

# LKP Apotheken-Info

## Risiken bei „freien Mitarbeitern“ als Apothekenvertretern

### Problem

Das Berufsrecht schreibt in § 7 ApoG und § 2 ApBetrO vor, dass Apothekenleiter ihre Apotheke in pharmazeutischer, wirtschaftlicher und personeller Sicht persönlich leiten müssen. Nur vorübergehend ist eine Vertretung von insgesamt drei Monaten im Jahr zulässig.

In der Praxis werden als **Vertreter oftmals „freie Mitarbeiter“** beschäftigt. § 2 ApBetrO schreibt jedoch vor, dass der **Apothekenvertreter gegenüber dem Apothekenleiter weisungsgebunden** sein muss.

### Rechtsstellung des Vertreters

Diese Weisungsgebundenheit widerspricht jedoch der Rechtsstellung als „freier Mitarbeiter“, so dass Apothekenvertreter **arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer** zu qualifizieren sind. Dies hat zuletzt auch das Landgericht Verden Ende 2009 in zwei Entscheidungen so bestätigt.

Auch **sozialversicherungsrechtlich** ist der Vertreter **nicht selbstständig tätig**, da auch hier entscheidend ist, dass er weisungsgebunden und in die Arbeitsorganisation des Apothekenleiters eingegliedert ist.

Unerheblich ist dabei, wie die Parteien das Verhältnis bezeichnen. Auch wenn im Vertrag ausdrücklich vereinbart wird, dass der Vertreter auf eigenen Wunsch als freier Mitarbeiter beschäftigt werden möchte, ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages für die Einstufung entscheidend.

### Rechtsfolgen

Wurde oder wird ein Apothekenvertreter im Rahmen einer freien Mitarbeit beschäftigt, so kann dies erhebliche Folgen haben:

Arbeitsrechtlich droht die Gefahr, dass der vermeintlich als freier Mitarbeiter tätige Vertreter sich auf seinen

tatsächlichen Arbeitnehmerstatus beruft und beispielsweise Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, Urlaub und gegebenenfalls auch Kündigungsschutz beansprucht.

Im Rahmen von Sozialversicherungsprüfungen besteht die Gefahr, dass der Apothekenleiter zur Nachentrichtung der Sozialversicherungsbeiträge (sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmeranteile) für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren verpflichtet wird. Ein Regress beim Apothekenvertreter bzgl. der Arbeitnehmeranteile ist aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen regelmäßig nicht möglich.

Steuerlich kann im Rahmen von Prüfungen die Verpflichtung zur Abführung von Lohnsteuer ausgesprochen werden. Hat der Vertreter seine freie Mitarbeit unter Ausweis von Umsatzsteuer abgerechnet, kann darüber hinaus der diesbezügliche Vorsteuerabzug versagt werden.

Auch in zivilrechtlicher Sicht ist eine solche Gestaltung risikobehaftet: Das Landgericht Verden sieht in einem Freien-Mitarbeiter-Verhältnis für einen Apothekenvertreter einen Verstoß gegen den § 2 Abs.5 ApBetrO und eine Umgehung des § 1 ApoG. Hieraus zieht das Landgericht den Schluss, dass der geschlossene **Vertrag über die freie Mitarbeit nichtig** ist. Damit kann - so das Gericht - der Vergütungsanspruch des Vertreters entfallen.

### Fazit

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass ein Apothekenvertreter auf keinen Fall als freier Mitarbeiter, sondern immer nur im Rahmen eines regulären Arbeitsverhältnisses tätig werden sollte. Die Risiken einer freien Mitarbeit übersteigen die Vorteile (Ersparnis der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung) bei Weitem.