerberufen. Diverse Freiberufler sind Kammermitglied und Mitglied eines berufsständischen Versorgungswerkes.

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Abgrenzung einer abhängigen und selbständigen Tätigkeit dürfte in dem dargestellten Modell, in dem sich Freiberufler zur gemeinsamen Berufsausübung in Rechtsform einer Genossenschaft

organisieren, eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung dieser Freiberufler als Mitglieder der Genossenschaft zu verneinen sein, sowohl im Verhältnis des Auftraggebers zum Mitglied als auch im Verhältnis der eG zu ihrem Mitglied. Auch eine Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung dürfte auszuschließen sein. Voraussetzung ist dabei stets, dass die Rechtsbeziehungen in dem Dreiecksverhältnis eG, Mitglied und Auftraggeber als Dritter wie beschrieben tatsächlich gelebt und praktiziert werden.

Für diese Konstellation fehlt aber bislang eine gesicherte Grundlage, sei es in gesetzlicher oder politischer Form oder durch höchstrichterliche Rechtsprechung. Es besteht deshalb dringender Klärungsbedarf.

Freie Berufe im Gesundheitswesen e.V.

Ansprechpartner Frieder Rock

Muthesiusstrasse 36

12163 Berlin

f.rock@fbgev.de

www.fbgev.de

Telefon 030 797 834 40

Genossenschaftsverband e.V.

Ansprechpartner Dr. Andreas Eisen

Jean-Monnet-Straße 4

10557 Berlin

andreas.eisen@genossenschaftsverband.de

www.genossenschaftsverband.de

Telefon 030 264 720