

## L 5 R 4708/15

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 22 R 2180/14  
Datum  
02.10.2015  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 5 R 4708/15  
Datum  
22.06.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.10.2015 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) bis 4).

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 1) bei dem Kläger als anästhesiologischer Fachpfleger im Zeitraum vom 01.02.2009 bis 31.10.2013 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stand.

Der Kläger ist Anästhesist und übt seine Tätigkeit mit einer mobilen Praxis in den Räumlichkeiten seiner Auftraggeber aus. Konkret wird er von verschiedenen Ärzten beauftragt, die Anästhesie für Operationen in deren Praxis bzw. auch Kliniken (bei Belegärzten) zu übernehmen. Hierzu bediente er sich im streitgegenständlichen Zeitraum den Diensten des Beigeladenen zu 1), der ausgebildeter Fachkrankenschwester für Anästhesie und Intensivmedizin ist. Sofern er diesen für eine anstehende Anästhesie benötigte, vereinbarte er den Termin mit ihm telefonisch. Im Rahmen der Anästhesien übernahm der Beigeladene zu 1) die prä- und postoperative Patientenüberwachung sowie die Vorbereitung, Aufrechterhaltung und Nachbereitung der Narkose. Darüber hinaus war er verantwortlich für die Erstellung und Überwachung von Hygienestandards, die hygienische Geräteaufbereitung sowie die Überprüfung der Geräte im Hinblick auf Dokumentation und Wartung. Die Arbeitsmittel gehörten dem Kläger, jedoch hatte der Beigeladene zu 1) für Arbeitskleidung, wie z. B. OP-Kittel und Mundschutz, selbst zu sorgen. Der Kläger kontrollierte, ob der Beigeladene zu 1) im Besitz der erforderlichen Nachweise zur Gerätebenutzung war, veranlasste oder bezahlte dessen Erwerb jedoch nicht. Bei Teambesprechungen mit den Operateuren, für die der Kläger tätig war und mit der Abrechnungskraft, war der Beigeladene zu 1) gelegentlich, aber nicht ständig anwesend. Die Bezahlung des Beigeladenen zu 1) erfolgte auf Stundenbasis mit einem Stundensatz von 32,50 EUR. Auf dieser Basis erstellte der Beigeladene zu 1) sodann monatliche Rechnungen ohne Mehrwertsteuer mit Rechnungsbeträgen zwischen 495,55 EUR und 1.698,05 EUR (Ausnahme: 05.03.2009 300,60 EUR, 11.05.2009 260,00 EUR, 14.09.2009 414,35 EUR und 12.12.2011 308,75 EUR).

Für seine Tätigkeit schloss der Beigeladene zu 1) eine eigene Berufshaftpflichtversicherung ab. Der Beigeladene zu 1) war außerdem für drei weitere Ärzte tätig und daneben hauptberuflich und sozialversicherungspflichtig in der Universitätsklinik F. angestellt.

Am 08.04.2013 beantragte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Statuses hinsichtlich seiner Tätigkeit für den Kläger ab 01.02.2009. Insoweit gab er an, eigenverantwortlich die Patienten prä- und postoperativ zu überwachen. Er sei zuständig für die Vorbereitung, Aufrechterhaltung und Nachbetreuung der Narkose, die Erstellung und Überwachung von Hygienestandards sowie die hygienische Geräteaufbereitung. Auch die Erstellung der notwendigen Infrastruktur und des Materialwesens falle in seine Zuständigkeit. Vorgaben bestünden hinsichtlich der medikamentösen Anordnung. Die zur Narkose benötigten Materialien würden vom Kläger gestellt. Pflegerisch sei er in eigener Fachkompetenz tätig. Es gebe keine regelmäßigen Arbeits-/Anwesenheitszeiten und keine Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit. Ein schriftlicher Vertrag existiere nicht. Es finde jeweils eine mündliche Einzelvereinbarung statt. Er könne Termine frei an- und ablehnen. Durch die eigene Preisgestaltung trage er auch ein wirtschaftliches Risiko und sei überwiegend eigenverantwortlich tätig.

Mit Schreiben vom 22.08.2013 hörte die Beklagte den Kläger und den Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der beabsichtigten Feststellung der

Versicherungspflicht in der Kranken-, der Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung an und stellte mangels Rückmeldung in der Sache mit gleichlautenden Bescheiden vom 08.11.2013 fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beim Kläger seit dem 01.02.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird und Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe.

Daraufhin einigten sich der Kläger und der Beigeladene zu 1), dass übereinstimmend ab dem 01.11.2013 eine abhängige Beschäftigung angenommen werde.

Am 09.12.2013 legte der Kläger Widerspruch gegen den Bescheid vom 08.11.2013 ein, nachdem zuvor auch der Beigeladene zu 1) am 02.12.2013 Widerspruch eingelegt hatte. Er ließ vortragen, die tatsächliche Ausgestaltung der Zusammenarbeit des Klägers mit dem Beigeladenen zu 1) erfülle nicht die Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses. Die dem Beigeladenen zu 1) übertragenen Aufgaben erfülle dieser selbstständig und im Wesentlichen in eigener Verantwortung. Die Tätigkeit werde auch nicht in den Räumlichkeiten des Klägers ausgeübt. Er, der Kläger, führe keine ambulante Praxis, vielmehr sei er ausschließlich in Praxen anderer Ärzte bzw. Kliniken tätig. Auch sei unzutreffend, dass der Beigeladene zu 1) kein umfangreiches Kapital einsetze. Der Kläger sei in einem Umkreis von 100 km tätig. Es sei Sache des Beigeladenen zu 1) den jeweiligen Einsatzort zu erreichen. Sein Fahrzeug stelle daher maßgebliches Betriebskapital dar. Er sei gehalten, Fortbildungen und Qualifikationen auf eigene Kosten durchzuführen. Darüber hinaus habe er eine eigene Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen. Angestellte Pfleger seien hingegen über ihren Arbeitgeber versichert. Auch müsse er eigene Arbeitskleidung (wie z. B. OP-Kittel, Mundschutz etc.) selbst mitbringen. Unternehmerisches Risiko sei außerdem darin zu sehen, dass der Beigeladene zu 1) die Folge von Krankheit oder anderweitiger Verhinderung, selbst tragen müsse. Auch trage er das Risiko, von seinen Auftraggebern keine Aufträge zu erhalten. Kein taugliches Abgrenzungskriterium sei der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) keine Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Arbeitszeit habe, da dies durch den Bedarf der Patienten vorgegeben sei. Denn jeder Auftrag, egal in welchem Bereich, habe sich an den Vorgaben des Auftraggebers zu orientieren. Entscheidend sei vielmehr, dass es dem Beigeladenen zu 1) frei stehe, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen, ohne dass dies Konsequenzen für die weitere Zusammenarbeit hätte. Kein taugliches Abgrenzungskriterium sei im Übrigen, dass für die Ausübung Pflege- und Therapiestandards des Auftraggebers zu beachten seien. Dies ergebe sich bereits aus der Spezifizierung der vom Beigeladenen zu 1) zu erbringenden Tätigkeit. Es sei ferner unzutreffend, dass er mit Angestellten des Klägers zusammenarbeite. Auch komme es nicht darauf an, ob der Beigeladene zu 1) direkt mit den Patienten oder mit dem Kläger abrechne. Ferner treffe den Beigeladenen zu 1) eine eigene Haftung gegenüber den Patienten und gegenüber dem Kläger. Auch könne von einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Klägers keine Rede sein. Die Zusammenarbeit erfolge punktuell und auf den jeweiligen Auftrag bezogen. Es sei auch nicht zutreffend, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit den Weisungen des Operateurs unterliege.

Mit Widerspruchsbescheid vom 07.04.2014 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Die in Rede stehende Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sei als abhängige Beschäftigung zu werten. Hierfür spreche, dass der Beigeladene zu 1) hinsichtlich der Gestaltung seiner Arbeitszeit nur scheinbar frei sei. Tatsächlich müsse er sich an den Operationsterminen und den persönlichen Belangen der Patienten orientieren. Da es sich bei seiner Tätigkeit um Dienste höherer Art handle, stehe nicht entgegen, dass dem Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Ausübung seiner Tätigkeit gegebenenfalls weitgehende Freiheiten eingeräumt würden. Gewisse Freiheiten seien im Übrigen auch abhängig beschäftigten Arbeitnehmern eingeräumt. Da er nur in Zusammenarbeit mit den Kollegen tätig werden könne, sei er in die Ablauforganisation des Operationsteams eingegliedert. Im Wesentlichen sei seine Tätigkeit von den Vorgaben des Klägers bestimmt. Der Umstand, selbst über Annahme und Ablehnung eines Auftrags entscheiden zu können, könne auch auf abhängig Beschäftigte zutreffen und sei daher kein Indiz für Selbstständigkeit. Ein maßgebliches unternehmerisches Risiko sei insbesondere vor dem Hintergrund der Vergütung nach Dauer der Arbeitsleistung nicht zu erkennen. Der Beigeladene zu 1) setze ausschließlich seine eigene Arbeitskraft ein und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Das Risiko, für seine Arbeit kein Geld zu erhalten bzw. ggf. nicht weiter beauftragt zu werden, stelle kein unternehmerisches Risiko im Sinne der Rechtsprechung dar.

Am selben Tag erging der ebenfalls ablehnende Widerspruchsbescheid gegen den Beigeladenen zu 1). Die hiergegen am 08.05.2014 erhobene Klage des Beigeladenen zu 1) zum Sozialgericht Freiburg (SG), die unter dem Aktenzeichen S 4 R 2200/14 geführt wurde, wurde mit Beschluss vom 29.07.2014 ruhend gestellt.

Der Kläger erhob am 07.05.2014 Klage zum SG. Er ließ vortragen, der Beigeladene zu 1) erhalte vom Kläger eine stundenweise Vergütung. Hierdurch trage er ein unternehmerisches Risiko. Der Beigeladene zu 1) habe in erheblichem Umfang das Risiko, die eingesetzte Arbeitskraft nicht vergütet zu erhalten. Dies gelte für alle notwendigen Tätigkeiten, die Zeit in Anspruch nehmen würden und dem Kläger nicht in Rechnung gestellt werden könnten. Solche Tätigkeiten würden sich im Zusammenhang mit der Vorbereitung für die einzelnen Aufträge sowie mit den erforderlichen Fortbildungen ergeben. Auch die aufgewendete Zeit für die Fahrten zum Tätigkeitsort und die entstehenden Fahrtkosten könnten nicht in Rechnung gestellt werden. Im Übrigen trage der Beigeladene zu 1) regelmäßig das Risiko, dass ein vorhergesehener Auftrag nicht die Anzahl der in Ansatz gebrachten Stunden erbringe und der Beigeladene zu 1) diese Zeit daher auch nicht im Rahmen eines anderen Auftrages einsetzen könne. Der Beigeladene zu 1) halte weiter Arbeitsmittel vor, ohne zu wissen, in welchem Umfang diese benötigt und in welchem Umfang deren Kosten über die abgerechneten Stunden tatsächlich wieder eingenommen werden könnten. Der Beigeladene zu 1) erhalte während Krankheit oder Urlaub auch keine Vergütung. Der Beigeladene zu 1) benötige darüber hinaus für die Ausübung seiner Tätigkeit eine eigene Berufshaftpflichtversicherung, was bei Angestellten nicht der Fall sei. Soweit die Beklagte ausführe, dass der Beigeladene zu 1) keine Gestaltungsmöglichkeit bezüglich der Arbeitszeit habe, da dies faktisch durch den Bedarf der Patienten vorgegeben sei, sei dies kein taugliches Kriterium. Gleiches gelte für die Frage, ob der Beigeladene zu 1) mit den Patienten bzw. Auftraggebern des Klägers direkt abrechne. Irrelevant sei auch die Tatsache, dass der Kläger gegenüber den Patienten sowie den Kranken- und Pflegekassen die fachliche Verantwortung für die Leistungserbringung des Beigeladenen zu 1) trage. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte hinsichtlich des weiteren Auftragnehmers, Herrn B., der für den Kläger ebenfalls als Anästhesiepfleger tätig sei, eine Befreiung nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9](#) Sozialgesetzbuch (SGB) VI durch den Bescheid vom 10.11.2010 festgestellt habe.

Die Beklagte trat der Klage entgegen und verwies auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass ein Statusfeststellungsverfahren hinsichtlich der Tätigkeit von Herrn B. nicht bekannt sei.

Mit Beschluss vom 13.10.2014 wurde der Beigeladene zu 1) zum Verfahren beigeladen.

Die Bevollmächtigte des Beigeladenen zu 1) verwies auf den von ihr eingelegten Widerspruch gegen den Statusfeststellungsbescheid. Der Beigeladene zu 1) arbeite für den Kläger, welcher keine weiteren Ärzte und auch keine weiteren OP-Pfleger beschäftige. Die Tätigkeit werde in verschiedenen Praxen im Rahmen von ambulanten Operationen ausgeübt. Insoweit arbeite der Beigeladene zu 1) in einer mobilen Narkoseeinheit, welche zu jedem Einsatz mit geführt werde und nach Abschluss der Arbeiten wieder abgebaut und abtransportiert werde. Es fänden sich keinerlei anästhesiespezifischen Gerätschaften am Einsatzort. Soweit der jeweilige Einsatz von dem Umfang der Operation abhängig sei, liege dies in der Natur der Sache. Es sei daher als Abgrenzungskriterium ungeeignet. Gleiches gelte hinsichtlich der Abrechnungsmodalitäten. Der Beigeladene zu 1) werde quasi als Subunternehmer für das Erreichen des Operationserfolges eingesetzt. Entsprechend rechne er auch gegenüber seinem Auftraggeber, dem Kläger, direkt ab. Soweit der Beigeladene zu 1) die Aufträge entgegennehme, sei er auch bemüht, diese selbst auszuführen. Es sei jedoch auch möglich, dass für den Fall, dass ein kurzfristiger Ausfall eintrete, der Beigeladene zu 1) einen Ersatz besorge und diese ebenfalls fachlich qualifizierte Kraft auch einsetze. Ein wirtschaftliches Risiko ergebe sich im Übrigen durch den Einsatz eines PKW, eines eigenen Arbeitszimmers zur Bürotätigkeit sowie schließlich aus den Ausgaben für die Berufskleidung. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass dem Beigeladenen zu 1) neben der klassischen Anästhesiepflege die Geräteprüfung und -wartung obliege sowie die Sterilisierung derselben. Die hierfür erforderlichen Fortbildungskosten trage der Beigeladene zu 1) allein.

Mit Beiladungsbeschluss vom 27.04.2015 lud das SG sodann die Beigeladenen zu 2), 3) und 4) bei, die sich zur Sache nicht äußerten.

Mit Urteil vom 02.10.2015 hob das SG den Bescheid der Beklagten vom 08.11.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.04.2014 auf und stellte fest, dass es sich bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beim Kläger für die Zeit vom 01.02.2009 bis 31.10.2013 um eine selbstständige Tätigkeit gehandelt habe, die nicht der Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung unterlegen habe. Die Tätigkeit als Pfleger könne sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden (Landessozialgericht Baden-Württemberg [LSG], Urteil vom 23.04.2015, - [L 11 R 3224/14](#) -, in juris). Vorliegend sei zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden. Nach den tatsächlich gelebten Umständen stelle sich das Vertragsverhältnis, wie auch vom Kläger und dem Beigeladenen zu 1) gewollt, als selbstständige Tätigkeit dar. Es seien keine festen Arbeitszeiten vereinbart worden. Vielmehr habe sich der Kläger im Bedarfsfall in der Regel telefonisch an den Beigeladenen zu 1) gewandt, um mit diesem den entsprechenden Einsatz zu vereinbaren. Der Beigeladene zu 1) habe sodann die erbrachten Stunden dem Kläger in Rechnung gestellt. Es habe weder eine ständige Dienstbereitschaftspflicht bestanden noch habe der Kläger gegen den Willen des Beigeladenen zu 1) diesem bestimmte Tätigkeiten zuweisen können. Vielmehr sei der Beigeladene zu 1) nicht nur berechtigt gewesen, die Übernahme eines Dienstes abzulehnen, sondern auch im Fall einer Verhinderung selbstständig für eine Ersatzkraft zu sorgen. Daraus folge, dass der Beigeladene zu 1) nicht zur höchstpersönlichen Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei. Konsequenzen im Sinne von negativen Auswirkungen auf die weitere Zusammenarbeit habe eine Absage des Beigeladenen zu 1) nach übereinstimmender Einlassung des Klägers sowie des Beigeladenen zu 1) nicht gehabt. Darüber hinaus habe der Beigeladene zu 1) seine Dienste entsprechend auch noch für drei weitere Auftraggeber zur Verfügung gestellt und sei außerdem im streitgegenständlichen Zeitraum hauptberuflich als fest angestellter Mitarbeiter in einer Klinik sozialversicherungspflichtig tätig gewesen. Der Beigeladene zu 1) sei daher vom Kläger nicht wirtschaftlich abhängig gewesen. Bei den einzelnen Arbeitseinsätzen habe der Beigeladene zu 1) im Übrigen nur bedingt den Weisungen des Klägers unterlegen. Diese hätten sich auf den Teil der vom Beigeladenen zu 1) zu erbringenden Dienstleistung beschränkt, der unmittelbar mit der Durchführung der Anästhesie zu tun gehabt habe. Dieses Weisungsrecht, welches der Kläger nach eigenen Angaben angesichts der hohen Qualifikation des Beigeladenen zu 1) kaum habe ausüben müssen, ergebe sich jedoch schon zwingend aus dem Umstand, dass der Kläger als Arzt die Verantwortung für das Gelingen der Narkose getragen habe, daher von Gesetzes wegen dazu verpflichtet gewesen sei, die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) zu kontrollieren und diesen ggf. anzuweisen. Wesentliche Teile seiner Tätigkeit habe der Beigeladene zu 1) jedoch weisungsfrei in eigener Verantwortung erledigt. Hierzu habe zunächst die Vorbereitung und Wartung der Instrumente und Maschinen gehört. Der Kläger habe insoweit lediglich kontrolliert, ob der Beigeladene zu 1) über die erforderlichen Nachweise zur Gerätebenutzung verfügt habe. Veranlasst oder bezahlt habe der Kläger den Erwerb der Nachweise nicht. Auch Hygieneangelegenheiten habe der Beigeladene zu 1) selbstständig wahrgenommen und darüber hinaus bei seinen Einsätzen selbst entschieden, wann seine Arbeit abgeschlossen gewesen sei und er habe nach Hause gehen können. Auch habe der Kläger weder Zeugnisse noch Beurteilungen über den Beigeladenen zu 1) ausgestellt. Auch der Umstand, dass der zeitliche Einsatz des Beigeladenen zu 1) durch die Dauer der Operationen jedenfalls hinsichtlich eines Teils seiner Tätigkeit vorgegeben gewesen sei und er dabei teilweise mit dem Kläger habe zusammen arbeiten müssen, führe nicht dazu, dass er damit schon in die Betriebsstruktur des Klägers eingebunden gewesen sei. Der Beigeladene zu 1) sei im Übrigen weder verpflichtet gewesen, an Teambesprechungen teilzunehmen, noch habe er seine Tätigkeit in den Räumen des Klägers ausgeübt. Für seine Arbeitskleidung habe er selbst sorgen müssen. Schließlich habe der Beigeladene zu 1) auch eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) vorliegend nur ein geringes Unternehmerrisiko getragen habe, spreche nicht gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Der Beigeladene zu 1) habe, wie es für Dienstleistungen in der Pflege durchaus typisch sei, im Wesentlichen seine Arbeitskraft und wenig Kapital eingesetzt. Aus dem allgemeinen Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, folge zwar kein unternehmerisches Risiko. Gleichzeitig spreche das vereinbarte pauschale Stundenhonorar nicht gegen ein Unternehmerrisiko, weil der Beigeladene zu 1) stets nur eine Vergütung für geleistete Stunden erhalten und daher sein Gesamtverdienst vom zeitlichen Umfang seines Einsatzes abhängig gewesen sei. Damit habe es der Beigeladene zu 1) nicht selbst in der Hand gehabt, sondern sich nach den Umständen der Operation richten müssen. Der Beigeladene zu 1) habe im Übrigen nur Entgelt für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden und nicht für Zeiten der Krankheit oder des Urlaubs erhalten. Insoweit habe er trotz der Annahme einer pauschalen Vergütung ein - wenn auch geringes - Unternehmerrisiko getragen.

Das Urteil wurde der Beklagten am 29.10.2015 mittels Empfangsbekanntnis bekannt gegeben.

Hiergegen richtet sich die am 10.11.2015 zum LSG erhobene Berufung der Beklagten. Zwar habe das SG das fachliche Weisungsrecht erkannt. Es habe jedoch dessen besondere Bedeutung nicht erfasst. Insoweit sei auch unerheblich, ob das Weisungsrecht bereits aus einer gesetzlichen Verpflichtung resultiere. Denn jedenfalls sei das Weisungsrecht in der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend vorausgesetzt worden. Insoweit sei darauf hinzuweisen, dass die der Berufsgruppe der Fachkrankenpfleger für Anästhesie zugewiesenen Aufgaben und von dieser auszuführenden Tätigkeiten eine freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie eine im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit schlechthin ausschließen würden. Die meisten Tätigkeiten seien Ausdruck einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe des Krankenpflegers, weil die von ihm zu erbringenden Handreichungen jeweils von konkreten Vorgaben abhängen würden. Ein Krankenpfleger erledige zahlreiche Aufgaben nach ärztlicher Weisung. Ebenso sei unvorstellbar, dass der Beigeladene zu 1) bei eventuellen Komplikationen den Arbeitsplatz verlassen dürfe, nur weil die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit

überschritten sei. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) keine abgrenzbare und im Vorfeld definierte Leistungen erbringe, sondern Mitglied eines Teams sei, das eine Gesamtleistung erbringe. Durch die Eingliederung in eine von fremder Seite vorgegebene Arbeitsorganisation sei auch eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegeben. Für eine persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1) spreche auch, dass der Behandlungsvertrag ausschließlich zwischen dem Kläger und dem Patienten zustande komme. Im Außenverhältnis hafte allein der Kläger. Bei seiner Tätigkeit habe der Beigeladene zu 1) die beim Kläger vorhandene Infrastruktur und die von ihm bereit gestellten Arbeitsmittel kostenlos genutzt. Schließlich sei auch die vereinbarte Abrechnung nach Stunden typisch für abhängige Beschäftigungsverhältnisse. Soweit die Beteiligten ein Anstellungsverhältnis hätten vermeiden wollen, vermöge dies das Zustandekommen einer Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne nicht zu verhindern, da die sozialversicherungsrechtliche Einordnung nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliege. Die fehlende Regelung zum Urlaubsanspruch und auf Entgeltfortzahlung könne daher keine Indizwirkung haben.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.10.2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger und der Beigeladene zu 1) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die weiteren Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf die Gerichtsakte erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gem. [§ 151 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung gem. [§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG](#) entscheiden kann, ist gem. [§§ 143, 144 SGG](#) statthaft. Denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung und ist auch sonst zulässig.

Die Berufung ist auch begründet.

Streitgegenstand ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger für den Zeitraum vom 01.02.2009 bis 31.10.2013. Seit dem 01.11.2013 ist der Beigeladene zu 1) unstreitig abhängig beschäftigt. Bezüglich der streitgegenständlichen Zeit hat die Beklagte zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit beim Kläger der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlegen ist. Auch eine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestand. Zu Unrecht hat daher das SG den Bescheid der Beklagten vom 08.11.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.04.2014 aufgehoben und festgestellt, dass es sich bei der vom Beigeladenen zu 1) für den Kläger ausgeübten Tätigkeit nicht um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt habe.

1. Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu ihrem Erlass gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) sachlich zuständig und die Bescheide sind auch hinreichend bestimmt und beschränken sich nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) die Deutsche Rentenversicherung Bund ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Der Beigeladene zu 1) hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten (Clearing-Stelle) nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) entschieden. Ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden.

Gem. [§ 33 Abs. 1 SGB X](#) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmbarer Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher Bundessozialgericht (BSG), Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -; Urt. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -, alle in juris). Außerdem darf sich die Entscheidung nicht auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG, Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -, in juris).

Die Beklagte ist diesen Anforderungen gerecht geworden. Sie hat die vom Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger ausgeübte Tätigkeit als Anästhesiepfleger bestimmt bezeichnet und sich auch nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt, vielmehr in dem angefochtenen Bescheid ausdrücklich festgestellt, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung besteht.

2. Die angefochtenen Bescheide sind auch materiell rechtmäßig. Der Beigeladene zu 1) hat beim Kläger während der Zeit vom 01.02.2009 bis 31.10.2013 eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit hat nicht vorgelegen. Der Beigeladene zu 1) war insoweit versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Gem. [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 SGB III](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) und [§ 20 SGB XI](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit,

insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urteil vom 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -, in juris). Höhere Dienste werden im Rahmen einer abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urteil vom 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -, in juris). Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#) -, in juris). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -, in juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. 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 gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ausgangspunkt der Prüfung sind die (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen, die die Beteiligten - schriftlich oder ggf. auch nur mündlich - getroffen haben. Behörden und Gerichte müssen den Inhalt dieser Vereinbarungen feststellen. Sind die Vereinbarungen schriftlich getroffen worden, muss dabei auch geklärt werden, ob sie durch mündlich getroffene (Änderungs-)Vereinbarungen oder durch schlüssiges Verhalten rechtswirksam abgeändert worden sind. Steht der Inhalt der Vereinbarungen danach fest, ist zu prüfen, ob die Vereinbarungen (mit dem festgestellten Inhalt) wirksam oder wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht unwirksam sind, wobei bei gegebenem Anlass auch die Ernsthaftigkeit der Vereinbarungen geklärt werden muss, um auszuschließen, dass ein "Etikettenschwandel" bzw. ein Scheingeschäft vorliegt und die Vereinbarung deswegen gemäß [§ 117 BGB](#) nichtig ist; ist letzteres der Fall, muss der Inhalt des durch das Scheingeschäft verdeckten Rechtsgeschäfts festgestellt werden. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder zum Typus der selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen. Danach ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere (tatsächliche) Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -, alle in juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei vorliegend gegenläufiger, d. h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenüber gestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methode jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (so BSG, Urteil vom 24.05.2012 - [B 12 KR 14/10 R](#) - und - [B 12 KR 24/10 R](#) -, alle in juris). Diese Abwägung ist gerichtlich voll kontrollierbar.

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1) als Anästhesiepfleger im Zeitraum vom 01.02.2009 bis 31.10.2013 eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie in der Kranken- und Pflegeversicherung bestanden hat.

Die Assistenzleistung im Rahmen von Operationen stand dabei zur Überzeugung des Senats ganz im Vordergrund der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1). Dies ergibt sich insbesondere aus den vom Beigeladenen zu 1) im Verfahren auf Befreiung gem. [§ 2 SGB VI](#) vorgelegten Rechnungen. Diese weisen jeweils Stundenabrechnungen für "Assistenzleistungen" aus. Auch im Hinblick auf den hierdurch dokumentierten Zeitaufwand geht der Senat davon aus, dass hierauf der Schwerpunkt der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger lag.

Unter Berücksichtigung dessen war der Beigeladene zu 1) im Rahmen der Verrichtung des jeweils maßgeblichen Einzelauftrags im Sinne einer funktionsgerechten Einordnung, in der fremdbestimmte Arbeit geleistet wird, wie ein Beschäftigter in den Betrieb des Klägers eingeordnet. Bezüglich des einzelnen Auftrags stand der Beigeladene zu 1) in einem, sich bereits aus der Natur der Sache im Fall der Operationsbegleitung ergebenden persönlichen Abhängigkeitsverhältnis. Etwaige Handlungsspielräume für den Beigeladenen zu 1), die gegen die Eingliederung in den Betrieb des Klägers sprechen können, sind nach Annahme des jeweiligen Einzelauftrags im Zeitpunkt der Ausführung für den Senat nicht erkennbar. Maßgeblich für die Bewertung sind insoweit jeweils die einzelnen von dem Beigeladenen zu 1)

vorgenommenen Aufträge, konkret die Verhältnisse bei Annahme - also bei Durchführung - des einzelnen Auftrages (BSG, Urteil vom 28.09.2011, - [B 12 R 17/09 R](#) -, in juris). Die Tätigkeit des OP- bzw. Anästhesiepflegers ist durch die strikte Einbindung in die arbeitsteiligen Abläufe im Operationssaal geprägt. Bezeichnender Weise haben die Beteiligten im Laufe des Verfahrens auch angegeben, dass hinsichtlich der medizinischen Indikationen Weisungen erteilt wurden. Die Leistungspflichten des Beigeladenen zu 1) waren im Übrigen schon deshalb durch Weisungen zu konkretisieren, weil allein die mündlichen Verträge konkrete Vorgaben der vorzunehmenden Tätigkeiten nicht enthalten haben.

Auch die arbeitsteilige Nutzung der Geräte des Klägers und die Nutzung der Praxisräume des Auftraggebers des Klägers zeigen, dass der Beigeladene zu 1) in einen Arbeitsablauf eingebunden war. Insoweit haben die Beteiligten auch selbst angegeben, dass der Beigeladene zu 1) insoweit in einem Team tätig war.

Darüber hinaus hatte der Senat auch zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt war. Ein entsprechendes Unternehmerrisiko ist vorliegend nicht ersichtlich, nachdem der Beigeladene zu 1) zu einem festen Stundensatz vergütet wurde. Insoweit hat der Beigeladene zu 1) seine Arbeitskraft eingesetzt ohne befürchten zu müssen, hierfür keine Vergütung zu erhalten. Dieser Arbeitseinsatz des Beigeladenen zu 1) kann einem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden (BSG, Urteil vom 19.06.2001, - B 12 KR 440/00 R -, in juris). Ein solches Kapitalrisiko ergibt sich auch nicht aus der Nutzung des eigenen PKW und der Nutzung einer Büroausstattung (st. Rspr des Senats, Urteil vom 21.10.2015, - L 5 R 5475 -, Urteil vom 27.04.2016, - [L 5 R 1753/15](#) - und Beschluss vom 16.02.2016, - [L 5 R 220/15](#) -, nv).

Für das Gesamtbild der von dem Beigeladenen zu 1) verrichteten Tätigkeit ist im Übrigen unerheblich, dass er sein Arbeitsentgelt durch Rechnungen geltend gemacht hat. Dies betrifft formale Äußerlichkeiten der Entgeltzahlung und ist für die materielle Einstufung des Entgelts als Arbeitsentgelt oder Unternehmervergütung nicht ausschlaggebend. Letztlich ist dies ebenso wie der Abschluss einer eigenen Berufshaftpflichtversicherung im Wesentlichen Ausdruck der von den Beteiligten angenommenen Wertung der Tätigkeit als Selbstständiger. Da die Einordnung der Tätigkeit als sozialversicherungspflichtige jedoch nicht zur Disposition der Beteiligten steht, kann es hierauf nicht im Wesentlichen ankommen. Gleiches gilt im Übrigen für die nicht vorgenommene Vergütung im Urlaubs- und Krankheitsfall. Die Narkosegeräte und die zur Narkose notwendigen Medikamente wurden vom Kläger gestellt. Soweit der Beigeladene zu 1) eigene Berufskleidung einsetzt, hatte der Senat zu berücksichtigen, dass die einmalige Anschaffung derselben kein ins Gewicht fallendes Kapitalrisiko darstellt. Darüber hinaus hat er diese bei mehreren Auftraggebern eingesetzt.

Soweit der Beigeladene zu 1) auf die von ihm selbst durchzuführenden - nicht belegten - Fortbildungen im Bereich der Gerätesicherheit verweist, kann auch dies zur Überzeugung des Senats keine andere Betrachtungsweise rechtfertigen. Wie bereits zuvor ausgeführt, lag der Schwerpunkt der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger in der Tätigkeit als anästhesiologischer Fachpfleger bei Operationen. Der Wartung der Geräte des Klägers kam insoweit keine selbstständige Bedeutung zu. Gleiches gilt damit hinsichtlich der Fortbildung zur ordnungsgemäßen Wartung der Geräte. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) diese auch bezüglich der weiteren Tätigkeiten benötigte.

Im Rahmen der bestehenden Beschäftigung lag während der Durchführung der jeweiligen Aufträge auch keine Versicherungsfreiheit wegen Geringfügigkeit dieser Beschäftigung iS des [§ 8 SGB IV](#) vor (zu den insoweit zu beachtenden Konstellationen vgl BSG, Urteil vom 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#) -, in juris). Dies wird von Seiten der Beteiligten nicht vorgetragen, ergibt sich aber auch aus den vom Kläger vorgelegten Abrechnungen.

Die Beklagte hat den Beginn der Versicherungspflicht auch zu Recht mit dem 01.02.2009, dem Tag der Aufnahme der Tätigkeit, festgestellt. Ein späterer Beginn der Versicherungspflicht nach [§ 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV](#) kommt nicht in Betracht, da weder der Kläger noch der Beigeladene zu 1) den Statusfeststellungsantrag innerhalb eines Monats nach Aufnahme seiner Tätigkeit gestellt haben.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#), 3, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Soweit die Beigeladenen zu 2) bis 4) keine Anträge gestellt und damit ein Kostenrisiko nicht übernommen haben, wäre eine Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten nicht billig.

4. Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe hierfür (vgl. [§ 160 Abs. 2 SGG](#)) nicht vorliegen.

5. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs. 2](#), [§ 47](#) Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht dem Auffangstreitwert von EUR 5.000,00, da bislang lediglich über das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus folgende Sozialversicherungspflicht entschieden wurde, aber noch keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge festgesetzt wurden.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-06-24